

COMITATO EDITORIALE:

*Tania Abbiate
Fabio Alamura
Giulia Aravantinou Leonidi
Mariagiulia Argenino
Ilenia Maria Ciano
Antonio Cremonese
Caterina Di Costanzo
Anna Fortunato
Claudia Marchese
Francesca Mimi
Giacomo Palombino
Luca Pardi
Nicola Pettinari
Antonia Maria Scaravilli
Franco Scauro
Michela Tuozzo
Paolo Zicchitta*



PASSAGGI COSTITUZIONALI

N. 6
DELLA SERIE



PASSAGGI COSTITUZIONALI

NUMERO 2/2023 - ISSN 2732-8236

**Efficienza, indipendenza
e autogoverno delle magistrature**



ETP books

DIRETTORI SCIENTIFICI:

*Anna Maria Nico
Salvatore Prisco (resp.)*

COMITATO SCIENTIFICO:

*Fulvia Abbondante
Carla Accolla
Charalambos Anthopoulos (Gr)
Andrea Bonomi
Elena Buoso
Ines Giolli
Francesco Cocozza
Cecilia Corsi †
Salvatore Curreri
Rosanna Fantbene
Marco Galdi
Barbara Guastaferrò
Antonio Gusmai
Carlo Iannello
Luca Longhi
Giovanni Luchena
Gianfranco Macri
Raffaele Manfredi
Paola Marsocci
Paola Mazzina
Juan Francisco Mestre Delgado (Sp)
Maria Grazia Nacci
Stefania Ninatti
Anna Papa
Luca Petrucci
Vasco Pereira da Silva (P)
Antonino Scalone
Giancarlo Sorrentino
Renata Spagnuolo Vigorita
Palmira Tanzarella
Vincenzo Tondi della Mura
Silvia Tuccillo
Alessandra Valastro*

SEGRETARIO DELLA RIVISTA:

Marco Galdi

**PAS SAGGI
COSTITUZIONALI**

PASSAGGI COSTITUZIONALI

rivista semestrale

Anno III – Numero 2 – Dicembre 2023

n. 6 della Serie

ISSN 2732-8236

ISBN: 978-618-5752-24-8

revisione: ETPbooks

grafica – impaginazione: Enzo Terzi

© ETPbooks 2023 per la versione cartacea
su commissione del Centro di Studi e Ricerche Pubblicistiche

I contenuti di questa rivista sono in Open Access.

Notizie della rivista possono trovarsi sul sito: www.passaggicostituzionali.it
oppure su: <https://passaggicostituzionali.blogspot.com>



ETPbooks

Atene

www.etpbooks.com

etpbooks@gmail.com

su commissione del Centro di Studi e Ricerche Pubblicistiche A.P.S.

Efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature



Indice

<i>AVVERTENZA</i>	pag. 9
In memoria di Luigi Primicerio	pag. 11
(Marco Galdi e Salvatore Prisco)	

EFFICIENZA, INDIPENDENZA E AUTOGOVERNO DELLE MAGISTRATURE

SALUTI

Indirizzi di saluto del Presidente del Tribunale di Salerno	pag. 16
(Giuseppe Ciampa)	

INTRODUZIONI AL CONVEGNO

Marco Galdi	pag. 21

SESSIONE PRIMA

L'EFFICIENZA DELLE MAGISTRATURE TRA DIMENSIONE EURO-UNITARIA E NAZIONALE

L'efficienza della giustizia nelle riforme processuali	pag. 27
(Anna Maria Nico)	
Efficienza, integrità e indipendenza della Magistratura: una prospettiva economica ...	pag. 36
(Marco Maria Sorge)	
L'efficienza della giustizia in Europa.....	pag. 49
(Filippo Donati)	
La tela di Penelope: dentro i paradossi dell'innovazione nei "sistemi giustizia" del Sud Europa	pag. 57
(Luca Verzelloni)	
Il sistema giurisdizionale tra efficienza della macchina giudiziaria ed effettività della tutela dei diritti	pag. 72
(Luca Longhi)	
Ufficio del processo civile ed efficienza dell'azione giudiziaria	pag. 78
(Antonio Cremone)	
Profili diacronici della valutazione professionale dei magistrati: il difficile punto di equilibrio fra verifica dell'efficienza e indipendenza	pag. 100
(Vincenzo Senatore)	
La "professionalità efficiente" del giudice nel processo di omogeneizzazione della funzione pubblica	pag. 117
(Marco Galdi)	

SESSIONE SECONDA

L'INDIPENDENZA DELLE MAGISTRATURE

Interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale: note a margine dell'esercizio dell'azione disciplinare del Ministro Nordio nel caso Uss	pag. 165
(Maria Grazia Nacci)	
Quattro note sull'indipendenza delle magistrature 'speciali'	pag. 187
(Antonio D'Aloia)	

TAVOLA ROTONDA

L'AUTOGOVERNO DELLE MAGISTRATURE

Brevi osservazioni sul Csm: composizione, funzioni e ruolo nel sistema costituzionale.....	pag. 199
(Roberto Romboli)	
Il principio di indipendenza e l'autogoverno della magistratura militare	pag. 207
(Maria Michela Teresa Mazzilli)	
Quale natura giuridica per il Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti.....	pag. 219
(Vito Mormando)	
Il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa e la tutela della giustizia nell'amministrazione	pag. 224
(Francesco Urraro)	
Indipendenza e formazione del giudice tributario	pag. 227
(Alessio Lanzi)	

MISCELLANEA

Appalti e disabilità	pag. 231
(Fabio Altamura)	
Il dibattito pubblico nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime considerazioni rispetto ad alcune aporie di sistema.....	pag. 248
(Alessandro Di Martino)	
Il <i>Premierato</i> nella crisi della democrazia rappresentativa	pag. 262
(Andrea Piraino)	
Merito e Costituzione. In ricordo di Beniamino Caravita	pag. 281
(Salvatore Prisco)	
Limite al rinnovo dei mandati degli organi direttivi delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate e principio di proporzionalità.	
Un motivo in più a sostegno della natura mista delle federazioni sportive.....	pag. 312
(Giovanni Sergio)	

DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

Una rilettura aggiornata su forma e formazione del Governo in Spagna (guardando al progetto italiano di riforma costituzionale).....	pag. 337
(Daniele Camoni)	
La Costituzione svizzera del 1848, laboratorio del costituzionalismo europeo.....	pag. 352
(Giorgio Grasso)	
Il diritto all'istruzione nel sistema italiano e statunitense: un'analisi comparata.....	pag. 364
(Damiano Fuschi e Martina Iemma)	

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

<i>Soziale Marktwirtschaft</i> e costituzione economica “conforme”: una rilettura del pensiero giuridico-economico alle radici del modello europeo	pag. 393
(Giovanni Luchena)	

LO SGUARDO DEGLI ALTRI

Per una Scuola della Costituzione	pag. 419
(Massimo Baldacci)	
Francesco Mario Pagano: prefigurazione e ideazione della Repubblica Napoletana del '99	pag. 431
(Alberto Granese)	

LO SCAFFALE

Recensione a Gaetano Insolera, <i>La giustizia penale di Alessandro Manzoni</i> , Modena, Mucchi, 2023	pag. 451
(Giuseppe Portonera)	
Recensione a Giuliano Amato – Donatella Stasio, <i>Storie di diritti e di democrazia</i> . <i>La Corte costituzionale nella società</i> , Milano, Feltrinelli, 2023	pag. 455
(Salvatore Prisco)	
Recensione a Paolo Armaroli, <i>I senatori a vita visti da vicino. Da Andreotti a Segre</i> , <i>da Fanfani a Spadolini</i> , Lucca, Edizioni la Vela, 2023	pag. 461
(Salvatore Prisco)	
Recensione a <i>Nel segno di Lorenza Carlassare. Testimonianze e ricordi</i> , a cura di Giuditta Brunelli, Andrea Pugiottio, Paolo Veronesi, Ferrara, Volta la Carta, 2023	pag. 465
(Salvatore Prisco)	
Recensione a Salvatore Curreri, <i>Lezioni sui diritti fondamentali</i> , seconda edizione rivista e aggiornata, Milano, Franco Angeli, 2023	pag. 472
(Salvatore Prisco)	

SINTESI DEI CONTRIBUTI / ABSTRACT	pag. 477
NOTIZIE SUGLI AUTORI	pag. 505

Avvertenza

Il sesto numero di PasSaggi Costituzionali si apre con una buona notizia per la comunità accademica che sostiene la rivista: nella riunione del Consiglio Direttivo dell'Anvur del dicembre 2023 ne è stata deliberata la scientificità per il Settore Scientifico Disciplinare¹². Si tratta di un traguardo atteso, con cui si riconosce a pieno titolo la presenza di PasSaggi Costituzionali nel dibattito giuridico italiano e che è sprone a quello definitivo, che ci prefggiamo di conseguire.

A turbare la soddisfazione per il risultato raggiunto, abbiamo appreso della morte, avvenuta il 10 dicembre scorso, del collega ed amico Luigi Primicerio, ordinario di Diritto Pubblico Comparato nell'Università di Salerno. Ad apertura del volume, quindi, a lui sarà dedicato un breve ricordo da parte del condirettore della rivista, Salvatore Prisco, e di Marco Galdi, la cui vita professionale si è a lungo intrecciata con la sua.

Il numero prosegue, come per prassi, con gli atti del Convegno svoltosi il 2 e 3 ottobre 2023 nell'Università di Salerno sul tema "Efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature", frutto del ripetersi della sempre proficua collaborazione fra la nostra Rivista e il Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche di questa Università, che lo ha finanziato e il cui Direttore, Pietro Sergio Destefanis, l'ha introdotto, anche a nome del Rettore, Prof. Vincenzo Loia. Gran parte dei colleghi coinvolti nel convegno hanno revisionato e ampliato le loro relazioni, che sono state sottoposte a valutazione secondo le regole della Rivista e qui date alle stampe.

Non mancano, poi, nel volume le consuete sezioni: Miscellanea, Riflessioni di Diritto comparato e straniero, in questo numero particolarmente ricca, I Contemporanei del Futuro, Lo sguardo degli altri e lo Scaffale.

Buona lettura!

La Direzione

In memoria di Luigi Primicerio

MARCO GALDI e SALVATORE PRISCO

Taceva da tempo, la voce di Luigi "Gigino" Primicerio, ordinario di Diritto Pubblico Comparato nell'Università di Salerno, sua città, nella quale si è spento il 10 dicembre scorso. Non l'avevamo più letto, sia per la dolorosa malattia degli ultimi anni, sia per il precoce pensionamento motivato dall'allontanamento psicologico dall'ambiente di un uomo schivo e cortese, forse troppo puro per i cimenti quotidiani dell'accademia, che gli amici ricordano tormentato da scrupoli perfezionistici perfino quando doveva preparare una semplice lezione. Si era così ritirato con la moglie Ivana Vecchio Cairone, ecclesiasticista nella stessa università e che l'ha preceduto nell'addio al mondo, in un elegante *loft* ai Mercanti, dal quale uscivano soltanto per frequenti viaggi ed eventi culturali.

Peccato, perché aveva fatto parte incisivamente di una leva di giovani giuricomparatisti che – tra gli anni Novanta del Novecento e il primo quindicennio del nuovo secolo – aveva contribuito ad ammodernare lo sguardo e gli strumenti analitici rivolti al tema della forma di governo.

Sensibili alla politologia statunitense ed europea, ma anche alla lezione metodologica italiana di Elia, Capotosti, Olivetti e di quanti altri hanno in genere operato in quel periodo nel medesimo senso, essi svecchiarono perciò con una visione realistica quella in precedenza solo formale che si limitava a distinguere i modi di articolare l'indirizzo politico sostanzialmente attraverso il grado maggiore, minore o inesistente ed inoltre ora rigido, ora "morbido", di realizzazione della divisione di poteri fra i vari organi costituzionali. Avevano dunque rinnovato per la loro parte gli schemi classificatori nel settore, accompagnando all'esame delle relazioni "orizzontali" tra detti organi quella dei rapporti "verticali" tra essi e la società. Questo si traduceva non solo nell'osservazione degli effetti sui rapporti istituzionali del numero dei partiti politici che in concreto operano per raccordare società e Stato, ma altresì nella considerazione del loro modo di collocarsi e di agire, anche per via di convenzioni, con atteggiamenti cooperativi o conflittuali che avevano riflessi sull'assetto stabilizzato complessivo della vita collettiva, il tutto nel quadro di una tendenza generale dei sistemi sociopolitici e costituzionali – anche a governo parlamentare – alla disintermediazione e alla "presidenzializzazione", che tuttora continua.

Tra l'esordio del 1991 con *La trasformazione dei sistemi costituzionali. Il caso belga* – ormai introvabile, avendo la casa editrice locale Elea Press chiuso l'attività

– che esaminava la tendenza allora lì emergente al “federalismo dissociativo” e l’ultimo studio del 2013, in collaborazione con due allieve, su *Le metamorfosi del ruolo del Presidente del Governo nel sistema parlamentare spagnolo. Saggio sulle interpretazioni della premiership spagnola*, che notava come la tendenza alla monocratizzazione dell’esecutivo iberico dopo la nuova Costituzione democratica del Paese fosse corretta dall’azione moderatrice e di controllo di tale sviluppo svolta dal sistema dei partiti (il recente modo di sortire dall’ultima crisi di governo a Madrid conferma che questa è una tendenza di lungo periodo), si ritrovano le due monografie *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa* (Giappichelli, Torino, 2002) e *La forma di governo semiparlamentare* (ivi, 2007).

Nella prima di queste due opere intermedie, dopo avere argomentato le premesse ricordate in precedenza, l’autore individua, nell’ambito del governo parlamentare, una variante “rappresentativa” (fondata su un sistema elettorale proporzionale, orientata al compromesso tra partiti che si consegue dopo le elezioni) e una “responsabile” (basata sul sistema elettorale maggioritario, orientata a consentire l’affermazione netta di una parte, mentre l’altra la controlla, per esigenze di governabilità, con alleanze dichiarate prima della competizione elettorale e dopo questa tradotte in indirizzi di governo netti dalla fazione vittoriosa). Essendo monistica la radice della forma di governo, diversamente che nel presidenzialismo, è peraltro difficile comporre le due esigenze: o si assicura la rappresentatività, come si decise alla Costituente, o la governabilità, come molti anni dopo si fece nelle proposte valorizzate dalla Commissione bicamerale D’Alema.

Da questo punto di arrivo rampolla la successiva indagine monografica dell’autore: sul finire della IV Repubblica francese, di fronte alle spinte della decolonizzazione che una classe politica debole e frammentata è impari a fronteggiare, Maurice Duverger propone in una serie di articoli del 1956 su *Le Monde* l’elezione diretta del Primo ministro. La suggestione sarà ripresa dal *Club Jean Moulin* e sostenuta tra i politici da Pierre Mendès-France, ma prevarrà alla fine la soluzione semipresidenziale gollista, caldeggiata da Michel Debré, che darà vita alla V Repubblica. Questo aspetto è interessante, per la comparazione col nostro dibattito in materia, sul piano storico: il semipresidenzialismo, tacciato al suo apparire di soluzione bonapartista autoritaria dai costituzionalisti italiani di sinistra, fu invece sostenuto da quelli della stessa parte che sedettero in seguito nella commissione D’Alema; il premierato elettivo, escogitato a Parigi in ambienti laico-radicali, fu prima ripreso minoritariamente presso di noi da studiosi moderati (Galeotti, del “Gruppo di Milano” di Gianfranco Miglio) o riformisti democratici di sinistra (Pasquino, Barbera e in seguito Ceccanti, Clementi, Frosini) e infine, dopo essere stato abbandonato, è oggi rispuntato a destra nel disegno di legge costituzionale Meloni – Casellati.

Primicerio ricostruisce appunto il formarsi transalpino del modello, quindi la sua recezione teorica italiana, per esplorarne infine le varianti effettivamente introdotte in Israele, dove fu però presto abrogato e poi quale schema di base della nostra rinnovata forma di governo regionale. La conclusione che ne trae, spingendosi a considerare la funzionalità di uno sviluppo specifico ancora ulteriore dello schema neoparlamentare (ossia la idoneità della clausola *simul stabunt, simul cadent* della coppia Assemblea politica – Esecutivo ad assicurare stabilità politica) è nel senso che l'obiettivo non sembra in realtà in tale modo conseguibile, essendo quello semiparlamentare «un sistema rigido che non si autoripara: o va avanti come è nato o si spacca e ricomincia da zero».

Si tratta di valutazioni che taluni fanno anche nel momento attuale e questo accresce il rimpianto di non potere ascoltare gli arricchimenti del dibattito e i suggerimenti che l'autore ci avrebbe senz'altro fornito, il che però impone a maggiore ragione l'obbligo amicale, morale e professionale di ricordarne la figura, che con le righe che precedono abbiamo provato ad assolvere.



Scuola semestrale
di Diritto Pubblico e
Costituzionale

Con il patrocinio di



2 - 3 ottobre 2023

Efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature

Università di Salerno, Campus di Fisciano - Aula De Rosa (edificio D2)

Indirizzi di saluto* del Presidente del Tribunale di Salerno

DOTT. GIUSEPPE CIAMPA

Prendere la parola per portare i saluti del Tribunale in questa importante Accademia è un onore ed un onere, ma, soprattutto, una responsabilità essendo l'unica voce della giurisdizione che deve alla dottrina il relativo punto di vista.

Lo farò, necessariamente, in modo frammentario, tenuto conto dell'ambizioso titolo del convegno, provando ad inviare, come è proprio degli indirizzi, delle cartoline per chi vorrà riceverle, convinto che la risonanza fisica delle mie e delle vostre parole, rimanendo nell'aria sospese, fluttuando, saranno raccolte, elaborate e ripensate per farne voce di riflessione. La parola sospesa, ed anche la parola tecnica lo è, vive proprio di questo effetto di risonanza. Si parte sempre dal narrativo per poi ritornare, metabolizzato, nel discorsivo. Quando questo effetto di trasmissione si realizza il significante si aggancia al significato ed anche la parola tecnica può avvicinarsi a quella "*poetica*" se esce dalla trappola del cattivo infinito dove tutte le narrazioni sono in realtà una sola, la prima, non necessariamente neutrale.

Il discorsivo resta così precluso nella dialettica dall'originaria presupposizione intuitiva.

Di contro il significato si desume dalla destinazione funzionale della cosa attraverso la partizione delle voci che lo aprono a nuovi arricchimenti rifuggendo dalla verità pre-postulata. Ed è questo il rischio che vorrei evitare, quello del circolo vizioso senza sviluppo che, nell'autoreferenzialità dell'intuizione presupposta del significato, rischia di orientare la discussione riducendola ad una somma di interpretazioni della interpretazione, ossia ad un coro dell'interpretazione unica. Il rischio è che in questo modo avvenga la sostituzione dell'interpretazione alla verità, pericolo molto grande quando si discute di temi politicamente sensibili dove la parola tecnica presupposta può trasformarsi, nella semplificazione del dibattito pubblico, in parola "*tossica*", quando rimane chiusa nel pericolo del preconcetto strumentale. Il peso qualitativo del pensiero profondo scrive J.L. Nancy è nell'approssimarsi, nel concentrarsi cioè "*su quel che resta da pensare in quanto rimasto non ancora pensato*", ossia sul dettaglio.

Ed è proprio il movimento dell'approccio, quell'andare avanti nella conoscenza per poi ritornare indietro che consente quella spinta della riflessione su nuovi

* Il presente intervento, in considerazione della sua natura, non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

sentieri, come nella metafora della scala di Wittgenstein dove raggiunto, gradino dopo gradino, l'ultimo devi avere sempre la disponibilità mentale a cadere per ricominciare da un nuovo sguardo, un differente punto di vista, un diverso panorama, accettando cioè di rimettere sempre tutto in discussione pur di evitare il circolo vizioso dell'interpretazione. Solo così posso provare a dare, con il mio tocco, quella spallata in avanti alla conoscenza del significato senza mai separare gli eventi dalla natura e dalla loro presa sensoriale

Provo, dunque, a tornare agli indirizzi sulla base delle sollecitazioni del Prof. Prisco che mi ha preceduto e che richiedono, quando si tratta argomenti così ampi come sono quelli dell'*efficienza, dell'indipendenza e dell'autonomia* della magistratura, a mio modo di vedere, tre ordini di premesse senza le quali il dibattito tecnico del convegno rischia di essere spostato in direzioni che non sono quelle proprie. Potranno sembrare considerazioni banali, da primo anno di università, ma poiché muovono da quella presa sensoriale delle cose non bisogna mai dimenticarle anche quando si affrontano i massimi sistemi di architettura costituzionale.

La prima è che la Costituzione è atto fondativo di un ordine democratico. È, dunque, essenzialmente equilibrio e tradizione cui si deve il giusto rispetto. La Costituzione va osservata ed avvicinata con pudore, con lo stesso sguardo che si ha davanti un'opera d'arte in cui si apprezzano, ogni giorno, i dettagli e le bellezze nascoste dentro la forma dell'immagine.

La seconda premessa di indirizzo che devo necessariamente fare muove dalla differenza che esiste tra diritto e giustizia, distinzione che non sempre viene ricordata nel dibattito pubblico.

Il Diritto è una cosa, la Giustizia un'altra. Il diritto mantiene sempre il legame con la forza essendo formato e costituito da materiali politici ed economici. Il diritto è sempre calcolo decostruibile.

La giustizia è altro, non diritto in generale, ma diritto del caso singolo. Non è essa legata alla forza ed al calcolo come il diritto. La Giustizia è "*dare*", donare, offrire la soluzione al caso concreto alla lite da ricomporre. Non è solo fare.

J. Derridà in "*forza di legge*" in modo efficace scrive che la Giustizia è "*immanente*" in quanto legata alla responsabilità del singolo ed "*emanante*" perché, a suo modo, il Giudice nell'applicare la legge, illumina il caso singolo ricostituendo un ordine, ma avendo anche una proiezione al futuro per la forza interpretativa del precedente.

La Giustizia non può essere compresa sino in fondo nel dibattito politico proprio per la sua stretta connessione al singolare, al caso singolo che è sempre unico. In tal senso ogni giustizia è sempre "*inadeguata*" per definizione in quanto richiede un senso strutturale di inadeguatezza nel tentativo di conciliare universalità e singolarità.

Il Giudice rende giustizia al singolare con la logica dell'offerta e del dono, la giustizia è tutela dei diritti ed in questo senso essa, fisiologicamente e non patologicamente, non può che eccedere il diritto.

È questa la sua vera cifra di “*relatività*” non avendo alcuna aspirazione universale essendo solo applicazione della legge al caso concreto che in quanto unico riguarda uomini sempre diversi e differenti da tutti gli altri.

Il Professore Prisco ha richiamato, a proposito del tema dell'autonomia e dell'indipendenza della Magistratura e della criticità del rapporto tra Politica e Giustizia, a titolo esemplificativo, una decisione giudiziaria di ieri, una delle prime applicazione del cd. decreto “*Cutro*” e cioè la mancata convalida dell'espulsione di un cittadino tunisino da parte di un Giudice di Catania ponendo in modo puntuale l'attenzione alle dichiarazioni forti di alcuni autorevoli esponenti politici di governo nei confronti dell'indicato provvedimento per mettere al centro della discussione il tema della separazione dei poteri e della non ingerenza.

Senza poter entrare nel merito di un provvedimento giudiziario che non ha inteso applicare la norma nel senso politico auspicato, in quanto dal Giudice ritenuta in contrasto con il dettato costituzionale e la normativa europea, devo dire che l'esempio richiamato è oltre modo calzante sembrando quasi un *assist* per il tema di questo dibattito.

Non è qui in discussione il diritto di critica dei provvedimenti giudiziari che è sempre garantito, ma le forme dell'esercizio, le sue modalità. Un Giudice non può lavorare serenamente se quando è chiamato a *dare giustizia*, ossia ad applicare il diritto al caso singolo si trova esposto ed aggredito anche sul piano personale e con minacce di attività ispettive se non *fa giustizia*” nel senso auspicato attraverso norme interpretative ritenute di dubbio significato sul piano dei principi fondamentali.

Le critiche, in alcune occasioni, sembrano mosse con superficialità, senza neppure avere avuto il tempo minimo per studiare, adeguatamente, la motivazione e, talvolta, paiono muovere dal pregiudizio che il Giudice voglia sempre fare politica con le sue decisioni.

Sono in gioco e preoccupano, dal punto di vista della giurisdizione e sul piano costituzionale degli equilibri tra i poteri, le modalità della critica extraprocessuale perché sono spesso queste affermazioni che, amplificate dai media, rischiano di minare l'indipendenza del Giudice, non solo di quello che ha già deciso in un certo modo, ma di tutti gli altri che decideranno in futuro.

Diritto e Giustizia non sono la stessa cosa, le norme vanno calate nel caso singolo e sempre interpretate tenendo presente la gerarchia delle fonti.

La Costituzione è opera d'arte.

Efficienza ed effettività, quantità e qualità, fare e dare non sempre si muovono

con lo stesso passo ed è fisiologico che ciò accada, non devono esserci preoccupazioni e pregiudizi.

Vengo infine all'ultima cartolina di indirizzo che riguarda il tema "*indipendenza e riforme costituzionali ed ordinamentali*" e lo faccio, necessariamente, in modo frammentario scegliendo un solo argomento incredibilmente *evergreen*, la separazione delle carriere tra PM e Giudice.

Il Tema è antico, se ne discute ormai da oltre 20 anni e c'è da chiedersi come esso possa considerarsi ancora attuale dopo gli interventi normativi, anche recenti e sempre più riduttivi del numero dei passaggi di carriera. Essi si contano ogni anno sulle dita di una, forse due mani e ciò dimostra come andando alla destinazione funzionale e naturale delle cose, nei fatti le carriere sono già separate. Non più, dunque, un valore nella prassi, ma un mito.

Se, dunque, l'analisi parte dalla falsa presupposizione che la separazione vada realizzata per evitare lo squilibrio di posizione della parte imputata, difesa da un avvocato, rispetto a quella del PM, in quanto proviene dalla stessa carriera del Giudice ed a tale presupposizione conseguono interpretazioni delle interpretazioni, questa interpretazione unica si sostituisce alla verità falsificandola.

È avvilente tanta attenzione di fronte ad un non problema. Nella mia esperienza di Giudice e di Dirigente ho solo visto PM che si lamentano dei Giudici e Giudici che fanno altrettanto dei PM.

Mi chiedo davvero quali esperienze di politici o avvocati possano muovere questo bisogno di riforma che tanto incide negativamente sul piano della tensione dei rapporti magistratura – politica che si fondano sulla non interferenza e sul reciproco rispetto.

Devo dire, di contro, di essere stato più volte impressionato dalle capacità speculative, tecnico–persuasive di grandi avvocati che mi hanno indotto a riflessioni molto più profonde.

Di tanti arricchimenti dell'altro ho ricevuto formazione e sono anch'io il prodotto ed è questa la "*fatticità dell'essere*" come "*esserCi*" di cui parla Heidegger in "*essere e tempo*" in cui il significato dell'essere è sempre dialettico – discorsivo fondato sulla partizione e sulla pluralità delle voci.

"E porre l'essere nella sua apertura vocale equivale a nulla presupporre".

Penso siano altri gli strumenti su cui è più agevole intervenire e che essi riguardino, principalmente, la formazione del magistrato che, oltre a dover rimanere comune dovrebbe partire dal Giudice di legittimità valorizzandone gli insegnamenti, andando quindi a ritroso negli altri gradi di giudizio, perché solo se hai esperienza dell'esito dei procedimenti sei in grado di gestirli sin dall'inizio in modo equilibrato ed adeguato in ottica di risultato senza concentrare l'attenzione sul solo grado di giudizio.

Concludo con le parole del compositore e musicista austriaco Gustav Mahler “*la tradizione è custodire il fuoco, non adorare le ceneri*”. La tradizione è fatta di radici e tronco che ad ogni primavera devono generare rami e germogli, fiori e frutti sempre nuovi.

Mahler ben sapeva l'importanza della tradizione nella musica.

Per il giurista ed il cittadino la Costituzione non è mai retaggio del passato, feticcio da adorare in quanto cenere, simulacro. Della Costituzione non bisogna adorare le ceneri di un passato estinto, ma custodire il fuoco e saper riattivare le sue braci sempre ardenti.

Una breve introduzione al Convegno*

MARCO GALDI

È con orgoglio che porto il saluto, nella qualità sia di Segretario della Rivista PasSaggi Costituzionali che di membro del Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche dell'Università di Salerno, ma soprattutto di responsabile scientifico del Convegno, che oggi si apre.

È un piacere ringraziare nell'ordine il nostro Magnifico Rettore, Vincenzo Loia, ed il Direttore del DISES, Sergio Pietro Destefanis, che hanno finanziato l'iniziativa, nonché i numerosi colleghi del Dipartimento, molti dei quali presenti stamane, nonostante si occupino di materie economiche o statistiche.

Ma il ringraziamento va anche al Comitato Scientifico della Rivista PasSaggi Costituzionali, in particolare ai suoi condirettori, Prof. Salvatore Prisco e Prof.ssa Anna Maria Nico, che consentiranno la pubblicazione degli atti; nonché, non da ultimo, alle colleghe ed ai colleghi di diversi Atenei italiani, che hanno accettato di relazionare e sono certo recheranno un importante contributo alla comune riflessione.

Mi pare opportuno, nella veste di responsabile scientifico del Convegno, proporre una breve introduzione.

Da tempo il tema dell'efficienza, dell'integrità e dell'indipendenza della Magistratura è stato affrontato non solo in chiave giuridica ma anche economica, per influenza dell'Unione Europea, che, a partire dal 2013 adotta a cadenza annuale un "quadro di valutazione della giustizia", basato essenzialmente su parametri quantitativi. Principalmente: la durata dei procedimenti (tempo stimato o medio in giorni necessario per definire una causa), il tasso di ricambio (rapporto tra il numero di cause definite e il numero di cause nuove) e il numero di cause pendenti (cause rimaste senza definizione alla fine dell'anno). Le informazioni fornite dal quadro di valutazione della giustizia hanno tale rilievo per l'economia europea che vengono considerate ai fini del semestre europeo, cioè del ciclo annuale di coordinamento delle politiche economiche dell'Unione europea, e possono indurre la Commissione europea a proporre al Consiglio raccomandazioni specifiche per Paese in merito al miglioramento dei sistemi giudiziari.

Il principio di efficienza, riconosciuto come valore di rilievo costituzionale solo a partire dall'ultimo decennio del '900 anche nel diritto amministrativo

* Il presente intervento, in considerazione della sua natura, non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

(prima essendo confinato agli studi aziendalistici) ed individuato nella previsione costituzionale di “buon andamento” della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2, Cost.), di recente è assunto al ruolo di principio guida per tutta la funzione pubblica, andando ad investire anche la funzione giurisdizionale, tradizionalmente considerata estranea a simili logiche. Si può leggere, da questo punto di vista, un segno della progressiva omogeneizzazione dei valori regolatori della sfera pubblica, che ha visto declinare principi simili nelle sue diverse articolazioni, come già avvenuto, ad esempio, per il principio del “giusto processo”, acquisito all’agire della pubblica amministrazione come “giusto procedimento” e da ultimo alla funzione legislativa come “giusto procedimento legislativo”. Così, si è vista l’applicazione della logica efficientista, già con fatica fatta propria dalla pubblica amministrazione negli ultimi tre decenni, anche alla giustizia, sulla scorta della chiara influenza delle istituzioni euro-unitarie, peraltro evidentemente preoccupate di fronte ai tempi talora lunghissimi della soluzione delle controversie giudiziarie in alcuni Paesi dell’Unione, fra cui indubbiamente l’Italia, che di fatto finiscono per incidere sulla stessa tenuta del mercato comune.

Tuttavia, l’efficientamento del sistema giudiziario non può essere ottenuto a scapito della fondamentale garanzia di indipendenza e imparzialità delle magistrature, che si configura come essenziale presidio dello Stato di diritto e che trova nell’autogoverno delle stesse magistrature il proprio principale strumento di garanzia.

Il convegno, intitolato “Efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature”, intende indagare proprio il tema dell’efficientamento nel suo rapporto con l’imparzialità e l’indipendenza delle magistrature, connotandosi per un approccio sinottico, teso cioè a ricostruire lo stato dell’arte riferito non solo alla magistratura ordinaria, ma anche alle principali magistrature speciali, da quella contabile a quella amministrativa, da quella militare a quella tributaria.

Ecco perché le relazioni previste nel convegno seguono un filo logico, che consente di declinare un percorso ideale già tracciato nelle sue linee essenziali e che sarà evidenziato, sin dall’intervento introduttivo della prof.ssa Anna Maria Nico, dell’Università di Bari: dall’analisi quantitativa del dato, affidata all’economia (Marco Maria Sorge, Università di Salerno), all’*input* euro-unitario, che enfatizza il valore dell’efficienza per l’amministrazione della giustizia (Filippo Donati, Università di Firenze), a sua volta declinato anche con specifico riferimento ai sistemi giudiziari del Sud Europa (Luca Verzelli, Università di Milano – Bicocca); alla valutazione di come i ritardi della giustizia incidano sulla realizzazione dei diritti sul piano costituzionale (Luca Longhi, Università Pegaso). Il tema dell’efficienza della giustizia sarà, quindi, affrontato da quattro specifiche angolature: quello dell’applicazione degli algoritmi ai processi come via per l’efficientamento della funzione e lo smaltimento degli arretrati (c.d. “giustizia predittiva”, di cui parlerà

la collega Virginia Zambrano, Università di Salerno), declinato anche nell'ottica della protezione dei dati (Erik Longo, Università di Firenze); quello della "riforma Cartabia", dal punto di vista della concreta applicazione del nuovo "ufficio del processo" (di cui si sta occupando come assegnista di ricerca presso l'Università di Pisa, il dott. Antonio Cremone); dal punto di vista particolare della giustizia amministrativa (ne parlerà Giancarlo Sorrentino, Università di Salerno); fino ad arrivare al tema della valutazione dei giudici, che rappresenta evidentemente il punto di ricaduta essenziale del processo di efficientamento, nella misura in cui non si può ipotizzare l'applicazione del principio di efficienza se la funzione cui si riferisce è in qualche modo sottratta alla valutazione (ne parleranno il dott. Vincenzo Senatore, Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, con un approccio diacronico; ed il sottoscritto, rileggendo il fenomeno della "professionalità efficiente" del giudice nell'ottica del più generale processo di omogeneizzazione della funzione pubblica, cui prima facevo riferimento).

L'efficienza, tuttavia, non è riferibile alla funzione giudiziaria senza che trovi adeguati contemperamenti in altri principi, che tradizionalmente la connotano, a partire da quelli di indipendenza e imparzialità, che a propria volta presuppongono forme di autogoverno dei giudici. Ecco perché il percorso culturale, disegnato con il convegno che oggi si apre, nella sua seconda sessione punta direttamente ad affrontare proprio il nodo del rapporto fra l'efficienza e l'indipendenza dei giudici. Con il coordinamento del prof. Alfonso Vuolo, dell'Università di Napoli Federico II, saranno così affrontati i temi dei diritti politici dei magistrati (Paola Mazzina, Università di Napoli Parthenope), della responsabilità disciplinare nell'esercizio della funzione giurisdizionale (Maria Grazia Nacci, Università di Bari, con riferimento alla recente vicenda dell'esercizio dell'azione disciplinare del Ministro Nordio nel caso Uss) e, infine, in un'ottica più generale, dell'indipendenza delle varie magistrature (Antonio D'Aloia, Università di Parma).

Quest'ultimo intervento introduce idealmente la tavola rotonda sull'autogoverno delle magistrature, cui parteciperanno esponenti del CSM (Roberto Romboli, Università di Pisa), del Consiglio della Magistratura Militare (Maria Michela Teresa Mazzilli), del Consiglio di Presidenza della Giustizia Contabile (Vito Mormando, Università degli Studi di Bari), del Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa (Francesco Urraro), del Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria (Alessio Lanzi, Università di Milano-Bicocca). La peculiarità di questa tavola rotonda consiste nel far riflettere almeno un componente di tutti gli organi di autogoverno delle magistrature italiane sulla ricaduta che l'applicazione del principio di efficienza alla giustizia potrà comportare sul modo stesso di intendere la funzione degli organi di cui sono componenti.

Buon lavoro!

SESSIONE PRIMA

L'efficienza delle magistrature
tra dimensione euro-unitaria
e nazionale

L'efficienza della giustizia nelle riforme processuali*

ANNA MARIA NICO

1. La sessione che presiedo questo pomeriggio affronta un profilo delle magistrature che riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale nella specifica accensione della efficienza. Un aspetto piuttosto problematico che investe una questione di atavica connotazione e per tale ragione viene sovente toccata dalle riforme legislative finalizzate a riordinare la funzione per rendere efficiente il processo. È noto che la costante ricerca di una soluzione normativa per l'attuazione di un processo realmente efficiente è dovuta alla necessità di garantire l'effettività della tutela dei diritti¹.

Se si pensa, ad esempio, al processo civile, già Chiovenda auspicava una riforma del codice del 1865 che rendesse il processo efficiente nei confronti del soggetto parte della causa qualora lo Stato, quale soggetto istituzionale preposto alla gestione dell'apparato giudiziario, si considerasse "interessato nel processo civile; non certo alla singola lite, ma a questo, *che la giustizia in ogni lite sia la più pronta e la migliore possibile*"².

Sebbene non venisse utilizzata espressamente la locuzione "ragionevole durata del processo" o la più ampia "giusto processo" per indicare quei principi che insieme avrebbero potuto rendere più spedita l'attività processuale, si riteneva che la possibile soluzione potesse riguardare non tanto la qualificazione del processo (dovendosi ritenere implicita la giustezza del processo³), bensì la sua struttura,

* Il presente saggio non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

¹ Come è stato osservato da M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 10.10.2014, 51, "la giurisdizione (...) non può essere valutata in termini di efficienza come qualsivoglia funzione amministrativa. Tuttavia, tra effettività ed efficienza vi è un rapporto che trascende l'etimologia e che fa della seconda – si è detto – la condicio sine qua non della prima. Si pone, insomma, un problema di funzionamento della macchina quale presupposto pratico del corretto assolvimento della funzione"

² G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 686; Id., *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto di Orlando di riforme processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 28 ss.

³ Secondo P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005, 79, l'espressione *giusto processo* non sarebbe proprio felicissima "potendosi rilevare da un lato la sua tautologia, qualora non si muova dalla pessimistica premessa che ogni processo sarebbe o tenderebbe di per sé a manifestarsi come ingiusto; dall'altro lato, costatandosi, invece, la sua improprietà per il fatto che la giustizia dovrebbe essere qualità del risultato e non dello strumento impiegato per ottenerlo". S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo*, Milano, 2001, 16. N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in M. G. CIVININI, C. M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, 45, invece,

nel senso che la sua corretta articolazione avrebbe potuto assicurare un risultato processuale giusto. Tale strumento veniva individuato nel principio dell'oralità, l'unico in grado di contenere in sé quello dell'immediatezza, della concentrazione e della non appellabilità delle decisioni interlocutorie⁴.

Com'è noto, l'auspicata riforma del processo civile del 1865, tesa all'introduzione dei principi del processo orale, non ebbe totale accoglimento nel codice di procedura civile del 1942 che, dunque, venne ad assumere soltanto parzialmente le relative caratteristiche. La dottrina dominante dell'epoca, seppur orientata verso un codice di procedura civile ispirato totalmente ai principi del processo orale, non mancò tuttavia di manifestare la soddisfazione per i miglioramenti che comunque il processo civile aveva ottenuto, dovendo imputare le difficoltà di una completa attuazione della riforma non tanto all'esito legislativo della riforma stessa, quanto ad una inefficienza dell'apparato burocratico-amministrativo della giustizia incapace di far fronte al nuovo assetto giuridico⁵.

Nonostante le sollecitazioni dottrinarie, nonché l'adozione del nuovo codice del processo civile, entrambi protesi a realizzare un processo ispirato alla speditezza o, per utilizzare un termine attuale, ad una sua conclusione in tempi "ragionevoli", nessuna traccia, però, almeno espressa, di tale esigenza è rintracciabile nella Costituzione del 1948, che all'art. 24 specificamente si occupa del diritto di difesa. La stranezza di ciò non risiede tanto nel fatto che una costituzione non preveda alcunché al riguardo, quanto nella circostanza che il dibattito dottrinario sulla questione della riforma del processo civile, tesa a renderlo efficiente, sia stato quasi contemporaneo ai lavori dell'Assemblea costituente. Si è dovuto attendere la riforma costituzionale del 1999, come si vedrà, per ottenere l'espressa previsione – a livello costituzionale – del principio della ragionevole durata del processo.

ritiene che bisogna "superare l'equivoco del carattere tautologico della nozione di 'giusto processo'. Quella nozione va collegata con il grande movimento culturale ed istituzionale che nell'Europa del secondo dopoguerra, non solo sul piano teorico e speculativo ma anche sul piano pratico ed operativo, mira a dare concretezza all'idea che 'giusto' non è qualunque processo che si limiti ad essere 'regolare' sul piano formale. Giusto è il processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali ed i valori condivisi dalla collettività; e tale è il processo che si svolge davanti ad un giudice imparziale nel contraddittorio di tutti gli interessati in un 'tempo ragionevole' come appunto stabilisce il nuovo art. 111 Cost."

⁴ Così E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, I, 40.

⁵ CALAMANDREI P., *Oralità nel processo*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, 178 ss.; CARNELUTTI F., *Intorno al progetto preliminare del Codice di procedura civile*, Milano, 1937; Id., *Caratteri del nuovo processo civile italiano*, in *Riv.dir. proc. civ.*, 1941, 35 ss.; SATTA S., *Riflessioni sul nuovo codice di procedura civile*, in *Jus*, 1940, 93 ss.; Id., *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1947, 45 ss.; SEGNI A., *Intorno al nuovo procedimento civile*, in *Jus*, 1940, 80 ss. Un orientamento contrario al processo orale lo si può ricondurre a MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, Torino, 1921; Id., *Per il nuovo Codice di procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, 183 ss. e REDENTI E., *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, 177 ss.

Da questo punto di vista, la riforma costituzionale dell'art. 111 della Cost., intervenuta con la legge di revisione n. 2 del 23.11.1999, costituisce il momento iniziale dal quale poter indagare il tema in quanto, senza considerare gli specifici commi (dal 3 al 5) che fanno riferimento al processo penale, il primo e il secondo comma hanno espressamente contemplato oltre ai principi del contraddittorio tra le parti, della condizione di parità processuale, della terzietà ed imparzialità del giudice, quello del giusto processo e della sua ragionevole durata. Quest'ultimo in particolare rifacendosi all'art. 6 della Cedu, da cui ha tratto impulso la riforma costituzionale citata.

In particolare, l'art. 111 della Costituzione nella parte in cui ha contemplato la ragionevole durata del processo, contiene una riserva di legge (*"la legge ne assicura la ragionevole durata"*) la quale ha determinato l'adozione della c.d. Legge Pinto (Legge 24 marzo 2001, n. 89). Non potendomi soffermare in questa sede sul suo contenuto e poi sulle sue successive modificazioni⁶, tutte finalizzate a introdurre procedure più veloci per il pagamento degli indennizzi, nonché sulla sua applicazione, si deve però rilevare che il dettato normativo in parola "non è rivolto alla accelerazione dei procedimenti giudiziari, ma è dichiaratamente chiamato ad intervenire solo quando tale obiettivo non risulti raggiunto, cioè quando lo Stato non abbia tempestivamente e, comunque, entro tempi ragionevoli, reso giustizia"⁷.

2. Da tale momento sono intervenute numerose riforme, che hanno riguardato nello specifico l'efficientamento dei "processi", o perlomeno a ciò si sono ispirate; riforme tra le quali si possono annoverare sia quelle che hanno riguardato la giurisdizione ordinaria, sia quelle speciali.

2.a) Il processo civile è stato quello maggiormente attinto da interventi normativi, i quali sono stati adottati, per un verso, allo scopo di snellire i procedimenti giudiziari, per un altro a deflazionare il contenzioso già pendente, per un altro ancora a disincentivare la proposizione di nuovi giudizi.

Sotto tale ultimo profilo, uno dei primi interventi sul Codice del Processo civile (d'ora innanzi c.p.c.) è stato quello introdotto con la legge n. 69 del 2009, il cui art. 45, comma 10, ha modificato il secondo periodo dell'art. 91, comma 1, c.p.c.,

⁶ Cfr., Legge 27 dicembre 2006 n. 296, Legge n. 7 agosto 2012 n. 134, Legge 6 giugno 2013 n. 64, Legge 28 dicembre 2015 n. 208, Legge 21 ottobre 2021 n. 147, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

⁷ Sia consentito il rinvio a NICO A.M., *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Bari, 212, 77.

disciplinando un sostanziale inasprimento della condanna alle spese di lite per la parte soccombente del giudizio.

Nella stessa prospettiva l'art. 45, comma 12, della medesima della legge ha anche revisionato l'art. 96 c.p.c., prevedendo al terzo comma uno strumento di deflazione del contenzioso diverso rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata di cui ai primi due commi, consistente nella possibilità per il giudice di condannare – anche d'ufficio – la parte soccombente al pagamento di una somma ulteriore in ipotesi di lite temeraria. Con l'art. 47, inoltre, all'art. 360–bis c.p.c. è stato introdotto una sorta di “filtro” alla proponibilità di impugnazioni in Cassazione, disponendo che il ricorso è inammissibile se il provvedimento impugnato è conforme all'indirizzo giurisprudenziale prevalente della Corte di Cassazione. Infine, l'art. 51, ha considerato il procedimento sommario di cognizione, disciplinato dagli artt. 702–bis–702–quater c.p.c., quale rito alternativo a quello ordinario, per consentire la celere definizione di controversie di competenza del tribunale monocratico che richiedono un'istruzione sommaria.

Sempre al fine di conseguire l'obiettivo di deflazionare il contenzioso, inoltre, l'art. 5, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 28/2010 ha disciplinato l'istituto della mediazione obbligatoria, così introducendo sostanzialmente una ulteriore condizione di procedibilità della domanda giudiziale (consistente, appunto, nel necessario ed obbligatorio preventivo esperimento di un procedimento di mediazione che, peraltro, la riforma Cartabia ha esteso anche a materie inizialmente non previste).

Appare di tutta evidenza che gli istituti appena descritti, se da un lato appaiono ispirati (almeno tendenzialmente) a scopi che potrebbero essere anche condivisibili, dall'altro lato finiscono con il tradursi sempre più spesso in possibili violazioni del diritto ad una efficace tutela giurisdizionale, quanto meno nella misura in cui il loro risultato sostanziale non è tanto quello di deflazionare o accelerare i procedimenti giudiziari, quanto quello di rendere più gravoso ed incerto l'accesso alla giustizia (anche in termini economici: si pensi ai continui aumenti del contributo unificato, che hanno raggiunto in alcuni settori, come quello degli appalti, livelli ormai insostenibili per chi intenda proporre un giudizio, come si avrà modo di sottolineare meglio più oltre), in aperta violazione dell'art. 24 Cost.

Ed è proprio questa, in effetti, la reale prospettiva di lettura (e non quella della ipotetica *intentio legis*) alla luce della quale possono essere interpretate anche altre misure finalizzate a contenere la proposizione delle azioni giudiziarie, come quelle previste dall'art. 54 del D.L. n. 83 del 2012, convertito in Legge n. 134 del 2012, il quale ha contemplato l'inammissibilità dell'appello che non ha “una ragionevole probabilità di essere accolto”; o come quella prevista dal D.L. n. 69/2013, convertito dalla Legge n. 98 del 2013, che ha reintrodotto le disposizioni sul carattere obbligatorio della mediazione pur affermandone la natura transitoria e

sperimentale (per 4 anni, fino al 21 agosto 2017). Così come le stesse considerazioni potrebbero valere, analogamente, per l'art. 185-bis c.p.c., che ha considerato l'ipotesi in cui il giudice, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, possa formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa.

Peraltro, è proprio con gli stessi parametri che possono essere osservati (giungendo a non diverse conclusioni) anche quegli ulteriori strumenti finalizzati ad una diversa organizzazione dell'attività giurisdizionale (quale l'art. 50 del D.L. n. 90/2014 che "al fine di garantire la ragionevole durata del processo" ha costituito il c.d. "ufficio per il processo" presso i Tribunali ordinari e le Corti d'appello), o finalizzati ad alleggerire il carico di lavoro dell'amministrazione giudiziaria – tipico istituto deflattivo del contenzioso – come quello introdotto dalla Legge n. 162/2014 (Misure urgenti sulla degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), con cui è stata regolamentata la negoziazione assistita, espressamente introdotta nel nostro ordinamento al fine (ipotetico) di alleggerire il carico degli uffici.

Né, ancora, possono essere dimenticati anche quegli ulteriori interventi, quali la riduzione del periodo di sospensione feriale dei termini processuali (portata dalla modifica dell'art. 1 della legge n. 742 del 1969, per cui il periodo di sospensione feriale, precedentemente fissato "dal 1° agosto al 15 settembre di ciascun anno", è oggi passato al periodo "dal 6 al 31 agosto di ciascun anno"), o la generalizzazione dell'uso della trattazione camerale – disciplinata dal nuovo art. 380-bis.1 c.p.c. – nei procedimenti civili davanti alle sezioni semplici della Corte di Cassazione (disposta dal D.L. n. 168 del 2016, convertito in legge n. 197 del 2016), o il tentativo di decongestionare il carico di lavoro dei tribunali ordinari attraverso l'ampliamento della competenza per valore e per materia del giudice di pace (disposto dal D.lgs. n. 116 del 2017).

Così come ai medesimi rilievi non sembrano sfuggire, infine, anche le modifiche da ultimo introdotte con il D.lgs. n. 150 del 2022 (la c.d. "riforma Cartabia"), che è intervenuto sul c.p.c. nella parte in cui ha previsto il deposito *ex ante* all'udienza di comparizione delle memorie ex art. 183 c.p.c. di trattazione ed istruttorie: i nuovi termini sono stabiliti a pena di decadenza e dovrebbero consentire al giudice di regolare l'andamento del processo in modo (teoricamente) più rapido ed efficiente possibile (salvo poi rilevare, nella effettiva realtà processuale, che tale modifica si traduce in effetti in innumerevoli e continui rinvii delle udienze). E nella stessa prospettiva, inoltre, potrebbero essere lette le ulteriori norme della riforma in questione relative alla previsione del rito semplificato (artt. 281-decies c.p.c. e ss.) nelle cause di pronta soluzione, quando i fatti non sono controversi o quando si richiede una "istruzione non complessa" ed alla (presunta)

semplificazione del processo dinanzi al giudice di pace e del giudizio di appello e in Cassazione, con un procedimento accelerato per la definizione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati.

2. *b*) Come quello civile, anche il processo penale negli ultimi anni è stato interessato da numerosi interventi di riforma, a cominciare dalla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti), mediante la quale si è inteso introdurre una disciplina di favore nei confronti dei riti premiali deflattivi del dibattimento, per poi proseguire con la successiva Legge n. 134 del 2003 sul c.d. “patteggiamento allargato”, con la quale è stata ampliata le possibilità per l'imputato di accedere ad una soluzione premiale, con riflessi rilevanti sul piano dell'economia processuale.

Su un piano diverso, ma parallelo, si registrano, poi, ulteriori interventi aventi anch'essi la finalità di alleggerire il carico della magistratura penale, ma questa volta agendo sul diverso fronte della riduzione delle fattispecie penalmente rilevanti, in modo da ridurre la necessità di intervento del giudice.

Si allude, in proposito, anzitutto al D.lgs. n. 28 del 2015, con il quale si è introdotta una causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.), che costituisce altresì strumento di alleggerimento del carico sugli uffici giudiziari, consentendo l'archiviazione del procedimento nei casi in cui l'ordinamento non abbia interesse a perseguire il fatto di reato, in ragione dell'esiguità dell'offesa. Con lo stesso scopo sembrano poi perseguire anche il D.lgs. n. 7 del 2016, che ha previsto l'abrogazione di taluni reati di minor allarme sociale, introducendo – in luogo della sanzione penale – una sanzione pecuniaria civile ed il D.lgs. n. 8 del 2016, che ha determinato la depenalizzazione di alcuni reati, trasformati in illeciti amministrativi.

Parallelamente, con la riforma Orlando (Legge 3 agosto 2017, n. 103) si è proceduto alla introduzione di una nuova disciplina della prescrizione e con la Legge 12 aprile 2019 n. 33 è stato consentito all'imputato di richiedere il giudizio abbreviato, nei casi in cui si proceda per delitto punito con la pena dell'ergastolo e qualora il giudice definisca giuridicamente il fatto in maniera diversa dalla qualificazione giuridica enunciata dall'imputato.

Infine, con il D.lgs. n. 150 del 2022 (c.d. riforma Cartabia), si è proceduto a rafforzare il filtro dell'udienza preliminare, a potenziare i riti semplificati che eliminano il dibattimento, a perseguire la cartolarizzazione delle impugnazioni, prevedendo l'istituto dell'improcedibilità. Si è introdotto, inoltre, a pena di improcedibilità – a decorrere dal 1° gennaio 2025 – il termine massimo di due anni di durata del giudizio di appello e di un anno per il giudizio di cassazione (termini sostanzialmente corrispondenti a quelli di ragionevole durata, previsti dalla “legge Pinto” per i rispettivi gradi di giudizio).

Appare di tutta evidenza, negli atti normativi sopra citati, la finalità perseguita dagli stessi, ovverosia quella di tentare di deflazionare il carico giudiziario penale, oltre che quella di cercare di raggiungere una maggiore effettività della sanzione. Naturalmente, come nei casi in precedenza esaminati, anche in questi le “buone intenzioni” del legislatore dovranno superare il vaglio della pratica processuale, che resta l’unico indefettibile parametro di riferimento per valutare l’effettiva correttezza delle soluzioni normative introdotte, che, come si è già visto, non sempre si traducono in un sostanziale miglioramento del funzionamento del sistema giustiziale.

2.c) Non diversamente da quanto verificatosi per il processo civile anche il processo amministrativo ha subito una serie di numerose riforme finalizzate alla accelerazione dei contenziosi, sebbene le problematiche ivi presenti non fossero della medesima entità.

Già prima della adozione del Codice del Processo Amministrativo (d’ora innanzi c.p.a.), l’art. 54 del D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, aveva modificato il dettato dell’art. 9, comma 2, della Legge n. 205/2000, introducendo una nuova ipotesi di perenzione del ricorso. In particolare, è stato ridotto a cinque anni il periodo di tempo decorso il quale la segreteria comunica alle parti costituite apposito avviso ed è fatto onere al ricorrente di presentare nuova istanza di fissazione di udienza.

Dopo l’entrata in vigore del c.p.a. (D.lgs. n. 104/2010) – il cui art. 2 prevede espressamente che “Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’articolo 111, primo comma, della Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo” – sono intervenute talune riforme dello stesso codice (cc.dd. primo e secondo correttivo del codice, rispettivamente con il D.lgs. 15.11.2011, n. 195 e con il D.lgs. 14.9.2012, n. 160), finalizzate, ad esempio, a sanzionare la parte soccombente che ha agito o resistito temerariamente in giudizio, o che abbia proposto motivi manifestamente infondati (Legge n. 114/2014) oppure non abbia rispettato i principi di chiarezza e sinteticità degli atti processuali (art. 26 c.p.a.).

Anche il graduale (ed a volte abnorme) innalzamento dell’importo del contributo unificato dovuto ai sensi del D.P.R. 30.5.2002 n. 115⁸ ha avuto chiaramente il precipuo scopo di disincentivare la proposizione di ricorsi giurisdizionali (da

⁸ Su tale aspetto cfr. R.G. RODIO, *Alcuni rilievi costituzionali sul contributo unificato nel processo amministrativo*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 1 ss. e Id., *Costi processuali, accesso alla giustizia e diritto di difesa: la Corte costituzionale nuovamente chiamata a pronunciarsi sul contributo unificato*, in *Diritti-fondamentali.it*, 2017, 1 ss.

ultimo con la Legge 24.12.2012 n. 228), sempre al fine – più o meno esplicito – di ridurre il carico giurisdizionale pendente attraverso la diminuzione dei nuovi ricorsi proposti.

Si è intervenuto altresì sull'accelerazione dei processi attraverso la dimidiazione di taluni termini per i giudizi trattati in camera di consiglio (art. 87 c.p.a.), così come si è anche provveduto a sostituire l'art. 120, comma 6, del D.Lgs. n. 104 del 2010 (Legge 11 agosto 2014, n. 114) disponendo che nelle controversie relative all'affidamento di pubblici lavori, servizi o forniture, “il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”. Sono state altresì inserite nuove materie nell'elenco di cui all'art. 119 per le quali è prevista la trattazione con il rito abbreviato (da ultimo l'elenco è stato ampliato dall'articolo 22, comma 2, lettera a), del D.Lgs. 6 dicembre 2023 n. 224). Così come anche la Legge 6 agosto 2021 n. 113 ha significativamente modificato la disciplina del processo amministrativo al fine di garantire una sua maggiore speditezza (l'art. 72-bis ha infatti previsto termini più brevi per la trattazione in camera di consiglio dei ricorsi che il presidente ritenga di immediata definizione; il comma 1 bis dell'art. 73, ha disposto che il rinvio della trattazione della causa è possibile solo in casi eccezionali; mentre l'art. 79 ha affidato al presidente l'adozione del decreto per la dichiarazione di interruzione e sospensione del processo; l'art. 82 ha ridotto i termini per la dichiarazione di interesse per la perenzione dei ricorsi ultraquinquennali e l'art. 87, comma 4, ha statuito l'obbligo di svolgimento da remoto per talune tipologie di udienze per lo smaltimento del ruolo).

Parallelamente a quanto avvenuto nel giudizio civile, infine, anche nel processo amministrativo l'art. 8 del D.L. n. 168/2016 (convertito nella Legge 25 ottobre 2016, n. 197) ha introdotto a supporto dell'attività dei magistrati amministrativi, nuove strutture organizzative denominate “ufficio per il processo” per “garantire la ragionevole durata del processo e la piena attuazione del processo amministrativo telematico”.

2.d) Con riferimento, invece, al processo contabile l'art. 3 del D.lgs. 26 agosto 2016 n. 174 ha espressamente previsto che “nell'ambito della giurisdizione contabile, il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice contabile di ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti, a garanzia della ragionevole durata del processo contabile”, sicché il D.lgs. n. 174/2016 ha introdotto riti alternativi e semplificati, anch'essi con funzione deflattiva del contenzioso.

3. Orbene, il quadro così sinteticamente delineato mostra un chiaro intento di rendere (almeno tendenzialmente) più efficiente la giustizia, in tutte le sue declinazioni, e ciò non solo, come anticipato, per rendere effettivi i diritti e la loro tutela, ma anche perché nel tempo ha assunto un ruolo chiave anche la stretta interrelazione che esiste tra giustizia ed economia e, più in generale, tra diritto ed economia. Un sistema processuale lento ed inefficiente costituisce infatti un freno per l'economia laddove si consideri la poca propensione degli operatori economici ad investire in Paesi con una evidente incapacità di assicurare una giustizia in tempi ragionevoli⁹. Ciò sta a significare che accanto ai canoni tradizionali che da sempre hanno visto i principi di imparzialità e indipendenza quali connotati ineludibili della funzione giurisdizionale, si è affiancato sempre più anche quello dell'efficienza del sistema, che fino ad un certo momento era una prerogativa costituzionale della sola pubblica amministrazione. La *performance* della giustizia negli Stati membri ha assunto un significativo rilievo per l'Unione europea, che sin dal 2013 per la definizione del semestre europeo ha individuato dei precisi parametri di valutazione della funzione. Purtuttavia è chiaro che anche in tale diversa visione le fondamentali garanzie di indipendenza e imparzialità della magistratura non possono in alcun modo essere posposte dinanzi ad altri principi altrettanto fondamentali, come quello della ragionevole durata del processo, ma devono necessariamente concorrere tra loro al fine di raggiungere l'obiettivo primario, costituito dalla realizzazione di un giusto processo.

⁹ L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2014.

Efficienza, integrità e indipendenza della Magistratura: una prospettiva economica*

MARCO MARIA SORGE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Teorie economiche sul ruolo della magistratura nei processi di determinazione delle politiche pubbliche. – 2.1 Autorità giurisdizionale e persistenza delle politiche pubbliche. – 2.2. Autorità giurisdizionale e deterrenza degli accordi illeciti. – 3. Un semplice modello formale. – 4. Conclusioni.

1. La separazione dei poteri è, senza dubbio alcuno, uno dei principi cardine del costituzionalismo liberale, riconducibile all'elaborazione dottrinale della struttura politico-istituzionale di Montesquieu, il quale soleva enfatizzare l'opportunità di affidare le funzioni fondamentali dello Stato a organi distinti, in posizione di reciproca indipendenza; e al pensiero giusnaturalistico di Locke, che pur riconducendo il potere giudiziario, in ossequio alla tradizione del *common law*, all'alveo del potere esecutivo, identificava una netta linea di demarcazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, tra il potere politico, più o meno responsabile di fronte al popolo, da un lato, e l'insieme di privilegi, principi e facoltà che il diritto sottrae alla sfera del primo e che pertanto si presume assurgano a limite giuridico all'esercizio delle funzioni di direzione politica, dall'altro.

Pur muovendo da prospettive d'inquadramento non sempre sovrapponibili, la scienza economica si affianca alla disciplina giuridica nel riconoscere alla magistratura un ruolo istituzionale distinto dalla gestione delle competenze funzionali dello Stato. La medesima struttura fondamentale della democrazia costituzionale implica una chiara separazione concettuale tra (1) la Costituzione, che definisce i diritti delle persone e delle comunioni di persone, e identifica le regole alle quali decisioni collettive devono conformarsi; (2) le istituzioni della "legge", che valutano le pretese contrastanti avanzate all'interno di tale insieme di diritti e di regole; e infine (3) il processo decisionale pubblico, che verosimilmente tende a obiettivi generali di interesse pubblico (welfare sociale), nel rispetto delle norme previste dalla Costituzione. È in siffatto contesto di reciproca interazione che si dipanano regole di comportamento e vincoli alle libertà individuali e collettive, i quali plasmano, all'interno di un corpo sociale complesso, i processi di

* Il presente saggio non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

scelta razionale degli operatori economici, siano essi privati (famiglie, imprese) o pubblici (Governo).

Il controllo giurisdizionale da parte di tribunali indipendenti è dunque considerato una componente importante dei meccanismi formali di *checks and balances* che fungono da baluardo istituzionale contro potenziali abusi di potere da parte dei rami esecutivo e legislativo. Numerose ricerche in campo economico hanno fornito approfondimenti significativi sui fattori che definiscono il coinvolgimento dei tribunali, in particolare Corti supreme o loro equivalenti, nella determinazione di scelte collettive attraverso la revisione giudiziale delle politiche adottate dagli altri organi fondamentali dello Stato. In siffatto contesto, il controllo giurisdizionale dell'esercizio delle funzioni politiche si sostanzia nell'esame della compatibilità delle misure approvate dal legislatore e attuate dal potere esecutivo rispetto al corpo delle norme sancite in Costituzione.¹

Il presente lavoro intende porre enfasi su uno dei temi meno dibattuti, e tuttavia di notevole interesse scientifico, in seno all'analisi di political economy e alla moderna teoria della potestà giudiziale, e cioè quello del controllo giudiziario delle attività di distorsione delle funzioni di governo, e dunque, in più ampia prospettiva, il tema del disegno costituzionale dei poteri di uno Stato democratico. Più precisamente, oggetto di interesse è il ruolo che la struttura dell'organismo giuridico gioca nel determinare il livello di permeabilità del sistema politico a interessi privati, in un contesto in cui le politiche pubbliche emergono quale risultato di un processo di interazione tra Governo, l'autorità giudiziaria stessa e determinati gruppi organizzati di pressione.

Il dato di partenza è il rilievo dei fenomeni di lobbying nella politica di governo o, meglio, l'influenza che gruppi di interesse possono esercitare nella determinazione delle politiche pubbliche attraverso contributi elettorali, voti, promesse implicite di favori futuri alle istituzioni preposte, informazioni privilegiate, o altre forme più seducenti di incentivazione pecuniaria. Tale fenomenologia è di certo pervasiva nelle moderne democrazie occidentali, dove spesso – ed è il caso degli

¹ Altro tema centrale nella letteratura economica concerne la relazione causale tra indipendenza della magistratura e crescita economica. L.P. FELD – S. VOIGT, *Economic growth and judicial independence: Cross-country evidence using a new set of indicators*, in *European Journal of Political Economy*, 2003, hanno recentemente costruito due indicatori capaci di fornire una misura quantitativa (susceptibile, quindi, di analisi empirica) di indipendenza dell'organismo giuridico: un indicatore di indipendenza *de jure*, cioè l'indipendenza dei tribunali desumibile da documenti e atti giuridici; e un indicatore di indipendenza *de facto*. Usando dati rilevati in un campione rappresentativo di economie avanzate, tali autori mostrano che solo l'indicatore di indipendenza *de facto* ha un impatto (positivo) statisticamente significativo sulla crescita del PIL reale pro-capite, e che tale stima è robusta rispetto all'inclusione nel modello empirico di numerose altre variabili di controllo economico, giuridico e politico e alla procedura di costruzione dell'indice.

Stati Uniti d'America – assume forme istituzionalizzate e contorni di legalità, ed ha conquistato una posizione prominente in seno all'analisi economica del disegno istituzionale ottimo. In prospettiva teorica, vi è una vasta letteratura tematica che analizza il ruolo del decisore pubblico qualificandolo come una sorta di *auctioneer*, ossia un banditore d'asta che riceve offerte dalle varie *constituencies* presenti nel sistema socio-economico di riferimento; dove il prezzo implicito della procedura d'asta è determinato dal valore della tutela legislativa ottenuta. Lo scopo di tali lavori è sostanzialmente quello di esaminare le implicazioni, in termini di distorsione rispetto a una situazione astratta di allocazione efficiente ed equa delle risorse, di forme articolate di processi di *public policy-making* nei quali gruppi speciali di pressione, siano questi lobbies organizzate o altre forme di comunione di interesse, partecipano attivamente al fine di condizionare le decisioni politiche.²

Due considerazioni di carattere generale scaturiscono dalla disamina della letteratura e dal confronto delle implicazioni di quest'ultima e il dato reale. In primo luogo, la quasi totalità degli approcci teorici al tema in analisi identifica tipicamente un singolo soggetto responsabile della politica o livello o ramo di governo come soggetto ad influenza. Questo presupposto appare non pienamente coerente con strutturazione fattuale degli organismi pubblici, di norma organizzati in livelli gerarchicamente ordinati e composti da istituzioni distinte, ciascuna delle quali tipicamente gode di un certo grado di autonomia e potere decisionale. Una tale complessità di relazioni e gerarchie pubbliche offre naturalmente una molteplicità di punti di accesso al sistema di governo, nei quali i gruppi di interesse speciale possono, in linea di principio, inserirsi al fine di influenzare il processo decisionale pubblico; ed ha altresì implicazioni rilevanti sulla determinazione sul risultato stesso delle attività di lobbying, laddove essa promuove un'amplificazione dei costi associati (*id est* i gruppi di interesse potrebbero trovarsi nella necessità di influenzare più agenti al fine di ottenere una determinazione favorevole della politica) e ingenera reazioni in altri decisori pubblici la cui posizione/azione non può essere completamente controllata attraverso l'agente pubblico sul quale si sta facendo direttamente pressione. In secondo luogo, il risultato delle sollecitazioni esercitate su data istituzione può dipendere in maniera cruciale dalla capacità del gruppo di pressione di influenzare il processo ad un diverso livello decisionale o ramo di governo.

In tale contesto, la trattazione che segue ripropone in chiave critica le due principali ipotesi concettuali alla base dei modelli di *special interest politics* e *judicial*

² L'analisi dei meccanismi attraverso i quali gruppi organizzati di interesse – ossia, organizzazioni che agiscono per conto di un aggregato identificabile di sostenitori/elettori – influenzano posizioni e azioni delle istituzioni deputate alle scelte collettive nelle democrazie moderne va sotto il nome di *special interest politics*. Sul tema, *ex multis*, cfr. G.M. GROSSMAN – E. HELPMAN, *Special interest politics*, MIT Press, 2002.

review, che assegnano alla magistratura, alternativamente, il ruolo di baluardo della continuità degli accordi (legittimi) tra autorità pubbliche e organizzazioni private (cfr. W.M. Landes – R.A. Posner, *The independent judiciary in an interest-group perspective*, in *Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions*, WP No. 10, 1975); ovvero il ruolo di deterrenza *ex ante* di attività di corruzione (illecite) del processo decisionale pubblico (cfr. G. Albanese – M.M. Sorge, *The role of the Judiciary in the public decision-making process*, in *Economics & Politics*, 2012). La linea di demarcazione tra *lobbying* e corruzione è di fatto non chiaramente tracciabile; è ragionevole immaginare che le attività di *lobbying* riflettano la volontà di modificare regole e politiche prevalenti, laddove le attività di corruzione siano tese a eludere siffatte regole e politiche. Le due ipotesi a confronto, pertanto, non necessariamente riflettono posizioni contrastanti in merito al tema dell'ingerenza dei gruppi di interesse, privati o diffusi, nei processi di determinazione legislativa e di disegno delle politiche pubbliche.

Tali ipotesi, illustrate verbalmente nel prossimo paragrafo, saranno inquadrare in un coerente framework teorico di riferimento, capace di fornire indicazioni chiare in merito all'opportunità di salvaguardare i principi di indipendenza gerarchica e autonomia funzionale del potere giudiziario.

2. In tutti i casi in cui il confine tra attività di lobbying e corruzione politica è sottile, assumono rilievo significativo il rapporto fra capacità dei gruppi di pressione di interferire sulle funzioni di direzione politica, da un lato, e l'esistenza di un'istituzione pubblica, l'autorità giudiziale, cui compete l'applicazione dell'ordinamento normativo e che è dunque presumibilmente interessata alla fenomenologia in analisi, dall'altro.

La trattazione economica della politica quale risultante delle negoziazioni tra autorità dello Stato e gruppi speciali di interesse respinge la chiave di lettura, diffusa tra gli scienziati politici, secondo la quale la Suprema Corte sia, oltre che una istituzione della legge, anche e soprattutto un organismo politico alla stregua del Parlamento e del Governo, giacché opera in qualità di agente dei gruppi di interesse non adeguatamente rappresentati da altri organi statali, segnatamente quelli meno influenti all'interno della società civile (cfr. R.A. Dahl, *Decision-making in democracy: The Supreme Court as national policy-maker*, in *Journal of Public Law*, 1957; M. Shapiro, *Law and politics in the Supreme Court: New approaches to political jurisprudence*, Pp. xi, 364. New York: Free Press of Glencoe, 1964).

Avverso tale concezione due teorie alternative, che riconciliano la nozione di una magistratura indipendente – in conformità ai principi costituzionalmente garantiti – con una rappresentazione del potere politico che enfatizza l'importanza dei gruppi

di interesse nella formazione delle politiche pubbliche, sono state avanzate in letteratura. Tali costrutti teorici condividono l'intuizione secondo la quale l'esistenza di una magistratura indipendente sia pienamente coerente con, se non funzionale a, un sistema politico ove decisioni collettive emergono da complessi processi di negoziazione che piegano i meccanismi di redistribuzione della ricchezza della società (per esempio, attraverso il disegno della legislazione economica e/o misure di regolamentazione dei mercati) a favore degli interessi di gruppi organizzati di pressione. Se la prima (in ordine cronologico) ipotesi si sostanzia nell'attribuzione alla magistratura del ruolo di garante di stabilità delle politiche pubbliche nell'arena legislativa, la seconda sottolinea le funzioni di deterrenza *ex ante* e di accertamento e perseguimento *ex post* di accordi illeciti tra autorità politiche e gruppi di interesse.

2.1 È stato in precedenza rimarcato come, nella moderna scienza del governo basata sui gruppi di interesse, la legislazione (non soltanto in campo economico) viene plasmata sulla capacità di contribuzione dei gruppi o coalizioni che superano le offerte dei *competitors* alla ricerca di politiche favorevoli; ove il prezzo della contribuzione – che realizza l'incontro tra domanda e offerta di legislazione – incorpora il valore della tutela legislativa ottenuta. In buona sostanza, la legislazione viene “venduta” dal legislatore e “comperata” dai beneficiari della medesima. Se i contratti privati di compravendita, così come disciplinati da disposizioni di diritto civile, comportano sanzioni legali per inadempimento, e tali sanzioni costituiscono un fattore di disciplina della volontà delle parti di formulare una transazione, non esiste analoga previsione di conseguenze giuridiche per l'inosservanza delle (in)azioni delineate nel “patto” sottoscritto tra organo pubblico e portatori degli interessi privati. In altri termini, non esiste un dispositivo giuridico analogo a un contratto vincolante a lungo termine attraverso il quale l'autorità pubblica vigente possa impedire che si tenga assemblea legislativa successiva volta a modificare (se non ad abrogare) la legislazione in modo sfavorevole agli acquirenti della legislazione cogente, minando il valore atteso (e, dunque, la domanda) di tutela legislativa. Ebbene, secondo W.M. Landes e R.A. Posner (W.M. Landes – R.A. Posner, *The independent judiciary*, cit.), l'elemento di stabilità o continuità necessario alle attività di mediazione tra obiettivi pubblici e interessi privati viene fornito non tanto dalle norme procedurali del legislatore, che pur sono fonte di resistenza a mutamenti legislativi strutturali laddove intensificano la complessità (funzionale) e la dispendiosità (in termini di costi di transazione tra membri deputati alla scelta secondo le maggioranze prescritte) dell'azione promulgativa o abrogativa, quanto dall'esistenza di una magistratura indipendente. La legislazione, infatti, non è auto-apPLICATIVA: una magistratura che operi secondo dipendenza gerarchica e/o funzionale rispetto all'organo legislativo potrebbe rendere la tutela legislativa acquisita del

tutto inefficace, con effetto analogo a quello dell'abrogazione della norma relativa. E la plausibile incompletezza della tutela legislativa oggetto di compromesso, quale frutto degli alti costi di deliberazione, di fatto produce un margine considerevole di interpretazione a favore della magistratura dipendente, che finirebbe per essere impiegato per decodificare e applicare la legislazione in conformità con gli obiettivi del legislatore corrente piuttosto che con quelli del legislatore attuativo, diluendo gli incentivi *ex ante* (tanto per l'organismo pubblico quanto per i gruppi privati di pressione) nel partecipare alla contrattazione finalizzata alla determinazione legislativa. Per le medesime ragioni, se una magistratura indipendente interpreta e applica la legislazione in conformità con la lettera della legislazione originaria, allora l'indipendenza dell'organismo giuridico funge da condizione essenziale perché i processi di decisione collettiva fondati sul confronto pubblico-privato possano dispiegarsi senza particolari frizioni.

2.2 Se il grado di corrottibilità degli agenti pubblici si suppone dipendere dall'utilità attesa derivante a quest'ultimi dall'agire secondo un comportamento corrotto, una più elevata probabilità di identificazione e perseguimento di siffatto comportamento, connessa alla presenza e all'attività dell'autorità giudiziaria, dovrebbe essere correlata con livelli più bassi di corruzione politica. In altri termini, l'effetto di introdurre un organo di controllo e review del processo politico in un contesto nel quale quest'ultimo è la risultante di trattative negoziali tra i responsabili del processo, da un lato, e gruppi di interesse organizzati, dall'altro, sarebbe plausibilmente quello di ridurre la corruzione presente nel sistema in ragione della punibilità del soggetto corrotto o corruttore. Tuttavia, tale conclusione non considera il fatto che i giudici, come i politici, siano soggetti razionali con proprie preferenze da ottimizzare secondo le alternative disponibili, e che dunque l'agire di autorità giudiziarie indipendenti dall'esecutivo possa essere polarizzato da attività di lobbying intese ad allentare il vincolo della *judicial review* sul processo di *policy making*. Ne consegue che l'indipendenza istituzionale dell'autorità giudiziale potrebbe finire per potenziare, piuttosto che circoscrivere, l'influenza di gruppi di interesse su giudici interessati a contributi monetari o altre forme di incentivo. In questo quadro, l'istituzione di meccanismi di monitoraggio e *accountability* per la magistratura inquirente, così come il disegno di schemi di compensazione ottimali, assumono rilievo cruciale.

Alla luce di tali osservazioni, la recente letteratura teorica sull'interazione non strategica tra funzioni pubbliche fondamentali si è posta le seguenti domande di ricerca: in primo luogo, quali predizioni, in termini di cattura politica del legislatore, emergono da un framework formale all'interno del quale la capacità dei gruppi di interesse di interferire nel processo decisionale pubblico emerge

endogenamente dell'interazione tra incentivi e vincoli cui i primi soggiacciono, così come plasmata dalla presenza di una molteplicità di agenti pubblici eventualmente oggetto di influenza, e dall'attività di *judicial review* propria dell'autorità giudiziaria? In che misura, cioè, l'attività di lobbying è vulnerabile a siffatta attività di controllo? Più in generale, in questo contesto di influenza reciproca, cosa può concludersi sul requisito di indipendenza dell'autorità giudiziaria in tema di deterrenza e contrasto del fenomeno corruttivo?

In un recente articolo, G. Albanese e M.M. Sorge (G. Albanese – M.M. Sorge, *The role*, cit.) hanno dimostrato, avvalendosi di un modello di scelta razionale in condizioni di certezza nel quale le preferenze sottostanti il comportamento ottimizzante della magistratura inquirente è esplicitamente formalizzato, che esistono determinate condizioni, inerenti il grado di efficienza dei processi di decisione giurisdizionale, sotto le quali anche sistemi giudiziari non immuni a influenza privata possono contribuire a mitigare gli effetti della corruzione politica; e che l'indipendenza delle magistrature, pur affrancando quest'ultime da vincoli di supervisione per opera di altre istituzioni dello Stato, è condizione necessaria, ancorché non sufficiente, perché effetti di deterrenza di accordi illegittimi di *lobbying* possano trovare compimento.

Tali predizioni teoriche, che trovano supporto empirico³, riflettono l'esistenza di un *trade-off* tra integrità delle magistrature e loro discrezione nell'esercitare funzioni di controllo delle attività politiche e legislative, *trade-off* che muta in ragione del grado di indipendenza e dell'efficienza del sistema giudiziario.⁴ Quando gli obiettivi del legislatore o del Governo rispondono, tra altri fattori, alla pressione di gruppi di interesse organizzati, la presenza di una magistratura indipendente, anche se potenzialmente prona alla corruzione, rompe il canale negoziale esclusivo con l'autorità politica, e dunque indebolisce gli incentivi delle *lobby* a impegnarsi in un complesso processo di cattura delle istituzioni che si dipana su più livelli; l'incapacità di creare rendite sufficienti a garantire la stabilità dello scambio legislatore – gruppi di interesse può ridurre la corruzione totale presente nel sistema economico di riferimento. E tuttavia, giacché l'indipendenza espone la comunità ad un arbitrario esercizio di potere giurisdizionale che, per sua natura, non si può avvalere di una piena legittimazione democratica, è necessario che

³ Studi econometrici su gruppi di Paesi mostrano che le procure che dipendono dall'esecutivo fronteggiano incentivi diluiti nel perseguire i crimini commessi dai membri del governo, il che, a sua volta, fortifica gli incentivi di questi ultimi a perpetrare illeciti (A. VAN ACHEN – L. FELD – S. VOIGT, *Power over prosecutors corrupts politicians: Cross country evidence using a new indicator*, in *CESifo Working Paper Series* No. 2245).

⁴ L'efficienza della magistratura è qui intesa come la capacità di un sistema giudiziario di trattare casi penali in maniera professionale e secondo costi e tempi ragionevoli.

esistano dispositivi di *accountability* che limitino la discrezionalità degli interpreti delle leggi, favorendo imparzialità e equità delle decisioni; a tale proposito, l'analisi suggerisce che preservare l'efficienza dei sistemi giudiziari indipendenti ha la capacità di fungere da strumento per l'auto-applicazione della responsabilità giudiziaria, anche in presenza di giudici non integerrimi.

3. I due costrutti teorici richiamati nel precedente paragrafo possono essere inquadrati all'interno di un unico modello formale di riferimento, che consenta di apprezzare, qualitativamente, il ruolo chiave del requisito dell'indipendenza della magistratura per la determinazione delle politiche pubbliche che riflettono, in varia guisa, gli interessi privati manifestati dai gruppi organizzati di pressione.

L'ipotesi teorica avanzata da W.M. Landes e R.A. Posner (W.M. Landes – R.A. Posner, *The independent judiciary*, cit.) è rappresentata in Figura 1. Un equilibrio del processo di negoziazione tra autorità pubbliche e gruppi di interesse richiede che il beneficio marginale (al netto dei costi di organizzazione e transazione), conseguito dai gruppi in virtù dell'acquisizione di tutela legislativa favorevole (e.g. quote di importazione, tariffe agevolate, regolamentazione non vincolante), e che dunque misura la domanda di legislazione, sia uguale al costo marginale sopportato dal legislatore nel processo di confronto, decisione collegiale, deliberazione e promulgazione della stessa.

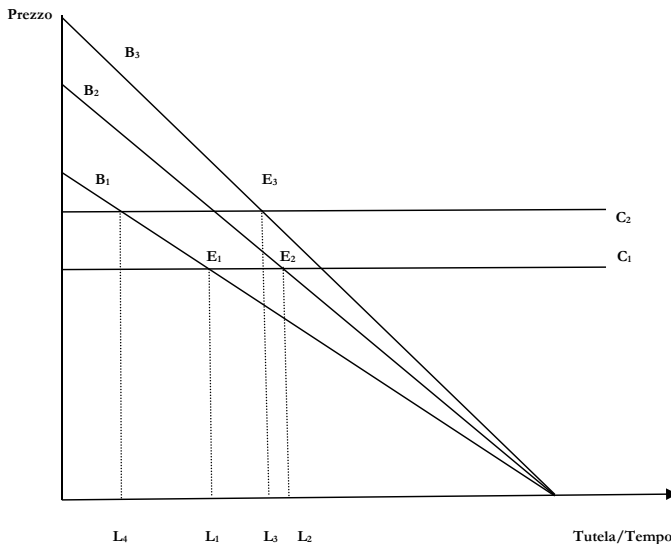


FIGURA 1

Per ragioni espositive, e senza perdita di generalità, si assuma tale costo sia costante (curva C_1 nella Figura 1), laddove i benefici marginali – quale misura della disponibilità dei diversi gruppi a contribuire al processo di determinazione legislativa – è rappresentabile quale curva decrescente nel livello di tutela legislativa negoziata (curva B_1 nella Figura 1), sotto l'ipotesi che tali benefici siano limitati nel tempo, in ragione della durata effettiva dell'apparato parlamentare. In tale “mercato” della *special interest politics*, l'equilibrio sarà determinato nel punto E_1 della Figura 1, in corrispondenza del quale la legislazione L_1 sarà offerta dal legislatore e acquistata dai gruppi di interesse, e tutti i guadagni derivanti dallo scambio saranno pienamente sfruttati in base al presupposto che l'oggetto di scambio (la tutela legislativa) possa essere revisionato, se non invalidato, al termine naturale della legislatura approvante.

Si assuma ora che i vantaggi derivanti dalla tutela legislativa si estendano oltre il periodo della legislatura approvante. Sotto l'ipotesi che tale tutela non sia mai abrogata e che il gruppo che ne abbia tratto beneficio preveda di ottenere profitti costanti lungo l'orizzonte temporale di programmazione, allora il contributo massimo che il gruppo sarà chiamato a onorare sarà pari al valore attuale di tali profitti. In Figura 1, la curva di domanda rilevante è ora B_2 , che è un multiplo verticale della curva di domanda B_1 . Supponendo altresì che (i) il costo associato alla promulgazione di legislazione permanente non ecceda il costo associato a determinazioni legislative temporanee, e che (ii) non esistano altri costi di transazione sul “mercato” in ragione del carattere continuativo della tutela legislativa, il nuovo equilibrio (di lungo periodo) sarà determinato nel punto E_2 .

Chiaramente, il livello di legislazione L_2 così determinato sopravvanzerà quello determinato da scambio temporaneo (ossia L_1), così come i benefici derivanti ad entrambe le parti coinvolte nell'interazione pubblico–privato, suggerendo che la probabilità di cattura effettiva delle istituzioni dello Stato da parte dei gruppi di pressione organizzati sia funzione crescente dell'aspettativa di persistenza della tutela legislativa oggetto di scambio. Ne consegue, pertanto, che il promulgatore/offerdente di tutela legislativa fronteggia incentivi rilevanti verso l'adozione di metodi e strumenti che consentano di intensificare la continuità fattuale della legislazione: conformarsi a norme procedurali per l'emanazione di leggi che aumentano il costo di revisione o abrogazione ha come effetto quello di spostare la curva del costo marginale verso l'alto, nella posizione C_2 (giacché tale adozione è un processo dispendioso), e allo stesso tempo di incrementare, per ogni livello di tutela legislativa, la disponibilità a pagare (beneficio marginale) espresso dai gruppi privati di interesse (giacché una tutela legislativa duratura esibisce un più elevato valore intrinseco), producendo una rotazione verso l'alto della curva di domanda (da B_2 a B_3). Si noti che tale curva di domanda include la perdita attesa di benefici per i

gruppi di interesse, ingenerata dalla facoltà di una magistratura indipendente di non dare esecuzione agli accordi elaborati in sede legislativa, ovvero di procedere ad una dichiarazione di incostituzionalità e dunque annullarne gli effetti vantaggiosi per le parti interessate. Ragionevolmente, tali aspettative saranno incorporate nella massima disponibilità a pagare dei gruppi organizzati di pressione a fronte di legislazione favorevole.

In termini di Figura 1, la creazione di un'istituzione indipendente (magistratura) che abbia quale prerogativa esclusiva l'applicazione della legislazione in conformità con le intenzioni del legislatore attuativo garantirà stabilità dell'equilibrio E_3 così determinato. Se, tuttavia, i giudici interpretassero la normativa, e dunque decidessero sulle pretese contrastanti avanzate in merito dalle parti coinvolte, in perfetta armonia con gli obiettivi del legislatore corrente, a fronte di un più elevato costo procedurale la domanda di tutela legislativa non potrebbe essere più elevata di quella espressa per l'acquisizione di legislazione temporanea (cioè B_1), inducendo il legislatore promulgante ad offrire tutela in misura inferiore rispetto a quella salvaguardata da un meccanismo giurisdizionale indipendente (L_4 strettamente inferiore a L_3). Qualora il costo marginale del legislatore sia elevato, è naturalmente possibile che non esista alcuna possibilità di scambio mutualmente vantaggioso tra autorità pubblica e interessi privati. In tale contesto, dunque, l'esistenza di una magistratura indipendente consente di capitalizzare, tanto per il legislatore promulgante quanto per i gruppi di interesse, alcuni dei benefici futuri associati all'emanazione di legislazione permanente.

La teoria formulata da G. Albanese e M.M. Sorge (G. Albanese – M.M. Sorge, *The Role of the Judiciary*, cit.) è invece rappresentata in Figura 2. Nel modello formale sottostante, un gruppo di interesse disegna uno schema di incentivazione pecuniaria (sotto forma di contributi monetari illeciti) perché un'autorità pubblica (o *policy-maker*) determini una politica di redistribuzione del budget pubblico a favore del medesimo. In un contesto di distribuzione simmetrica (tra le parti) e completezza delle informazioni rilevanti, l'analisi dell'equilibrio del modello è svolta sotto la triplice ipotesi che (i) l'autorità pubblica affronti un *trade-off* nel bilanciare i benefici privati forniti dal gruppo di interesse (che, *coeteris paribus*, inducono una distorsione nel processo allocativo rispetto ad una situazione di efficienza) e il benessere della collettività di riferimento (composta anche da individui non organizzati in gruppi di pressione, con proprie preferenze rispetto alla redistribuzione del budget pubblico); che (ii) l'attività di vigilanza della magistratura influenzi la probabilità che il *policy-maker* sia catturato dagli interessi privati e dunque risolva il *trade-off* a favore del gruppo di pressione; e infine che (iii) gli incentivi del sistema giudiziario siano definiti dall'efficienza (costo) delle procedure di identificazione dei fenomeni di corruzione politica così come da obiettivi

istituzionali di monitoraggio del processo di determinazione delle politiche pubbliche, e potenzialmente (nel caso di non perfetta integrità dell'organismo giuridico) anche da contributi monetari (illeciti) offerti dal gruppo di interesse ai fini dell'allentamento della supervisione giuridica sul processo decisionale pubblico.

L'equilibrio tra domanda e offerta di *special interest politics* è rappresentato in Figura 2. Per *ogni* livello di redistribuzione del budget pubblico che sia distorto a favore dell'interesse privato manifestato dal gruppo di pressione, la domanda (inversa) di politica economica D è una funzione decrescente nel contributo monetario C formulato all'autorità pubblica; l'offerta, espressa dal *policy-maker*, è invece una funzione crescente di tale contributo. Tuttavia, la *posizione* della curva di offerta nel quadrante superiore del sistema cartesiano rappresentato in Figura 2 dipende dall'efficacia dell'attività giurisdizionale nel disincentivare iniziative di *lobbying* politico (*effetto deterrenza*): quando il decisore politico è sufficientemente interessato ai contributi pecuniari concessi dal gruppo di pressione, e contestualmente la probabilità che i termini della negoziazione pubblico-privato siano accertati e il reato sottostante punito ai sensi di legge è sufficientemente bassa, allora la curva di offerta è O_1 e l'equilibrio si realizzerà nel punto E_1 a fronte di un contributo di equilibrio pari a C_1 , al quale corrisponderà (nel quadrante inferiore del sistema cartesiano) una quota parte B_1 del budget pubblico destinata al gruppo di pressione che eccede quella socialmente efficiente, ovvero sia quella che rende massimo il benessere della collettività (B_* in Figura 2). Giacché l'onere dell'esercizio dell'attività di monitoraggio del processo decisionale pubblico decresce monotonicamente nell'efficienza del sistema giuridico (ad elevata efficienza corrisponde un costo marginale minore), laddove il beneficio marginale è inversamente proporzionale all'integrità dei magistrati (ad elevata integrità corrisponde un minor vantaggio dalla cattura del corpo giuridico da parte di interessi privati), la curva di offerta è tanto più alta quanto più inefficiente e/o pronò ad influenza è tale sistema: esiste un valore soglia (minimo) di efficienza – soglia che cresce al crescere del grado di corrottibilità dei giudici – tale che ogni incentivo del gruppo di pressione ad influenzare il processo di determinazione politica risulta dissipato se e solo se l'efficienza del sistema giuridico è pari o superiore a siffatta soglia. In tali circostanze, la probabilità di accertamento del reato di corruzione è sufficientemente elevata e tale da richiedere, per ogni livello di politica favorevole ottenibile, un contributo insostenibile da parte del gruppo di pressione (*id est* la curva di offerta è O_2); e tale probabilità risulta coerente con il bilanciamento ottimale tra costi e benefici della magistratura, sicché l'equilibrio si realizzerà nel punto E_2 a fronte di un contributo di equilibrio nullo ($C_2=0$), al quale necessariamente corrisponderà una redistribuzione efficiente (B_*) del budget pubblico.

Qualora, per contro, la magistratura operi quale agente non autonomo delle

istituzioni politiche (dipendenza gerarchica), ovvero quando il grado di efficienza del processo di supervisione giuridica sia esso stesso influenzato da determinazioni politiche (dipendenza operativa), allora il risultato di equilibrio è necessariamente equivalente a quello che emergerebbe in una società ove l'organo giudiziario non sia presente affatto: la redistribuzione di equilibrio del budget pubblico sarà bilanciare a favore del gruppo di interesse (B_1) e tale da equilibrare, al margine, costi e benefici dello scambio pubblico – privato (E_1).

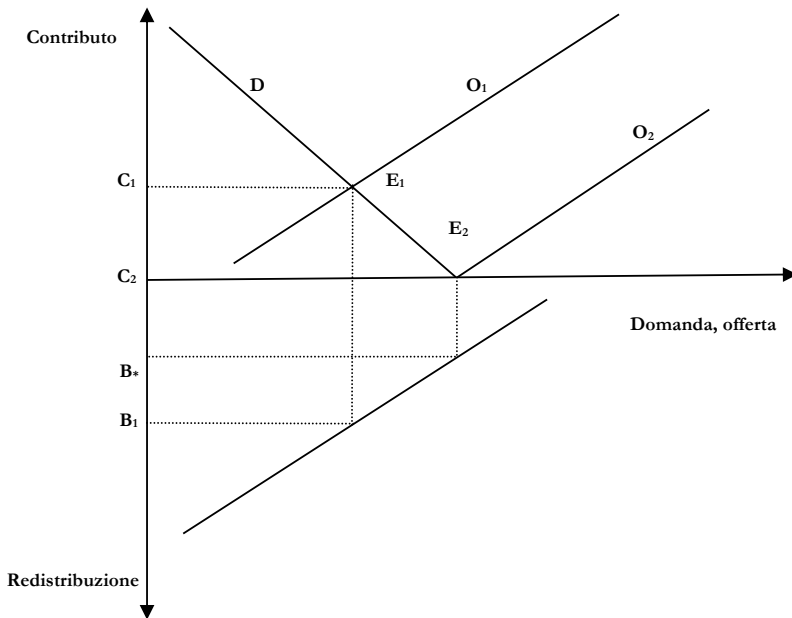


FIGURA 2

4. Una delle implicazioni chiave della teoria del governo basta sui processi di *lobbying* è che sistemi giuridici non efficienti non originano benefici istituzionali, legati *inter alia* agli schemi di compensazione e alla progressione di carriera, tali da prevalere sugli incentivi privati forniti da gruppi di interesse tesi a piegare il processo legislativo e/o giurisdizionale a loro favore. La deterrenza, pur parziale, di attività distorsive del processo decisionale pubblico è di certo ammissibile anche in sistemi giuridici prони alla corruzione; e tuttavia essa richiede, quale requisito impreteribile, che la magistratura sia sufficientemente isolata da interferenza politica e goda di indipendenza rispetto alle altre funzioni fondamentali dello Stato, quale virtù costituzionalmente garantita. In tale prospettiva, se il legislatore

costituzionale ritiene che almeno una frazione dei giudici operi secondo un principio, sia pur blando, di integrità e ossequio al ruolo istituzionale, allora risorse pubbliche destinate a rendere il controllo giurisdizionale più efficiente sono ragionevolmente risorse ben impiegate.

BIBLIOGRAFIA

- G. ALBANESE – M.M. SORGE, *The role of the Judiciary in the public decision-making process*, in *Economics & Politics*, 2012.
- R.A. DAHL, *Decision-making in democracy: The Supreme Court as national policy-maker*, in *Journal of Public Law*, 1957.
- L.P. FELD – S. VOIGT, *Economic growth and judicial independence: Cross-country evidence using a new set of indicators*, in *European Journal of Political Economy*, 2003.
- G.M. GROSSMAN – E. HELPMAN, *Special interest politics*, MIT Press, 2002.
- W.M. LANDES – R.A. POSNER, *The independent judiciary in an interest-group perspective*, in *Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions*, WP No. 10, 1975.
- M. SHAPIRO, *Law and politics in the Supreme Court: New approaches to political jurisprudence*, Pp. xi, 364. New York: Free Press of Glencoe, 1964.
- A. VAN ACHEN – L. FELD – S. VOIGT, *Power over prosecutors corrupts politicians: Cross country evidence using a new indicator*, in *CESifo Working Paper Series* No. 2245).

L'efficienza della giustizia in Europa*

FILIPPO DONATI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Efficienza, indipendenza e qualità della giustizia. – 3. L'efficienza dei sistemi giudiziari come presupposto per assicurare lo Stato di diritto nell'Unione europea. – 4. Le basi giuridiche dell'intervento dell'UE nel sistema giustizia. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Perché l'efficienza della giustizia oggi è un problema non solo nazionale, ma ormai anche dell'Unione europea? Quali sono le basi giuridiche in virtù delle quali l'Unione europea può intervenire in questa materia? Quali sono gli strumenti che possono essere utilizzati a tal fine?

Svolgerò di seguito alcune considerazioni per cercare di fornire una risposta a queste domande, muovendo dal rapporto intercorrente tra efficienza, qualità e indipendenza¹ della giustizia.

Non mi occuperò invece dell'efficienza della giustizia nei singoli Stati membri dell'Unione europea. A tal riguardo mi limito a rinviare all'EU Justice Scoreboard², il quadro annuale di valutazione della giustizia predisposto dalla Commissione dell'Unione europea, che offre una panoramica di tutti gli indicatori in materia di qualità, efficienza e indipendenza dei sistemi giudiziari degli Stati membri. Si tratta di un'importante analisi che ha l'obiettivo di fornire un quadro generale

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Sull'indipendenza della magistratura la bibliografia è sterminata. Cfr. nella letteratura italiana F.BIONDI – N.ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019; F.BIONDI – N.ZANON (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, 2020; A.ANGELI, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *federalismi.it*, 10 febbraio 2021; N.CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quaderni costituzionali*, (2020) 465 ss.; G.FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, pp. 1–52. Cfr. di recente F.DONATI, *Dal CSM ai Consigli di Giustizia europei. L'incerta diffusione di un modello costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 355 ss.; P.CERVINO, *I corollari del principio di indipendenza che garantiscono l'imparzialità dell'atto giurisdizionale*, in B.Nacar (a cura di), *Le situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione europea*, 2023, 40 ss. che si sofferma anche sui sistemi bulgaro, polacco, ungherese, oltre a quello italiano; nonché S.Ruggeri, A.Falcone, *Stato di diritto, indipendenza dell'autorità giudiziaria ed equità del procedimento penale*, ivi, 51 ss. Numerosi sono i documenti e le dichiarazioni internazionali in materia di indipendenza della magistratura: cfr. M.VOLPI, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della rete europea dei Consigli di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2010, 1754 ss.

² EU JUSTICE SCOREBOARD, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM(2022) 234.

sulla situazione della giustizia in ciascuno Stato membro, al fine di permettere l'adozione di misure correttive.

2. Quante volte sentiamo dire, soprattutto dall'interno del mondo giudiziario, che iniziative volte a stimolare la produttività dei giudici potrebbero nuocere alla qualità della giustizia? Quante volte è stato ripetuto che un rafforzamento dei poteri di direzione dei capi degli uffici o la valorizzazione, in sede di valutazioni professionali, dei ritardi nelle decisioni potrebbero incidere sull'indipendenza dei giudici?³

A fronte di tali ricorrenti preoccupazioni, occorre richiamare due punti, tanto ovvi quanto non sufficientemente valorizzati.

È bene ricordare, in primo luogo, che efficienza e qualità della giustizia non sono obiettivi antitetici. Tutt'altro. La qualità presuppone l'efficienza, e viceversa. La eccessiva durata dei processi, ad esempio, incide inevitabilmente sulla qualità della giustizia. In secondo luogo, non deve essere trascurato il fatto che l'indipendenza non può essere scissa dalla qualità della giustizia. L'indipendenza non può trasformarsi in autoreferenzialità. Ad ogni potere, incluso quello giudiziario, deve sempre corrispondere una responsabilità⁴.

³ Molto discussa è stata ad esempio l'introduzione nel nostro ordinamento dei "carichi esigibili" e dei "programmi di gestione" che i dirigenti degli Uffici sono chiamati a predisporre al fine di ottenere una riduzione della durata dei procedimenti e un miglioramento di rendimento dell'ufficio (art. 37 d.l. n. 98 del 2011): cfr. al riguardo A. NAPPI, *I «carichi esigibili» tra prospettiva istituzionale e allure sindacale*, in *Questione giustizia*, 2022. L'introduzione di politiche di tipo manageriale in ambito giudiziario, è stato osservato, ha comportato "giudizi negativi da parte dei magistrati per il loro possibile impatto sull'indipendenza e per il timore che politiche produttivistiche finiscano con lo snaturare l'essenza stessa della funzione giurisdizionale che non può subordinare il risultato e il contenuto di giustizia a un predeterminato fattore tempo" (cfr. *ex multis* F. CARUSO, *Tra standard di rendimento e carichi esigibili. L'inafferrabile misura del lavoro dovuto dal magistrato indipendente*, in *Questione giustizia*, 2016). Non sono mancate quindi critiche anche alla modifica dell'art. 37 d.l. n. 98 del 2011 operate dalla riforma Cartabia (l.n. 71/2022), secondo cui il capo dell'ufficio giudiziario determina ogni anno gli obiettivi di rendimento dell'ufficio, con l'indicazione per ciascun magistrato e per ciascuna sezione dei "risultati attesi" anche sulla base dell'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente. Nel comunicato dell'Associazione nazionale magistrati del 12 marzo 2022 la riforma è stata criticata per la "tendenza iper-produttivistica" e per i risvolti disciplinari cui sarebbero esposti i magistrati che non riusciranno a raggiungere i "risultati attesi" fissati ad personam dal capo dell'ufficio. Sul problema dell'incidenza dei ritardi ai fini delle valutazioni professionali dei giudici cfr. G. ZACCARO, *Valutazioni di professionalità dei magistrati: lacune del sistema e soluzioni*, in *La Magistratura*, 29 maggio 2017, il quale sottolinea che "la questione del ritardo nel deposito dei provvedimenti non deve mai essere affrontata come problema del singolo magistrato, ma come questione dell'ufficio, della quale il dirigente si deve fare carico con un attento monitoraggio e adottando le migliori soluzioni organizzative".

⁴ In argomento cfr. l'analisi della Rete europea dei Congli di giustizia (ENCJ): ENCJ Report 2022–2023, *Indicators Independence, Accountability and Quality of the Judiciary Reenforcing judicial protection*, che muove dal rilievo che "Independence and accountability go together:

La responsabilità implica non solo il dovere del magistrato di osservare le leggi e le regole deontologiche, ma anche quello di offrire un servizio giustizia efficiente e di qualità, che risponda alle aspettative dei cittadini. Se non conquista la fiducia della società, la magistratura rischia, nel medio–lungo termine, di perdere la sua indipendenza. Emblematica a tal riguardo è l'esperienza della Polonia⁵. Dopo le elezioni del 2005 il partito di Lech Kaczyński, Diritto e Giustizia, ha avviato un programma di riforme della giustizia, accusata di essere troppo autoreferenziale e di non rispondere alle aspettative dei cittadini, con l'effetto di assicurare un controllo politico sulla magistratura. Alla marcia dei mille giudici, che hanno sfilato nelle strade di Varsavia nel gennaio del 2001 a sostegno dell'indipendenza della magistratura polacca, ha partecipato un numero esiguo di cittadini. Se la magistratura non riesce a conquistare la fiducia dei cittadini, come è accaduto in Polonia, non può dunque aspettarsi un sostegno popolare quando la sua indipendenza è messa in pericolo.

3. Due sono le ragioni che hanno spinto l'Unione europea ad occuparsi dei sistemi giudiziari degli Stati membri, nonostante che i Trattati non prevedano una specifica competenza al riguardo.

La prima ragione è che il buon funzionamento del mercato unico europeo richiede un sufficiente standard del servizio giustizia in tutti gli Stati membri. Ciascuno Stato deve garantire non soltanto l'autonomia e l'indipendenza dei propri sistemi giudiziari, ma anche la loro capacità di rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia, presupposto necessario per assicurare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e creare un contesto favorevole al buon funzionamento del mercato interno⁶.

La seconda ragione è collegata al valore fondante che i principi dello Stato di diritto rivestono nell'Unione europea. Come evidenziato nella più recente relazione sullo Stato di diritto nell'Unione europea, “la presenza di sistemi giudiziari efficaci è fondamentale per l'applicazione e il rispetto del diritto dell'UE e

accountability is a prerequisite for independence. A judiciary that does not want to be accountable to society and has no eye for societal needs will not gain the trust of society and will endanger its independence in the short or long run. Accountability without independence reduces the judiciary to a government agency”.

⁵ Al riguardo cfr. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

⁶ Cfr. al riguardo la Relazione sullo Stato di diritto 2023, Bruxelles, 5.7.2023, COM (2023) 800 final, dove si sottolinea che “la presenza di sistemi giudiziari ben funzionanti e totalmente indipendenti è (...) essenziale è per la fiducia nelle operazioni transfrontaliere nell'UE e la cooperazione giudiziaria, per il funzionamento del mercato unico e per l'ordinamento giuridico dell'UE nel suo complesso”.

per preservare lo Stato di diritto. L'indipendenza della magistratura è un requisito derivante dal principio di tutela giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 19 TUE e dal diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un organo giurisdizionale sancito dall'articolo 47 CDFUE. Giudici e organi giurisdizionali indipendenti garantiscono l'equità dei procedimenti giudiziari e la tutela dei diritti delle persone. Sono altresì essenziali per salvaguardare i valori di cui all'articolo 2 TUE⁷. In più occasioni l'Unione europea, nell'affrontare la crisi di alcuni sistemi nazionali di giustizia, ha evidenziato l'importanza della dimensione etica e democratica, prima che di quella economica. Anche con riguardo all'Italia, com'è noto, più volte è stata evidenziata la necessità di recuperare il ritardo nell'attuazione dei principi dello Stato di diritto, soprattutto sotto il profilo della ragionevole durata dei processi.

4. L'Unione europea opera sulla base del principio di attribuzione. In forza di tale principio, essa agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri (art. 5 TUE).

I Trattati non prevedono competenze dell'Unione in materia di organizzazione dei sistemi di giustizia degli stati membri.

È stata la Corte di giustizia, con la famosa sentenza del 27 febbraio 2018 sul caso dell'Associazione nazionale dei giudici contabili portoghesi⁸, ad aprire la strada per interventi dell'Unione in questo campo. La Corte era stata investita dal Supremo Tribunal Administrativo portoghese del compito di stabilire se il principio dell'indipendenza dei giudici, riconosciuto dal diritto dell'Unione, "osta all'applicazione ai membri del potere giudiziario di uno Stato membro di misure generali di riduzione salariale (...) associate ad esigenze di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio nonché ad un programma di assistenza finanziaria dell'Unione". L'art. 47 CDFUE, che riconosce a tutti i cittadini il diritto alla tutela giurisdizionale in tempi ragionevoli da parte di un giudice indipendente e imparziale, non poteva trovare applicazione con riferimento alle norme sulla retribuzione dei magistrati dettate dal legislatore portoghese. L'art. 51 circoscrive infatti il campo

⁷ Relazione sullo Stato di diritto 2023, 4. Al riguardo cfr. anche i contributi contenuti in B. NACAR (a cura di), *Le situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione europea*, Napoli, 2023.

⁸ Sentenza del 27 Febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, case C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117. Al riguardo cfr. L.Pech, S.Platon, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, *Common Market Law Review*, 2018, 55, Issue 6, 1827 ss.

di applicazione della CDFUE alle istituzioni e agli organi dell'Unione come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. La Corte di giustizia ha tuttavia affermato che, anche laddove non opera la CDFUE, occorra rispettare l'art. 19 TUE, che impone agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea. L'indipendenza dei giudici, ha affermato la Corte di giustizia, è un presupposto indispensabile per poter assicurare una tutela giurisdizionale effettiva. Poiché tutti i giudici nazionali sono tenuti a dare applicazione al diritto dell'Unione, gli Stati membri ne debbono assicurare l'indipendenza. Nel caso dei giudici contabili portoghesi la Corte di giustizia ha escluso che le misure di contenimento delle retribuzioni dei giudici, al fine di risanare il bilancio dello Stato, comportassero una lesione della loro autonomia e indipendenza. Tuttavia, le affermazioni di principio sul campo di applicazione e sulla portata dell'art. 19 TUE, hanno aperto la strada ad una giurisprudenza che in più occasioni ha accertato violazioni da parte degli Stati membri (in particolare Polonia, Ungheria e Romania⁹) della garanzia di indipendenza dei giudici assicurata dagli artt. 19 TUE e dall'art. 47 CDFUE¹⁰.

Per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che l'ordinamento dell'Unione conferisce ai singoli, però, oltre all'indipendenza dei giudici occorre assicurare l'efficacia e la qualità della giustizia.

5. L'Unione europea dispone di numerosi strumenti per garantire l'efficienza, la qualità e l'indipendenza dei sistemi giudiziari, presupposti indispensabili per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva e per garantire i principi dello Stato di diritto.

Importanza centrale rivestono ovviamente i rimedi giudiziari. La Corte di giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE oppure su richiesta

⁹ Sul rapporto tra corte costituzionale rumena e corte di giustizia cfr. Curtea Constituțională, sentenza del 6 Marzo 2018, n. 104; Corte di giustizia, sentenza del 18 Maggio 2021, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România' and Others, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, EU:C:2021:393; in risposta cfr. Curtea Constituțională, sentenza 8 giugno 2021, n. 390, in ccr.ro/wp-content/uploads/2021/10/Decizie_380_2021.pdf; infine, Corte di giustizia, Grande Camera, sentenza del 22 Febbraio 2022, RS, case C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.

¹⁰ Cfr. sul punto F. DONATI, *Rule of law, independence of the judiciary and primacy of Eu law*, in *Italian journal of public law*, vol. 13, issue 2/2021. In giurisprudenza cfr. Sentenza del 19 Novembre 2019, A. K. v Krajowa Rada Sądownictwa, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; sentenza del 2 Marzo 2021, A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others, case C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153; sentenza del 15 luglio 2021 (Grande Camera), European Commission v. Republic of Poland, case C-791/1, ECLI:EU:C:2021:596.

della Commissione, ha più volte ha accertato violazioni dell'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva da parte di giudici indipendenti e imparziali, che discende dall'art. 47 CDFUE e dall'art. 19 TFUE. Particolare risonanza ha avuto la sentenza di condanna della Polonia al pagamento di una penale giornaliera di un milione di euro fino a quando avesse tenuto in funzione la sezione incaricata dei procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati¹¹. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte condannato la Polonia per violazione della garanzia di indipendenza della magistratura sancita dall'art. 6 CEDU¹².

Tali interventi non sono stati però sufficienti. La perdurante crisi dello Stato in Polonia e in altri Stati membri indica che l'intervento della Corte di giustizia e della Corte EDU, pur importantissimo, non è sufficiente.

Lo strumento "politico" offerto dall'art. 7 TUE, che può portare alla sospensione di alcuni dei diritti derivanti dai Trattati in presenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2 TUE, si è dimostrato fino ad oggi del tutto inefficace. L'art. 7(2) richiede infatti una delibera del Consiglio adottata all'unanimità¹³. L'unanimità è però assai difficile da raggiungere, dal momento che gli Stati membri con problemi di rispetto della *Rule of Law* (in particolare la Polonia, l'Ungheria e la Romania) possono utilizzare il potere di veto del quale dispongono per aiutarsi reciprocamente.

È dunque la leva finanziaria lo strumento che, oggi, può meglio contribuire a convincere gli Stati riluttanti a rispettare i valori fondamentali previsti dell'art. 2 TUE, sui quali si fonda l'Unione europea¹⁴.

Con i cosiddetti *Conditionality Judgments*¹⁵, la Corte di giustizia ha respinto le azioni di annullamento avviate dall'Ungheria e dalla Polonia contro il

¹¹ Ordinanza 6.10.2021, C-204/21, ECLI:EU:C:2021:834; il caso è stato poi concluso dalla sentenza della Grande sezione 5 giugno 2023, ECLI:EU:C:2023:442.

¹² Cfr., ex multis, le sentenze 7 maggio 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland, 22 luglio 2021, Reczkowicz v. Poland, 3 febbraio 2022, Advance Pharma Sp. z o.o. v. Poland, 15 marzo 2022, Grzęda v. Poland, 16 giugno 2022, Żurek v. Poland, 6 luglio 2023, Tuleya v. Poland.

¹³ Cfr. sul punto F. DONATI, *Rule of law, independence of the judiciary and primacy of Eu law*, cit., 327.

¹⁴ Cfr. F. DONATI, *Rule of majority vs. Rule of law. La crisi dello Stato di diritto in Europa*, in B. NACAR (a cura di), *Le situazioni della magistratura che garantiscono lo Stato di diritto nell'Unione europea*, cit. 23 ss.

¹⁵ Cfr. Sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97; sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, Polonia c. Parlamento e Consiglio, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98. Al riguardo cfr. V. BORGER, *Constitutional identity, the rule of law, and the power of the purse: The ECJ approves the conditionality mechanism to protect the Union budget: Hungary and Poland v. Parliament and Council*, *Common Market Law Review*, (2022), 59, Issue 6, 1771 ss.

regolamento 2020/2092¹⁶, che ha introdotto un meccanismo di condizionalità orizzontale che può permettere la sospensione dei pagamenti nel caso in cui violazioni dello Stato di diritto in un determinato Stato membro minaccino gli interessi finanziari dell'Unione. In tali sentenze la Corte ha sostenuto che l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che fanno parte dell'identità dell'Unione e che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri. L'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni, di difendere i valori contenuti nell'articolo 2 TUE, che definiscono l'identità dell'Unione quale ordinamento giuridico comune". La Corte ha altresì evidenziato che la sana gestione finanziaria e gli interessi finanziari dell'Unione possono essere gravemente compromessi da violazioni dei principi dello Stato di diritto commesse in uno Stato membro, giacché tali violazioni vanificano la garanzia che spese coperte dal bilancio dell'Unione soddisfino tutte le condizioni di finanziamento previste dal diritto dell'Unione e, pertanto, rispondano agli obiettivi perseguiti dall'Unione quando essa finanzia spese di tal genere. In particolare, ha aggiunto la Corte, il rispetto di tali condizioni e di tali obiettivi non può essere pienamente garantito in assenza di un sindacato giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione, fermo restando che l'esistenza di un simile sindacato, sia negli Stati membri sia a livello dell'Unione, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, è intrinseca a uno Stato di diritto¹⁷.

Dal momento che gli orientamenti per l'applicazione del regolamento sulla condizionalità sono stati ormai approvati¹⁸, non esistono più ostacoli all'utilizzo anche della leva finanziaria per proteggere e promuovere lo Stato di diritto nell'Unione europea¹⁹.

L'efficienza, la qualità e l'indipendenza della giustizia, dunque, sono ormai problemi non soltanto nazionali, ma anche europei. Interventi dell'Unione europea volti a stimolare un miglioramento dell'efficienza, della qualità e dell'indipendenza della giustizia sono da salutare con grande favore. Decisivo però rimane il ruolo delle istituzioni nazionali.

¹⁶ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

¹⁷ Cfr. Sentenza del 16 Febbraio 2022, Ungheria vs Parlamento e Consiglio, C- 156/21 ECLI:EU:C:2022:97, paragrafo 132 e del 16 Febbraio 2022, Polonia vs Parlamento e Consiglio, C-157/21 ECLI:EU:C:2022:98, paragrafo 150.

¹⁸ Cfr. La comunicazione della Commissione, Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (2022/C 123/02), Bruxelles, 2.3.2022 C (2022) 1382 final.

¹⁹ Cfr. F. DONATI, cit., 328.

L'ultima relazione della Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) ha evidenziato che il sistema della giustizia italiana, nonostante alcuni progressi, continua a funzionare molto a rilento rispetto ad altri Stati membri²⁰. La durata dei processi incide negativamente sulla qualità della giustizia. Il PNRR ha contemplato una serie di misure normative e di investimenti volti a rendere il sistema giudiziario più efficiente, riducendo la durata dei procedimenti e avvicinando l'Italia alla media dell'Unione europea. Tra gli obiettivi contemplati nell'asse 2 della componente M1C1 del PNRR rientra quello di ridurre entro giugno 2026 del 40% (rispetto al 2019) i tempi di trattazione dei contenziosi civili e commerciali, del 25% quelli dei procedimenti penali e del 90% il numero delle cause pendenti presso i tribunali di merito.

Nel perseguire obiettivi così ambiziosi, occorrerà sapientemente bilanciare le ragioni dell'efficienza con quelle della qualità e dell'indipendenza della giustizia.

²⁰ Cfr. *European judicial systems – CEPEJ Evaluation Report – 2022 Evaluation cycle, Country profile: Italy*, in <https://rm.coe.int/country-profile-italy-en/1680a96729>.

La tela di Penelope: dentro i paradossi dell'innovazione nei “sistemi giustizia” del Sud Europa*

LUCA VERZELLONI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La lunga “stagione” delle riforme – 3. Il “margine di manovra” dei magistrati dirigenti – 4. Il caso italiano: l'innovazione come regola – 5. Gli effetti paradossali del ricorso continuo all'innovazione – 6. Riflessioni conclusive: la tela di Penelope.

1. Nel dicembre 2001, il Tribunale di Torino ha introdotto il cosiddetto “Programma Strasburgo”: un progetto di innovazione “dal basso” promosso dall'allora presidente¹. Questo decalogo di prescrizioni, rivolto agli stessi giudici del Tribunale, si prefiggeva di modificare radicalmente il metodo di gestione dei procedimenti civili, che si era andato consolidando, non soltanto a Torino, ma in tutta Italia, a seguito della riforma del Codice di Procedura Civile del 1995² e dell'entrata in vigore della Riforma del giudice unico del 1998³. Il programma si fondava sull'esigenza di limitare il rischio di indennizzi per violazione del diritto a un processo risolto in tempi ragionevoli, di cui all'articolo 6, paragrafo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconosciuto anche dall'articolo 111 della Costituzione Italiana. Il decalogo – che ha rappresentato la prima vera esperienza italiana di *case e court management*⁴ – proponeva che ogni giudice interpretasse il proprio ruolo in maniera “attiva”, per assicurare la rapida definizione dei procedimenti, ossia di abbandonare il cosiddetto sistema LIFO (*last-in-first-out*), in favore di quello FIFO (*first-in-first-out*), dando precedenza alle cause più datate, evitando l'accumularsi di arretrato ultra-triennale. L'iniziativa, realizzata a legislazione invariata e a costo zero, anche grazie al coinvolgimento del locale

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Circolare interna del 4.12.2001, aggiornata con la circolare 12/06 del 10.05.2006.

² DL 432/1995, convertito con Legge 534/1995.

³ D.lgs. 51/1998, in attuazione della Legge delega 276/1997. La riforma, entrata in vigore il 2 giugno 1999, ha soppresso le preture circondariali, trasferendone le competenze ai tribunali e ha istituito la figura del giudice unico di primo grado.

⁴ Per approfondimenti, si rimanda a: M. BARBUTO, *Court management. Il Programma Strasburgo. Prima esperienza italiana di gestione responsabile del contenzioso civile*, in M. SCIACCA – G. MICCOLI – L. VERZELLONI (a cura di), *Giustizia in bilico. I percorsi di innovazione giudiziaria: attori, risorse, governance*, Roma, 2013.

Consiglio dell'Ordine degli avvocati, ha ottenuto risultati senza precedenti⁵, facendo diventare il Tribunale un modello di riferimento, sia a livello nazionale sia europeo⁶. Nonostante l'impegno profuso dal promotore dell'innovazione, il Programma non si è diffuso in nessun altro tribunale, neppure del medesimo Distretto. L'iniziativa è stata, di fatto, abbandonata, dopo il trasferimento a Roma del magistrato dirigente.

Una decina di anni fa, il Tribunale di Salonicco ha autonomamente ideato, sperimentato e implementato un sistema integrato per la gestione degli archivi di cancelleria e la dematerializzazione dei flussi informativi e documentali con l'utenza – in primo luogo, gli avvocati del foro, ma anche i cittadini e le imprese del territorio, previa registrazione nel sito web della corte. Il progetto, sostenuto dal presidente dell'epoca e sviluppato internamente da tre tecnici informatici del Tribunale, nasceva dalla volontà di superare la situazione di grande arretratezza tecnologica della giustizia greca e di introdurre uno strumento conosciuto, a supporto del governo dell'ufficio. Il sistema permetteva l'elaborazione di statistiche sui flussi e forniva una serie di servizi, fra cui, in particolare: il deposito di istanze e ricorsi, il monitoraggio dell'avanzamento dei procedimenti, l'invio di comunicazioni e la consultazione della giurisprudenza della corte. Questa iniziativa locale – che non si è diffusa in altri tribunali – si è chiusa nel luglio 2017, quando il Ministero della giustizia greco ha introdotto, nonostante molteplici difficoltà e disservizi, un nuovo sistema informativo, finanziato con fondi europei⁷.

A partire da settembre 2014, con l'entrata in vigore della riforma della mappa giudiziaria⁸, che ha accorpato i 311 tribunali di primo grado esistenti fino a quel momento in 23 distretti (*comarcas*), alcune corti portoghesi hanno cominciato a sviluppare dei progetti per affrontare una serie di criticità determinate, in particolare, dalla carenza di risorse umane, dalla distanza geografica, che ostacola l'accesso dei cittadini, nonché dalla persistenza di un notevole arretrato, soprattutto in materia civile. Fra queste, il Tribunale di Coimbra ha avviato un'interlocuzione

⁵ Nel periodo 2001–06, l'arretrato si è ridotto del 26,6%. Nel 2006, la durata media dei processi di cognizione ordinaria è stata inferiore di 239 giorni alla media nazionale. Nello stesso arco temporale, i procedimenti civili ultratriennali sono calati sensibilmente, fino al 6,67% del totale.

⁶ L'esperienza ha ricevuto una menzione d'onore nell'ambito della seconda edizione del *Crystal Scales of Justice Prize*. Il Tribunale è stato incluso nel *Network of Pilot Courts* della CEPEJ. Il progetto è stato definito come una *best practice* in diversi rapporti di ONU, Banca Mondiale, OECD e Fondo Monetario internazionale.

⁷ Il sistema integrato OSDDY/PP – conosciuto anche come Solon – è stato finanziato dall'UE, nell'ambito del Quadro di riferimento strategico nazionale 2007–13.

⁸ Ai sensi della Legge 62/2013 e del DL 49/2014 e ss. regolamenti attuativi.

permanente con le altre amministrazioni pubbliche⁹, per riorganizzare l'erogazione del servizio sul territorio¹⁰, ha fatto ricorso alle cosiddette "brigade volanti" (*flying brigades*)¹¹, ha introdotto un sistema di monitoraggio interno, che tiene conto anche dei valori recuperati nel corso delle azioni esecutive, ha previsto la possibilità di usare i *social network* per rintracciare testimoni irreperibili¹² e ha incrementato il ricorso alla videoconferenza, in particolare nei procedimenti in materia di famiglia e minori¹³.

Nell'aprile 2017, il giudice decano dei tribunali monopersonali (*juzgados*) e il sindaco di Alcalá de Henares – comune di medie dimensioni facente parte della Comunità autonoma di Madrid – hanno siglato un protocollo in materia di sfratti. L'accordo, unico nel suo genere, intendeva affrontare una delle principali conseguenze della crisi economica e dello scoppio della bolla immobiliare, ossia l'occupazione illegale di stabili di proprietà di banche e gruppi assicurativi e finanziari¹⁴. L'iniziativa propone uno stretto coordinamento fra i tribunali e il dipartimento delle infrastrutture e dell'abitazione del comune, allo scopo di individuare in tempi brevi un'alternativa abitativa per gli occupanti, prima della conclusione dell'eventuale processo civile o penale¹⁵. L'attuazione del protocollo, della durata di quattro anni rinnovabili, era affidata a un comitato, composto da rappresentanti di entrambe le istituzioni.

Cosa accomuna i casi di Torino, Salonicco, Coimbra e Alcalá de Henares? Per quale ragione, negli ultimi anni, nei "sistemi giustizia"¹⁶ del Sud Europa sono emerse una pluralità di esperienze analoghe, perlopiù non collegate tra loro?

⁹ In particolare, nell'ambito del cosiddetto "Consiglio consultivo" (*Conselho consultivo*), istituito in ogni distretto giudiziario, ai sensi dell'art. 109 della Legge 62/2013. Questo tavolo permanente di lavoro, che si riunisce almeno una volta ogni trimestre, ha la seguente composizione: presidente del tribunale, coordinatore della procura, dirigente amministrativo, tre rappresentanti eletti, rispettivamente, da giudici, procuratori e cancellieri, un rappresentante dell'avvocatura, un rappresentante degli ufficiali giudiziari, due rappresentanti dei comuni del distretto e fino a un massimo di tre utenti del tribunale, cooptati dagli altri membri del consiglio.

¹⁰ Soprattutto a seguito della Legge 40-A/2016, che ha comportato la riapertura di 20 tribunali e 23 sezioni di prossimità.

¹¹ Unità amministrative per il recupero dell'arretrato, che operano da remoto.

¹² In particolare, attraverso Facebook.

¹³ Nel biennio 2016–17, il numero di videoconferenze è aumentato del 48,1%.

¹⁴ Nell'ordinamento spagnolo, l'occupazione di un bene immobile è considerata un reato lieve, ai sensi dell'art. 245.2 del Codice penale.

¹⁵ L'accordo prevede la sospensione di due mesi del procedimento penale, previo consenso informato degli stessi occupanti.

¹⁶ Per scelta lessicale, in questo paper viene utilizzata l'espressione "sistemi giustizia", invece di "sistemi giudiziari", per enfatizzare l'opportunità di passare dallo studio delle sole articolazioni giudiziarie – per definizione statistiche – all'analisi dei molteplici rapporti tra mondo giudiziario, avvocatura, accademia e altri enti e istituzioni che operano in un dato "territorio di giustizia". Sul punto, si rimanda a: C. DALLARA – L. VERZELLONI, *Teoria dell'organizzazione e giustizia. I processi organizzativi nei sistemi giustizia*, in *Quaderni di Scienza Politica*, n. 29, 3, pp. 383–408.

In primo luogo, alla luce della letteratura internazionale di stampo sociologico e organizzativo, possiamo definire ognuna di queste esperienze come un'innovazione organizzativa – da intendersi come: *“l’implementazione di un’idea o l’adozione di un comportamento, percepiti come innovativi da parte degli attori che operano in un determinato contesto organizzativo, a prescindere dal loro grado di diffusione e consolidamento nel sistema”*¹⁷. In questo caso, si tratta di innovazioni locali, sviluppate “dal basso”, nei tribunali sul territorio e che, in particolare, sono state promosse in prima persona dai magistrati dirigenti. In secondo luogo, non sono il frutto di politiche nazionali, né sono state sostenute direttamente, almeno in una fase iniziale, dal “centro” dei sistemi giustizia. In terzo luogo, tali esperienze si sono configurate come tentativi di andare oltre la sfera del “si è sempre fatto così”, senza attendere una legge, un regolamento o l’intervento del “centro” del sistema. In quarto luogo, esse miravano a implementare idee, percepite come innovative, per risolvere i problemi che caratterizzano quegli specifici contesti. Infine, nonostante i risultati ottenuti e i molteplici riconoscimenti, queste iniziative, salvo alcune rare eccezioni, sono rimaste perlopiù un “patrimonio locale”, senza diffondersi né su tutto il territorio nazionale né nei tribunali circostanti.

Queste storie rappresentano degli esempi, fra i tanti possibili, dei molteplici processi di innovazione che stanno interessando la giustizia del Sud Europa. Tali esperienze mettono in luce soltanto la punta dell’iceberg di fenomeni complessi, le cui logiche risultano ancora, in parte, inesplorate, che si riverberano direttamente sia sull’effettiva capacità dei cittadini di accedere ai diritti e alla giustizia sia sullo sviluppo sociale ed economico dei diversi territori.

Questo articolo intende proporre una riflessione sulle logiche che guidano il funzionamento dei “sistemi giustizia” del Sud Europa, focalizzandosi, in particolare, sui processi di innovazione “dal basso”. In questo scritto si sostiene che, se non adeguatamente governate, le politiche che incentivano un’innovazione sistematica, distruttiva e poco sostenibile finiscono per produrre degli effetti perversi e paradossali, ossia per allargare – o comunque cristallizzare – le differenze tra gli uffici giudiziari, sia in termini di prestazione sia di comportamento. Queste dinamiche si ripercuotono direttamente sui cittadini e sulle imprese che operano in un dato territorio, rimettendo, di fatto, in discussione il principio fondamentale secondo cui *“la legge è uguale per tutti”*.

Il saggio si focalizza sui quattro principali Paesi dell’Europa meridionale, rispetto a popolazione e superficie: Grecia, Italia, Portogallo e Spagna. Lo studio si

¹⁷ La definizione è tratta da: L. VERZELLONI, *Paradossi dell’innovazione. I sistemi giustizia del Sud Europa*, Roma, 2020, p. 57.

fonda sui risultati di un progetto pluriennale di ricerca empirica, che ha utilizzato prevalentemente metodologie qualitative¹⁸.

Il testo è organizzato come segue: il prossimo paragrafo intende ricostruire la lunga “stagione” delle riforme, adottate negli ultimi anni nei quattro paesi del Sud Europa, per migliorare il funzionamento degli apparati giudiziari. Il paragrafo 3 confronta il “margine di manovra” dei magistrati dirigenti. Il paragrafo 4 si concentra sui percorsi di innovazione degli uffici giudiziari italiani. Il paragrafo 5 si interroga sugli effetti paradossali del ricorso continuo all’innovazione. Le conclusioni ambiscono a inviare un messaggio ai *policy maker*, ossia riaffermare la necessità di promuovere un governo responsabile e consapevole dei processi di innovazione, ai diversi livelli del “sistema giustizia”.

2. Negli ultimi venticinque anni e, in particolare, a seguito del manifestarsi degli effetti della crisi economica e finanziaria, i paesi del Sud Europa hanno introdotto un grande numero di riforme, allo scopo di innalzare il livello di qualità, efficacia ed efficienza dei sistemi giustizia. Molti di questi interventi, perlopiù di carattere normativo, sono stati adottati in risposta alle molteplici influenze esercitate dall’esterno, ossia da Consiglio europeo, Direzione generale per la concorrenza della Commissione, Corte europea dei diritti dell’uomo e network giudiziari, promossi da Unione Europea e Consiglio d’Europa. Inoltre, nel caso di Grecia e Portogallo, una serie di interventi sono stati imposti espressamente dalla Troika all’atto di stipula dei memorandum per l’adesione ai programmi d’assistenza gestiti da Commissione europea, Banca Centrale Europea (BCE) e Fondo Monetario Internazionale (FMI).

Come già sostenuto in altra sede¹⁹, tra il 2005 e il 2022, nei quattro paesi del Sud Europa oggetto della nostra analisi²⁰, sono state introdotte numerose riforme,

¹⁸ La ricerca quinquennale è stata finanziata da un grant della Fondazione portoghese per la scienza e la tecnologia (FCT). Sono state utilizzate quattro principali tecniche di indagine: interviste in profondità, analisi documentale, osservazioni e *shadowing*. Per un approfondimento sulla tecnica dello *shadowing* – letteralmente ombreggiare – si rimanda a: L. VERZELLONI, Seguendo come un’ombra il diritto. Riflessioni sull’impiego dello *shadowing* nella sociologia del diritto, in *Sociologia del diritto*, 2019, n. 1, pp. 23–51.

¹⁹ I risultati integrali della ricerca sono stati pubblicati in: L. VERZELLONI, *Paradossi dell’innovazione*, cit. Per una riflessione sulle riforme in materia di lavoro in Spagna, Portogallo e Italia, si veda, invece: L. VERZELLONI, Riformare la giustizia del lavoro fra disuguaglianze e inefficienze: il prisma del Sud Europa, in *Stato e Mercato*, 2020, n. 2, pp. 319–358.

²⁰ Per realizzare la mappatura, sono state considerati gli archivi web delle gazzette ufficiali dei quattro Paesi, i rapporti della Commissione UE e delle reti giudiziarie europee, patrocinate da UE e CoE. L’indagine ha tenuto conto dei diversi livelli della gerarchia delle fonti e, a seconda dei paesi considerati, ha preso in considerazione: leggi costituzionali, leggi organiche, leggi ordinarie, decreti reali, decreti legislativi, decreti–legge, regolamenti e ordinanze.

afferenti, in particolare, a cinque dimensioni: 1. quadro ordinamentale; 2. regole processuali; 3. tecnologie applicate alla giustizia; 4. modalità di accesso dei cittadini; 5. organizzazione e funzionamento delle corti. Le riforme hanno riguardato, contestualmente, sia il lato dell'offerta – come le modifiche alla mappa giudiziaria, la riorganizzazione degli uffici, gli investimenti tecnologici e in risorse umane – sia il lato della domanda di giustizia – come tutti quegli interventi che mirano a ridurre il contenzioso, come filtri e incentivi al ricorso alla mediazione²¹.

Alla luce della mappatura delle riforme adottate nel periodo 2005–2022, è opportuno sottolineare quattro elementi, che accomunano i quattro paesi.

In primo luogo, gli interventi che sono stati adottati in Grecia, Spagna, Portogallo e Italia risultano pressoché perfettamente sovrapponibili. Ad eccezione della mancata revisione della mappa giudiziaria spagnola – misura da tempo oggetto di confronto politico – i quattro paesi hanno varato cinque grandi tipologie di riforme:

1. velocizzazione delle procedure: revisione dei codici di procedura;
2. ricorso a metodi alternativi per la risoluzione delle controversie (ADR);
3. ridisegno della mappa giudiziaria: soltanto Grecia, Portogallo e Italia;
4. applicazione delle tecnologie informatiche: Solon in Grecia, Citius in Portogallo, Lexnet in Spagna e PCT in Italia;
5. riorganizzazione della struttura dei tribunali: ridefinizione dei criteri di allocazione dei casi in Grecia; specializzazione e nuovo modello di governance in Portogallo; NOJ in Spagna; UPP in Italia.

Questi interventi – che richiamano in modo esplicito alcuni principi alla base del cosiddetto *New Public Management* (NPM) – sono stati realizzati, come affermato in precedenza, anche per effetto delle molteplici influenze esercitate da Consiglio europeo, Commissione UE, Corte europea dei diritti dell'uomo, Troika e network giudiziari europei.

In secondo luogo, la retorica che ha accompagnato questi percorsi paralleli di riforma è stata la medesima in tutti e quattro i paesi considerati: interventi urgenti, non più procrastinabili, mai introdotti in precedenza che, nelle intenzioni dei *policy maker*, sarebbero stati capaci di aumentare qualità, efficacia ed efficienza del servizio erogato dai tribunali, migliorare la competitività del sistema-paese e assicurare a tutti i cittadini uguali opportunità di accesso al diritto e alla giustizia.

²¹ Sulla distinzione tra riforme sul lato dell'offerta e sul lato della domanda di giustizia, si rimanda a: UFFICIO parlamentare di bilancio, *L'efficienza della giustizia civile e la performance economica*, Roma, 2016.

In terzo luogo, Grecia, Spagna, Portogallo e Italia condividono il fatto di aver attuato numerose “riforme delle riforme”: nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, le misure introdotte sono state modificate più volte, anche in tempi molto ravvicinati – fino a oltre sessanta volte in quindici anni, come nel caso del Codice di procedura civile italiano²². Per questa ragione, gli interventi sviluppati nei quattro paesi si inseriscono, di fatto, in un’unica, lunga “stagione delle riforme”, senza interruzioni.

Infine, è possibile rilevare un ulteriore elemento in comune: le misure che sono state varate nei quattro paesi hanno allargato il “margine di manovra” dei dirigenti degli uffici giudiziari – da intendersi, in ottica organizzativa, come: “*lo spazio di autonomia che le persone hanno di interpretare il ruolo che svolgono, nel quadro del sistema di vincoli e opportunità determinato dalle regole che ne disciplinano formalmente l’attività*”²³. Questo processo risulta oltremodo evidente nel caso italiano (Riforme Castelli e Mastella e normativa secondaria promulgata dal Consiglio Superiore della Magistratura – d’ora in poi anche CSM) e in quello portoghese (seconda riforma della geografia giudiziaria). Il prossimo paragrafo intende approfondire quest’ultimo aspetto.

3. Data la crescente centralità dei magistrati dirigenti nei “sistemi giustizia” del Sud Europa, questo paragrafo si propone di comparare il “margine di manovra” di questi “attori pivotali”²⁴, ossia la loro autonomia organizzativa e la loro capacità di incidere sul funzionamento degli uffici giudiziari.

Allo scopo di confrontare funzioni simili, effettivamente paragonabili, sono state prese in esame le seguenti figure professionali:

- Grecia: presidente di tribunale circondariale;
- Spagna: giudice decano (*juez decano*);

²² Il ricorso continuo a interventi normativi ha portato alcuni autori a parlare di “tsunami delle riforme”. Si veda, in particolare: G. COSTANTINO, *Considerazioni impolitiche sulla giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 2005, n. 6, pp. 1167–1176.

²³ La definizione è tratta da: L. VERZELLONI, *Paradossi dell’innovazione*, cit., p. 67.

²⁴ Per quanto centrale e, potenzialmente, strategica, il capo ufficio rappresenta solo una delle componenti di base di un ufficio giudiziario. Per poter incidere sull’organizzazione e sul funzionamento di un tribunale, lo stesso è chiamato costantemente a coinvolgere e responsabilizzare tutta la struttura (magistrati togati, personale di cancelleria, giudici onorari, assistenti, ecc.), così come a cercare un dialogo con gli altri *stakeholder* e, in primo luogo, con l’avvocatura. Sul punto, si veda: L. VERZELLONI, *Pratiche di sapere. I rituali dell’innovazione nella giustizia italiana*, Soveria Mannelli, 2019.

- Portogallo: presidente di tribunale distrettuale (*juiz presidente de comarca*);
- Italia: presidente di tribunale circondariale²⁵.

Dal momento che, a differenza degli altri tre ordinamenti, il sistema spagnolo non prevede tribunali pluripersonali di primo grado, si è scelto di considerare la figura del cosiddetto giudice–decano – definito dal Consiglio generale del potere giudiziario spagnolo (CGPJ) come: “*un primus inter pares che assume funzioni di organizzazione dei tribunali [...], convoca la giunta dei giudici, monitora il corretto utilizzo delle strutture giudiziarie o la distribuzione dei procedimenti*”²⁶.

Per ricostruire l'autonomia organizzativa dei magistrati dirigenti dei quattro paesi, sono state considerate dieci dimensioni *de jure* e cinque *de facto*.

Quanto alle prime:

- nomina;
- criteri di selezione;
- formazione dedicata;
- durata dell'incarico;
- rinnovabilità del mandato;
- valutazione dei dirigenti;
- staff di supporto;
- autonomia di spesa;
- incentivi economici;
- competenze, attribuite da un punto di vista formale.

Quanto alle seconde:

- tasso di conferma;
- percorso di carriera;
- possibilità di modificare l'organizzazione dell'ufficio;
- possibilità di ricercare risorse all'esterno;
- promozione di innovazioni locali.

Le tabelle sottostanti (Tab. 1–2) riportano una sintesi dei risultati²⁷.

²⁵ Molte considerazioni sulla figura del presidente di tribunale italiano possono essere estese anche agli altri incarichi direttivi, sia in uffici giudicanti sia requirenti.

²⁶ Testo pubblicato nel portale web del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es>. Nostra traduzione dallo spagnolo.

²⁷ Per un approfondimento sulle singole dimensioni *de jure* e *de facto*, si rimanda a: L. VERZELLONI, *Paradossi dell'innovazione*, cit.

	EL	ES	PT	IT
NOMINA	Elezione e anzianità	Elezione e anzianità	CSM	CSM
CRITERI DI SELEZIONE	--	--	Non definiti	Definiti dalla normativa secondaria
FORMAZIONE DEDICATA	No	No	Sì	Sì
DURATA DELL'INCARICO	2	4	3+3	4+4
RINNOVABILITÀ DEL MANDATO	Nessun limite	Nessun limite	Sì, per una volta	Sì, per una volta
VALUTAZIONE DEI DIRIGENTI	No	No	Sì	Sì
STAFF DI SUPPORTO	Sì	Sì	Sì	Sì
AUTONOMIA DI SPESA	No	No	No	No
INCENTIVI ECONOMICI	No	No	Sì, ma inapplicati	Sì, ma inapplicati
COMPETENZE	Elenco generale di funzioni	Elenco generale di funzioni	Quadro dettagliato di funzioni	Assenza di un quadro complessivo

Tab. 1. Autonomia organizzativa *de jure* dei magistrati con funzioni direttive in Grecia (EL), Spagna (ES), Portogallo (PT) e Italia (IT). Nostra elaborazione. Fonti: normativa primaria e secondaria.

	EL	ES	PT	IT
TASSO DI CONFERMA	--	--	100%	Molto alto
PERCORSO DI CARRIERA	Incarico di servizio	Incarico di servizio	Incarico di servizio	Carriera (di fatto) parallela
POSSIBILITÀ DI MODIFICARE L'ORGANIZZAZIONE	Limitata	Limitata	Alta	Molto alta
POSSIBILITÀ DI RICERCARE RISORSE ALL'ESTERNO	Non concepibile	Non concepibile	Non concepibile	Possibile, con limitazioni (in passato incentivata)
PROMOZIONE DI INNOVAZIONI LOCALI	Poco incentivata	Poco incentivata	Incentivata	Fortemente incentivata

Tab. 2. Autonomia organizzativa *de facto* dei magistrati con funzioni direttive in Grecia (EL), Spagna (ES), Portogallo (PT) e Italia (IT). Nostra elaborazione. Fonti: ricerca sul campo e fonti secondarie.

Alla luce di questa panoramica sull'autonomia organizzativa, sia *de jure* sia *de facto*, dei vertici dei tribunali di primo grado nei principali paesi del sud Europa, proponiamo di collocare le diverse esperienze su un *continuum* ideale che va da *primus inter pares* a capo ufficio (Fig. 1). I magistrati dirigenti in Grecia e Spagna

hanno, soprattutto nelle realtà più piccole, un “margine di manovra” molto limitato. Viceversa, i presidenti portoghesi e italiani hanno, generalmente, maggiore libertà di interpretare il ruolo che svolgono, nel quadro del sistema di vincoli, ma anche di opportunità, determinato dalle regole ordinamentali, sia primarie sia secondarie, che ne disciplinano l’attività. In particolare, i dirigenti italiani risultano avere un “margine di manovra” più ampio dei loro colleghi portoghesi. Ciò è dovuto soprattutto a tre fattori, tra loro collegati: emergere di una “carriera parallela”, oltre l’idea di un semplice “incarico di servizio”; mancanza di un “consiglio di gestione”, dove concertare le scelte organizzative; possibilità – entro certi limiti – di ricercare risorse all’esterno – non soltanto finanziarie, ma anche umane, strumentali e informative – e, ad ogni modo, di sviluppare dei progetti di innovazione e miglioramento del servizio in collaborazione con enti e istituzioni del territorio.



Fig. 1. Confronto tra il “margine di manovra” dei magistrati dirigenti nei paesi del Sud Europa.
Fonti: normativa primaria e secondaria, ricerca di campo e altre fonti secondarie.

Le evidenze empiriche raccolte “sul campo” permettono di affermare che nei “sistemi giustizia” del Sud Europa esiste una relazione positiva tra il grado di autonomia organizzativa dei magistrati con funzioni direttive e lo sviluppo di innovazioni a livello locale. Quando i capi degli uffici giudiziari godono di un ampio “margine di manovra”, per poter interpretare in modo proattivo il loro ruolo, come nel caso portoghese e, soprattutto, italiano, emergono molte più innovazioni “dal basso” che non laddove i magistrati dirigenti rappresentano unicamente dei *primus inter pares*, come, in particolare, nelle corti greche e spagnole di piccole dimensioni (Tab. 3).

	EL	ES	PT	IT
“MARGINE DI MANOVRA”	Limitato (soprattutto negli uffici piccoli)	Limitato (soprattutto nelle realtà più piccole)	Ampio	Molto ampio
TIPOLOGIE DI INNOVAZIONI “DAL BASSO”	2 macro tipologie	3 macro tipologie	6 macro tipologie	10 macro tipologie
FREQUENZA DI INNOVAZIONI “DAL BASSO”	Molto bassa	Bassa	Alta	Molto alta

Tab. 3. Un confronto tra “margine di manovra” dei magistrati dirigenti e propensione all’innovazione “dal basso” dei tribunali dei quattro principali Paesi del Sud Europa. Nostra elaborazione. Fonti: ricerca sul campo e fonti secondarie.

Il prossimo paragrafo intende concentrarsi sul caso italiano, ossia sul Paese del Sud Europa dove si registra sia la più alta frequenza sia il maggior numero di tipologie di innovazioni “dal basso”, di diversa natura e portata.

4. Come rilevato empiricamente²⁸, negli ultimi anni, gli uffici giudiziari italiani hanno promosso dieci macro-tipologie di innovazioni:

- struttura organizzativa, come accorpamento di uffici di cancelleria, creazione di sportelli polifunzionali e divisione fra *front e back office*;
- tecnologie informatiche e telematiche, come sperimentazione del Processo Civile Telematico e introduzione di altri applicativi;
- tecniche di *case management*, come impiego del “calendario del processo”;
- *court management* e sistemi di monitoraggio e controllo, come targatura dei fascicoli, cruscotti di gestione e apertura di uffici per l’innovazione;
- forme e modalità di erogazione dei servizi agli utenti, come ridefinizione della modulistica, revisione della segnaletica interna, creazione di uffici relazioni con il pubblico e sportelli di prossimità sul territorio;
- strumenti di comunicazione interna, come introduzione di specifiche riunioni periodiche, utilizzo di *chat e mailing list*;
- strumenti di comunicazione esterna e rendicontazione sociale, come progettazione di siti web, pubblicazione di carte dei servizi e bilanci sociali;

²⁸ Si veda: L. VERZELLONI, *Paradossi dell’innovazione*, cit., p. 99.

- forme di interazione e collaborazione con enti e istituzioni del territorio, come stipula di protocolli, creazione di tavoli e fondazioni per la giustizia;
- forme di interazione e collaborazione con altri apparati e articolazioni del “sistema giustizia”, come cartelle condivise, trasmissione dei fascicoli, politiche a livello distrettuale e criteri condivisi di priorità delle trattazioni;
- formazione e sviluppo professionale, come avvio di collaborazioni con ordine degli avvocati, università e scuole di specializzazione.

Alcuni di questi percorsi paralleli di innovazione “dal basso” hanno raggiunto risultati estremamente significativi, riconosciuti sia a livello nazionale sia internazionale – come il già citato Programma Strasburgo di Torino, il Progetto Migrantes a Catania e l’avvio del Processo Civile Telematico a Milano.

In termini generali, al di là di questi casi, svariate evidenze empiriche certificano come i dirigenti degli uffici giudiziari italiani ricorrano all’innovazione in modo sistematico, continuativo e, di sovente, anche distruttivo e poco sostenibile, ossia senza fare tesoro di quanto fatto nell’ufficio prima del loro arrivo o della loro nomina. In tal senso, vi sono tre aspetti da evidenziare.

In primo luogo, i magistrati dirigenti confermano molto raramente l’impianto organizzativo “ereditato” dal loro predecessore e, in alcuni casi, introducono delle soluzioni anche molto diverse, che possono incidere sia sul funzionamento della struttura sia sull’attività degli operatori della giustizia (magistrati togati, onorari, personale di cancelleria, avvocati, ecc.). Per come concepito, il sistema incentiva l’innovazione e la scarsa continuità delle scelte organizzative. A riprova di ciò, i magistrati dirigenti sono chiamati a ripensare l’organizzazione dell’ufficio in cui operano, oppure andranno ad operare, sia al momento del deposito della domanda di incarico direttivo sia dopo la nomina, nel quadro dell’adozione, entro sei mesi, di una nuova proposta tabellare.

In secondo luogo, i magistrati dirigenti sono spesso costretti a riorganizzare l’attività dell’ufficio in funzione delle riforme promulgate a livello centrale che, di sovente, non prevedono un effettivo piano di implementazione delle stesse. Come dimostrano i casi dell’adozione del Processo Civile Telematico, della gestione dell’emergenza pandemica, della creazione delle sezioni in materia di immigrazione e impresa e della diffusione dell’Ufficio per il processo, la “traduzione pratica” delle riforme è sempre affidata ai magistrati dirigenti. Oltre a dimostrare i limiti della cosiddetta concezione giuridico-formale, ancora imperante²⁹, questi

²⁹ Sul punto, si veda: M. CATINO, *Fatti e norme nell’organizzazione*, in *Studi organizzativi*, 2001, n. 2/3, pp. 1–36.

processi mettono in luce, ancora una volta, l'allargamento del "margine di manovra" dei vertici degli uffici giudiziari.

In terzo luogo, vista la penuria di risorse, per molti anni gli uffici giudiziari sono stati portati – se non apertamente invitati – a ricercare risorse sul territorio, soprattutto umane, finanziarie e tecnologiche. Nonostante di recente sia il Ministero sia il Consiglio Superiore della Magistratura stiano cercando di irrigidire alcuni legami, storicamente deboli, con le "periferie" del sistema³⁰, questi processi hanno incentivato la diffusione di una cultura dell'innovazione "dal basso". Tutto ciò ha favorito l'emergere di una pluralità di nuove forme di collaborazione fra uffici giudiziari ed enti e istituzioni del territorio, fra cui, in particolare: ordini degli avvocati, altri ordini professionali, camere di commercio, enti locali, regioni, aziende sanitarie, università, associazioni del terzo settore, ecc.³¹. L'apertura degli uffici, soprattutto nei confronti di soggetti non pubblici, è contestata apertamente da una parte della magistratura, in quanto potenzialmente lesiva dell'autonomia e dell'indipendenza della giustizia.

5. Il mondo del diritto si caratterizza per un grande numero di detti e massime. Tra le tante, ve n'è una che viene richiamata di frequente, soprattutto dagli avvocati: l'aspirazione di ogni operatore del diritto – e, potremmo aggiungere, di ogni cittadino – è quella di entrare in un tribunale e sapere già cosa aspettarsi, senza dover svolgere un periodo di iniziazione e senza doversi affidare a un professionista del luogo³².

Come dimostrano i risultati della ricerca condotta³³, ciò avviene di rado negli uffici giudiziari del Sud Europa e, in particolare, nei tribunali italiani. La promozione senza sosta di innovazioni locali sta, infatti, allargando – o comunque cristallizzando – le differenze sia rispetto alle modalità con cui il "servizio giustizia" viene erogato ai cittadini sia in termini di qualità, efficacia ed efficienza dello stesso.

³⁰ Per una riflessione sui legami centro-periferie, si rimanda a: D. PIANA – L. VERZELLONI, Dal centro disperso al centro ritrovato? Riflessioni a partire dalle riforme della giustizia in Italia, in *Quaderni di Scienza Politica*, 2016, n. 2, XXIII, pp. 241–267.

³¹ Per analizzare il fenomeno delle *partnership* tra uffici giudiziari ed enti e istituzioni del territorio, si rimanda a: C. CASTELLI et al., *Giustizia, territori e governo dell'innovazione*, Roma, 2014 e L. VERZELLONI, *Pratiche di sapere*, cit.

³² La massima è richiamata da: D.L. SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1988, n. 137, pp. 1969–1998. Sul punto, si veda anche: G. COSTANTINO, *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2009, n. 1, pp. 7–45.

³³ Si veda: L. VERZELLONI, *Paradossi dell'innovazione*, cit.

In generale, il fatto che le differenze prestazionali e comportamentali tra gli uffici giudiziari non costituiscano un'eccezione, bensì la regola, comporta una serie di implicazioni di natura sociale ed economica. Questa condizione fa sì che per i cittadini, ma anche per le imprese, non sia affatto indifferente difendersi oppure promuovere un ricorso giudiziario in un tribunale piuttosto che in un altro. Soltanto per fare degli esempi: vivere o lavorare nel circondario X, invece che nel circondario Y, magari a soli 30–40 km di distanza, potrebbe significare, a seconda dei casi, arrivare alla risoluzione di una controversia di lavoro due anni prima o dopo³⁴, doversi affidare o meno a un avvocato per presentare un ricorso di volontaria giurisdizione, avere accesso o meno alla giurisprudenza dell'ufficio, conoscere da remoto lo stato d'avanzamento di un fascicolo, senza doversi recare fisicamente in cancelleria.

Questa situazione a “macchia di leopardo”³⁵ rimette, di fatto, in discussione il principio fondamentale secondo cui “*la legge è uguale per tutti*”, dal momento che condiziona la capacità dei cittadini di poter effettivamente accedere, con le medesime opportunità, a diritti, beni e servizi pubblici. Questo fenomeno dà vita a delle mappe della disuguaglianza, che incidono sulla capacità dei diversi territori di raggiungere uno sviluppo sociale ed economico sostenibile.

6. Vista la prolungata assenza di Ulisse, per non essere costretta a scegliere uno dei suoi pretendenti, Penelope disfaceva durante la notte il sudario funebre di suo suocero Laerte. Vista la difficoltà di governare la complessità dei “sistemi giustizia”, nel tentativo di ricercare legittimazione e consenso, soprattutto nel breve periodo, le istituzioni pubbliche fanno sempre più spesso ricorso a riforme urgenti, presentate ogni volta come risolutive. Queste dinamiche fanno sì che si perseguano di rado dei cambiamenti incrementali, trascurando l'effettiva implementazione delle politiche, il monitoraggio sistematico e la verifica dei risultati ottenuti.

Nel caso della giustizia del Sud Europa, la lunga “stagione” delle riforme ha creato molteplici “finestre di opportunità”, che sono state colte da alcuni uffici per sviluppare delle innovazioni “dal basso”. La proattività dei magistrati

³⁴ Pur non esistendo una connessione diretta con le performance organizzative – gli uffici giudiziari che innovano di più non sono necessariamente quelli più efficienti – il ricorso continuo all'innovazione rischia di allargare le differenze in termini di prestazione, allontanando la possibilità di raggiungere degli standard comuni.

³⁵ Per approfondire le caratteristiche dei c.d. *loosely coupled systems*, si rimanda a: S. ZAN, *Il sistema organizzativo della giustizia civile in Italia. Caratteristiche e prospettive*, in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2006, n. 1, pp. 17–48; S. ZAN, *Le organizzazioni complesse. Logiche d'azione dei sistemi a legame debole*, Roma, 2011.

dirigenti ha portato molti tribunali, da un lato, ad aprirsi all'esterno, per ricercare legittimazione e risorse e, dall'altro, a promuovere svariati progetti di innovazione e miglioramento, di diversa natura e portata, in funzione delle criticità riscontrate a livello locale.

Queste dinamiche hanno prodotto un paradosso: a prescindere dalla bontà o meno delle soluzioni sviluppate nei diversi territori di giustizia, il ricorso continuo all'innovazione ha finito per allargare le differenze, sia in termini di prestazioni sia di comportamento, tra gli uffici giudiziari. Tutto ciò rischia di diminuire, invece che aumentare, la qualità complessiva del servizio e di incidere negativamente sul grado di fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni giudiziarie, incrinando irrimediabilmente la legittimazione stessa della giustizia, su cui si fonda il "patto sociale" con i cittadini.

In conclusione, l'articolo ambisce a inviare un messaggio ideale ai *policy maker*, ai diversi livelli di governance: l'innovazione senza sosta rischia di suggerire soluzioni temporanee, semplicistiche e disomogenee, che non valorizzano le lezioni apprese dal passato e che rischiano di innescare dei pericolosi "circoli viziosi", dall'esito imprevedibile. In questo senso, si avverte la necessità di investire nella costruzione di una governance responsabile e consapevole dei sistemi organizzativi complessi – come, appunto, la giustizia³⁶, ma non solo. Perché ciò avvenga, occorre abbandonare il mito dell'innovazione a ogni costo, ossia la ricerca di soluzioni apparentemente salvifiche, per promuovere, invece, lo sviluppo di processi di apprendimento a livello sistemico, che valorizzino le conoscenze e le competenze degli attori e che conducano alla definizione e alla diffusione di standard di prestazione e comportamento uniformi.

³⁶ Per interrogarsi sulle strategie a supporto del *change management* in ambito pubblico, si rimanda a: G. REBORA – E. MINELLI, *Il change management. Un modello di lettura e interpretazione*, in *Studi organizzativi*, 2007, n. 1, pp. 27–50; F. BUTERA – B. DENTE (a cura di), *Change Management nelle Pubbliche Amministrazioni: una proposta*, Milano, 2009.

Il sistema giurisdizionale tra efficienza della macchina giudiziaria ed effettività della tutela dei diritti*

LUCA LONGHI

SOMMARIO: 1. La legittimazione democratica della giurisdizione. – 2. La giurisdizione di fronte alla sovranità popolare nelle sue plurime dimensioni. Applicazione ed osservanza della legge nell'attuale contesto ordinamentale. – 3. Le garanzie del giusto processo nella prospettiva dell'effettività.

1. Questa due giorni su efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature appare, a mio avviso, un'iniziativa quanto mai opportuna per l'essenzialità e l'urgenza dei temi affrontati e per la completezza dell'approccio voluto dagli organizzatori, che guarda all'ordinamento giurisdizionale da una prospettiva sistematica, prendendone in esame i molteplici aspetti implicati dal titolo IV, parte II della Carta (a cominciare dalla pluralità delle giurisdizioni).

Punto di partenza obbligato del ragionamento che mi è stato assegnato – il sistema giurisdizionale tra efficienza della macchina giudiziaria ed effettività della tutela dei diritti – non può che essere costituito, a costo di ripetere concetti già espressi in altre sedi¹, dall'art. 101 Cost., con il quale si apre il titolo IV, e, segnatamente, dal suo primo comma, ove si afferma che «*[l]a giustizia è amministrata in nome del popolo*».

Una disposizione pressoché trascurata dal dibattito giuridico corrente (tutto sbilanciato ad enfatizzare, ad esempio, l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, affermate successivamente dall'art. 104 Cost.) ed anzi, il più delle volte data per scontata dai commentatori, eppure così densa di significati da sublimare in sé il senso profondo del posizionamento costituzionale della magistratura, perlomeno nelle intenzioni originarie dei Padri.

L'art. 101, co. 1 Cost., difatti, stabilisce la legittimazione democratica della giurisdizione², ovvero, in altri termini, l'integrazione di tale funzione nei circuiti costituzionali, al pari degli altri poteri.

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Su quest'idea, sviluppata in maniera più ampia, si rinvia a L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021.

² Su questo concetto, si veda R. ROMBOLI, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *Foro it.*, 2006, V, col. 49.

In caso contrario, concentrandosi, cioè, unicamente sugli attributi dell'autonomia e dell'indipendenza, si rischia di considerare la magistratura come un corpo estraneo all'ordinamento e di privarla di quella quota di responsabilità necessariamente correlata all'esercizio del potere che le spetta (« *là où est la responsabilité, là est le pouvoir* »³), in assoluto contrasto con lo spirito costituzionale che qui si sta cercando di porre in risalto.

Non vi è chi non veda nella sua formulazione un'eco esplicita della sovranità statutale sancita sin dall'art. 1 Cost., di cui la giurisdizione rappresenta, per definizione, una delle dimensioni più rilevanti.

Tuttavia, forse per il suo meno immediato collegamento con la sovranità popolare – a causa, evidentemente, dell'assenza di un'investitura diretta da parte del corpo elettorale – la giurisdizione sconta una certa eccentricità rispetto agli altri poteri, che si traduce, anche e soprattutto, in un suo isolamento istituzionale.

Occorre, proprio per questo, compiere uno sforzo concettuale per ricondurre la giurisdizione – con gli attributi che la caratterizzano – nell'alveo della sovranità, ove solo può ritrovare pienamente i propri fondamentali connotati democratici, al riparo dagli slanci centrifughi indotti da un'errata interpretazione della funzione (giustizialismo, populismo, protagonismo giudiziario, creazionismo giudiziario, incertezza del diritto, ecc.).

Nell'opinione comune (alla quale chi scrive non sente di aderire) accade di pensare alla giurisdizione come ad una realtà avulsa dall'architettura costituzionale, come se fosse relegata in uno spazio ideale *altro*, riservato all'ordinamento giudiziario (come se fosse materia estranea alla Costituzione...) e agli operatori pratici del diritto.

Nessuna espressione dello Stato, invece, è destinata ad incidere in maniera più diretta sulla sfera giuridica dei soggetti rispetto alla giurisdizione, viste le relevantissime conseguenze che possono scaturire in astratto, ad esempio, sulla libertà o sul patrimonio (in altre parole, sulla *vita*⁴) dei consociati dall'adozione di un provvedimento giudiziario.

Ecco perché un corretto inquadramento della materia deve tenere conto della centralità del popolo, quale titolare della sovranità, nel cui nome devono essere amministrate le funzioni statuali, ivi compresa, appunto, la giurisdizione.

Non è casuale, d'altronde, come si vedrà *infra* (par. 3), che la tutela giurisdizionale, nella duplice dimensione del diritto di azione e di difesa, sia stata

³ La citazione è di L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1928, p. 832.

⁴ Cfr. P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in P. CALAMANDREI, *Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, con i contributi di P. GROSSI, E. CHELI, G. ALPA, Genova, 2016, p. 13.

disciplinata in Costituzione nell'ambito della parte dedicata ai diritti e doveri dei cittadini ai quali deve essere assicurata la funzione, prima ancora che nel titolo dedicato alla magistratura.

In assenza di tale prospettiva, si finisce per fare del magistrato il *dominus* di una funzione che, invece, è più semplicemente chiamato ad amministrare in nome del popolo: è solo in questo collegamento diretto con la sovranità, d'altronde, che il giudice può ritrovare l'*imperium* di cui sono munite le decisioni che va ad adottare e da cui trarrà forza il giudicato (art. 2909 c.c.).

È questo il senso della relazione di rappresentanza istituzionale⁵ (espressa dalla locuzione «*in nome del*») posta dal primo comma dell'art. 101 Cost. e riprodotta nell'intestazione delle sentenze quotidianamente emesse negli uffici giudiziari del Paese.

Non valorizzare adeguatamente tale relazione equivarrebbe a svuotare la giurisdizione della sua vera essenza, rendendola pericolosamente scollegata da un sistema per sua natura *perfetto*, immaginato perché ciascuna parte sia messa nelle condizioni di dialogare con le altre⁶.

Mettere nella giusta luce la rappresentanza espressa dalla disposizione in esame, viceversa, significa evidenziare i livelli di responsabilità – civile, penale, disciplinare, erariale – correlati all'esercizio della funzione, sebbene decisamente scolari nel nostro sistema (basti pensare alla fallimentare applicazione della disciplina della responsabilità civile del 1988, riformata nel 2015 senza particolare efficacia), nell'interesse superiore ad una buona amministrazione della giustizia.

Non si tratta, certo, di sostenere la causa di un populismo giudiziario, tutt'altro; quanto piuttosto di analizzare correttamente certi istituti che, se non osservati in maniera appropriata, rischiano di non essere compresi nei loro reali presupposti giuridici.

Ed anzi, proprio un certo populismo dilagato negli ultimi anni nel pensiero comune ha fatto sì che spesso e volentieri si finisse per delegittimare la classe politica del Paese (la c.d. *casta*) e per rilanciare, allo stesso tempo, nell'opinione pubblica l'immagine di “magistrati *d'assalto*” da proporre per cariche elettive (come non di rado è avvenuto), dando vita, così, ad un grave cortocircuito costituzionale, rispetto, ad esempio, ad uno sviluppo fisiologico dei meccanismi democratici di ricerca del consenso.

È più o meno in concomitanza con questa fase – inaugurata con la fine della c.d. prima Repubblica – che la magistratura ha potuto acquisire un sempre maggiore

⁵ In questi termini, S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, p. 27.

⁶ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, pp. 608–609, parlava molto opportunamente di «circuiti» costituzionali.

peso corporativo, che non trovava rispondenza, perlomeno in queste proporzioni, nell'impianto originario del nostro ordinamento e nella *ratio* del titolo IV.

2. Ulteriore, non banale elemento di ancoraggio della funzione giurisdizionale nell'alveo della sovranità statuale risiede nel riferimento alla legge contenuto nel secondo comma dell'art. 101 Cost. («*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*»), altra disposizione che ha tendenzialmente ricevuto una lettura di parte e non sempre aderente ai suoi connotati originari.

Si è preferito dare enfasi all'avverbio «*soltanto*» per rimarcare l'elemento dell'indipendenza, trascurando l'elemento – altrettanto importante – della soggezione del giudice alla legge, che presiede logicamente (potremmo dire: naturalmente) allo svolgimento della giurisdizione, che deve consistere, anzitutto, nel *dicere ius*.

In una democrazia parlamentare, la legge resta, pur in presenza dei correttivi previsti dall'ordinamento costituzionale, una manifestazione visibile della volontà popolare, in collegamento diretto con l'art. 1 Cost. e in coerenza, del resto, con il dettato del primo comma dell'art. 101 Cost. poc'anzi osservato.

Aderendo all'antica, ma sempre valida lezione chiovendiana, si può dire che compito precipuo del giudice, pertanto, sia quello di dichiarare la volontà della legge in relazione ad una fattispecie dedotta nel processo (cfr. art. 2909 c.c.)⁷.

Non è casuale, del resto, che l'eguaglianza (art. 3 Cost.) e la coesione sociale (intesa come ambito logico-giuridico dei doveri, cfr. art. 54 Cost.) si fondino, in larga misura, proprio sul metro della legge o, comunque, non possano prescindere da esso.

Non può esservi una convivenza civile in assenza di una comune e diffusa osservanza della legge, sebbene quest'ultima non viva certo, per plurime ragioni, che in questa sede possono solo essere date per scontate, una stagione particolarmente brillante della propria reputazione.

Non potrà essere la “crisi della legge” – ammesso che tale abusata etichetta possa ritenersi munita di assoluto rigore scientifico – a sovvertire l'ordine costituzionale e a giustificare un'espansione dei margini di intervento del giudice ed un accrescimento esponenziale del peso corporativo della magistratura, come quello cui abbiamo assistito negli ultimi decenni, in danno di altri attori istituzionali.

A ben vedere, il tema dell'osservanza della legge⁸ e della condivisione di valori comuni in seno alla collettività rappresenta un elemento coerente con i profili

⁷ Si vedano, sul punto, le osservazioni di G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Catanzaro, 2021, pp. 91 ss.

⁸ Il riferimento è a N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.

illustrati a proposito dell'art. 101 Cost., concorrendo ciascuno di essi a dare luogo proprio a quell'idea di coesione sociale (da declinare anche nel senso di coesione giuridica, cfr. art. 65 r.d. n. 12/1941, norma tecnicamente tutt'ora in vigore, giova ricordarlo) dapprima evocata.

Soltanto su queste basi, ovvero sull'identificazione collettiva in un *corpus* condiviso di principi e regole, può andare a cementarsi la cittadinanza in uno Stato democratico di diritto.

In caso contrario, prevarranno solo le litigiosità, elemento da sempre tristemente caratterizzante del nostro sistema, a tutto danno di un corretto esercizio della giurisdizione (basti pensare ai temi della ragionevole durata del processo e dello smaltimento dell'arretrato giudiziario, che costituiscono di per sé un freno al regolare svolgimento del traffico giuridico-economico nel Paese).

Occorre, pertanto, per le ragioni brevemente descritte in questa sede, iniziare a mettere a fuoco la giurisdizione dalla prospettiva democratica della sovranità popolare, mediante il duplice richiamo al primo e al secondo comma dell'art. 101 Cost., perché se ne possa comprendere appieno l'inquadramento ordinamentale ed il senso stesso del ruolo che i magistrati sono chiamati a svolgere.

3. Alla luce del sommario inquadramento che ne abbiamo potuto offrire, si può dire che la giurisdizione, in quanto espressione della sovranità statale, sia naturalmente rivolta alla collettività e che i magistrati stessi, proprio perché incaricati di amministrare una funzione, siano dei pubblici funzionari (cfr. art. 98 Cost.), pur con tutte le peculiarità che li caratterizzano.

In quest'ottica, la funzione può essere letta – pur nelle sue specificità – come *munus*, più che come manifestazione di un potere in senso stretto, e, in quanto tale, reclama, in primo luogo, efficienza, nella traccia indicata dagli artt. 24 e 111 Cost.

In particolare, l'art. 24 Cost. – collocato, non a caso, nella parte I della Carta, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, a riprova ulteriore del fatto che la tutela giurisdizionale è costruita intorno ai cittadini e va amministrata *in loro nome* – prevede, ad esempio, forme di riparazione degli errori giudiziari (cfr. ult. co.), nella prospettiva di una funzione che il cittadino non è certamente destinato a subire, ma che, anzi, deve essergli assicurata anzitutto in termini di efficienza (ovvero, possibilmente, senza errori, considerati i gravissimi effetti che potrebbero conseguire).

L'efficienza della c.d. macchina giudiziaria (come capita di sentirla sovente definita nel linguaggio corrente, con espressione atecnica e giornalistica) deve potersi accompagnare, vista la particolare natura della funzione, all'effettività della tutela dei diritti.

In altri termini, non si può certo pensare di ridurre il fenomeno giurisdizionale ad una visione meramente efficientistica, come se alla domanda di giustizia che promana dalla società dovesse semplicemente conseguire una pronta e immediata risposta da parte degli uffici giudiziari e non anche un prodotto decisionale di qualità⁹.

In realtà, gli obiettivi della giurisdizione risultano espressi oggi dalla *nuova* formulazione dell'art. 111 Cost. (come risultante dalla l. cost. n. 2/1999) e dal concetto di «giusto processo» (in tutte le sue declinazioni) che viene ivi recepito.

Indubbiamente, nella locuzione è senz'altro compreso il tema della ragionevole durata del processo, tra le note più dolenti della materia, che evoca naturalmente un'idea di efficienza, sebbene costituisca, a tutt'oggi, a quasi venticinque anni ormai dalla modifica dell'art. 111 Cost. e malgrado le varie riforme processuali nel frattempo intervenute nel tentativo (spesso vano) di apportare una semplificazione complessiva del sistema, ancora una chimera irraggiungibile.

Tuttavia, anche le altre garanzie enumerate dall'art. 111 Cost. concorrono, ciascuna dalla rispettiva angolazione, a definire anch'esse il modello di processo previsto dal nostro ordinamento: la riserva assoluta di legge, la terzietà e imparzialità del giudice, l'obbligo di informazione sulla natura e sui motivi delle accuse, la concreta possibilità di difesa, il principio del contraddittorio, il principio della parità tra accusa e difesa, l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giudiziari.

Ecco, dunque, che il cerchio si chiude, perlomeno sul piano ideale.

La realizzazione del giusto processo reclama l'attuazione di tutte le garanzie appena elencate e della tutela giurisdizionale dei diritti (diritto di azione e diritto di difesa), indicata dall'art. 24 Cost.

Si può dire, pertanto, che il giusto processo miri a realizzare, in una dimensione di effettività, quel valore con il quale si apre significativamente il titolo IV, parte II della Carta: la giustizia, che esprime un concetto più ampio e più alto dello stesso concetto di giurisdizione e che, difatti, è posto in collegamento diretto con la sovranità popolare, per i motivi che abbiamo potuto considerare, in questa sede.

Starà al legislatore – illuminato, perché no, anche da occasioni di studio proficue come questa – individuare nuove ricette e soluzioni perché la giustizia, da aspirazione ideale e utopia inafferrabile, possa finalmente tradursi in una realtà concreta per la nostra società.

⁹ Cfr. G. VERDE, *op. cit.*, p. 87.

Ufficio del processo civile ed efficienza dell'azione giudiziaria*

ANTONIO CREMONE

SOMMARIO: 1. Introduzione all'Ufficio per il processo (UPP) – 2. La disciplina introduttiva del d.l. n. 90/2014 (art. 16–octies d.l. n. 179/2012) – 3. Il PNRR e gli “Addetti” all'UPP – 4. Le modifiche apportate con d.lgs. n. 151/2022 – 5. Riflessioni conclusive (e prospettiche)

1. L'Ufficio per il processo (anche “UPP”) risulta essere un'acquisizione piuttosto recente nel nostro ordinamento giudiziario, delineata dal legislatore (in virtù della espressa riserva di legge in materia¹) meno di dieci anni fa, rimasta a lungo – e nonostante i migliori auspici² – lettera morta³, ed entrata concretamente in funzione solo negli ultimi anni⁴, come meglio scandito dai seguenti (principalmente)

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Cfr. art. 108 Cost., secondo cui “Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”.

² Si vedano, in tal senso, i saggi di: L. MINNITI – B. FABBRINI – C. CASTELLI – A. COSENTINO, *L'ufficio per il processo: un'occasione da cogliere*, in *questionegiustizia.it*, 5 luglio 2013; M. CICCARELLI, *Tirocini formativi e ufficio per il processo: un'occasione da non sprecare*, in *questionegiustizia.it*, 15 luglio 2014.

³ Come evidenziato da R. BRACCIALINI, *Per un modello leggero (ma non un “guscio vuoto”!) di ufficio per il processo*, in *questionegiustizia.it*, 2 maggio 2017.

⁴ Come emerge (*inter alia*) dagli interessanti contributi di: R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive*, in *questionegiustizia.it*, 1° giugno 2020; M. CICCARELLI, *I mobili confini di un possibile Ufficio per il processo*, in *questionegiustizia.it*, 25 novembre 2020; M.G. CIVININI, *Il 'nuovo ufficio per il processo' tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *questionegiustizia.it*, 8 settembre 2021; R. CAPONI, *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *questionegiustizia.it*, 28 ottobre 2021; I. PAGNI, *L'Ufficio per il processo: l'occasione per una (ulteriore) osmosi virtuosa tra teoria e pratica, con uno sguardo alle riforme processuali in cantiere*, in *questionegiustizia.it*, 17 novembre 2021; M. CICCARELLI, *Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo*, in *questionegiustizia.it*, 8 marzo 2022; A. DI FLORIO, *La riforma del processo civile e l'ufficio per il processo (art. 1 co. 18 e 19 l. 26 novembre 2021, n. 206)*, in *questionegiustizia.it*, 8 luglio 2022; C. CASTELLI, *Le sfide da affrontare nella giustizia: PNRR, Ufficio per il processo, digitalizzazione*, in *questionegiustizia.it*, 6 dicembre 2022.

⁵ Occorre infatti ricordare anche: l'introduzione dei tirocini formativi, con l'art. 73 co. 8–bis del d.l. 21 giugno 2013 n. 69 e con l'art. 50 co. 1–bis del d.l. 24 giugno 2014 n. 90; l'approvazione delle misure organizzative per il funzionamento dell'ufficio per il processo, con D.M. 1° ottobre 2015; l'adozione delle linee guida per la predisposizione dei progetti formativi di perfezionamento, con Circolare del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria (DOG) del Ministero della giustizia del 14.2.2017; la destinazione dei giudici onorari di pace all'ufficio per il processo, con d.lgs. 13 luglio 2017 n. 116; l'approvazione delle linee guida per l'ufficio del processo, con delibere C.S.M. del 15 maggio 2019 e del 13 ottobre 2021; l'individuazione delle modalità di reclutamento degli Addetti all'ufficio per il processo, con d.m. del 26 luglio 2021.

riferimenti temporali: l'introduzione dell'art. 16–*octies* nel d.l. 18 ottobre 2012 n. 179⁶, mediante l'art. 50 co. 1 del d.l. 24 giugno 2014 n. 90⁷; la previsione della figura dell'“Addetto” all'UPP, con l'art. 11 del d.l. 9 giugno 2021 n. 80⁸; la riforma organica dell'UPP, attraverso il d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151⁹, che ha disciplinato *ex novo* la materia e abrogato espressamente il citato art. 16–*octies*¹⁰.

L'UPP è nato come una struttura organizzativa a composizione mista (con personale amministrativo e giudiziario), avente l'ambizioso obiettivo di “*garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*”¹¹.

Partendo da una prima analisi, di carattere etimologico, occorre soffermarsi sulla dizione “*Ufficio per il processo*”, che è prevalsa rispetto a “*Ufficio del giudice*” (di cui pure si era parlato in alcuni lavori)¹², onde consentire di includere in questa struttura la magistratura onoraria, il personale amministrativo, i tirocinanti e le tecnologie informatiche, ponendo al centro del dibattito l'attuazione dell'art. 111 Cost.¹³.

L'introduzione dell'UPP nel nostro ordinamento, in nome di un auspicato miglioramento dell'efficienza dell'azione giudiziaria¹⁴, impone una rinnovata

⁶ Recante “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012 n. 221.

⁷ Recante “*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*”, nell'ambito del capo II dedicato alle “*Disposizioni per garantire l'effettività del processo telematico*”, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014 n. 114.

⁸ Recante “*Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*”, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021 n. 113.

⁹ Recante “*Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134*”.

¹⁰ Cfr. art. 18 co. 4 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151.

¹¹ Cfr. art. 16–*octies* d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito con modifiche in L. 17 dicembre 2012 n. 221), introdotto dall'art. 50 del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 (convertito con modifiche in L. 11 agosto 2014 n. 114).

¹² Formula etimologica su cui si sofferma R. BRACCIALINI, *L'ufficio per il processo e i suoi pilastri*, in *Quest. giust.*, 2004, 6, p. 1271, all'esito di un fitto scambio di corrispondenza con Daniela Intravaia (dirigente amministrativo) e Stefano Zan (docente universitario); su di essa torna anche G. GRASSO, *L'attuazione dell'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 7–8/2019, 3, 409 ss.

¹³ Cfr. M. SCIACCA, *Ufficio per il processo, ovvero dell'art. 111 Cost. in chiave organizzativa: prime riflessioni*, in *Magistratura*, 2006, 3–4, 86.

¹⁴ Sul tema, anche all'esito delle novità introdotte in occasione del PNRR, si segnala il contributo di I. PAGNI, *L'ufficio per il processo: l'occasione per una (ulteriore) osmosi virtuosa tra teoria e pratica, con uno sguardo alle riforme processuali in cantiere*, in *questionegiustizia.it*, 17 novembre 2021, che evidenzia come l'UPP sia uno dei punti di forza della legge delega per l'efficienza del processo civile, rimarcando comunque che la funzione giudiziaria debba essere esaminata principalmente in chiave di effettività della tutela, in una prospettiva che ponga al centro l'individuo, oltre che la collettività; in chiave critica, si segnala anche il contributo di S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo*

esegesi di principi e categorie che sembravano ormai pressoché definitivamente elaborati in ambito di ordinamento giudiziario, rendendo necessarie alcune riflessioni: sulle molteplici funzioni dell'UPP; sulle fonti volte a disciplinare l'istituto; sui profili organizzativi di tale struttura¹⁵, che costituiscono presupposti dell'efficienza stessa (tanto quanto le periodiche – e non sempre felici¹⁶ – riforme dei riti processuali, se non addirittura in misura maggiore rispetto ad esse¹⁷), ove si considerino gli effetti benefici derivanti dal passaggio da un lavoro tendenzialmente individuale dei magistrati a un lavoro di squadra, realizzato mediante implementazione di strumenti tecnologici; sui rapporti dell'UPP con il sistema della c.d. “*doppia dirigenza*”; sull'idoneità dell'UPP a contribuire in maniera determinante al raggiungimento degli obiettivi immaginati dal legislatore; sulle criticità dell'istituto e sui possibili interventi che, in chiave prospettica, appaiano necessari per una migliore funzionalità ed efficienza del sistema giustizia.

Va sin d'ora rimarcato che, mentre il dibattito sull'UPP è piuttosto recente, la “questione organizzativa”¹⁸ è invece assai più risalente, e trae spunto da un

e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti, in *ildirittoprocessualecivile.it*, 3/2021, 261, che esprime perplessità sulla composizione dell'ufficio, ed in particolare sulla scelta di destinarvi giovani laureati alla prima esperienza lavorativa, onerando così le strutture anche di un onere formativo, a fronte di contratti di durata limitata.

¹⁵ Sui profili organizzativi dell'UPP, si segnalano, di recente, F. FUSCO – G. ANTONELLI, *L'Ufficio del Processo: lineamenti organizzativi e gestionali*, in *Amministrativ@mente*, 3/2023, 1470 ss.; M. PIZZICOTTI BUSILACCHI, *L'Ufficio per il Processo: un modello organizzativo aperto che guarda all'intelligenza artificiale*, in *Studium iuris*, 4/2023, 392 ss.; A. ALFIERI, *L'ufficio per il processo: una possibile rivoluzione culturale nell'organizzazione degli uffici giudiziari*, in *Giust. proc. civ.*, 4/2022, 1197 ss.

¹⁶ Basti pensare, da ultimo all'ordinanza Trib. Verona del 22–23 settembre 2023 (R.G. 4138/2023), in G.U. 1a Serie Speciale n. 47 del 22 novembre 2023), che ha posto interrogativi di costituzionalità in merito ad alcuni profili della recentissima riforma Cartabia (ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 171–bis c.p.c. per contrasto con gli artt. 76, 77, 3 e 24 della Costituzione).

¹⁷ Sull'importanza della prospettiva organizzativa, si segnala l'opera di S. ZAN, *Fascicoli e tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, che già nelle premesse del proprio lavoro (pp. 10 ss.) evidenzia la necessità di approcciare le inefficienze del sistema giustizia mediante l'interazione tra saperi e culture diverse di tipo giuridico, processuale, informativo e organizzativo, rimarcando l'inevitabile fallimento degli interventi monodisciplinari, giungendo poi a rimarcare espressamente (p. 128) come nelle iniziative del legislatore “resta l'assunto, tanto antico quanto infondato, che un buono e nuovo quadro normativo possa risolvere i problemi dimenticando del tutto la complessa e profonda interazione tra norme, risorse, vincoli, tecnologie e attori”; sugli effetti controproducenti delle continue riforme, si segnala anche L. VERZELLONI, *Paradossi dell'innovazione. I sistemi giustizia del Sud Europa*, Roma, 2020, 118 ss., che invita ad abbandonare il mito dell'innovazione ad ogni costo, evidenziando come il continuo ricorso a riforme urgenti finisca per distruggere la rete di conoscenze, pratiche e soluzioni sviluppate dagli attori che operano ai diversi livelli del sistema, divenendo ostacolo alla costruzione di società più giuste ed inclusive, necessarie per realizzare uno sviluppo sostenibile.

¹⁸ Intesa come consapevolezza dell'importanza del fattore organizzativo in ambito giudiziario, su cui si segnala R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, disillusioni e prospettive*, in *www.questionegiustizia.it*, 1° giugno 2020, che a sua volta richiama C. GUARNERI, *La giustizia in*

importante convegno torinese del 1987 (*“La giustizia tra diritto e organizzazione”*¹⁹) e da un ulteriore convegno romano del 2003 (*“Processo e organizzazione”*)²⁰, con occasionali declinazioni nelle riforme processuali²¹ e più incisivi interventi di informatizzazione²².

Partendo da tali premesse, saranno delineati caratteristiche, limiti e prospettive di un istituto *“in itinere”*, i cui contorni sono ancora sfumati.

2. Come anticipato, la disciplina dell’UPP è scandita da tre momenti fondamentali, e precisamente dagli interventi normativi del 2014, del 2021 e del 2022.

La disciplina delineata dall’art. 50 co. 1 del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 (che ha introdotto l’art. 16–*octies* nel d.l. 18 ottobre 2012 n. 179²³) è tendenzialmente scarna, limitandosi ad indicare l’obiettivo dell’UPP (garantire la ragionevole

Italia. Come funziona la nostra macchina giudiziaria, Bologna, 2011; G. GILARDI (a cura di), *Processo e organizzazione. Le riforme possibili per la giustizia civile*, in *Quad. quest. giust.*, Milano, 2004; D. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003; S. ZAN, *Fascicoli e tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003.

¹⁹ Cfr. AA.VV., *Atti del Convegno nazionale La giustizia tra diritto e organizzazione: 13–14–15 novembre 1987, Torino, Villa Gualino*, Torino, Consiglio regionale del Piemonte, 1989. Al momento, si segnala anche una registrazione disponibile al seguente indirizzo web: https://www.radioradicale.it/scheda/24775/la-giustizia-tra-diritto-e-organizzazione?i=2703969&q=blocco_interventi=1.

²⁰ Cfr. G. GILARDI (a cura di), *Processo e organizzazione. Le riforme possibili per la giustizia civile*, in *Quad. quest. giust.*, Milano, 2004, in cui è stato valorizzata la *“strategia del p.o.p.”* (processo, organizzazione, protocolli), censurando una visione magistratocentrica delle iniziative di supporto alla giurisdizione (anche preferendo la dizione *“ufficio del processo”* rispetto a quella *“ufficio del giudice”*).

²¹ Come la creazione di sezioni specializzate a ingresso chiuso, in occasione della riforma del rito del lavoro (L. 11 agosto 1973 n. 533); o ancora con la revisione delle articolazioni territoriali della giustizia onoraria (L. 21 novembre 1991 n. 374); oppure con l’introduzione del giudice unico di primo grado nel 1998 (d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51); o, più di recente, con la riorganizzazione delle circoscrizioni giudiziarie (d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. con modificazioni in L. 14 settembre 2011 n. 148, e successivi decreti delegati 155 e 156 del 2012, 14 del 2014 e 133 del 2015).

²² La progressiva informatizzazione dei registri di cancelleria, l’implementazione dell’archivio informatico Italjure, la realizzazione del processo civile telematico e – più di recente – la telematizzazione dei processi penali e amministrativo.

²³ Secondo cui *“(1.) Al fine di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l’innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione sono costituite, presso le corti di appello e i tribunali ordinari, strutture organizzative denominate “ufficio per il processo”, mediante l’impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell’articolo 73 del decreto–legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell’articolo 37, comma 5, del decreto–legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Fanno altresì parte dell’ufficio per il processo costituito presso le corti di appello i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto–legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e dell’ufficio per il processo costituito presso i tribunali, i giudici onorari di tribunale di cui agli articoli 42 ter e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12. (2.) Il Consiglio Superiore della Magistratura e il Ministro della giustizia, nell’ambito delle rispettive competenze, danno attuazione alle disposizioni di cui al comma 1, nell’ambito delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”*.

durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e l'uso delle tecnologie) e la sua composizione (personale di cancelleria, tirocinanti e giudici onorari o ausiliari), ma omettendo di precisare le concrete funzioni della struttura, e disponendo che l'attuazione dell'UPP avvenga “*nell'ambito delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*” (una delle ragioni, forse la principale, del mancato successo del neo-introdotta istituto).

Ferme le criticità delineate, va evidenziato anche un aspetto di indubbio rilievo: il legislatore, al fine di conseguire una ragionevole durata del processo, ha previsto l'innovazione dei modelli organizzativi, citandoli al plurale.

L'aspetto non è di secondaria importanza, né puramente formale, poiché la scelta denota la preferenza per una flessibilità dell'istituto, che ne consenta un più agevole adattamento alle peculiarità locali²⁴. Da ciò derivano due corollari (sui quali si tornerà anche nel prosieguo): da una parte, il legislatore mostra di essere consapevole delle differenti criticità che caratterizzano gli uffici giudiziari nazionali e della necessità di interventi calibrati “ad hoc”; dall'altra, sceglie di non imporre tipologie di intervento valide per tutti i contesti territoriali, ma di coinvolgere attivamente le dirigenze locali (giudiziaria e amministrativa), anche per valorizzare le innovazioni dal basso, di cui già vi erano precedenti autorevoli²⁵.

Un metodo, quindi, improntato ad una sorta di “collegialità inter-organica”, che intende ricollegarsi al più generale principio di “leale collaborazione” cui dovrebbero conformarsi i rapporti tra CSM e Ministero della Giustizia²⁶ (e tra le corrispondenti articolazioni territoriali).

Questa, del resto, è anche una conseguenza pressoché obbligata della digitalizzazione del sistema giustizia e dell'introduzione del processo telematico, che prevedono un ruolo sempre più attivo del Ministero della giustizia²⁷ e

²⁴ Nella prassi, sono stati adottati, infatti, plurimi modelli organizzativi: quelli che privilegiano un rapporto “one to one” tra risorse e magistrati; quelli che valorizzano il collegamento al fascicolo, al collegio o alla sezione; quelli che invece prevedono la rotazione delle risorse su più incarichi e con più referenti.

²⁵ Basti pensare al c.d. “Decalogo Strasburgo”, implementato fin dal 2001 – e con risultati decisamente positivi – presso il Tribunale di Torino, al punto da risultare apprezzato anche dalla “*European Commission for the Efficiency of Justice*” (CEPEJ).

²⁶ Il riferimento è a C. cost. 27 luglio 1992 n. 379, in *Foro it.*, 1993, I, 689 (con nota di Bettinelli Salazar Cerri), secondo cui “Spetta al Ministro della giustizia non dare corso alle deliberazioni del C.S.M. di conferimento degli uffici direttivi quando, da parte della Commissione competente, sia mancata un'adeguata attività di concertazione, ispirata al principio di leale cooperazione ai fini della formulazione delle proposte. Non spetta al Ministro della giustizia non dar corso alle deliberazioni del C.S.M. sul conferimento degli uffici direttivi quando, nonostante che sia stata svolta un'adeguata attività di concertazione, non si sia convenuto in tempi ragionevoli tra la Commissione e il ministro sulla proposta da formulare”.

²⁷ Si pensi, in particolare, al “Dipartimento per la transizione digitale della giustizia, l'analisi statistica e le politiche di coesione”, che assicura (anche per il tramite della “Direzione generale per i

rendono ancor più stretto il rapporto tra apparati amministrativi e magistratura²⁸, sia in ambito locale che centrale, in parziale controtendenza con la tradizionale (e più rigida) impostazione bicefala adottata dal legislatore costituente (con l'art. 110 Cost.).

Ferma l'autonomia inizialmente concessa ai singoli Uffici giudiziari, va comunque ricordato e valorizzato il lavoro di monitoraggio²⁹ ed individuazione delle migliori pratiche svolto dal CSM, a partire dal 2016, e confluito nelle Linee guida per l'Ufficio del processo del 15 maggio 2019³⁰ e del 13 ottobre 2021³¹.

Altro aspetto assai interessante è l'apertura della struttura verso l'esterno, testimoniata dal coinvolgimento nell'UPP non solo di giudici onorari/ausiliari e personale amministrativo, ma anche di praticanti *ex art.* 37 co. 5 d.l. n. 98/2011³² e tirocinanti *ex art.* 73 d.l. n. 69/2013³³, risorse tradizionalmente destinate al

sistemi informativi automatizzati” e della “Direzione generale di statistica e analisi organizzativa”): la gestione dei processi e delle risorse connessi alle tecnologie dell'informazione, della comunicazione e della innovazione; la gestione della raccolta, organizzazione e analisi dei dati relativi a tutti i servizi connessi all'amministrazione della giustizia; l'attuazione delle procedure di raccolta dei dati e della relativa elaborazione statistica secondo criteri di completezza, affidabilità, trasparenza e pubblicità; il monitoraggio dell'efficienza del servizio giustizia con particolare riferimento alle nuove iscrizioni, alle pendenze e ai tempi di definizione dei procedimenti negli uffici giudiziari.

²⁸ Sul tema si veda anche S. ZAN (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia. L'evoluzione del processo civile telematico*, Bologna, 2004.

²⁹ Pratica num. 55/VV/2016 – L'ufficio per il processo oggi: esito del monitoraggio del CSM sulla istituzione e sul funzionamento dell'Ufficio per il processo negli uffici giudiziari; ruolo della magistratura onoraria e diritto transitorio – Delibera 18 giugno 2018.

³⁰ Pratica num. 55/VV/2016 – 81/VV/2016 – Linee guida per l'Ufficio del Processo *ex art.* 50 D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 – Modalità operative – Delibera 15 maggio 2019.

³¹ Pratica num. 55/VV/2016 – 81/VV/2016 – Ufficio per il Processo *ex art.* 50 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) ed *ex art.* 11 del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113) – Delibera 13 ottobre 2021.

³² Secondo cui “Coloro che sono ammessi alla formazione professionale negli uffici giudiziari assistono e coadiuvano i magistrati che ne fanno richiesta nel compimento delle loro ordinarie attività, anche con compiti di studio, e ad essi si applica l'articolo 15 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957 n. 3. Lo svolgimento delle attività previste dal presente comma sostituisce ogni altra attività del corso del dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato. Al termine del periodo di formazione il magistrato designato dal capo dell'ufficio giudiziario redige una relazione sull'attività e sulla formazione professionale acquisita, che viene trasmessa agli enti di cui al comma 4. Ai soggetti previsti dal presente comma non compete alcuna forma di compenso, di indennità, di rimborso spese o di trattamento previdenziale da parte della pubblica amministrazione. Il rapporto non costituisce ad alcun titolo pubblico impiego. È in ogni caso consentita la partecipazione alle convenzioni previste dal comma 4 di terzi finanziatori”.

³³ Secondo cui “Gli ammessi allo stage sono affidati a un magistrato che ha espresso la disponibilità ovvero, quando è necessario assicurare la continuità della formazione, a un magistrato designato dal capo dell'ufficio. Gli ammessi assistono e coadiuvano il magistrato nel compimento delle ordinarie attività. Il magistrato non può rendersi affidatario di più di due ammessi. Il ministero della giustizia fornisce agli ammessi allo stage le dotazioni strumentali, li pone in condizioni di accedere ai sistemi informatici

supporto della sola attività dei magistrati³⁴, che assumono attraverso l'integrazione nell'UPP funzioni più ampie, anche di carattere *latu sensu* amministrativo, in virtù della natura mista dell'Ufficio e della trasversalità dello scopo (l'efficientamento del servizio giustizia) perseguito.

Sin dalla sua creazione, l'UPP ha denotato alcuni profili critici, che consistono principalmente nel vincolo di invarianza finanziaria, nella necessaria (ma non scontata) capacità di cooperazione tra magistratura e apparati amministrativi³⁵, nelle scoperture degli organici amministrativi³⁶ e nei ritardi nell'implementazione degli strumenti informatici.

Ma ha anche segnato l'apertura di una stagione di riforme incentrate sugli aspetti organizzativi del sistema giustizia, cercando di creare le condizioni per agevolare il dialogo tra le due componenti del modello bicefalo.

3. In questo contesto, pressoché invariato dal 2014³⁷, l'UPP ha ricevuto nuovo impulso nel 2021, mediante l'ampliamento della composizione per l'attuazione del PNRR (*ex artt.* 11 ss. d.l. n. 80/2021³⁸), con introduzione (da tempo auspicata) di risorse economiche e la previsione di un'ulteriore figura professionale all'interno dell'Ufficio: gli "Addetti" UPP³⁹, il cui inquadramento è stato delineato all'esito di vari "correttivi", di cui si riepilogano gli aspetti principali.

ministeriali e fornisce loro la necessaria assistenza tecnica. Per l'acquisto di dotazioni strumentali informatiche per le necessità di cui al quarto periodo è autorizzata una spesa unitaria non superiore a 400 euro. Nel corso degli ultimi sei mesi del periodo di formazione il magistrato può chiedere l'assegnazione di un nuovo ammesso allo stage al fine di garantire la continuità dell'attività di assistenza e ausilio."

³⁴ Da una parte, infatti, l'art. 37 co. 5 del d.l. n. 98/2011 prevede che gli ammessi alla formazione professionale assistano e coadiuvino i magistrati; dall'altra, l'art. 73 co. 4 d.l. n. 69/2013 prevede addirittura l'assegnazione individuale a singoli magistrati.

³⁵ Come evidenziato anche da R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive*, in *questionegiustizia.it*, 1° giugno 2020, par. 5, che richiama il contemporaneo monitoraggio sull'UPP, svolto separatamente dal CSM e dal Ministero della giustizia, quale esempio paradigmatico delle difficoltà di coordinamento esistenti, richiamando anche un proprio precedente contributo in materia (R. BRACCIALINI, "Per favore, parlatevi!", in *Quest. giust.*, 4 aprile 2019).

³⁶ Sul tema, di recente, si segnala l'articolo di M. DAMIANI, *Giustizia, carenze in tutta Italia*, in *Italiaoggi*, n. 180 dell'1.8.2023, ove si parla di una copertura di organico del 22%, pari a 9.739 operatori su 43.468.

³⁷ Escludendo le attività di monitoraggio di CSM e Ministero, cui si è già fatto cenno.

³⁸ Recante "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia", convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021 n. 113.

³⁹ Rispetto ai quali si segnalano i contributi di: S.L. GENTILE, *Assunzione, inquadramento e mansioni degli addetti all'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 9/2022, 5, 229 (che ne evidenzia la natura ibrida); A. ALFIERI, *L'ufficio per il processo: una possibile rivoluzione culturale nell'organizzazione degli uffici giudiziari*, in *Giust. proc. civ.*, 4/2022, 1197 (che ha evidenziato potenzialità e criticità dell'immissione di nuove risorse mediante il PNRR); F. DE SANTIS DI NICOLA, *Addetti al nuovo "ufficio del*

Nel dettaglio, è stata prevista l'assunzione di 16.500 unità di personale⁴⁰, reclutate dal Ministero della giustizia, con contratto a tempo determinato – non rinnovabile – della durata massima di 36 mesi⁴¹ ed assunzione subordinata all'approvazione del PNRR, con profilo in deroga alla contrattazione collettiva⁴².

Già da tali premesse balza all'occhio un aspetto di non poco conto: nonostante siano chiamati a fornire supporto anche all'attività tipicamente giurisdizionale, gli Addetti sono assunti e dipendono dal Ministero della giustizia, circostanza che – pur astrattamente in linea con la natura trasversale dell'UPP – pone sin da subito dubbi ed incertezze di carattere organizzativo e gestionale.

Altro interessante aspetto, in linea con alcune tendenze emerse nell'ambito degli studi sull'organizzazione del sistema giustizia, è la scelta di consentire l'accesso all'UPP non solo ai laureati in materie giuridiche, ma anche (per una minor quota) ai laureati in economia e commercio o in scienze politiche, principalmente per fronteggiare esigenze di carattere statistico e comunicativo.

Tra le modifiche introdotte *in itinere*, c'è stata anche l'espressa previsione dell'incompatibilità con l'esercizio della professione forense, con obbligo di sospensione dall'esercizio dell'attività professionale⁴³ (misura per certi versi scontata, ma che – condivisibilmente – è stata resa in forma espressa⁴⁴).

Nella consapevolezza della natura non particolarmente attrattiva dell'incarico⁴⁵, ma anche dello stretto legame intercorrente tra stabilità dell'organizzazione e perseguimento degli obiettivi di efficientamento, il legislatore ha poi individuato una serie di possibili benefici⁴⁶ per coloro i quali avessero prestato servizio per

processo" (artt. 11 ss. D.L. n. 80 del 2021) vs. "assistant-lawyers" presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo: due modelli a confronto, in *Dir. proc. civ. it. e comp.*, 3/2021, 265 (che invece ne propone una analisi comparata); M. SCIACCA, *Pnrr e prime ipotesi di modellizzazione dell'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 1/2022, 5, 49–56 (che ha esaminato la circolare del Ministero della giustizia del 3 novembre 2021, ipotizzandone le declinazioni pratiche nella modellizzazione dell'UPP); L.R. LUONGO, *Le funzioni degli 'addetti' all'ufficio per il processo nel sistema della giustizia ordinaria*, in *Judicium*, 15 marzo 2022; M.L. GUARNIERI, *La morfologia dell'Ufficio per il processo e il ruolo dell'addetto Upp nelle dinamiche del giudizio di cognizione riformato*, in *Judicium*, 5 giugno 2023.

⁴⁰ Di cui massimo 400 in Cassazione, da assegnarsi in virtù di specifico "progetto organizzativo".

⁴¹ In origine, due anni e sette mesi per il primo scaglione e due anni per il secondo.

⁴² Profilo delineato nell'"Allegato II" n. 1 del medesimo d.l. n. 80/2021, con inquadramento economico equiparato alla posizione "F1" e riconoscimento di forme di lavoro agile e distribuzione flessibile dell'orario.

⁴³ Ma con possibilità di ricongiungimento del periodo di pratica forense e di quello di svolgimento della funzione di Addetto, ai fini del conseguimento del certificato di compiuta pratica.

⁴⁴ Con l'art. 33 co. 2 lett. a) del d.l. 1° marzo 2022 n. 17 (dedicato, invero, al contenimento dei costi dell'energia e del gas e allo sviluppo delle energie rinnovabili).

⁴⁵ A tempo determinato, con inquadramento economico non dei migliori e con possibile assegnazione a sedi lontane.

⁴⁶ Riconoscendone la natura di titolo per l'accesso al concorso di magistrato; equiparando il servizio prestato a un anno di tirocinio professionale per avvocato o notaio, o a un anno di frequenza

l'intero periodo del contratto, presso le sedi di prima assegnazione⁴⁷, individuate con decreti del Ministero della giustizia⁴⁸.

In merito alle modalità di impiego, il d.l. n. 80/2021⁴⁹ riconduce gli Addetti alle qualifiche di “Specialisti della gestione nella Pubblica Amministrazione”⁵⁰ e “Esperti legali in imprese o enti pubblici”⁵¹, individuando quali possibili attività da svolgere (in linea con la natura trasversale dell’UPP): lo studio dei fascicoli⁵²; il supporto al giudice nel compimento della attività pratico/materiale o di facile esecuzione⁵³; il supporto per bozze di provvedimenti semplici, il controllo della pendenza di istanze o richieste o la loro gestione, l’organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione all’esperto coordinatore o al magistrato

ai corsi della scuola di specializzazione; inserendolo tra i titoli di preferenza per l’accesso alla magistratura onoraria; ipotizzando anche la possibilità che il servizio prestato possa dare diritto all’attribuzione di punteggio aggiuntivo nei concorsi presso l’amministrazione giudiziaria, o che possano essere previsti in futuro riserva nei concorsi per le qualifiche della terza area professionale (cfr. art. 11 co. 4 e 5 d.l. 9 giugno 2021 n. 80).

⁴⁷ L’art. 15 d.l. n. 80/2021 prevedeva infatti un vincolo di permanenza nella sede per l’intera durata del contratto, disponendo l’ammissibilità di domande di mobilità interna solo per circostanze sopravvenute, e comunque nel limite degli uffici situati nel medesimo distretto, con divieto – in ogni caso – di distaccare o assegnare presso altre PP.AA. il personale assunto.

⁴⁸ Come previsto dall’art. 12 co. 1 del d.l. 9 giugno 2021 n. 80, ai sensi del quale “1. Fermo restando quanto previsto dall’articolo 11, comma 1, in merito alla necessaria approvazione del PNRR da parte del Consiglio dell’Unione europea, con uno o più decreti del Ministro della giustizia, sono individuati i tribunali o le corti di appello alle cui strutture organizzative denominate ufficio per il processo sono assegnati gli addetti, nonché il numero degli addetti destinati ad ogni singolo ufficio. Le unità di personale di cui all’articolo 11, comma 3 assunte per gli uffici per il processo della Giustizia amministrativa sono distribuite esclusivamente presso le seguenti sedi: Consiglio di Stato, in ogni sezione giurisdizionale; Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma; Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano; Tribunale amministrativo regionale per il Veneto; Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli; Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno; Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo; Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania. Fanno eccezione 7 funzionari informatici e 3 funzionari statistici che sono assegnati, rispettivamente, al Servizio per l’informatica e al Segretariato generale della Giustizia amministrativa al fine di coadiuvare l’ufficio per il processo con riferimento agli aspetti informatici del progetto ricompreso nel PNRR e allo scopo di monitorare l’andamento della riduzione dell’arretrato. La decorrenza della presa di servizio delle unità di personale di cui all’articolo 11, comma 3, è la stessa per tutti gli Uffici per il processo.”.

⁴⁹ Cfr. art. 12 co. 2, che rinvia all’“Allegato II” n. 1 del medesimo decreto legge.

⁵⁰ Le professioni comprese in questa unità supportano le attività degli uffici dell’amministrazione statale, formulano proposte e pareri ai dirigenti da cui dipendono funzionalmente, curano l’attuazione dei progetti, delle attività amministrative e delle procedure loro affidate, supportando le attività del personale subordinato.

⁵¹ Le professioni comprese in questa categoria affrontano, gestendo e supportando le attività di appositi uffici, gli aspetti legali propri delle attività di organizzazioni, imprese o della stessa Amministrazione Pubblica, rappresentandole e tutelandone – eventualmente – gli interessi nelle procedure legali, nei diversi gradi dei processi penali, civili ed amministrativi, stilando documenti, contratti e altri atti legali.

⁵² Predisponendo, ad esempio, delle schede riassuntive per procedimento.

⁵³ Come la verifica di completezza del fascicolo, l’accertamento della regolare costituzione delle parti (controllo notifiche, rispetto dei termini, individuazione dei difensori nominati, ecc.).

assegnatario dei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione; la condivisione all'interno dell'UPP di riflessioni su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento; l'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale; la ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte; il supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali; il supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e monitoraggio dei risultati; il raccordo con il personale addetto alle cancellerie.

Delle funzioni indicate, due in particolare assumono rilievo ai fini dell'inquadramento giuridico degli Addetti: da una parte, quella di "supporto al giudice" nell'ambito di attività tipicamente giurisdizionali, che desta qualche perplessità rispetto alla tradizionale bipartizione tra funzione giudiziaria e amministrativa cui ci ha abituato il legislatore costituente, ove si consideri che gli Addetti – come anticipato – sono assunti e dipendono dal Ministero della giustizia, che ne cura anche la formazione e la specializzazione⁵⁴; dall'altra, quella di "raccordo" con il personale addetto alle cancellerie, che sembrerebbe sottendere (ma il Ministero è di diverso avviso)⁵⁵ una funzione esercitata più che altro a favore dei magistrati (non essendo stata prevista una speculare mansione di raccordo con i giudici), confermando così la natura "ibrida", ma incentrata maggiormente sulla funzione giurisdizionale, delle risorse assunte. A riprova di tale ultima considerazione, si osserva come tra le funzioni previste dal d.l. n. 80/2021 non compaiano quelle di carattere tipicamente amministrativo⁵⁶.

Il medesimo decreto, infine, prevede che il concreto utilizzo degli Addetti, all'interno dell'UPP, avvenga sulla base di un "progetto organizzativo" predisposto dal Capo dell'ufficio giudiziario⁵⁷, di concerto con il dirigente amministrativo⁵⁸. Tale

⁵⁴ Come sancito dall'art. 16 del d.l. n. 80/2021, secondo cui *"Il Ministero della giustizia assicura l'informazione, la formazione e la specializzazione di tutto il personale a tempo determinato assunto ai sensi del presente capo e destinato all'ufficio per il processo di competenza della giustizia ordinaria, individuando con decreto del Direttore generale del personale e della formazione specifici percorsi didattici, da svolgersi anche per via telematica."*

⁵⁵ Di diverso avviso è il Ministero della giustizia che nella circolare del 21 dicembre 2021 recante *"Reclutamento, mansioni, formazione e modalità di lavoro dei primi 8.250 addetti all'ufficio per il processo assunti ai sensi del decreto-legge n. 80 del 2021"* (prot. m_dg.DOG.21/12/2021.0268670.U), attribuisce alla funzione di "raccordo" un significato ben più incisivo, anche in ottica di sostegno delle cancellerie (con attività di scarico udienza, notifiche e comunicazioni, accertamento di definitività del provvedimento, cura della fase esecutiva, assistenza al giudice in udienza).

⁵⁶ Accettazione dei depositi cartacei (ove ammessi) o telematici, rilascio di certificati e/o copie di provvedimenti, comunicazioni e notifiche alle parti e/o ad altri uffici, ecc.

⁵⁷ *"Competente ad adottare atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, anche nel caso in cui comportino oneri di spesa, nei limiti individuati dal provvedimento di assegnazione delle risorse di cui al comma 1"* (art. 3, punto 2, d.lgs. n. 240/2006).

⁵⁸ *"Responsabile della gestione del personale, delle risorse finanziarie e strumentali da attuare in coerenza con gli indirizzi del magistrato capo dell'ufficio e con il programma annuale delle attività di cui all'art. 4"* (art. 2 d.lgs. n. 240/2006).

progetto, quindi, si caratterizza per essere strumento di raccordo tra le funzioni giudiziaria e amministrativa e, contestualmente, di valorizzazione del ruolo degli Addetti, sulla scorta delle specifiche competenze dei profili assegnati.

Va sin d'ora osservato come, nonostante il “progetto organizzativo” costituisca il principale snodo per il corretto funzionamento dell'UPP⁵⁹, il legislatore vi abbia dedicato una disciplina piuttosto scarna, che avrebbe poi reso necessario un intervento integrativo di lì a breve.

Solo con l'art. 3 del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151, infatti, è stato meglio delineato l'iter di predisposizione del progetto, che prevede attività preliminari di monitoraggio⁶⁰, individuazione delle priorità di intervento e degli obiettivi da perseguire, con definizione delle azioni da porre in essere per realizzarli, individuando solo all'esito il personale da assegnare agli uffici. Da tale disposizione emerge una rinnovata centralità del Capo dell'ufficio giudiziario, cui è attribuito un evidente ruolo di impulso e coordinamento, dapprima nel garantire che la fase (*latu sensu*) istruttoria sia ispirata al metodo collegiale (mediante il coinvolgimento sia dei presidenti di sezione che del dirigente amministrativo), di poi a rendere effettivo il concerto con il dirigente amministrativo nella fase strategico-decisionale, con ciò confermando la natura tipicamente programmatica del “progetto organizzativo”, e la necessità che il medesimo non venga rigidamente calato dall'alto, ma sia uno strumento flessibile e tenga in debito conto le istanze dal basso e le effettive peculiarità dell'ufficio, per conseguire con maggiore efficacia l'obiettivo di efficientamento.

4. Nel 2022, in attuazione delle deleghe contenute nella legge 26 novembre 2021 n. 206 per efficienza del processo civile⁶¹ e nella legge 27 settembre 2021 n. 134 per efficienza del processo penale⁶², il Governo ha adottato il d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151, volto a disciplinare con maggiore dettaglio l'UPP, tentando di sopperire alle carenze in precedenza delineate⁶³.

⁵⁹ Sia per la sua natura di documento programmatico, sia per la necessità che esso sia espressione di una visione condivisa tra funzione giudiziaria e amministrativa.

⁶⁰ Analisi dei flussi ed individuazione di eventuali criticità.

⁶¹ Testualmente “*Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*”.

⁶² Testualmente “*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”.

⁶³ Sul tema, si segnalano i contributi di: F. FUSCO – G. ANTONELLI, *L'Ufficio del Processo: lineamenti organizzativi e gestionali*, in *Amministrativ@mente*, 3/2023, 1470, che hanno evidenziato comunque criticità operative irrisolte, come l'ambiguo rapporto tra inquadramento amministrativo e

L'impianto normativo, questa volta, è certamente più dettagliato, disciplinando specificamente l'UPP civile e penale (presso Tribunali e Corti d'appello, Tribunali di sorveglianza, Corte di cassazione, Procura generale della Corte di cassazione e Tribunale per le persone, i minorenni e per le famiglie⁶⁴), nonché l'Ufficio spoglio analisi e documentazione (anche "USAD") presso la Procura generale della Corte di cassazione.

Il legislatore ha deciso, nel predisporre una normativa maggiormente organica, di non introdurre la disciplina dell'UPP nella legge sull'ordinamento giudiziario (come forse sarebbe stato opportuno fare, per ragioni sistematiche) e neanche nei codici processuali civile e penale (all'interno dei quali, in ogni caso, sono state inserite delle norme di rinvio alla legislazione speciale⁶⁵).

Le finalità di UPP e USAD (stando al art. 2 d.lgs. n. 151/2022⁶⁶) non si discostano da quelle già note in vigore della precedente disciplina, risultando confermato l'obiettivo di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Sotto il profilo organizzativo-gestionale, il legislatore ha rimarcato la centralità della componente giurisdizionale, disponendo: che il capo dell'ufficio giudiziario definisca le priorità di intervento, gli obiettivi da perseguire e le azioni per realizzarli, "sentiti" i presidenti di sezione e il dirigente amministrativo; che quest'ultimo, invece, venga coinvolto in modo più incisivo nella sola assegnazione del personale agli uffici, che avviene "di concerto"⁶⁷; che spettino al capo dell'ufficio

funzione para giurisdizionale; G. PARISI, *L'Ufficio per il processo civile e l'ufficio del processo di esecuzione forzata dopo il d.lgs. n. 151/2022*, in *Riv. esec. forz.*, 3/2023, 681, che esamina le varie tipologie di UPP, anche con riferimento ai profili comparatistici dell'istituto; R. TECCE, *La disciplina attuativa dell'Ufficio per il processo*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2023, 706, che ha tentato di tracciare un bilancio dell'UPP rispetto agli ambiziosi obiettivi previsti dal PNRR, esprimendo perplessità in merito alla reale efficacia dell'istituto; Id., *L'istituzione dell'Ufficio per il processo*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2022, 218; M.F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2022, 177 (che ha posto l'accento anche sul coinvolgimento delle Università nell'implementazione dell'UPP).

⁶⁴ Le cui disposizioni (artt. da 12 a 15) entreranno in vigore solo nel 2025 (ex art. 19 d.lgs. n. 151/2022).

⁶⁵ Il riferimento va all'art. 58-bis del c.p.c. (ai sensi del quale "L'ufficio per il processo presso i tribunali ordinari, le corti di appello e la Corte di cassazione e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione presso la Procura generale della Corte di cassazione operano secondo le disposizioni della legge speciale") e all'art. 126 co. 1-bis del c.p.p. (secondo cui "Il giudice è supportato dall'ufficio per il processo penale nei limiti dei compiti a questo attribuiti dalla legge").

⁶⁶ Ai sensi del quale "Gli uffici per il processo e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione sono costituiti al fine di garantire la ragionevole durata del processo attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione".

⁶⁷ Cfr. art. 3 co. 1 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151, ai sensi del quale "Nella predisposizione del progetto organizzativo il capo dell'ufficio, sentiti i presidenti di sezione e il dirigente amministrativo e previa analisi dei flussi e individuazione delle eventuali criticità, definisce le priorità di intervento,

giudiziario (anche tramite magistrati da lui individuati) la direzione ed il coordinamento dell'attività di UPP e USAD, nonché la promozione e la verifica della formazione del personale addetto⁶⁸.

La scelta di definire meglio le prerogative dei soggetti con funzioni apicali denota la consapevolezza del legislatore delle criticità organizzative e delle difficoltà di coordinamento correlate alla presenza di una doppia dirigenza nell'ambito di un sistema (quello giudiziario) che offre un servizio di carattere sostanzialmente unitario.

Il tentativo è senza dubbio apprezzabile, ma non risolutivo, alla luce della composizione "mista" dell'ufficio⁶⁹, e con particolare riferimento alle risorse di provenienza amministrativa, che transiterebbero di fatto sotto la direzione del capo dell'ufficio (le cui prerogative includono, come detto, anche la definizione di concrete azioni da realizzare), senza che vi sia un formale avallo da parte del dirigente amministrativo (solo "*sentito*" nella predisposizione del "progetto organizzativo").

È pur vero che l'assegnazione delle risorse all'UPP, avvenendo mediante "*concerto*", consenta al dirigente amministrativo – in ultima analisi – di poter esercitare una forma di pressione sul capo dell'ufficio, ma è altrettanto vero che i problemi di gestione del personale possano presentarsi anche post-assegnazione, tenuto conto che la direzione dell'UPP spetta unicamente alla componente giurisdizionale, al pari delle verifiche di formazione (che, peraltro, sembrerebbero sovrapporsi a quelle già previste – per gli amministrativi – dal Ministero della giustizia).

gli obiettivi da perseguire e le azioni per realizzarli e, conseguentemente, individua il personale da assegnare agli uffici, di concerto con il dirigente amministrativo".

⁶⁸ Cfr. art. 3 co. 2 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151, ai sensi del quale "*Il capo dell'ufficio, anche avvalendosi dei magistrati da lui individuati, dirige e coordina l'attività degli uffici per il processo e degli uffici spoglio, analisi e documentazione; promuove e verifica la formazione del personale addetto nel rispetto della normativa relativa a ciascun profilo professionale*".

⁶⁹ Confermata anche dall'art. 4 del d.lgs. n. 151/2022, ove si precisa che l'UPP e l'USAD sono costituiti dalle seguenti figure professionali: 1. Gli uffici per il processo e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione sono costituiti dalle seguenti figure professionali: "a) quanto agli uffici per il processo presso il tribunale, i giudici onorari di pace di cui agli articoli 10 e 30, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116; b) quanto agli uffici per il processo presso le corti di appello, i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'articolo 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116; c) i tirocinanti di cui all'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98; d) coloro che svolgono la formazione professionale a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111; e) il personale delle cancellerie o delle segreterie giudiziarie; f) il personale di cui agli articoli 11 e seguenti del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113; g) il personale di cui all'articolo 1, comma 19, della legge 26 novembre 2021, n. 206, e all'articolo 1, comma 27, della legge 27 settembre 2021, n. 134; h) ogni altra figura professionale istituita dalla legge per lo svolgimento di una o più delle attività previste dal presente decreto".

Va da sé che, alla luce di tali considerazioni, il concreto funzionamento di questo delicato meccanismo venga rimesso alla capacità individuale e di dialogo di capi ufficio e dirigenti amministrativi, chiamati ad implementare – in ambito locale – una “leale collaborazione” che non sempre è stato agevole raggiungere in ambito nazionale.

La natura “ibrida” dell’UPP ha anche suggerito di disciplinare espressamente l’accesso ai fascicoli e alle attività processuali⁷⁰ (che costituisce la regola, a meno che il giudice disponga diversamente, o vi sia obbligo di astensione per incompatibilità e conflitto di interessi)⁷¹ e gli obblighi di riservatezza⁷² rispetto ai dati, alle informazioni e alle notizie acquisite nel corso dell’attività prestata presso l’ufficio stesso⁷³.

I principali compiti dell’UPP e dell’USAD (individuati negli artt. 5 e ss. del d.lgs. n. 151/2022) consistono nel supporto alla funzione dei magistrati⁷⁴ (comprensivo del già citato – e controverso – “*raccordo*” con le cancellerie ed i servizi amministrativi), nel supporto ad altre funzioni⁷⁵ (per attività di innovazione e monitoraggio) e, in generale, nelle “*ulteriori attività di supporto all’esercizio della funzione giudiziaria e di raccordo con le cancellerie e i servizi amministrativi degli uffici giudiziari, previste dai documenti organizzativi degli uffici giudiziari*”⁷⁶.

Tale ultima previsione, che potremmo definire “di chiusura”, ha importanti significati e ricadute pratiche: da una parte, infatti, conferma la non tassatività dell’elenco delle funzioni dell’UPP, contribuendo così a rafforzarne la natura di strumento flessibile; dall’altra, inoltre, consente di valorizzare i profili di autonomia dei singoli uffici giudiziari, nella consapevolezza che non vi sia un modello di UPP valido per tutti i contesti e che i contributi dal basso (e quindi da coloro i quali vivono e conoscano meglio la realtà giudiziale locale) siano ritenuti un valore aggiunto nella configurazione di un istituto i cui contorni appaiono ancora sfumati.

Merita un’ultima menzione l’art. 16 co. 3 del decreto legislativo in esame, che precisa come all’attuazione del decreto debbano provvedere il CSM ed il Ministro della giustizia, per quanto di rispettiva competenza, nell’ambito delle risorse

⁷⁰ Art. 4 commi 3 e 4 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151.

⁷¹ Ex art. 51 co. 1 c.p.c. o ex artt. 35 e 36 co. 1 lett. a), b), d), e), f) c.p.p.

⁷² Art. 4 co. 5 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151.

⁷³ Con obbligo di mantenere il segreto su quanto appreso in ragione della loro attività e di astenersi dalla deposizione testimoniale.

⁷⁴ Studio fascicoli, verifiche preliminari; preparazione delle udienze e delle camere di consiglio; ricerche di giurisprudenza e dottrina; individuazione tematiche seriali; bozze di provvedimenti; raccolta di materiale e documentazione per l’apertura dell’anno giudiziario.

⁷⁵ Raccolta e catalogazione di provvedimenti anche attraverso banche dati di giurisprudenza locale, supporto per l’uso di strumenti informatici, analisi pendenze e flussi, assistenza e analisi di flussi statistici per il monitoraggio dell’attività dell’ufficio.

⁷⁶ Così dispone, testualmente, l’art. 11 del citato d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151.

umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Vengono così riproposti – presocché pedissequamente – il contenuto e le criticità dell’ormai abrogato⁷⁷ art. 16–*octies* co. 2 del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, con una sola eccezione: il co. 1 dell’art. 16⁷⁸ dispone un impegno di spesa per l’assunzione del personale di cui agli articoli 1 co. 19 della legge 26 novembre 2021 n. 206⁷⁹ e 1 co. 27 della legge 27 settembre 2021 n. 134⁸⁰.

Poco, in verità, per l’ambizioso obiettivo di rilanciare la funzione dell’UPP, destinato a reggersi sui fondi (non eterni) del PNRR e a scontrarsi con le significative scoperture di organico già presenti sia nel personale amministrativo⁸¹ che nella magistratura⁸².

5. Dopo aver ricostruito i tratti e le principali criticità dell’istituto, così come emersi dalla stratificazione normativa degli ultimi anni e dalla sua applicazione pratica, è giunto il momento di formulare riflessioni conclusive, che non hanno pretesa di esaustività (essendovi aspetti dell’UPP meritevoli di ulteriori approfondimenti⁸³, ai quali – anche per ragioni sistematiche – non è stato possibile qui dedicare adeguato spazio) né di definitività (vista l’implementazione solo recente dell’istituto e la tendenza legislativa ad apportare correttivi in corso d’opera).

Nel tentare – comunque – di tracciare un provvisorio bilancio, pare opportuno soffermarsi su alcuni “nodi” essenziali:

⁷⁷ Come disposto dall’art. 18 co. 4 del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 151.

⁷⁸ Secondo cui “1. Per l’attuazione delle disposizioni di cui all’articolo 4, comma 1, lettera g), è autorizzata la spesa di euro 70.149.960 annui a decorrere dall’anno 2023, cui si provvede, quanto ad euro 46.766.640 mediante corrispondente riduzione del Fondo per l’attuazione della delega per l’efficienza del processo penale di cui all’articolo 1, comma 27, della legge 27 settembre 2021, n. 134 e quanto ad euro 23.383.320 mediante corrispondente riduzione del Fondo per l’attuazione della delega per l’efficienza del processo civile di cui all’articolo 1, comma 41, della legge 26 novembre 2021, n. 206.”

⁷⁹ Un contingente di 500 unità di personale, destinate al settore civile, da inquadrare nella III area funzionale, posizione economica F1, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, con decorrenza non anteriore al 1° gennaio 2023.

⁸⁰ Un contingente di 1.000 unità di personale, destinate al settore penale, da inquadrare nella III area funzionale, fascia economica F1, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, con decorrenza non anteriore al 1° gennaio 2023.

⁸¹ Cfr. *supra*, nota n. 36.

⁸² Cfr. G. NEGRI, *Oltre la riforma. Mancano 1.652 magistrati: ecco dove si registrano le maggiori carenze*, in *IlSole24ore*, 6 agosto 2023, ove si precisa che, rispetto ai 10.633 posti previsti nell’organico, la copertura nazionale è pari al 15,54%.

⁸³ Uno per tutti: il rapporto dell’UPP con il sistema della doppia dirigenza, sia con riferimento alla corretta individuazione delle fonti del diritto applicabili, sia con riguardo agli equilibri dei singoli uffici locali.

- il nodo delle risorse economiche e degli obiettivi;
- il nodo della selezione/formazione;
- il nodo dell’imbuto decisionale e le responsabilità funzionali;
- il nodo dell’inquadramento costituzionale dell’UPP;
- il nodo delle funzioni (*latu sensu*) predittive e conciliative;
- il nodo della *governance*.

Il tema delle risorse economiche, come evidenziato, assume rilevanza decisiva, poiché sia la normativa del 2014 che quella del 2022 (con l’unica deroga prevista per l’assunzione di 1.500 unità di personale) prevedono che all’UPP venga data attuazione senza ulteriori oneri per la finanza pubblica (c.d. clausola di invarianza finanziaria)⁸⁴.

A tale “carezza” non ha posto adeguato e definitivo rimedio il PNRR, pur avendo finanziato l’assunzione degli Addetti all’UPP, e ciò per due ordini di ragioni: *in primis*, gli Addetti sono stati assunti con contratti a tempo determinato, e quindi con una misura di carattere interinale, a fronte di un’esigenza che provvisoria non è⁸⁵; in seconda battuta (ma non per ordine di importanza), gli obiettivi del PNRR sono differenti e solo in parte sovrapponibili rispetto a quelli previsti dal legislatore per l’UPP.

Da una parte, infatti, il PNRR opera sul passato, avendo assegnato fondi affinché l’UPP contribuisca principalmente ad abbattere il *disposition time* delle cause pendenti e a ridurre l’arretrato esistente⁸⁶ (oltre che a monitorare i flussi statistici e

⁸⁴ Sull’obbligo di copertura finanziaria delle leggi di spesa, dopo la riforma dell’art. 81 Cost. ad opera della legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1, si segnalano gli interessanti contributi di: C. BUZZACCHI, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, in *Riv. AIC*, 4/2012, 6 (che confronta il vecchio ed il nuovo art. 81 Cost.); D. MORGANTE, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 17/2012, 3; C. FORTE, *Profili problematici del nuovo assetto costituzionale in materia di finanza pubblica: la copertura finanziaria delle leggi*, in *Riv. dir. fin.*, 4/2013, 1, 401. Più di recente, sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia, si richiamano: G. FARES, *L’obbligo di copertura finanziaria delle leggi che costano: qualche spunto alla luce del contributo offerto dalla Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 1/2020, 1, 50; M. ROMA, *Tendenze della giurisprudenza costituzionale sulla regola di copertura finanziaria delle leggi. Tra equilibrio di bilancio e “ragionevole” quantificazione degli oneri*, in *Consulta online*, 2/2020, 1, 336.

⁸⁵ Quella dell’implementazione dell’UPP mediante l’assunzione di risorse “trasversali”, che fungano da “raccordo” tra la componente giudiziaria e quella amministrativa.

⁸⁶ Si segnala, a tal riguardo, la Circolare del Ministero della giustizia del 12 novembre 2021, recante “Piano Nazionale di ripresa e resilienza – Indicatori di raggiungimento degli obiettivi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)” (prot. M_dg DOG.12/11/2021.0238068.U), volta ad indicare le metodologie di calcolo degli indicatori di raggiungimento dei target negoziati con la Commissione Europea (e precisamente: riduzione del *disposition time* complessivo, dato dalla somma del *disposition time* nei tre gradi di giudizio, del 40% nel settore civile e del 25% nel settore penale entro giugno 2026; riduzione dell’arretrato civile del 65% in Tribunale e del 55% in Corte di Appello entro fine 2024; del 90% in Tribunale e in Corte di Appello entro giugno 2026).

organizzativi e a realizzare raccolte di giurisprudenza). Dall'altra, il legislatore del 2022 ha previsto che l'UPP garantisca la ragionevole durata del processo (obiettivo più ambizioso, e non limitato al recupero della situazione di ritardo maturata negli anni passati), e che innovi i modelli organizzativi e contribuisca all'impiego più efficiente delle tecnologie (aspetto non preso in particolare considerazione dal PNRR).

La logica, poco condivisibile, è ancora una volta quella del finanziamento di interventi emergenziali e non organici, nonostante l'UPP sia chiamato ad operare in via ordinaria, anche dopo il PNRR.

Il tema della selezione/formazione delle risorse è altrettanto delicato, anche alla luce di alcune recenti e frettolose scelte ministeriali, che avrebbero richiesto maggiore ponderazione. Il pensiero va immediatamente al criterio adottato nel 2021 per la selezione degli Addetti UPP⁸⁷, consistente nella predisposizione di quesiti a risposta multipla aventi ad oggetto il diritto pubblico, l'ordinamento giudiziario e la lingua inglese. Ebbene, è indiscutibile l'importanza di tali materie per chi vada ad operare in un contesto complesso come quello dell'organizzazione giudiziaria (anche alla luce della sua natura bicefala, che costituisce un *unicum* nell'ambito delle organizzazioni pubbliche), ma è altrettanto vero che non si possa immaginare di selezionare delle figure di supporto alle attività amministrativa e giurisdizionale senza che le prove concorsuali ricomprendano materie come il diritto amministrativo, il diritto civile (anche processuale) ed il diritto penale (anche processuale), tanto più ove si consideri la natura solo temporanea dell'incarico, che mal si concilia con la necessità di investire consistenti risorse nella formazione degli Addetti, appena dopo l'assunzione.

Ed è ciò che, in effetti, è accaduto mediante il coinvolgimento diretto dei magistrati, già in affanno, cui è stata attribuita la funzione di formatori di Addetti (spesso⁸⁸) non immediatamente in grado di operare per le finalità previste dal PNRR.

La stessa dinamica si è riproposta con la formazione ministeriale post-assunzione, che ha avuto ad oggetto le materie (non concorsuali) in precedenza citate, e che si è avvalsa anche delle Università coinvolte nel progetto PON Governance e Capacità Istituzionale 2014–2020⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Decreto del Ministero della giustizia del 26 luglio 2021, recante “*Modalità di reclutamento a tempo determinato tra il personale dell'amministrazione giudiziaria del nuovo profilo professionale di addetto all'ufficio per il processo*”.

⁸⁸ Non sempre, rilevato che in alcuni casi, specie nelle aree del Sud Italia, ove l'incarico è apparso più appetibile rispetto a territori più ricchi, sono state assunte persone con anni di esperienza forense, e quindi con maggiore conoscenza del mondo giudiziale.

⁸⁹ Per le Università coinvolte, e le macro-aree di riferimento, si rinvia al Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 5 gennaio 2022, recante “*Ammissione a finanziamento, nell'ambito dell'Asse 1 – Azione 1.4.1 del PON Governance 2014–2020, dei progetti “semplici” – interventi a regia*”.

A complicare questo scenario, già di per sé poco convincente, è sopraggiunto l'elevato turnover tra gli Addetti all'UPP che, a fronte della temporaneità delle assunzioni, hanno considerato questa esperienza quale mero "passaggio" in attesa di ulteriori opportunità lavorative, così abbandonando l'incarico anche pochi mesi dopo l'assunzione, costringendo gli attori a vario titolo coinvolti nella formazione a riproporre nuovamente attività già svolte (con evidenti diseconomie e inefficienze⁹⁰) e demotivando gli stessi magistrati, che hanno rinvenuto negli Addetti delle risorse meno stabili rispetto ai praticanti *ex art. 37 co. 5 d.l. n. 98/2011* e ai tirocinanti *ex art. 73 d.l. n. 69/2013* già presenti (nonostante l'intento legislativo fosse di segno esattamente opposto).

Ebbene, sarebbe stato e sarà opportuno, ove l'esperienza degli Addetti venisse stabilizzata anche dopo il PNRR (come si vocifera⁹¹, e alcuni auspicano)⁹² immaginare che la formazione base, nelle materie indispensabili per lo svolgimento dell'incarico, venga verificata prima dell'assunzione, e non certamente dopo. E ancora che la formazione successiva abbia carattere specialistico⁹³ e sia il frutto di un effettivo coordinamento tra i vari soggetti coinvolti (Ministero, CSM, SSM, magistrati e amministrativi in sede locale, Università, ecc.), per evitare inutili sovrapposizioni, anche mutuando virtuose esperienze che già esistono per i magistrati intenzionati a conseguire posizioni di responsabilità organizzativa⁹⁴.

Ulteriore nodo è costituito dal c.d. "imbuto" decisionale che, come noto⁹⁵, rappresenta il vero problema da risolvere per conseguire una ragionevole durata

– in attuazione del Progetto complesso "Progetto unitario su diffusione dell'Ufficio del Processo e per l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato" (prot. m_dg_DGCPC.05/01/2022.0000016.ID).

⁹⁰ Sul tema si segnala l'interessante analisi di F. FARRI, *Gli Uffici per il processo: un'analisi di (in) efficienza economica*, in *l-ius.it*, 6 luglio 2022, che evidenzia il lacunoso approccio del PNRR ai bisogni della Giustizia e la presumibile inefficienza dell'UPP a risolvere il problema della lentezza dei giudizi.

⁹¹ Cfr. F. MACHINA GRIFFO, *Nordio, smaltito il 28% dell'arretrato civile – Ufficio del processo: "Stabilizzazione e corsie preferenziali"*, in *nplusdiritto.ilsole24ore.com*, 11 ottobre 2023.

⁹² Cfr. *L'Anm sulle prospettive dell'ufficio per il processo*, in *associazionemagistrati.it*, 22 ottobre 2023 (<https://www.associazionemagistrati.it/4038/lanm-sulle-prospettive-dellufficio-per-il-processo.htm>).

⁹³ Anche, ad esempio, sui contenziosi seriali, per i quale sarebbe più agevole affidare ad alcune risorse dell'UPP la conduzione di verifiche preliminari e la predisposizione di bozze di provvedimenti preliminari, istruttori e decisionali.

⁹⁴ Il riferimento è al Protocollo d'intesa del 22 dicembre 2021, tra Ministero della giustizia, Consiglio Superiore della Magistratura e Scuola Superiore della Magistratura, "*Sulla formazione dei magistrati che rivestono posizioni di responsabilità organizzativa*".

⁹⁵ Problema che, con specifico riguardo alle funzioni dell'UPP, è stato evidenziato anche da A. GATTO, *L'Ufficio per il Processo: un'etichetta vuota o una reale opportunità?*, in *associazionemagistrati.it*, 16 ottobre 2017, ove si precisa che "se il fine ultimo dell'UPP è quello di velocizzare il processo, il miglior modello possibile non può che essere quello che riesce a decongestionare l'imbuto nel suo punto di massima strozzatura, che, nel sistema giudiziario, è evidentemente rappresentato dal singolo magistrato professionale, alle prese con una corposissima serie di incombenze tra cui, soprattutto, la motivazione dei provvedimenti, che molto spesso determina, soprattutto nel settore civile, un sensibile

dei procedimenti, e che si lega indissolubilmente al numero di magistrati in servizio (pochi, come detto, anche alla luce del disastroso andamento dei recenti concorsi⁹⁶), ma anche alle responsabilità funzionali su di essi gravanti. Al di là dei tentativi processuali (anche recenti) di snellire la fase decisionale⁹⁷, infatti, c'è un evidente problema di sovraccarico dei singoli giudici, al quale l'attuale configurazione dell'UPP difficilmente consentirà di fornire sollievo, in assenza di una possibilità di formale delega di poteri e responsabilità.

Per essere ancora più chiari, fin quando verrà attribuita al magistrato la responsabilità esclusiva di tutte le verifiche e di tutti i provvedimenti assunti⁹⁸, anche in relazione ad attività che vedano la partecipazione attiva dell'UPP, sarà piuttosto difficile superare l'impostazione individualista della funzione giurisdizionale, in favore di una collegialità cui non conseguano speculari responsabilità⁹⁹. È chiaro che una scelta di questo tipo imponga di ripensare alcuni aspetti dell'UPP, con il coraggio di delinearne compiutamente anche i profili costituzionali, superando le ambiguità presenti nell'attuale legislazione, e consentendo al Giudice di assumere davvero una funzione (*latu sensu*) manageriale¹⁰⁰, ponendolo al vertice di risorse

rallentamento del iter processuale proprio nel momento in cui esso dovrebbe volgere al termine"; il collo di bottiglia decisionale era stato al centro delle riflessioni anche di S. ZAN, Il sistema organizzativo della giustizia civile in Italia: caratteristiche e prospettive, in *Quad. giust. org.*, 1/2006, 17.

⁹⁶ M. DEL PAPA, *Concorso per accedere alla Magistratura: i bocciati sono il 95% perché non sanno né elaborare né comprendere un testo scritto*, in *Italiaoggi*, n. 123 del 27 maggio 2022.

⁹⁷ Si pensi, in ambito civile, alla possibilità accordata dalla Riforma Cartabia, in virtù della delega di cui all'art. 1 co. 5 lett. n), o) e p), di definire il processo – in alternativa all'ordinaria decisione – mediante ordinanze anticipatorie e passaggio al rito semplificato.

⁹⁸ Rilevanti anche per le valutazioni di professionalità.

⁹⁹ Sulla problematica configurabilità dell'UPP quale centro di imputazione di responsabilità, si segnala anche il contributo di M.F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 1° gennaio 2022, 177.

¹⁰⁰ Sulla tendenza all'adozione di un approccio gestionale in ambito giudiziario, nel contesto internazionale, si segnalano: P. SEPPÄLÄ – A. KERKKÄNEN – P. PEKKANEN – T. PIRTILÄ, *Applying the operations management-approach to reduce process delays in justice courts*, in *International Journal of Business Excellence*, 6/2013, 131; A.O. GOMES – T.A. GUIMARAES – L. AKUTSU, *Court caseload management: the role of judges and administrative assistants*, in *Revista de Administração Contemporânea*, 21/2017, 648; M. VISSER – R. SCHOUTETEN – J. DIKKERS, J., *Controlling the Courts: New Public Management and the Dutch judiciary*, in *Justice system journal*, 40/2019, 39; A. VOLACU, *Justice, efficiency, and the new public management*, in *Australian Journal of Public Administration*, 77/2018, 404. Sulla necessità che venga dedicata adeguata attenzione alla formazione dei magistrati in chiave organizzativo-gestionale, si segnalano: B. DEIDDA, *Bilancio e prospettive della formazione dei dirigenti*, in *Quest. giust.*, 1/2016, 63; G. FIORENTINO E M. GUGLIELMI, *La formazione degli aspiranti dirigenti degli uffici giudiziari*, in *Quest. giust.*, 1/2016, 70; S. PANIZZA, *Gli incarichi direttivi e semidirettivi*, in *Foro. it.*, 2/2023, 5, 57. Sulla differenza tra "court management" (spettante a magistrati con funzioni direttive e semi-direttive) e "case management" (che compete al singolo giudice) si segnala il contributo di A. COSENTINO, *Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*, in *questionegiustizia.it*, 17 marzo 2017. In senso critico rispetto alla svolta "aziendalistica", che allontana i magistrati dallo scopo di rendere giustizia (che poco ha a che vedere con la performance individuale del magistrato), si segnalano: V.E. MACCORA, *La dirigenza degli uffici giudiziari: luci e ombre della riforma*, in *Quest.*

che partecipino all'attività giurisdizionale *in equipe*, con compiti e responsabilità ben delineati, in una logica gerarchica (*rectius*: direzionale)¹⁰¹ che oggi si rinviene nelle sole strutture amministrative e non (in virtù dell'art. 107 co. 3 Cost.)¹⁰² nella componente giurisdizionale.

Tale coraggio fino ad oggi è mancato, ove si consideri che il principale impulso al raggiungimento degli obiettivi dell'UPP, grazie ai fondi del PNRR, dovrebbe derivare da risorse destinante ad esercitare una funzione para-giurisdizionale, ma assunte dal Ministero della giustizia, a tempo determinato (a fronte di un obiettivo non contingente) e con elevato turnover, senza particolari requisiti di formazione ante-assunzione e con dispendiosi oneri formativi a carico degli stessi magistrati che dovrebbero conseguirne immediato beneficio.

Una scelta audace, quella di attribuire formali responsabilità, ma non temeraria, che potrebbe trovare un fondamento costituzionale nell'art. 102 co. 3 Cost.¹⁰³, ma che presupporrebbe più incisivi interventi volti a garantire – in conformità all'art. 108 co. 2 Cost.¹⁰⁴ – l'effettiva indipendenza delle risorse para-giurisdizionali destinate all'amministrazione della giustizia.

In assenza di tali interventi, pare comunque possibile individuare ambiti nei quali l'attività dell'UPP, così come attualmente configurato, possa alimentare dinamiche virtuose, in grado di influenzare la ragionevole durata dei procedimenti, senza incorrere nelle criticità sin qui evidenziate, mediante l'assegnazione di attività che possano prevenire la proliferazione di contenziosi astrattamente evitabili, attraverso strumenti – indirettamente – “predittivi”, ed incentivare la risoluzione conciliativa delle liti pendenti (non riservata alla competenza esclusiva dei magistrati)¹⁰⁵.

Sotto il primo profilo, andrebbe incentivata in modo maggiormente convinto la realizzazione di banche dati locali ragionate¹⁰⁶, che consentano agli operatori

giust., 2–3/2022, 62; O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *questionegiustizia.it*, 16 settembre 2022. A sostegno, invece, della necessità di una autonoma figura manageriale, che sollevi i magistrati dalla necessità di provvedere personalmente all'attività organizzativa e gestione, si segnala il contributo di A.M. MUSY – M. SIMONGINI – F.G. PIZZETTI, *Un manager in tribunale. Costi e tempi della giustizia civile: analisi economica, riforme, strumenti alternativi*, in *Biblioteca della libertà*, 150/1999, 89; analoga idea è stata riproposta, di recente, da E. BRUTTI LIBERATI, *Giustizia le riforme inutili*, in *LaStampa*, 22 luglio 2023, secondo cui potrebbe risultare utile un “*court manager*” all'americana, titolare del *caseflow management* (cioè, della gestione dei procedimenti e del loro flusso).

¹⁰¹ Alla luce della tendenza alla attenuazione dei vincoli gerarchici nel pubblico impiego.

¹⁰² In virtù del quale “*I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*”.

¹⁰³ Ai sensi del quale “*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia*”.

¹⁰⁴ Secondo cui “*La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia*”.

¹⁰⁵ Nell'ampio mondo delle ADR, infatti, proliferano soggetti privati, ormai da numerosi anni.

¹⁰⁶ Sull'utilità delle banche dati locali, e sulla differente funzione che esse debbano svolgere rispetto alle raccolte di giurisprudenza già disponibili in ambito nazionale, si segnalano i contributi

del diritto di conoscere in anticipo gli orientamenti del circondario¹⁰⁷, onde poter valutare con maggiore consapevolezza l'opportunità o meno di intraprendere determinate azioni giudiziarie, rafforzando il dialogo dell'ufficio con il territorio (e con esso la sua autorevolezza e legittimazione democratica¹⁰⁸), ma senza incorrere nelle perplessità (anche etiche) che accompagnano la vera e propria giustizia predittiva¹⁰⁹.

In relazione al secondo profilo, si potrebbe ripensare alle aule di Tribunale in funzione "*arbitral-pretorile*"¹¹⁰, e destinare l'Ufficio per il processo a tale ambizioso progetto, rilevata l'evidente incapacità delle più recenti riforme processuali¹¹¹ a risolvere le criticità del citato "imbuto" decisionale. In tal senso, peraltro, l'autorevolezza dell'UPP in funzione conciliativa potrebbe risultare (indirettamente) rafforzata proprio dall'implementazione delle citate banche dati locali, e quindi dal ricorso ai precedenti dell'Ufficio giudiziario di riferimento.

Iniziative di questo tipo, ovviamente, presupporrebbero un deciso cambio di passo nella *governance* dell'UPP, che al momento non c'è stato¹¹², sia per i limiti di coordinamento tra Ministero, Consiglio e Scuola Superiore della Magistratura, sia per la "fuga in avanti" delle strutture ministeriali che si occupano di digitalizzazione¹¹³ e che stanno assumendo un ruolo decisivo (ma non privo

di: P. LICCARDO, *Il nuovo tempo della decisione giudiziaria: la nomometrica delle banche dati*, in *Quest. giust.*, 3/2021, 215; M. CICCARELLI, *Le banche dati di giurisprudenza e l'ufficio per il processo*, in *questioneigiustizia.it*, 8 marzo 2022.

¹⁰⁷ Quantomeno in relazione alle tipologie di contenzioso più diffuse o che abbiano ad oggetto questioni giuridiche ricorrenti.

¹⁰⁸ Tema, quest'ultimo, sul quale si segnala la recente monografia di L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021, che rilegge il Titolo IV della seconda parte della Costituzione, alla luce dell'incipit contenuto nell'art. 101, secondo cui "*La giustizia è amministrata in nome del popolo*".

¹⁰⁹ Tema sul quale si segnalano i recenti contributi di E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Milano, 2023, e Id., *La giustizia nell'era digitale*, in P. COSTANZO – P. MAGARÒ – L. TRUCCO (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Genova 18–19 giugno 2021, Napoli, 2022, 161.

¹¹⁰ L'espressione è mutuata da E. SAVARESE, *La giustizia civile attende una riforma culturale*, in *IlRiformista*, 17 maggio 2023, che però esprime perplessità sull'Ufficio per il processo, ritenendo che la funzione conciliativa debba essere svolta dal giudice civile, ritenuto "*il più autorevole dei mediatori*".

¹¹¹ Indirizzate a conseguire ipotetici benefici attraverso la mera rimodulazione di termini e procedure.

¹¹² Come evidenziato, in chiave critica, da C. CASTELLI, *La crisi della governance del sistema giustizia*, in *Questione giustizia*, 1/2023, 1, p. 265 ss.

¹¹³ La Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati (DGSIA) e il Dipartimento per la transizione digitale della giustizia, l'analisi statistica e le politiche di coesione (entrambe con a capo ingegneri, non dotati di approfondite competenze in tema processuale), le cui materie sono fuoriuscite dal Dipartimento per l'organizzazione giudiziaria (DOG).

di ombre)¹¹⁴ in merito ai profili organizzativi, sia per l'incapacità di valorizzare adeguatamente iniziative quali il – prematuramente concluso – “PON governance 2014–2020”¹¹⁵.

La sensazione finale, confermata da una produzione normativa a tratti vaga e dal continuo ricorso alle clausole di invarianza finanziaria, è che il legislatore non sia del tutto convinto dell'apporto efficientista dell'UPP e non abbia ancora compreso il vero (e ancora inespresso) potenziale dell'istituto, la cui natura ibrida, utilizzata spesso per far fronte a carenze di organico¹¹⁶, dovrebbe invece agevolare il dialogo tra apparati amministrativi e giurisdizionali¹¹⁷, valorizzando una *governance* “dal basso”¹¹⁸, implementando un'effettiva cultura di “leale collaborazione” e diffondendo modalità di lavoro “in staff”, onde superare alcuni degli aspetti maggiormente critici del sistema giustizia e porre così le basi per la costruzione di un modello più efficiente, in cui – però – la rincorsa ad una giustizia veloce non perda di vista la necessità di garantire tutele effettive (ma questa, come ci ricorda l'insegnamento di Carnelutti¹¹⁹, è un'altra storia)¹²⁰.

¹¹⁴ Poiché tendente ad alterare gli equilibri costituzionali tra Ministero e CSM, mediante una digitalizzazione che diviene “formante” della giurisdizione e che tende a mettere in crisi la dialettica prevista dagli artt. 105 e 110 Cost.

¹¹⁵ La cui ridotta durata non ha consentito uno scambio di esperienze tra le 6 macroaree ammesse a finanziamento, cui sarebbe potuto seguire un ulteriore confronto con Ministero e CSM sulle criticità da affrontare e sul modello di UPP da portare avanti.

¹¹⁶ Rischio già paventato, con specifico riferimento al personale delle cancellerie, da G. GILARDI, *Introduzione. Uno sguardo alla riforma della giustizia civile dopo i decreti delegati di attuazione della legge n. 206/2021*, in *Quest. giust.*, 1/2023, 27.

¹¹⁷ Contribuendo a superare un'interpretazione rigida del d.lgs. 25 giugno 2006 n. 240, recante “*Individuazione delle competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari nonché decentramento su base regionale di talune competenze del Ministero della giustizia, a norma degli articoli 1, comma 1, lettera a), e 2, comma 1, lettere s) e t) e 12, della legge 25 luglio 2005, n. 150*”.

¹¹⁸ Valorizzando le esperienze dei singoli uffici giudiziari e dell'avvocatura locale, così generando dei poli giudiziari territoriali, con autonomia decisionale e forte responsabilizzazione, in conformità a quanto ipotizzato nel Libro bianco “*Giustizia 2030*”, in <https://www.giustizia2030.it/> (per una disamina degli obiettivi del libro, tra cui la digitalizzazione, la valorizzazione dei poli territoriali e delle risorse umane introdotte attraverso il PNRR, si segnala C. CASTELLI, *Giustizia 2030. Un libro bianco per la giustizia e il suo futuro*, in *Quest. giust.*, 3/2021, 265).

¹¹⁹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 154, secondo cui “*lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche di politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura*”.

¹²⁰ Il rischio, infatti, di una valutazione dei magistrati solo in termini di efficienza, è che si assimili la giurisdizione alle altre funzioni amministrative, sacrificando la dimensione individuale del fenomeno, consistente nella imprescindibile effettività delle tutele. Sul tema si rivela interessante l'analisi di C. CASTELLI, *Giustizia: andare oltre il PNRR*, in *questionegiustizia.it*, 5 maggio 2021, che critica apertamente l'approccio meramente quantitativo adottato in tema di Giustizia dal PNRR, senza alcuna attenzione ai profili qualitativi delle decisioni giudiziarie.

Profili diacronici della valutazione professionale dei magistrati: il difficile punto di equilibrio fra verifica dell'efficienza e indipendenza*

VINCENZO SENATORE

SOMMARIO: 1. Premessa Storica – 1.1 La normativa primaria sulla “carriera” dei magistrati – 2. Il Sistema attuale: la partecipazione diffusa nel procedimento di valutazione professionale dei magistrati. Il ruolo di garanzia assunto dal Consiglio Giudiziario – 3. Le modifiche contenute nella legge 71/22: ampliamento dei compiti dei Consigli Giudiziari: profili problematici – 4. Considerazioni conclusive.

1. L'attuale sistema di valutazione professionale dei magistrati ordinari, fondato su un procedimento a partecipazione diffusa, scandito da fasi e dalla presenza di una pluralità di attori, costituisce il punto di approdo di un lungo percorso normativo, avviatosi circa sessanta anni fa.¹

Un breve excursus storico potrebbe essere utile al fine di comprendere la rilevanza dei risultati raggiunti con l'attuale sistema che, introdotto normativamente dall'articolo 11 del decreto legislativo 106/06, attuativo della legge delega del 25.7.2005 nr. 150, a sua volta modificato dall'articolo 2 della legge 30 luglio 2007, n. 111, entrata in vigore a far data dal 31 luglio 2007, si è progressivamente delineato per effetto della deliberazione dell'8.10.2007 del CSM, con la quale veniva emanata la Circolare “*in materia di Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati a seguito della Legge 30 luglio 2007, n. 111, recante Modifiche alle norme sull'Ordinamento Giudiziario*”, seguita da ben 14 successive deliberazioni integrative, susseguitesi fra il 2007 ed 2018.

A fronte di tale articolato percorso normativo, l'articolo 3 della legge delega 71 del 17.6.2022, in vigore dal 21.6.2022, contiene altre indicazioni per il legislatore delegato che, quando saranno definitivamente recepite dal decreto legislativo del Governo, avranno il compito di ulteriormente completare un percorso iniziatosi ormai 16 anni fa.

È utile, allora, richiamare la premessa storica presente all'interno della circolare del CSM nr 17003 del 24.9.1999 che si proponeva di sintetizzare i principi

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Per una ricostruzione del sistema previgente, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della Giustizia in Italia*, Torino 1990.

essenziali in materia di valutazione professionale dei magistrati.

Dal contenuto di questo documento si evince, innanzitutto, che il tema della valutazione professionale dei magistrati era stato finalmente preso in considerazione dal legislatore ordinario solo con la legge 570 del 25.7.1966 che si era occupata, in particolare, di individuare i requisiti per l'attribuzione al magistrato ordinario della nomina a magistrato di appello.²

Più precisamente nel testo richiamato vi è il riferimento completo a tutte le disposizioni legislative, succedutesi dal 1966 al 1988, che, anche in tal caso a capo di un percorso normativo durato esattamente 22 anni, hanno, poi, definito il sistema delle valutazioni professionali rimasto in vigore fino alla entrata in vigore della legge 111 del 2007.

Val la pena di riportare il testo della circolare nella parte in cui è contenuto il richiamo alla normativa primaria sulla carriera dei magistrati vigente al 1999 e rimasta in vigore fino al mese di ottobre 2007.

1.1. La legge, che per prima in ordine di tempo ha innovato il sistema della carriera dei magistrati, è la n. 570 del 1966 in tema di nomina a magistrato di Corte d'appello³: l'art. 1, comma II, dispone che "Il Consiglio Superiore della Magistratura procede alla nomina previo esame del motivato parere del Consiglio Giudiziario, sulle capacità del magistrato e sull'attività svolta nell'ultimo quinquennio" e, con puntuale specificazione, l'art. 3 prescrive che

"Il Consiglio giudiziario e il Consiglio di amministrazione, nel formulare il parere di cui agli articoli precedenti, devono tener particolarmente conto della laboriosità del magistrato, delle capacità, diligenza e preparazione dimostrate nell'espletamento delle sue funzioni.

Nei singoli casi il Consiglio ha facoltà di assumere, con le forme e le modalità ritenute più idonee, ogni ulteriore elemento di giudizio che reputi necessario per la migliore valutazione del magistrato".

² Per una ulteriore descrizione del sistema di valutazione antecedente l'approvazione legge "Breganze e Breganzone" G. DI FEDERICO, *La carriera dei magistrati prima delle c.d. leggi «Breganze» e «Breganzone»: contesto organizzativo e modalità di selezione*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati*, Padova 1987, pp. 167–188. ID., *The Italian Judicial Profession and its Bureaucratic Setting*, in *The Judicial Review: The Law Journal of Scottish Universities*, April 1976, pp. 40–57, nonché la versione italiana dello stesso scritto *La professione giudiziaria in Italia e il suo contesto burocratico*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2, 1978, pp. 798–813.

³ Riflettono sulle novità introdotte da questa legge R. DE VITO, *Soggetti soltanto alla legge. I magistrati e le carriere*, in *questioneigiustizia.it*, 2017, n. 4; V. ZAGREBELISKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Oss.cost.*, 2019, n. 6, pp. 89 s. e, da ultimo, R. MAGI – D. CAPPUCIO, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 2022, n 2–3.

A distanza di qualche anno, è intervenuta la legge n. 831 del 1973, recante

“Modifiche dell’ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di cassazione e per il conferimento degli uffici direttivi superiori”, il cui articolo 1 prevede che “Il C.S.M. procede alla valutazione dei magistrati di Corte di appello, per la nomina a magistrato di cassazione, in base ai seguenti elementi: 1) preparazione e capacità tecnico – professionale; 2) laboriosità e diligenza dimostrate nell’esercizio delle funzioni; 3) precedenti relativi al servizio prestato”.

Nei successivi commi lo stesso articolo attribuisce all’organo di autogoverno il potere di assumere, anche con accertamenti diretti, ogni ulteriore elemento di giudizio, nelle forme e con le modalità più idonee. L’esercizio di questi poteri istruttori comporta l’onere di comunicazione all’interessato, che ha così facoltà di presentare le proprie osservazioni.

Sul finire degli anni ‘70 è stata introdotta la legge n. 97 del 1979, che, in tema di nomina a magistrato di Tribunale, prescrive che la nomina:

“... ha luogo al compimento di due anni dalla nomina a uditore giudiziario con delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, previo esame del parere motivato del Consiglio giudiziario del distretto o dei distretti nei quali l’uditore ha prestato servizio...” e che in ogni caso “Il Consiglio Superiore della Magistratura ha facoltà di assumere, nelle forme e con le modalità ritenute idonee, rendendone edotto l’uditore, ogni ulteriore elemento di giudizio che reputi necessario per una più completa valutazione” – art. 4 –. Il parere del Consiglio giudiziario deve tener conto dell’equilibrio, della preparazione, della capacità, dell’operosità e della diligenza dimostrati dall’uditore nel periodo di tirocinio ed in quello di svolgimento delle funzioni, specificando se abbia rivelato particolari attitudini per l’esercizio delle funzioni giudicanti o requirenti.

Le disposizioni appena richiamate hanno sostituito il previgente sistema di progressione in carriera mediante concorso (per esami e per titoli), nella linea riformatrice della piena attuazione del principio costituzionale, di cui all’art. 107, secondo cui “i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”, pur se permangono le antiche qualifiche e non si è ancora dato corpo ad un adeguato meccanismo di controllo della professionalità. I parametri di valutazione fanno riferimento “esclusivamente a dati, o per meglio dire a valori relativi alla cd. personalità tecnico professionale del magistrato: laboriosità, capacità, diligenza, preparazione ed equilibrio.”

Da ultimo va ricordata la normativa in tema di conferimento delle funzioni agli uditori giudiziari, contenuta nel D.P.R. 17 luglio 1998, che prevede il conferimento delle funzioni da parte del C.S.M., all’esito del periodo di tirocinio e su

proposta della competente commissione consiliare, alla luce delle relazioni, dei pareri e dei documenti acquisiti al fascicolo dell'uditore.

"Spetta al Consiglio giudiziario la formazione per ciascun uditore di un fascicolo, nel quale sono inclusi il piano di tirocinio, le relazioni dei magistrati collaboratori e dei magistrati affidatari, il quaderno del tirocinio, la copia di tutti i provvedimenti redatti dall'uditore, le autorelazioni e gli elaborati scritti dall'uditore."

Per effetto di tali disposizioni è risultato il seguente percorso di valutazione professionale per i magistrati ordinari:

1. Conferimento delle funzioni agli uditori giudiziari, di regola dopo 18 mesi dalla immissione in servizio (termine quest'ultimo, talora ridotto per contingenti esigenze di più rapida immissione in servizio dei giovani magistrati al fine di colmare i vuoti di organico)
2. Nomina a Magistrato di Tribunale dopo due anni dalla emanazione del decreto ministeriale di immissione in servizio
3. Nomina a Magistrato di Appello dopo otto anni dalla emanazione del decreto ministeriale di immissione in servizio
4. Dichiarazione di idoneità ad essere ulteriormente valutato ai fini della nomina a magistrato di Cassazione dopo 20 anni
5. Dichiarazione di idoneità ad essere ulteriormente valutato ai fini della nomina alle funzioni direttive superiori dopo 27 anni.

Una prima evidente differenza rispetto al sistema attuale – che prevede, dopo la iniziale valutazione per il conferimento delle funzioni giudiziarie, sette valutazioni di professionalità con cadenza quadriennale – è indubbiamente rappresentata dal numero ridotto di valutazioni (cinque in tutto a fronte delle otto complessivamente vigenti).

Tuttavia, è dalla lettura della circolare del 1999 e di alcuni stralci di circolari consiliari precedenti che si coglie la marcata distanza del sistema attuale rispetto a quello antecedente.

È significativo, ad esempio, rilevare che con la circolare del 20 maggio 1977 il C.S.M. aveva posto il divieto di motivazioni con integrale ed esclusivo richiamo ai precedenti pareri ed ai rapporti dei dirigenti, per evitare "l'abdicazione da parte dei Consigli medesimi delle ragioni stesse della collegialità e della consulenza loro riconosciute".

Non meno rilevante è la risposta data dal Consiglio Superiore della Magistratura nella seduta del 20.11.1996 al quesito sollevato dal Consiglio Giudiziario

presso la Corte di Appello di Salerno in ordine ai poteri istruttori eventualmente da riconoscersi a tale organo decentrato, al cui interno si legge: “la facoltà del Consiglio giudiziario di acquisire per campione i provvedimenti del magistrato in valutazione concerne non solo i pareri per la nomina a magistrato di tribunale....., ma anche tutti gli altri pareri previsti per la progressione in carriera e che richiamano per relationem i parametri indicati sub B” (nomina a magistrato di tribunale) della circolare C.S.M. n. 1275/1985. Già con deliberazione dell’11 novembre 1987 (pubblicata in Notiziario C.S.M., n. 17, 1987) l’organo di autogoverno aveva affermato la legittimità dell’esercizio di ufficio dei poteri di acquisizione di un campione di provvedimenti, poteri che appaiono “intrinsecamente collegat(a) i alla natura ed all’oggetto qualitativo del giudizio valutativo, richiesto dalle varie leggi che disciplinano la progressione in carriera del magistrato”.

Dalla lettura, poi, della circolare del 1999 si evince l’assoluta centralità del ruolo assunto dal Consiglio Superiore della Magistratura – e, più nello specifico, della IV Commissione – a fronte di una funzione meramente servente assunta dal Consiglio Giudiziario al quale, pur con il riconoscimento – sopra ricordato – di poteri istruttori, era attribuito un compito di acquisizione degli elementi e di pura e semplice devoluzione all’organo di autogoverno centrale, cui era attribuita in via esclusiva la valutazione e la conseguente deliberazione in ordine alla sussistenza dei requisiti di idoneità al passaggio alla qualifica di livello superiore.

Al fine di definire i caratteri del sistema antecedente la riforma del 2007 e di porre in risalto le differenze siderali rispetto a quello vigente non è, poi, irrilevante osservare che la circolare nr 17003 del 24.9.1999 constava di due pagine e mezza così suddivise

Capo I Riferimenti Normativi

Capo II Fonti di Conoscenza

Capo III Il Procedimento.

Più precisamente, all’interno del Capo III, l’articolo 1 era interamente dedicato ai casi di sospensione della valutazione di professionalità per la pendenza di procedimenti disciplinari e/o penali, mentre tutta la regolamentazione del procedimento di valutazione si esauriva nelle stringate previsioni contenute all’interno dell’articolo 2, nel quale in estrema sintesi era stabilito che la Commissione consiliare (ndr la Quarta)

- aveva facoltà di procedere alla audizione del magistrato in valutazione;
- aveva facoltà di assumere informazioni e di disporre audizioni ulteriori rispetto a quella del magistrato sottoposto a valutazione; restando, tuttavia “escluso il

- potere di ripetere, integrare o modificare l'accertamento dei fatti e/o comportamenti compiuto dall'Autorità Giudiziaria penale e da altre Commissioni consiliari nell'ambito delle rispettive competenze funzionali";
- disponeva l'acquisizione di atti o provvedimenti a campione solo nel caso di produzione da parte del magistrato di provvedimenti giudiziari non pubblicati o comunque non inseriti nel fascicolo personale.

L'articolo 3 si limitava a prevedere la utilizzabilità, ai fini della valutazione di professionalità, di tutti gli elementi di conoscenza legittimamente acquisiti, a condizione che l'interessato ne avesse avuto conoscenza e, eventualmente, fosse stato posto in grado di formulare osservazioni.

L'articolo 4 fissava il principio secondo cui la procedura di valutazione si doveva concludere con una delibera motivata da parte del Consiglio.

2. La distanza fra il sistema delineatosi a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso e definitosi con la circolare del CSM del 24.9.1999 e l'attuale sistema venutosi a formare per effetto dell'articolo 11 del Dlgs 106/06, come modificato dall'articolo 2 della legge 111/07, e della circolare del CSM dell'ottobre 2007, emendata a più riprese fino al 2018, è marcatissima.⁴

L'odierna valutazione di professionalità si caratterizza in sintesi:

- per il carattere più ravvicinato delle verifiche (una preliminare dopo diciotto mesi avente ad oggetto il periodo trascorso dal magistrato neoassunto nel corso del tirocinio, la prima, di fatto, dopo due anni e mezzo, altre sei ogni quattro anni, laddove nel sistema antecedente, fra la prima e la seconda trascorrevano sei anni, fra la seconda e la terza passavano dodici anni, fra la terza e la quarta sette anni);
- per la tipizzazione dei giudizi, i quali investono la capacità, l'impegno, la diligenza e la laboriosità, con espressa precisazione degli elementi da prendere in considerazione al fine di esprimere le singole valutazioni rispetto a tali parametri, fermo restando che equilibrio ed imparzialità costituiscono le precondizioni per una valutazione positiva;
- per la specificazione degli esiti della valutazione (positiva, non positiva, negativa) con precisazione delle ragioni che possono determinarli e delle differenti conseguenze che ne scaturiscono;

⁴ Sul sistema scaturito dalla riforma dell'ordinamento giudiziario prevista dal D. lgs. 106/06 e dalla legge 111/07, P. GUALTIERI, *Aspetti problematici della recente riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 2013, 59, pp. 239–254.

– per la puntuale scansione– anche temporale– delle fasi che caratterizzano il procedimento valutativo e per la responsabilizzazione dei soggetti che partecipano ad ognuna di esse.

È significativo evidenziare che nel sistema vigente al magistrato in valutazione spetta l'onere – fra i sessanta ed i quarantacinque giorni prima della scadenza del termine quadriennale – di dare il via all'iter depositando l'autorelazione presso la segreteria del capo dell'ufficio.

L'autorelazione – che deve essere redatta nel rispetto dei contenuti precisati dalla circolare consiliare – costituisce un essenziale elemento sul quale si basa la valutazione professionale, al pari del rapporto del capo dell'ufficio, delle statistiche e dei provvedimenti estratti a campione ed adottati all'interno di distinti intervalli temporali per ognuno dei quattro anni, estratti a sorte dal Consiglio Giudiziario⁵.

All'organo di autogoverno locale sono attribuiti poteri istruttori, finalizzati, eventualmente, ad acquisire elementi di conoscenza integrativa, secondo quanto si evince con chiarezza sin dalla lettura del comma 5 dell'articolo 11 del Dlvo 106/06, secondo cui:

“Il consiglio giudiziario può assumere informazioni su fatti specifici segnalati da suoi componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvocati, dando tempestiva comunicazione dell'esito all'interessato, che ha diritto ad avere copia degli atti, e può procedere alla sua audizione, che è sempre disposta se il magistrato ne fa richiesta.”⁶

Le funzioni ed il ruolo assunto dal consiglio giudiziario all'interno del procedimento di valutazione del magistrato sono ulteriormente precisati dalla Circolare nr 20691 dell'8.10.2007 del CSM nella quale si legge:

“Laddove lo ritenga necessario, il Consiglio giudiziario può assumere informazioni su fatti specifici segnalati dai suoi componenti o dai dirigenti degli uffici o dai consigli dell'ordine degli avvocati incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi comprese situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della

⁵ Per un'ampia disamina sul modello di valutazione di professionalità vigente ed anche per una più approfondita ricostruzione storica sul tema della valutazione professionale dei magistrati, P. SERRAO D'AQUINO, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Giustizia Insieme*, settembre 2020, Roma.

⁶ Sul ruolo e sulle funzioni del Consiglio Giudiziario in composizione ordinaria, A. ROCCELLA, *Il consiglio giudiziario nelle riflessioni di un componente non togato*, in *Giustizia Insieme*, ottobre 2018, Roma.

funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica.

L'attività istruttoria disposta dal Consiglio giudiziario non può in ogni caso comportare alcuna sovrapposizione con l'accertamento – eventualmente in atto – del giudice penale o disciplinare sulla condotta oggetto di verifica da parte del Consiglio medesimo.

All'esito dell'istruttoria, il Consiglio giudiziario ne dà tempestiva comunicazione all'interessato.

L'interessato ha diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti a disposizione del Consiglio giudiziario.

In ogni caso, il Consiglio giudiziario, ove lo ritenga, può procedere all'audizione del magistrato in valutazione. Quest'ultimo ha comunque diritto ad essere ascoltato ove ne faccia espressa richiesta ed ha sempre facoltà di presentare atti e memorie scritte fino a sette giorni prima dell'audizione.

Durante l'audizione il magistrato ha diritto di farsi assistere da altro magistrato.”

In concreto il parere espresso dal consiglio giudiziario orienta fortemente la valutazione definitiva rimessa al Consiglio Superiore, nel senso che è possibile affermare che la regola è rappresentata dalla conformità delle determinazioni assunte dall'organo di autogoverno centrale rispetto a quelle adottate dall'organo di autogoverno periferico.

Va detto che l'accresciuto rilievo attribuito al Consiglio Giudiziario all'interno del procedimento di valutazione deriva anche dal mutato assetto e dalla valorizzazione del ruolo e delle funzioni di tale organo derivante dal contenuto del decreto legislativo 25/06, a sua volta oggetto di modifiche per effetto della legge 111/07.

Senza indugiare sul tema – estraneo all'oggetto della presente trattazione – relativo ai mutamenti normativi che nel tempo hanno investito gli organi di autogoverno locale, è necessario evidenziare che solo a partire dalla entrata in vigore della riforma del 2007 e, dunque, con la elezione dei primi consigli giudiziari per il quadriennio 2008–2012, ad essi è stata riconosciuta potestà regolamentare e, conseguentemente, un ruolo e funzioni autonome nelle seguenti macro-materie: Organizzazione degli uffici giudiziari; Valutazioni di professionalità dei magistrati; Istruttoria in ordine alla sussistenza di cause di incompatibilità ex articoli 18 e 19 Ordinamento Giudiziario; Magistratura onoraria (redazione dei pareri relativi alle nomine ed ai rinnovi, istruttoria ed emissione dei pareri relativi alle condotte di rilievo disciplinare).

Di particolare rilievo è l'attribuzione ai Consigli giudiziari – nella loro composizione allargata ai membri non togati – di competenze in materia di *vigilanza*

sull'andamento degli uffici giudiziari del distretto (art. 15, comma 1, lett. d, D.lgs. 25/2006)⁷⁻⁸.

Tenuto conto del rilievo attribuito dal legislatore e dalla circolare del CSM ai Consigli Giudiziari nell'ambito del procedimento di valutazione professionale dei magistrati, non è azzardato far riferimento ad una vera e propria funzione di garanzia che a questi ultimi viene riconosciuta dal sistema nell'individuare il delicato punto di equilibrio fra verifica della efficienza dell'attività svolta dai singoli magistrati— inevitabilmente sottesa alla valutazione di professionalità— e salvaguardia del principio di indipendenza.

Va osservato che nel sistema vigente la salvaguardia del principio di indipendenza del magistrato rispetto al momento valutativo della professionalità è basata in primo luogo sulle fonti di conoscenza: autorelazione, rapporto del capo dell'ufficio, statistiche, provvedimenti a campione, provvedimenti prodotti dall'interessato.

Il ruolo di garanzia attribuito dalla vigente normativa al Consiglio Giudiziario risalta nella parte in cui nell'ambito del procedimento di valutazione si attribuisce un rilievo— eventuale— a fatti segnalati da singoli componenti, dai capi degli uffici, dai consigli dell'ordine degli avvocati “*incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi comprese situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica.*”

Rispetto a tali evenienze l'attività istruttoria demandata al Consiglio giudiziario richiede ponderazione ed equilibrio nella fase della assunzione delle informazioni, del loro vaglio iniziale, che può avvenire anche sulla base degli esiti della audizione dell'interessato, e della definitiva valutazione rispetto al giudizio di professionalità che deve essere espresso⁹.

3. Il ruolo del consiglio giudiziario rispetto al procedimento di valutazione della professionalità dei magistrati è destinato ad assumere ancora maggiore centralità e rilievo nel caso di attuazione delle direttive contenute nell'articolo 3 lettere a) e b) e lettera g) della legge 71/22¹⁰.

⁷ Sulle competenze e sulle regole di funzionamento dei Consigli giudiziari nell'attuale assetto normativo, P. MIGNONE, *Note sulla disciplina dei Consigli Giudiziari dopo la riforma legislativa del 2007*, in *LexItalia.it*, numero 6 anno 2008.

⁸ Sullo stesso tema, G. DIOTALLEVI, *I Consigli giudiziari e il Consiglio direttivo presso la Corte di cassazione*, in *dir. pen. e proc.*, 2006, I, p. 34.

⁹ Per una riflessione critica sul sistema delle valutazioni professionali dei magistrati— G. DI FEDERICO, *Riforma delle valutazioni di professionalità e delle disfunzioni ad essa connesse in prospettiva comparata*, in *Diritto di Difesa*, marzo 2022.

¹⁰ Sul nuovo assetto dell'ordinamento giudiziario emergente dalla legge 71/2022, F. BALDI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario a) la delega al Governo*, in *Processo Penale e Giustizia*, Roma, 2022.

Per effetto di tali disposizioni si è, innanzitutto, normata la facoltà per i componenti avvocati e professori universitari di assistere alle deliberazioni relative alle competenze dei Consigli Giudiziari e del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione in materia di valutazione di professionalità dei magistrati, così risolvendo legislativamente la controversa questione della attribuzione del diritto di tribuna, fin qui rimessa alle disposizioni regolamentari dei singoli organi di autogoverno distrettuali; il legislatore, in realtà, ha esteso alla facoltà di assistere quella di partecipare alla discussione, ma non anche alla deliberazione.

In questo senso le prerogative dei componenti laici dei Consigli Giudiziari si avvicinano fortemente a quelle dei componenti laici del Consiglio Superiore della Magistratura senza, però, conformarsi del tutto, essendo preclusa ai primi la possibilità di partecipare alla deliberazione.

È prevista, tuttavia, la espressione di un voto unitario alla sola componente degli avvocati sulla base del contenuto di fatti specifici, positivi o negativi, incidenti sulla professionalità del magistrato in valutazione, nel caso in cui il consiglio dell'ordine degli avvocati abbia effettuato le già menzionate segnalazioni sul magistrato in valutazione.

È stabilito altresì nella legge delega che, nel caso in cui la componente degli avvocati intenda discostarsi dalla predetta segnalazione, debba richiedere una nuova determinazione al consiglio dell'ordine degli avvocati.

Fermo restando che tali previsioni programmatiche potranno essere meglio definite in sede di emanazione dell'eventuale decreto legislativo e che ulteriori precisazioni potrebbero giungere dalla normativa secondaria che inevitabilmente dovrà essere successivamente approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura, non può omettersi di osservare che si profila un sistema piuttosto farraginoso e di incerta interpretazione ed applicazione anche alla luce delle disposizioni già esistenti, sopra richiamate, delle quali, peraltro, non si prevede l'abrogazione.

In questo senso deve chiedersi se anche nel nuovo sistema ai singoli componenti – fra i quali i singoli rappresentati degli avvocati e dell'università – sia data la possibilità – nell'ambito della facoltà loro concessa di assistere e partecipare alla discussione – di segnalare fatti *“incidenti sulla professionalità del magistrato, ivi comprese situazioni concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione e comportamenti che denotino evidente mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica.”*

È legittimo chiedersi, altresì, se rispetto a tali fatti segnalati come singoli componenti debba essere ribadita la loro non partecipazione al voto, limitandola – come si evince dalla legge delega – ad un voto unitariamente espresso – dai soli avvocati – rispetto al caso di segnalazione proveniente dal consiglio dell'ordine.

Non è chiaro, poi, cosa accada nel caso in cui – essendosi la componente degli avvocati discostata dalla segnalazione precedente – il consiglio dell'ordine ribadisca

l'iniziale determinazione, così creandosi una potenziale situazione di stallo incidente sulla deliberazione finale e, dunque, sul rispetto dei termini di definizione del complessivo procedimento, rigorosamente scanditi dalla normativa già in vigore.

Nemmeno è precisato cosa si verifichi, rispetto alla facoltà di espressione del voto unitario in relazione a fatti segnalati dal consiglio dell'ordine, nell'ipotesi in cui uno dei più componenti presenti all'interno del consiglio giudiziario in rappresentanza dell'avvocatura intenda discostarsi dal voto unitario.

Rispetto a tali incertezze, viene da chiedersi se non sia tempo di avviare una più ampia e definitiva riflessione sulla eventualità di allineare le modalità deliberative dei consigli giudiziari a quelle del Consiglio Superiore della Magistratura, al cui interno non è prevista una distinzione fra deliberazioni in composizione integrata e deliberazioni riservate ai togati¹¹.

Gli indirizzi contenuti nella lettera g) dell'articolo 3 della legge 71/22, fermo restando le precisazioni che su questo tema molto delicato saranno contenute nell'eventuale decreto legislativo e nelle norme di rango secondario che necessariamente dovranno essere predisposte dal Consiglio Superiore della Magistratura, impongono ai Consigli Giudiziari di svolgere una sempre più delicata funzione di garanzia, in uno ad attività di verifica che si annunciano particolarmente complesse e gravose e, dunque, difficilmente sostenibili sulla base dell'attuale status dei singoli componenti, nonché delle attuali dotazioni operative e finanziarie.

Il legislatore delegante, infatti, ad integrazione degli attuali poteri istruttori riconosciuti agli organi di autogoverno locale, chiede al delegato di prevedere che il consiglio giudiziario acquisisca le informazioni necessarie ad accertare la sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento, nonché, in ogni caso, che acquisisca, a campione, i provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio.

Si tratta di una disposizione che – come accennato – pone più di un profilo di problematicità.

Innanzitutto, il legislatore delegato e il Consiglio Superiore della Magistratura, in sede di normazione secondaria, dovranno riempire di contenuti ben definiti il concetto di "gravi anomalie", tenendo presente il principio di insindacabilità del merito giudiziario, inteso quale attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove, contemplato dall'articolo 2 comma 2 bis Dlgs 109/06 al fine di escludere una responsabilità disciplinare correlata a tali attività.

¹¹ Sulle incertezze correlate al voto unitario attribuito agli avvocati e sulla esigenza di coinvolgere i componenti dei consigli giudiziari espressi dalla avvocatura nel giudizio di professionalità dei magistrati, F. GRECO, Intervista di titolo *"Il testo di via Arenula è un'occasione persa, il governo lo riscriva"* – pubblicata su *"Il Dubbio"* edizione del 25.8.2023.

In secondo luogo, sarà necessario definire il perimetro delle “gravi anomalie” principalmente (ma non solo) rispetto alle seguenti condotte, che si citano a titolo di esempio e che assumono rilievo disciplinare ai sensi delle seguenti lettere dell’articolo 2 Dlgs 109/06¹²:

- g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile;
- h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;
- l) l’emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge;
- m) l’adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;
- q) il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell’atto;
- cc) l’adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo;
- ff) l’adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza;
- gg) l’emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.

Non v’è dubbio che ognuna delle condotte sopra indicate possa dare luogo a gravi anomalie in relazione all’esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e che l’eventuale accertamento in sede di valutazione della professionalità del magistrato possa dare luogo a quella “*sovrapposizione con l’accertamento – eventualmente in atto – del giudice (penale) o disciplinare sulla condotta oggetto di verifica da parte del Consiglio medesimo*” espressamente vietata dalla normativa vigente, contemplata nella attuale circolare del CSM¹³⁻¹⁴.

¹² Per un quadro generale sulla responsabilità disciplinare dei magistrati v. S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati– Gli illeciti– Le sanzioni– Il procedimento*, Roma, 2013.

¹³ Sui rapporti fra responsabilità disciplinare dei magistrati e valutazione di professionalità dei magistrati– G. GRASSO, *Procedimento disciplinare e valutazione di professionalità: Differenze e Interferenze*, in *La Magistratura*, nn. 1–2, 2015, Roma, luglio 2015.

¹⁴ Sulle possibili interferenze fra responsabilità disciplinare dei magistrati e valutazione di professionalità dei magistrati v. D. CAVALLINI, *L’evoluzione della responsabilità disciplinare dei magistrati*, in D. CAVALLINI, a cura di, *Argomenti di ordinamento giudiziario*, Bologna, 2014, p. 94; sullo stesso

È altrettanto indubbio che, pur in presenza delle future, necessarie precisazioni fornite dal legislatore delegato e dal CSM in sede di emanazione della conseguente circolare, la linea di confine fra valutazione di professionalità correlata alla verifica delle “gravi anomalie” ed accertamento disciplinare si annunzia piuttosto labile e che, dunque, solo un esercizio delle funzioni da parte dei Consigli Giudiziari, massimamente equilibrato e prudente, potrà scongiurare il pericolo di pregiudizievoli interferenze fra i due ambiti.

Sul piano pratico la verifica sulle “gravi anomalie”, nei termini sopra indicati, chiama i Consigli Giudiziari allo svolgimento di attività fin qui non conosciute e, ragionevolmente, non praticabili in assenza di ulteriori modifiche normative che investano lo status dei singoli componenti e le dotazioni in termini di personale, di supporti informatici e di risorse finanziarie.

Se, come si evince dalla lettura della lettera G dell’articolo 3 della legge 71/22, i Consigli giudiziari saranno chiamati ad un esercizio fortemente dinamico delle loro attività, non limitato alla valutazione degli elementi da altri rappresentati o depositati, ma esteso alla acquisizione è evidente che i componenti non potranno svolgere la loro attività, come accade attualmente, per i togati continuando a svolgere le funzioni giurisdizionali con il minimo sgravio dagli affari assegnati, contemplato dalla normativa vigente.

Analoghe considerazioni devono essere svolte per gli altri componenti (rappresentanti dell’avvocatura e della università) che, pur— sulla base del disposto dell’articolo 3 lettera a) della legge delega 71/22— estranei alla attività di deliberazione finale, saranno inevitabilmente coinvolti nel momento della acquisizione e della valutazione— assistendo e partecipando alla discussione— sulla effettiva sussistenza delle anomalie.

Anche per i componenti laici è difficilmente immaginabile che lo svolgimento di funzioni così impegnative possa risultare compatibile con la gratuità dell’incarico, essendo prevedibile che essi risulteranno ampiamente assorbiti dalle attività consiliari con conseguente, notevole, riduzione dei tempi per dedicarsi alla professione forense, alla ricerca ed allo studio ed all’insegnamento.

Allo stesso modo si impone un allargamento delle dotazioni delle segreterie, non essendo pensabile che l’attività di ricerca dei provvedimenti a campione recanti gravi anomalie possa essere svolta dalle poche unità attualmente ad esse destinate.

Ferme le attribuzioni gravanti sui prossimi Consigli Giudiziari, deve osservarsi che il sistema individuato dalla lettera g dell’articolo 3 della legge 71/22 potrà davvero trovare applicazione solo se nelle fasi e nei gradi di giudizio ulteriori si

tema v. B. GIANGIACOMO, *Interferenze tra sistema disciplinare e valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Questione giustizia*, 2010, 2, pp. 103 ss.

avranno da parte dei giudici decisioni dettagliatamente motivate, essendo chiaro che solo un percorso argomentativo esaustivo versato nelle ordinanze e nelle sentenze potrà far risaltare la sussistenza delle “gravi anomalie”.

Una decisione, adottata in una fase o grado successivo, che, pur distanziandosi dalla precedente riformandola in tutto o in parte, non si soffermi sui contenuti del precedente provvedimento, difficilmente potrebbe consentire al Consiglio Giudiziario di rilevare una “grave anomalia” all’interno di quest’ultimo atto.

Così, pur in presenza delle rilevanti incertezze cui si è fatto riferimento, un elemento di rassicurazione rispetto al tema della salvaguardia della indipendenza del magistrato è dato dalla considerazione che solo dalla attività giurisdizionale, svolta nei gradi successivi nel rispetto dei parametri della capacità, diligenza, oltre che dell’equilibrio ed imparzialità, potranno realmente emergere le “gravi anomalie”.

In questa prospettiva – e, in particolare, a riprova della centralità destinata ad assumere la motivazione all’interno di ogni provvedimento giurisdizionale suscettibile di esame in sede di valutazione professionale – deve darsi atto di quanto emerge all’interno della bozza del decreto attuativo della riforma dell’ordinamento giudiziario, resa nota alla fine dello scorso mese di agosto.

Il testo provvisorio reca la precisazione, secondo cui in ogni caso non costituiscono gravi anomalie *“la riforma del provvedimento o il rigetto della richiesta determinata dalla decisione del magistrato motivata in difformità dal consolidato orientamento giurisprudenziale, che pure abbia dimostrato di conoscere e col quale si sia confrontato”*.

Nella sostanza si tratta della riaffermazione – anche in sede di valutazione della professionalità del magistrato ordinario – del principio della insindacabilità del merito giudiziario, sulla falsariga della previsione normativa operante in ambito disciplinare per effetto dell’articolo 2 comma 2 del Dlgs 106/06¹⁵.

La precisazione è rilevante e pare finalizzata a meglio definire il perimetro della disposizione contenuta nella legge delega, ma appare – allo stato – non sufficiente a risolvere l’esigenza – sopra evidenziata – della delimitazione fra valutazione di professionalità e valutazione disciplinare¹⁶.

Non ci si può, tuttavia, esimere – al di là dello sforzo fin qui compiuto dal legislatore delegato nel riempire di contenuto il generico concetto di “gravi anomalie” – dall’osservare che la lettera g) dell’articolo 3 della legge 71/22 individua un criterio di valutazione caratterizzato da un profilo di disuguaglianza rispetto alla

¹⁵ Per una riflessione sul tema della insindacabilità del merito giudiziario, M. SERIO, *Azione disciplinare nei confronti dei magistrati e libertà dell’attività interpretativa e valutativa: una prospettiva transnazionale*, in *Questione Giustizia*, Roma, giugno 2023

¹⁶ Riflette sul tema S. PERELLI, *L’impatto della Riforma Cartabia sul procedimento disciplinare*, in *Questione giustizia*, 2022, fasc. 2–3.

valutazione professionale dei magistrati, rispetto al quale non è peregrino avanzare dubbi di legittimità costituzionale.

È piuttosto semplice, infatti, rilevare che il presupposto della verifica della sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento è costituito dall'esercizio di funzioni giurisdizionali requirenti o giudicanti rispetto alle quali è contemplata – per effetto della impugnazione di una parte processuale – una rivalutazione di una decisione precedente.

Per effetto di tale banale considerazione, va considerato che il sistema investe a pieno magistrati requirenti e giudicanti di primo grado, riguarda in maniera certamente più sfumata giudicanti e, soprattutto, requirenti di secondo grado, risulta di molto improbabile applicazione rispetto a giudicanti e requirenti di legittimità.

Per questi ultimi è, peraltro, davvero arduo adattare il concetto di fase o grado successivo ai casi, invero molto limitati, nei quali la decisione assunta all'esito del giudizio di legittimità sia ricorribile per errore materiale o di fatto ex articolo 625 bis cpp o possa essere oggetto di revisione o di rescissione ex articolo 629 bis cpp.

Il sistema è, poi, del tutto inattuabile per i magistrati assegnati al servizio del massimario presso la Corte di Cassazione, per quelli destinati a ricoprire incarichi ministeriali, internazionali, di assistenza presso la Corte costituzionale non potendosi, in relazione alle funzioni da questi svolte, nemmeno in astratto ipotizzare il concetto di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento. Si tratta di un numero di magistrati in percentuale certamente minoritario rispetto al totale, ma assolutamente non irrisorio in numeri assoluti (i soli magistrati fuori ruolo, secondo stime del CSM redatte agli inizi del 2023 ammontano a circa 260).

Alla luce di tali considerazioni viene da chiedersi se possa ritenersi legittimo un criterio di valutazione destinato ad operare effettivamente solo per una parte dei magistrati in servizio, ad operare probabilmente solo in astratto per una parte non irrilevante e a non operare affatto per un numero altrettanto cospicuo.

4. Il percorso diacronico che, pur sinteticamente e senza alcuna pretesa di completezza, è stato svolto sul tema della valutazione professionale dei magistrati, rivela la questione, probabilmente, ancora irrisolta, che è sottesa a tale delicato tema: quella – come evocato nel titolo dato a questo scritto – della ricerca di un punto di equilibrio fra esigenza di sottoporre ad una verifica sempre più effettiva e stringente l'attività svolta dai magistrati e salvaguardia della indipendenza.

Il sistema dei concorsi, quale criterio per la verifica della professionalità, era chiaramente incompatibile particolarmente con il disposto dell'articolo 107 della Costituzione.

Le valutazioni professionali che erano scaturite dopo l’emanazione delle disposizioni legislative che regolavano i passaggi da uditore giudiziario a magistrato di tribunale, a magistrato di appello, a magistrato idoneo ad essere ulteriormente valutato a magistrato di cassazione fino a giungere a magistrato idoneo ad essere ulteriormente valutato ai fini della nomina alle funzioni direttive superiori avevano dato vita a criteri di valutazione puramente formali, rispetto ai quali si registrava un evidente sbilanciamento a favore della indipendenza ed a discapito della effettiva verifica sulla efficienza dell’attività svolta.

La valutazione era pressoché interamente incentrata sul rapporto del capo dell’ufficio, i Consigli Giudiziari si limitavano a recepirne i contenuti, mentre risaltava la centralità del Consiglio Superiore della Magistratura nello svolgimento di eventuali attività integrative e rispetto alla deliberazione finale di idoneità al passaggio alla qualifica superiore.

Il sistema scaturito dal Dlgs 106/96 e della novella dell’articolo 11 introdotta dall’articolo 2 della legge 111/07 e faticosamente definitosi per effetto di ben 15 circolari del CSM adottate fra il 2007 ed il 2018 si è caratterizzato per una maggiore attenzione, quantomeno nelle intenzioni del legislatore e dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura, al tema della verifica della efficienza, prevedendo una procedimentalizzazione della valutazione professionale – prima del tutto sconosciuta – nell’ambito della quale è stato attribuito rilievo al contributo proveniente con l’autorelazione da parte dell’interessato, alle prospettazioni contenute nel rapporto informativo redatto dal Capo dell’ufficio, alle statistiche, ai provvedimenti a campione estratti a sorte, all’attività istruttoria eventualmente demandata al Consiglio Giudiziario ed anche alle segnalazioni provenienti dai singoli componenti e dal Consiglio dell’ordine degli Avvocati.

Il sistema individuato dal legislatore del 2022 si propone l’obiettivo – a dir il vero molto impegnativo – di accentuare l’attività di accertamento della efficienza.

Probabilmente il punto di equilibrio fra verifica dell’efficienza ed indipendenza non è stato ancora raggiunto.

Per ottenere questo difficile obiettivo potrebbe rendersi necessaria una ancor maggiore valorizzazione del ruolo da attribuire ai Consigli Giudiziari, con una rivisitazione dello status da riconoscere ai singoli componenti, a partire dalla loro destinazione allo svolgimento delle funzioni a tempo pieno così da conformare del tutto gli organi di autogoverno locali rispetto all’organo di autogoverno centrale¹⁷.

¹⁷ Sul ruolo attuale dei Consigli Giudiziari rispetto alla valutazione professionale dei magistrati e sulla utilità di un futuro ampliamento delle attribuzioni degli organi di autogoverno, B. NICOTRA, *I consigli giudiziari nel governo autonomo della magistratura: un flash sulle attuali questioni aperte*, in *Il diritto Vivente*, Roma, gennaio 2021.

Come si evince sin dalla previsione contenuta nell'articolo 3 lettera i) nr. 3 della legge delega 71/22, centrale e decisivo risulta il ruolo attribuito al Consiglio giudiziario, dal momento che, qualora il Consiglio Superiore ritenga di recepire il parere da quest'ultimo espresso recante la valutazione positiva, il provvedimento finale deve essere adottato richiamando il suddetto parere e senza una ulteriore motivazione.

Vi è, poi, da individuare criteri di valutazione della efficienza del magistrato che non si espongano ai dubbi di legittimità costituzionali, correlati ad una probabile loro applicazione discriminatoria, posti in risalto nell'esaminare la disposizione di cui all'articolo 3 lett. g) legge 71/22.

In ogni caso – e necessariamente rinviando ogni considerazione sulle future valutazioni di professionalità al tempo in cui il nuovo assetto normativo derivante dalla legge delega 71/22 si sarà compiutamente definito – deve, nel tempo presente, ribadirsi con fermezza che l'attività di valutazione della professionalità dei magistrati richiede impegno, dedizione, rigorosa osservanza dei principi deontologici e massimo equilibrio nella espressione dei giudizi da parte di tutti i soggetti chiamati a partecipare al procedimento a partire dal magistrato interessato nella redazione della autorelazione e dal capo dell'ufficio nella stesura del rapporto e, soprattutto, da parte degli organi di autogoverno decentrati, ai quali dovranno essere assicurate risorse finanziarie e dotazioni amministrative in misura largamente superiore rispetto al passato ed alla attualità al fine di consentire loro di assolvere in modo compiuto il delicato compito attribuitogli sin dal 2007 e destinato ad assumere, in prospettiva, ancora maggiore rilievo per effetto della riforma del 2022.

La “professionalità efficiente” del giudice nel processo di omogeneizzazione della funzione pubblica*

MARCO GALDI

SOMMARIO: 1. La scelta fra elettività, nomina politica e professionalità del magistrato alle origini del modello attuale di giurisdizione. – 2. La “professionalità indipendente” del magistrato nella Costituzione italiana come garanzia di autonomia, esclusiva soggezione alla legge ed esercizio della funzione in nome del popolo. – 3. La parabola della professionalità dal periodo costituzionale transitorio alla legge n. 71 del 2022. – 4. La “professionalità efficiente” nel processo di omogeneizzazione della funzione pubblica.

1. Non è solo un luogo comune quello per cui l'alba dei moderni sistemi giuridici occidentali coincide con la rivoluzione borghese del XVIII secolo.

Ebbene, nel dibattito che si svolge in Francia nel corso del '700, il modello che si contrappone al complesso sistema giudiziario dell'*ancien regime*¹ è costituito dalla democrazia giudiziaria e non professionale dell'Atene antica, che Montesquieu richiama espressamente nella sua opera. In quel clima di riflessione, *humus* destinato a generare le nuove istituzioni d'occidente, si coglie, nel contempo, una profonda consapevolezza del valore della giurisdizione, evidentemente legato alla necessità che si affermi pienamente il principio di legalità e, in ultima analisi, la sovranità popolare (borghese).

Quanto a Montesquieu, basti richiamare il notissimo capitolo sesto del libro undicesimo dell'*Esprit des lois*, in cui definisce il potere giudiziario «invisibile e nullo» e, soprattutto, «non professionale»: “Il potere di giudicare non deve essere dato a un senato permanente, ma esercitato da persone tratte dal corpo del popolo [come ad Atene] in certi periodi dell'anno, nel modo prescritto dalla legge, per formare un tribunale che dura solo fino a quando la necessità lo richiede. In

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 5 ss., il qual richiama la massima *toute justice émane du roi*. Fin dal XIV secolo, infatti, di pari passo con l'affermazione dello Stato assoluto, la giustizia del re si affianca (appello al Re) e gradualmente si sovrappone alla giustizia amministrata dai signori feudali. Si diffonde, in particolare, la giustizia delegata agli *officiers*, cariche venali ed ereditarie. Si afferma, infine, la “giustizia ritenuta del re”, con funzione residuale e di riforma delle sentenze dei tribunali.

questo modo, il potere di giudicare, così terribile tra gli uomini, *non essendo collegato a un certo stato o professione*, diventa, per così dire, *invisibile e nullo*. Non ci sono giudici continuamente davanti ai nostri occhi e temiamo la magistratura, non i magistrati”². Il riferimento è, appunto, all’esperienza della Grecia antica, e di Atene in particolare, la cui peculiarità era la mancanza di specializzazione dei giudici (la Grecia antica, a differenza di Roma, peraltro, non ebbe mai nemmeno un ceto di giuristi professionisti)³.

A fronte di questa tendenza a destrutturare la magistratura come classe sociale (mentre Montesquieu ammette che la pubblica amministrazione continui ad essere appannaggio di una classe, che definisce “nobiltà di toga”)⁴, si segnala, però, la straordinaria attenzione riservata, all’alba dei sistemi giuridici moderni, alla giurisdizione. Già nel prologo della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 si legge: “I rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale”, intendono “esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell’uomo” (...) “affinché *i reclami* dei cittadini, fondati d’ora innanzi su dei principi semplici ed incontestabili, abbiano sempre per risultato il *mantenimento della Costituzione* e la *felicità di tutti*”⁵. In sostanza, la garanzia dei nuovi diritti, e quindi il “mantenimento della Costituzione” e, in ultima analisi, la “felicità” dei cittadini⁶, è data dalla capacità dello Stato di assicurare

² Cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, in *Oeuvres complètes*, II, Texte présenté et annoté par R. CALLOIS, Gallimard, Paris, 1949–1951, p. 398 (il corsivo nella citazione riportata nel testo è, ovviamente, mio): “La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple [Comme à Athènes] dans certains temps de l’année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu’autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n’étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n’a point continuellement des juges devant les yeux; et l’on craint la magistrature, et non pas les magistrats”. Collegata a questa impostazione è la visione, che Montesquieu declina subito dopo, dei giudici «bocca della legge», esseri «inanimati» che pronunciano sulle loro labbra le parole della legge: “Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”. Cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, cit., p. 404.

³ Cfr. J. KORINTHIOS, Introduzione a *Lisia*, Per l’uccisione di Eratostene, a cura di J. KORINTHIOS – G. FERRARO, I, Edizione Simone, 2023, p. 30, per il quale “mentre l’ordinamento moderno si fonda sull’attività di figure professionali, quali avvocati e magistrati, che si avvalgono di competenze specifiche accumulate nel corso degli studi e nella pratica quotidiana, l’ordinamento greco era costituito da cittadini comuni, sia come parti in causa sia come giudici”.

⁴ Si veda, se si vuole, M. GALDI, *Discrezionalità amministrativa e federalismo*, Editrice Gaia, Salerno, 2008, pp. 22 s.

⁵ Il corsivo è mio.

⁶ Nei riferimenti al “mantenimento della Costituzione” si coglie un forte legame con l’antica dottrina politica della “Costituzione mista”, frutto di una lunga elaborazione che partendo da Platone (G. SOLARI, *Il problema della giustizia e dello Stato nell’antichità classica*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 84) e passando per Aristotele (D. VENTURA, *Giustizia e Costituzione in Aristotele*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 231 ss.) e Polibio (J. THORNTON, *La costituzione mista in Polibio*, in *Governo Misto*,

un'efficace e piena risposta ai loro "reclami", rispetto alla quale la professionalità del magistrato è destinata ad affermarsi come indispensabile presidio.

Di questa contrapposizione fra esigenze diverse (destrutturare la magistratura come classe sociale o "stato" ma, nel contempo, applicare efficacemente la legge) è nutrita la storia delle nascenti istituzioni dello Stato borghese.

Nel realizzare quella che i rivoluzionari francesi considerarono "un'altra giustizia"⁷, subito dopo l'adozione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, l'Assemblea Nazionale francese adotta la legge sull'ordinamento giudiziario del 16–24 agosto 1790, basata sul principio della separazione dei poteri⁸, sulla cui scorta si svilupperà il dibattito intorno al testo della Costituzione del 1791⁹ e delle ulteriori Costituzioni del periodo rivoluzionario. Questa legge prevede che i giudici siano ancora istituiti con decreto reale (art. 6), *ma previa elezione*, che abbiano un mandato di sei anni e che siano, eventualmente, rieleggibili (artt. 3 e 4); viceversa le funzioni di pubblico ministero sono svolte da "commissari del re", da questi nominati a vita (art. 8).

La Costituzione del 1791, che manteneva ancora la monarchia nella formula costituzionale, riconosce a pieno l'indipendenza della magistratura, da una parte affermando l'esigenza di scongiurare ingerenze dei poteri legislativo ed esecutivo nell'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁰, dall'altro ponendo un divieto di

Ricostruzione di un'idea, a cura di D. FELICE, Liguori, Napoli, 2011, pp. 79 ss.), giunge alle soglie della modernità. Cfr. P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, n. 1, pp. 3–12. Sulla stessa falsariga v. A. LONGO, *Prime riflessioni su stabilità istituzionale e integrazione sociale*, in *Nomos*, 2021, n. 3. Connesso è il riferimento alla "felicità dei cittadini", nella misura in cui la stabilità dei governi, sempre per il pensiero classico (in particolare per Aristotele), assicura la pace, condizione che permette all'uomo di dedicarsi alla conoscenza e di raggiungere la felicità). Sul collegamento fra costituzione mista e felicità, ma anche fra legge e felicità, in Aristotele ed in Dante Alighieri, sia consentito rinviare a M. GALDI, *Dante tra diritto e letteratura*, Francesco D'Amato Editore, Salerno, 2023, pp. 78, 96, 106, 112, 143.

⁷ R. BADINTER (a cura di), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Fayard, Paris, 1989. Ma v., in particolare, R. BADINTER, *Avant-propos*, *ivi*, p. 7, il quale si riferisce espressamente a "istituzioni giudiziarie interamente nuove, basate sulla sovranità popolare e ispirate alla filosofia illuminista".

⁸ L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée constituante de 1789*, in *Revue d'économie politique*, 1893, VII, pp. 99 ss. e, più di recente, G. VEDEL, *La loi des 16–24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, in *Revue française de droit administratif*, 1990, VI, p. 698.

⁹ Dal quale ancora emerge la contrapposizione fra quanti intendevano continuare a subordinare la giustizia al potere esecutivo e quanti, invece, ne volevano affermare la piena indipendenza. Ricostruisce in modo assai preciso questa discussione P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia*, cit., pp. 21 s.

¹⁰ L'art. 1, Cap. V, Titolo II stabiliva: "Il potere giudiziario non può, in nessun caso, essere esercitato dal Corpo legislativo né dal re". Si prevedeva, tuttavia, all'art. 27, uno specifico potere del Ministro della giustizia: "Il ministro della giustizia denunzierà al tribunale di cassazione tramite il commissario del re, e senza pregiudizio del diritto delle parti interessate, gli atti per cui i giudici avrebbero oltrepassato i limiti del loro potere. Il tribunale li annullerà; e se essi danno luogo alla prevaricazione, il fatto sarà denunziato al Corpo Legislativo che pronunzierà il decreto d'accusa, se vi è luogo, e rinverrà gli imputati davanti all'Alta Corte nazionale".

ingerenza del potere giudiziario negli altri poteri¹¹. In questo documento si affermano molte garanzie del potere giudiziario che ritroviamo nelle odierne Costituzioni: dall'inamovibilità del giudice alla gratuità della funzione giurisdizionale¹², dal principio del "giudice naturale" (già art. 17 l. 16–24 agosto 1790)¹³ all'istituzione di un tribunale di Cassazione, con funzioni di legittimità del tutto analoghe a quelle ancora oggi svolte da questo organo¹⁴, dal doppio grado di giudizio all'assistenza legale, dal *ne bis in idem*¹⁵, ad altri principi già enunciati nella Dichiarazione dell'agosto 1789 e che tuttora informano i moderni ordinamenti (principio di legalità per i reati e le pene, abolizione della tortura e umanità della pena, presunzione d'innocenza, irretroattività della legge penale)¹⁶. Eppure, i giudici, in questo documento, sono ancora, sulla scorta dell'insegnamento di Montesquieu, elettivi (anche se la Costituzione non ne precisa la durata in carica, delegando a precisarla la legge)¹⁷.

Le successive Costituzioni rivoluzionarie, adottate rispettivamente nel 1793 (e mai entrata di fatto in vigore) e nel 1795, conservarono questo impianto: è più scarna la Costituzione del 1793, che dedica alla magistratura complessivamente solo quindici articoli (da 85 a 100), affermando espressamente l'elettività per un

¹¹ Per l'art. 3, del Cap. V, Titolo III: "I tribunali non possono né immischiarsi nell'esercizio del potere legislativo, o sospendere l'esecuzione delle leggi, né interferire sulle funzioni amministrative, o citare davanti a essi gli amministratori per ragioni legate alle loro finzioni".

¹² Per l'art. 2, Cap. V, Titolo III: "La giustizia sarà resa gratuitamente da giudici eletti a tempo determinato dal popolo e istituiti con lettere patenti del Re che non potrà rifiutarle. Essi potranno essere destituiti solo per abusi debitamente giudicati e sospesi solo per un'accusa ammessa. Il pubblico accusatore sarà nominato dal popolo".

¹³ L'art. 4, Cap. V, Titolo III della Costituzione, in particolare, recita: "I cittadini non possono essere distratti dai giudici che la legge loro assegna, da nessuna commissione, né da altra attribuzione e avocazione se non quelle che sono determinate dalle leggi". Sull'evoluzione del principio v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Viella, Roma, 1999, *passim*.

¹⁴ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia*, cit., pp. 26 s.

¹⁵ Per l'art. 9: "In materia criminale, nessun cittadino può essere giudicato se non su un'accusa accolta da giurati, o decretata dal Corpo Legislativo, nei casi nei quali spetta a questo perseguire l'accusa. Ammessa l'accusa, il fatto sarà riconosciuto e dichiarato da giurati. L'accusato avrà la facoltà di rifiutarne sino a venti, senza dare giustificazioni. I giurati, che si pronunzieranno sul fatto, non potranno essere inferiori a dodici. L'applicazione della legge sarà fatta da giudici. L'istruttoria sarà pubblica, e non si potrà rifiutare agli accusati il soccorso di un difensore. Ogni uomo assolto da un giuri legale non può più essere arrestato o accusato per il medesimo fatto".

¹⁶ Un quadro completo delle riforme di quegli anni lo troviamo in E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, Plon – Nourrit et c. Imprimeurs Editeurs, I, Paris, 1901; II, Paris 1913. In particolare, sulla giurisdizione nella Costituzione del 1791 si veda P. ALVAZZI DEL FRATE, *Les principes généraux sur la juridiction dans la Constitution de 1791, Constitution & Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776–1850)*, sous la direction de R. MARTUCCI, *Laboratorio di Storia costituzionale*, Macerata, 1995, pp. 475 ss.

¹⁷ Per l'art. 5, Titolo III: "Il potere giudiziario è delegato a giudici eletti dal popolo".

solo anno dei giudici¹⁸; più articolata la Costituzione del 1775¹⁹, che ancora ribadisce il principio di elettività (ogni due anni per i giudici di pace ed ogni cinque per gli altri magistrati)²⁰.

Il tormentato “periodo del Terrore” fu, tuttavia, caratterizzato soprattutto da due giurisdizioni straordinarie: le Commissioni militari, istituite con Decreto 9 ottobre 1792, che giudicavano gli emigrati; e, soprattutto, i Tribunali rivoluzionari, istituiti con Decreto 9 marzo 1793 e “nominati” dalla Convenzione (dunque non elettivi), che giudicavano in unico grado “cospiratori e controrivoluzionari”. Queste giurisdizioni si protrassero per tutto il periodo napoleonico e divennero, com’è noto, un formidabile strumento di lotta politica, rendendosi responsabili di migliaia di condanne alla pena capitale assunte in modo sommario²¹.

Già queste giurisdizioni parallele superano, dopo meno di un paio di anni dalla legge sull’ordinamento giudiziario del 16–24 agosto 1790, il dogma dell’elettività dei magistrati, a favore del ritorno ad un’investitura politica (non più da parte del Re, evidentemente, ma delle istituzioni rivoluzionarie); dogma, peraltro, che di fatto non aveva mai trovato una concreta o quanto meno consolidata attuazione, se la Costituzione francese del 1791 prevedeva sì l’elezione dei giudici, ma senza precisarne la durata in carica, con la conseguenza che operava la riserva di legge di cui agli artt. 7 ed 8 della stessa Carta²²; se la Costituzione del 1793 ne prevedeva, come si è visto, la rigida durata annuale, ma non era mai entrata in vigore; e se la Costituzione del 1795 si limitava a disporre una durata biennale per i soli

¹⁸ Per l’art. 95: “I giudici di pace e gli arbitri pubblici sono eletti ogni anno”. Per l’art. 97: “I giudici criminali sono eletti ogni anno dalle assemblee elettorali. La stessa regola vale, infine, per il Tribunale di cassazione”. Per l’art. 100: “I membri di questo Tribunale sono nominati ogni anno dalle Assemblee elettorali”.

¹⁹ Si compone di una parte introduttiva, dal Titolo “Disposizioni generali”, ed in quattro sottotitoli specifici, rispettivamente intitolati “Della giustizia civile”, “Della giustizia correzionale e criminale”, “Tribunale di cassazione” e “Alta corte di giustizia”.

²⁰ Per l’art. 209: “Nessun cittadino, se non ha compiuto l’età di trent’anni, può essere eletto giudice di un tribunale di dipartimento, né giudice di pace, né assessore di giudice di pace, né giudice di un tribunale di commercio, né membro del tribunale di cassazione, né giurato, né commissario del Direttorio esecutivo presso i tribunali”. Per un esame più ampio della struttura della Costituzione francese del 1795, comparata con la Costituzione napoletana del 1799, si veda, se si vuole, M. GALDI, *La questione giustizia nelle costituzioni francesi del periodo rivoluzionario e il progetto di Costituzione della Repubblica napoletana del 1799*, in *Il 1799 e la civiltà nel Sud. Riflessioni per nuove prospettive*, Edizioni Riposte, Salerno, 2022, pp. 9 ss.

²¹ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia*, cit., p. 30, secondo il quale questa sorte di “giurisdizione parallela a quella ordinaria” segnò la brusca interruzione del “processo di affermazione dello ‘Stato di diritto’ iniziato nel 1789”.

²² Per l’art. 7: “Vi saranno uno o più giudici di pace nei cantoni e nelle città. Il loro numero sarà fissato dal potere legislativo”. Per l’art. 8: “Spetta al potere legislativo di regolare il numero e le circoscrizioni dei tribunali, e il numero dei giudici che comporranno ogni tribunale”.

giudici di pace, mentre era quinquennale per gli altri magistrati, con la possibilità di rielezione espressamente prevista negli artt. 212, 216 e 259. Ma, soprattutto, già durante gli anni del Direttorio si registra il ritorno *ex lege* alla nomina governativa dei magistrati, sia pure per lo più scelti fra elementi con marcata connotazione professionale²³; così, con la Costituzione frutto del colpo di Stato napoleonico del 13 dicembre 1799, tutti i giudici furono nominati dal Primo console²⁴, svolgendo la funzione a vita (art. 68), ad eccezione di quelli di Cassazione, eletti dal Senato (art. 20), e ancora dei giudici di pace²⁵.

L'opzione per la nomina politica dei magistrati, così, si consolida in Francia con la legislazione del periodo napoleonico (legge del 20 aprile 1810) ed è mutuata dallo Stato sabaudo²⁶, che nell'art. 68 dello Statuto albertino solennemente afferma: "La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce".

A distanza di poco più di un decennio, tuttavia, si registra una significativa evoluzione: in un momento cruciale per le sorti del nascente Regno d'Italia, grazie al *leader* della sinistra storica Umberto Rattazzi, nominato Ministro dell'Interno e, *ad interim*, Ministro per gli Affari Ecclesiastici e di Grazia e Giustizia del Governo Cavour, viene adottato il R.D. 13 novembre 1859, n. 3781, che per la prima volta riunisce in unico testo tutte le disposizioni relative all'ordinamento giudiziario del Regno di Sardegna. Ebbene, questo importante provvedimento, ferma restando l'istituzione regia dei giudici, pone la regola del concorso come una possibile modalità di reclutamento, che si affianca alla tradizionale chiamata diretta allo svolgimento della funzione, sia pure per figure qualificate, introducendo così un criterio di selezione dei magistrati che alla politicità della nomina accosta il merito, accertato, appunto, attraverso pubblico concorso. Si avvia, così, quel graduale consolidamento della regola concorsuale, che fonda la professionalità dei magistrati e che, con gli ulteriori interventi riformatori successivi all'unificazione

²³ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia*, cit., p. 30.

²⁴ Per l'art. 41: "Il Primo console promulga le leggi, nomina e revoca a volontà i membri del Consiglio di Stato, i ministri, gli ambasciatori ed altri agenti in capo all'estero, gli ufficiali dell'esercito di terra e di mare, i membri delle amministrazioni locali e i commissari del Governo presso i tribunali. Egli nomina tutti i giudici criminali e civili diversi dai giudici di pace e dai giudici di cassazione, senza poterli revocare".

²⁵ Per l'art. 60: "Ogni circondario comunale ha uno o più giudici di pace, eletti immediatamente dai cittadini per tre anni".

²⁶ A. MENICONI, *La magistratura*, in *L'Unificazione nazionale*, a cura di G. SABBATUCCI – V. VIOTTO, Roma, Istituto dell'Enciclopedia fondata da Giovanni Treccani, 2011, p. 313, per la quale "Al momento dell'unificazione l'assetto della magistratura del Regno sabaudo era palesemente riconducibile al modello francese, così come scaturito dall'esperienza napoleonica e poi ripreso e adattato, sia pure in modo contraddittorio, durante la Restaurazione".

d'Italia (la Riforma Zanardelli del 1890 e la riforma Rodinò del 1921), diverrà una caratteristica stabile della magistratura italiana. In particolare, il R.D. n. 3781 del 1859, pur ribadendo all'art. 13, conformemente allo Statuto, che "Gli Uditori sono nominati dal Re, e la loro destinazione alle diverse Corti ed ai Tribunali viene fatta per disposizione ministeriale", al successivo art. 14 individua le peculiari condizioni per essere nominati Uditori²⁷: "1° Avere conseguito la laurea in leggi in una Università italiana²⁸; 2° Avere atteso alla pratica forense per due anni presso un Avvocato patrocinante o nell'ufficio di un Avvocato dei Poveri; 3° Aver subito con approvazione un apposito esame". E, all'art. 15, precisa le modalità di svolgimento del concorso: "Quest'esame ha luogo a voce ed in iscritto, nei modi determinati dai regolamenti, dinanzi a Giunte speciali formate annualmente per Decreto Ministeriale nelle città dove hanno sede Corti d'Appello". Tuttavia, non veniva meno la possibilità della chiamata diretta alla funzione per determinate categorie di cittadini: "laureati in legge che abbiano i requisiti necessari per essere ammessi al patrocinio, ed i Notai esercenti da tre anni" potevano essere nominati "Vice-Giudici di Mandamento o di Polizia" (art. 22); gli "avvocati patrocinanti, dopo sei anni d'esercizio effettivo avanti i Tribunali o le Corti" nonché i "Vice-Giudici laureati in legge, dopo sei anni di funzioni" potevano essere nominati "Giudici di Mandamento o di Polizia", oltre ovviamente agli Uditori, dopo un uditorato di tre anni (art. 21); l'"Avvocato patrocinante per anni otto", oltre a chi fosse stato "Uditore per anni cinque, o Giudice di Mandamento o di Polizia per anni due"²⁹ poteva aspirare ad essere nominato "Giudice in un Tribunale di Circondario" (art. 27); essere "Avvocato patrocinante o Professore ufficiale di leggi in una delle Università dello Stato per anni dodici", oltre ad "essere stato Giudice d'un Tribunale di Circondario per anni otto" era necessario per essere nominato Consigliere di Corte d'Appello (art. 35); infine, essere "Professore di leggi in una delle Università dello Stato od Avvocato patrocinante avanti le Corti per anni quindici" costituiva, accanto allo *status* di "membro di una Corte d'Appello, o Presidente di un Tribunale di Circondario per anni dieci", la condizione "per poter essere nominato Presidente o Consigliere nella Corte di Cassazione" (art. 92).

²⁷ Il precedente art. 5, infatti, identificava le condizioni generali "per essere ammesso alle cariche ed agli uffici giudiziari", e cioè "1° Essere cittadino dello Stato; 2° Avere l'esercizio dei diritti civili".

²⁸ Significativo questo riferimento alle Università italiane, se si considera che nel luglio del 1859 si era conclusa la seconda guerra di indipendenza italiana, che aveva portato all'annessione della Lombardia da parte del Regno di Sardegna e Piemonte; ma che ancora incerta era la strada per la proclamazione del Regno d'Italia, che si avrà il 17 marzo 1861.

²⁹ Ovviamente si poteva accedere a quest'ultima carica anche per nomina diretta e quindi progredire nella carriera sempre per nomina.

Il doppio canale di reclutamento, appena descritto, viene di fatto confermato, dopo l'unificazione, con il R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626³⁰, anche se, fino a tutto il 1890, l'inserimento diretto nel ruolo costituirà la principale strada per l'assunzione in servizio dei magistrati³¹.

La vera svolta, però, si registra con la c.d. "legge Zanardelli", l. 30 marzo 1890, n. 6702, con la quale si rende più difficile l'accesso alla magistratura al di fuori del canale concorsuale³², intervenendo, nel contempo, sulla complessiva riduzione dell'organico³³, con la conseguenza che il reclutamento parallelo e per "chiamata diretta" diviene di fatto solo ad un'eccezione per nomine «eccellenti»³⁴. In

³⁰ Esso, infatti, all'art. 18, prevede che "Per essere nominato uditore è necessario: 1° Aver conseguito la laurea in legge in una università italiana; 2° Aver vinto la prova di un concorso". Il successivo art. 22 prevede, poi, che "L'uditore deve sottoporsi ad un esame pratico non prima di un anno, se aspira alla carica di pretore, non prima di tre se a quella di aggiunto giudiziario". Tuttavia, accanto al reclutamento per concorso, rimane la previsione della chiamata diretta nella magistratura. Così, ad esempio, nell'art. 50 del R.D. n. 2626/1865 si prevede che "Per essere giudice di un tribunale civile e correzionale si richiede l'età non minore di anni venticinque" e si aggiunge: "Possono essere nominati giudici dei tribunali civili e correzionali: 1° I sostituti procuratori del Re ed i pretori, dopo un anno di esercizio; 2° Gli aggiunti giudiziari, dopo due anni di servizio; 3° I laureati in legge, dopo sette anni di esercizio effettivo dell'avvocatura o dopo dieci anni di esercizio della professione di procuratore avanti le corti ed i tribunali. Per essere nominato vicepresidente è necessario essere stato giudice di un tribunale civile o correzionale per almeno un anno". Parimenti, contempla la possibilità della nomina senza concorso, addirittura per il presidente di tribunale, il successivo art. 51, per il quale "Per essere nominato presidente di tribunale civile e correzionale è necessario avere l'età di anni trenta ed essere stato giudice di tribunale e sostituto procuratore del Re per anni sei, o vice-presidente per anni due, ovvero per anni dieci avvocato esercente avanti alle corti o per egual tempo professore di leggi in una Università dello Stato, salvo il disposto dell'art. 137 della presente legge".

³¹ P. SARACENO, *Il reclutamento dei magistrati italiani dall'unità al 1890*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. MAZZACANE – C. VANO, Jovene, Napoli, 1994, pp. 555 ss.

³² Nella relazione al sovrano per il successivo R.D. 14 dicembre 1921, n. 1978, il Guardasigilli Rodinò, così riassume le scelte di Zanardelli, rispetto al quale dichiarava di porsi in linea di continuità: "Del resto ho informate queste disposizioni ai principi della riforma fatta nel 1890 da Giuseppe Zanardelli, che stabilì l'ingresso nella magistratura unicamente in base all'esame e per la via dell'uditorato, vietando le nomine a pretore degli avvocati, dei vice pretori e dei notari, consentite dall'ordinamento giudiziario del 1865, e che agli avvocati e professori di diritto aperse la via delle Corti in misura limitata, e quella del tribunale, previo però un rigoroso esame di concorso di merito distinto, al quale solo pochissimi eletti nei parecchi anni si presentarono". Cfr. Relazione pubblicata in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, lunedì 16 gennaio 1922, n. 12, p. 74. Ma v. anche A.A. CASATI, *Giuseppe Zanardelli e la riforma dell'ordinamento giudiziario (1890). Linee per un'indagine d'archivio. La "scabrosa materia" della soppressione delle sedi giudiziarie*, in *Italian Review of Legal History*, 2017, n. 2.

³³ La legge 30 marzo 1890, n. 6702 ridusse di un terzo il numero delle preture e riordinò le circoscrizioni giudiziarie, delegando il governo a stabilire con decreto i nuovi ruoli organici di Preture, Tribunali e Corti d'Appello. Con le risorse economiche ricavate da questa riorganizzazione, la legge dispose il graduale aumento degli stipendi dei magistrati ed il lento riassorbimento di quelli sovranumerari. Analizza il dibattito che precede la riforma Zanardelli, anche con riferimento alla letteratura francese, C. DANUSSO, *Il reclutamento dei magistrati nel dibattito del tardo Ottocento*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 2011, n. 84, pp. 151 ss.

³⁴ Si ricorda che ancora oggi, nell'ordinamento italiano, l'art. 106, comma 3, Cost. prevede la nomina di professori universitari e di avvocati all'ufficio di Consigliere di Cassazione, per le cui

continuità con questa legge, quanto al reclutamento, si pose anche il R.D. 14 dicembre 1921, n. 1978³⁵, adottato a coronamento di una serie di significative innovazioni introdotte a cavallo fra il XIX e il XX secolo: dall'istituzione del Consiglio superiore della magistratura, composto da magistrati, giudicanti e requirenti, di grado elevato e con funzioni consultive, operata dalla "prima legge Orlando" (l. 14 luglio 1907, n. 511), alla fissazione di una serie di guarentigie della magistratura, stabilite dalla "seconda legge Orlando" (l. 24 luglio 1908, n. 438). Il c.d. "decreto Rodinò" del 1921, oltre a ribadire l'opzione concorsuale, estendeva l'inamovibilità anche ai gradi più bassi della magistratura (i pretori) e sanciva l'elettività di secondo grado del Consiglio superiore della Magistratura³⁶: cosicché non a torto è stato definito in dottrina il "canto del cigno", prima dell'avvento del fascismo³⁷.

La dipendenza dall'Esecutivo si intensifica nel ventennio fascista, che pratica non poche epurazioni di magistrati non graditi al regime³⁸ e favorisce la promozione ai gradi superiori di giudici compiacenti, anche grazie ad un ritorno, nel 1923, alla nomina politica del CSM³⁹. È, tuttavia, controverso se il fascismo

modalità si rinvia alla l. 5 agosto 1998, n. 303 ed alla relativa circolare del CSM (Circolare n. 3499 del 18 febbraio 1999).

³⁵ L'art. 20 di questo Decreto prevede che "Per essere nominati uditori è necessario: a) avere i requisiti menzionati nell'art. 10; b) avere compiuto i ventuno e non ancora i trenta anni di età; c) aver conseguito la laurea in giurisprudenza in una Università del Regno; d) aver superato la prova di un concorso per esame. Occorre inoltre che dalle informazioni ufficiali il candidato risulti di moralità e condotta assolutamente incensurata".

³⁶ Scopo di questo criterio indiretto di elezione dei membri del CSM è chiarito nella relazione al sovrano resa dal Guardasigilli Rodinò: "Per altro ho creduto proporre che la elezione sia non diretta, ma di secondo grado, nel senso che tutti i magistrati, esclusi gli uditori, in ogni distretto di Corte, o di sezione di Corte di appello nominino quelli che debbono eleggere i membri del Consiglio superiore allo scopo di evitare rapporti elettorali diretti fra i magistrati e i membri su menzionati, i quali debbono dare il parere su certi fatti che interessano la carriera degli stessi magistrati". Cfr. *Relazione*, cit., p. 77.

³⁷ G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Diritto Pubblico*, 2003, n. 2, p. 330.

³⁸ E. PACIOTTI, *Breve storia della magistratura italiana, ad uso di chi non sa o non ricorda*, in *www.questionegiustizia.it* del 7 marzo 2018, la quale ricorda che furono "collocati a riposo magistrati di fede democratica, come lo stesso presidente della Cassazione Ludovico Mortara. Nel 1925 l'Agmi si sciolse, prima di venire soppressa dalla legge del 1926 che vietava agli impiegati pubblici l'adesione a qualsiasi sindacato. I dirigenti dell'Associazione furono prima trasferiti in sedi disagiate poi epurati".

³⁹ La riforma del 1923 "ricostituì in pieno la struttura gerarchica dell'ordine giudiziario e pose le premesse per la 'fascistizzazione' della magistratura italiana" a giudizio di G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, cit., p. 330. Analizza i condizionamenti del fascismo sulla magistratura P. IASUOZZO, *Considerazioni su politica e magistratura nella transizione dall'esperienza liberale a quella fascista*, in *Nomos*, 2022, n. 3, p. 9, per il quale "la classificazione per la promozione in Cassazione è trasferita dal Csm in capo ad una commissione ministeriale; la discrezionalità del guardasigilli per le nomine degli uffici direttivi delle Corti d'appello e della Cassazione viene ampliata ulteriormente; i presidenti di Corte d'appello da ora in poi nominano i componenti dei consigli giudiziari, sostituendo l'elezione diretta da parte delle assemblee generali dei magistrati. A ciò va aggiunta la soppressione dell'inamovibilità per i pretori e la possibilità di decretare un trasferimento di sede «per qualsiasi motivo», e non più per motivi predefiniti".

riesca effettivamente ad incidere sull'ormai acquisita indipendenza della magistratura italiana (ovviamente ci si riferisce alla giudicante, in quanto la referente è ancora strettamente dipendente dal Governo e per essa dal Ministro della giustizia)⁴⁰. Fatto sta che, come nella Francia rivoluzionaria, il fascismo sceglie di istituire magistrature parallele e speciali per perseguire i reati "politici"⁴¹, non affidandosi alla magistratura ordinaria. E, in ogni caso, per quanto ci interessa, sia con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786⁴² che con la più ampia disciplina dell'ordinamento giudiziario adottata nel '41, il regime non fa marcia indietro rispetto all'ormai consolidata regola del concorso per l'accesso alla magistratura⁴³.

Com'è noto, il R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 è tutt'ora sostanzialmente in vigore, nonostante la VII Disposizione transitoria e finale ne auspicasse la riforma "in conformità con la Costituzione". Si tratta di una di quelle norme costituzionali che ancora attendono piena attuazione, se si considera che a settantacinque anni dall'entrata in vigore della Carta repubblicana, le uniche significative modifiche del R.D. 30 gennaio 1941 n. 12 sono state, come si dirà, quelle apportate dal R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511, nonché quelle degli anni 1966/1973 (sulla progressione della carriera per anzianità)⁴⁴, del 2005/2007 (la riforma

⁴⁰ Esclude questo condizionamento P. BORGNA, *La magistratura resistente*, Relazione tenuta al corso di Storia della magistratura, Roma, 10, 11 e 12 giugno 2019, Corte di cassazione, in www.questionegiustizia.it dell'11 luglio 2019, la quale, fra l'altro, ricorda la valutazione di Calamandrei, secondo cui, nei vent'anni del regime, «la *trahison des clercs* ha avuto dai giudici minor contributo che da ogni altra categoria di intellettuali». Di diverso avviso è G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, cit., pp. 331 ss., a cui giudizio, "la magistratura italiana era sempre più permeata di 'spirito fascista', che penetrava nell'attività giurisdizionale spesso in sostituzione del diritto positivo". L'A. fa il caso di due decisioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 1928 (in cui si riconosce alla Carta del lavoro fascista il compito di fissare "principi generali superiori alla legge") e del 1938 (per la quale l'interpretazione della legge data dal Capo del Governo sarebbe 'autentica', in virtù della posizione del Capo del Governo Fascista). Conf. G. FOCARDI, *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto. 1920-1945*, Marsilio, 2012, che, con una penetrante analisi, dimostra la "manipolazione della macchina della giustizia" operata dal fascismo.

⁴¹ Con la l. 25 novembre 1926, n. 2008 il regime istituisce il *Tribunale per la difesa dello Stato* e con la l. 13 luglio 1939, n. 1024, il cd. *Tribunale della razza*, di fatto una Commissione nominata dal Ministro per l'Interno.

⁴² Il "Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura", all'art. 102, prescriveva: "Per essere nominato uditore, oltre le condizioni generali prescritte nell'art. 10, è necessario aver vinto la prova di un concorso per esame".

⁴³ Si veda al riguardo la "Relazione del Ministro Guardasigilli al testo dell'Ordinamento giudiziario", in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 28 bis del 4 febbraio 1941, p. VIII, § 20, dove si legge: "Comuni a tutti i magistrati sono non solo, come ho accennato, il concorso per l'ammissione alla Magistratura meglio organizzato nelle prove di esame, ma altresì il periodo biennale di uditorato retribuito con congrua indennità, come è giusto ed opportuno, e l'esame pratico per conseguire il grado, da me ripristinato, di Aggiunto Giudiziario, che inizia l'effettivo esercizio delle funzioni giudiziarie del magistrato con la qualità di Pretore aggiunto, di Giudice aggiunto o di Sostituto Procuratore del Re Imperatore aggiunto".

⁴⁴ Le cd. "legge Breganze" e "Breganzone", su cui v., *infra*, il § 3.

Castelli–Mastella)⁴⁵ e, da ultimo, la “riforma Cartabia”⁴⁶, che tuttavia, ad oggi, non hanno ancora prodotto un testo coordinato che sostituisca il R.D. del ’41⁴⁷.

In sostanza, quindi, la parabola della magistratura, che si può disegnare sulla scorta della descritta evoluzione, vede come punto di partenza, nell’*ANCIEN RÉGIME*, la designazione regia, cui si affianca l’ereditarietà e la venalità delle cariche, che determina lo strutturarsi di una vera e propria classe sociale, depositaria della funzione giudiziaria; con la Rivoluzione francese, che persegue sistematicamente l’abbattimento dell’organizzazione sociale ereditata dal medioevo, basata sulle classi (o “stati”), si introduce inizialmente il criterio elettivo per l’individuazione dei giudici (riprendendo l’esperienza dell’Atene antica); detto criterio, di fatto, è però presto superato (fin dagli anni del “Terrore”) a vantaggio del ritorno alla designazione politica, tendenzialmente, ma non necessariamente, a favore di personale tecnicamente qualificato; l’introduzione del concorso, prima come regola concorrente, poi come modalità pressoché esclusiva di accesso alla carriera, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, connota a tutti gli effetti la magistratura come “ordine” caratterizzato da spiccata professionalità, cui, tuttavia, non si affianca la necessaria appartenenza alla medesima classe sociale.

2. La Costituzione italiana eredita, dunque, un sistema basato sulla professionalità del magistrato, che riafferma con forza quale cardine dell’ordinamento giudiziario nell’art. 106: “Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso”.

Questa disposizione, invero, riassume in sé tutto il percorso compiuto dalla magistratura, fin dalla rivoluzione borghese, allorché consente, nei commi successivi, che la legge ammetta “la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”⁴⁸; nonché permette che siano “chiamati

⁴⁵ In particolare, la l. 25 luglio 2005, n. 150 e la l. 30 luglio 2007, n. 111.

⁴⁶ In particolare, la l. 17 giugno 2022, n. 71.

⁴⁷ La legge n. 150/2005, all’art. 2, comma 19, delegava il governo all’adozione di un testo unico, ma la delega è rimasta inattuata. Così, un testo unico è previsto dalla riforma Cartabia, anche con potere di riorganizzare complessivamente la materia (art. 1, comma 4, entro 3 anni dalla scadenza delle deleghe).

⁴⁸ Sull’attuale disciplina della magistratura onoraria v. F. DAL CANTO, *Il magistrato onorario a sei anni dalla riforma Orlando: statuto costituzionale, attuazione legislativa ed etica delle funzioni*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 2, pp. 84 ss.; V. CIACCIO, *La riforma (incompiuta) della magistratura onoraria tra esigenze “del sistema” ed esigenze “della categoria”*, in *Oss.cost.*, 2021, n. 3, pp. 114 ss.; R. CALVANO, *Giudici onorari tra art. 106 Cost., diritto Ue ed eccezionalità perpetua*, in *Giur.cost.*, 2021, n. 2, pp. 546 ss.; P. SERRAO D’AQUINO, *Il governo autonomo della magistratura a sessant’anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195) (parte seconda) – XVIII. L’evoluzione ordinamentale della magistratura onoraria e il ruolo del Csm*, in *Foro It.*, 2019, n. 2, 5, pp. 104 ss.

all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori", ipotesi costituenti il retaggio di quelle che un tempo furono, rispettivamente, l'elettività del magistrato teorizzata da Montesquieu e la nomina regia. In ogni caso, il *dominus* di queste forme di limitata cooptazione, in deroga alla regola del concorso, che non a caso si permettono solo alla base (magistratura onoraria) e al vertice (consiglieri di Cassazione) del sistema giudiziario, non è più il monarca o il governo ma il Consiglio Superiore della Magistratura, della cui centralità nel sistema costituzionale si dirà di qui a breve e che, in ogni caso, è tenuto a svolgere, anche in questo caso, una valutazione di professionalità⁴⁹.

La regola cardine per la nomina dei magistrati rimane, tuttavia, il concorso, che l'Assemblea costituente, nella seduta antimeridiana di mercoledì 26 novembre 1947, consacra senza alcuna specifica discussione, come un dato oramai acquisito alla tradizione giuridica italiana⁵⁰.

Non è solo questa disposizione, tuttavia, a fondare l'opzione tecnocratica che il nuovo ordinamento repubblicano compie riguardo alla magistratura. Senza indugiare su una rilettura complessiva del titolo che la Costituzione le dedica⁵¹, infatti, basti, a completamento del ragionamento avviato, riflettere in particolare

⁴⁹ Anche la nomina governativa di un quarto dei Consiglieri di Stato si è allineata a questa logica: l'art. 19, comma 1, n. 2), della l. 27 aprile 1982, n. 186, infatti, prevede che la nomina possa essere conferita "a professori universitari ordinari di materie giuridiche o ad avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, o a dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche nonché a magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d'appello o equiparata. La nomina ha luogo con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri, previo parere del consiglio di presidenza (...), contenente valutazioni di piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere".

A sua volta il parere del Consiglio di Presidenza è espresso a maggioranza dei suoi componenti, su proposta di una commissione formata da Consiglieri di Stato e Magistrati dei Tribunali Amministrativi Regionali. Da ultimo riflette sul tema P. TANDA, *Profili istituzionali, processuali e comparatistici dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2020, n. 3, pp. 697 ss. Ma v. anche L. PACCIONE, *Sulla nomina governativa dei consiglieri di Stato*, in *Riv.trim.dir.publ.*, 1994, n. 4, pp. 1095 ss.

⁵⁰ Atti Assemblea costituente, 26 novembre 1947, pp. 2493 ss., specie p. 2507.

⁵¹ Basti, in questa sede sottolineare come la Costituzione nel Titolo IV della sua seconda parte di fatto recepisca i principi affermati dalla rivoluzione borghese a presidio dell'indipendenza dei giudici dagli altri poteri. Così, ad esempio, dopo l'affermazione per cui spetta ai magistrati ordinari l'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 102), la Costituzione pone il conseguente divieto di istituire giudici speciali, riprendendo analoga regola dello Statuto albertino (art. 71), nonché le deroghe al riferito divieto, previste nell'art. 103 Cost. In generale, riflette sulla disciplina costituzionale dettata in tema di magistratura N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019 e L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole prassi*, Napoli, 2021.

sull'art. 104 Cost., in cui si affronta il nodo essenziale della posizione della magistratura nel sistema, definendola "un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere".

Oltre a riaffermare il dogma della separazione dei poteri, infatti, questa disposizione ha l'ulteriore funzione di configurare la magistratura come un "ordine", in ciò riprendendo l'espressione della rubrica dedicata dallo Statuto albertino («Dell'ordine giudiziario»).

In vero, la formula statutaria, che evitava "intenzionalmente l'uso del termine «potere», utilizzato invece per il «legislativo» e l'«esecutivo»"⁵², aveva già dato adito a controverse interpretazioni⁵³; e, tuttavia, non doveva significare altro che la tralattizia riproposizione della concezione tradizionale della magistratura come classe sociale, ereditata dall'*Ancien Régime* (e guardata, come si è detto, con diffidenza da Montesquieu)⁵⁴: l'ordine (o "stato") costituiva, infatti, una nozione a forte connotazione giuridica, identificando un gruppo di persone cui si riservava un peculiare regime, fatto per lo più di privilegi (godevano di esenzioni fiscali, erano giudicati da tribunali socialmente omogenei, potevano accedere a particolari cariche militari o pubbliche, ecc.). L'espressione, di chiare origini latine (basti riflettere sull'uso che si faceva, ad esempio, della locuzione «ordine senatorio»⁵⁵ e che continua a farsi nel diritto canonico per quella «ordine equestre»⁵⁶), ha mantenuto immutato il significato in età medioevale, dove però designava anche le c.d.

⁵² A. MENICONI, *La magistratura*, cit., 314.

⁵³ Secondo un'opinione diffusa, l'espressione presupporrebbe una "visione del potere giudiziario come una branca di quello esecutivo, conformemente all'idea dominante durante la Restaurazione"; per altri, nella misura in cui lo Statuto si ispirava chiaramente al modello francese, "era evidente che fosse pienamente riconosciuta l'autonomia e l'indipendenza giudiziaria". Cfr. *Ibidem*.

⁵⁴ Non va dimenticato, infatti, che lo Statuto Albertino non fu il frutto di un dibattito parlamentare, come tale potenzialmente ispirato dalle nuove idee emergenti dal corpo sociale, ma fu ottriato, ovvero elargito ai sudditi con un atto unilaterale, espressione della sola volontà del sovrano. In questo senso, ritiene che l'art. 68 fosse una norma che volesse "mettere l'ultimo chiodo sulla bara delle giurisdizioni feudali" P. SARACENO, *Storia della magistratura italiana. Le origini: la magistratura del Regno di Sardegna*, Roma, Università La Sapienza, Scuola speciale per archivisti e bibliotecari, 1993, p. 65. Invece, che negli articoli che lo Statuto Albertino dedica alla magistratura "si rivelano tutti i caratteri del faticoso processo di transizione da una magistratura di *Ancien Régime*, caratterizzata da ampia discrezionalità e forte contiguità con la monarchia, a una magistratura dei codici e della costituzione, dotata di alcune garanzie necessarie a tutelare il rispetto della legge e, attraverso di essa, della volontà parlamentare" è sostenuto da F. VENTURINI, *La magistratura sabauda di fronte allo statuto albertino: equilibrio tra i poteri o primato della politica?*, in *Le Carte e la Storia*, 2012, n. 1, p. 9. Lo stesso A. sottolinea come l'alta magistratura piemontese ebbe un ruolo decisivo nella stessa stesura dello Statuto (in particolare Giacinto Borelli) ed essa "era rappresentata da uomini molto diversi tra di loro per esperienza e per mentalità anche se accomunati da una fedele adesione alla monarchia e dall'appartenenza a un ceto professionale dove le idee liberali penetravano con difficoltà". *Idem*, p. 11.

⁵⁵ BENGT MALCUS, *Senato e ordine senatorio nel tardo impero*, in *Index*, 1971, pp. 219 ss.

⁵⁶ M. DELGADO GALINDO, *Ordini equestri e diritto canonico: annotazioni per un inquadramento giuridico*, in *Ius Ecclesiae*, 2021, n. 1, pp. 307 ss.

«arti», cioè le corporazioni di artigiani, mercanti, notai, medici e speciali, ecc., che ancora individuavano gruppi qualificati di persone, per lo più accomunate dalla stessa professione⁵⁷; e così, la ritroviamo, appunto, nell'*Ancien Régime*, costituendo la divisione in “ordini” o “stati” proprio quel modello sociale che i rivoluzionari francesi vollero abbattere (a partire dall’organizzazione della politica, che ancora si ritrova nella Francia di Luigi XVI, basata sui c.d. “tre stati”)⁵⁸.

Cosicché, si deve ritenere che l’utilizzo dell’espressione “ordine giudiziario” nello Statuto albertino costituisse, appunto, il retaggio di questo modo di intendere gli “ordini”: gli appartenenti all’ordine giudiziario erano “istituiti” dal Re, ex art. 68 dello Statuto, e godevano di particolari guarentigie, a partire dall’inamovibilità, disposta dopo tre anni di esercizio della funzione dall’art. 69 dello Statuto stesso⁵⁹.

Ovviamente, il termine già doveva risultare di difficile comprensione e fonte di equivoci, se lo Statuto albertino faceva ormai propri, in altre disposizioni, i

⁵⁷ T. DURANTI, *Confidentiam tamen de medico debet precedere. La fiducia verso i medici fra pieno medioevo e prima età moderna*, in M. MALATESTA, a cura di, *L'invenzione della fiducia*, Viella Libreria editrice, Roma, 2021, p. 76, per il quale gli studi sulle professioni hanno evidenziato la “connotazione corporativa, di frequente sottolineandone la declinazione negativa di difesa del privilegio, di chiusura in casta (...). Ma questo dato di fatto non esclude un'altra caratteristica: che, almeno teoricamente, le forme di professionalizzazione tentassero – al di là dei risultati ottenuti – di operare strategie volte anche alla selezione di professionisti qualificati e in grado di offrire un miglior servizio all'utente”. Sul tema, dello stesso Autore, v. *Il collegio dei dottori di medicina di Bologna: università, professioni e ruolo sociale in un organismo oligarchico alla fine del medioevo*, in *Annali di storia delle Università italiane*, 2017, XXI, pp. 151 ss.

⁵⁸ Si può notare, *per incidens*, che l’espressione *status* continua ad assumere, nei moderni ordinamenti, il significato di insieme di diritti e doveri facenti capo ad un soggetto in quanto parte di una specifica comunità, evidente retaggio dell’antico concetto di «stato» o «ordine». Per usi recenti del termine v., ad esempio, F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di Bio-Diritto*, 2023, n. 1, pp. 217 ss.; A. BARBAZZA, *“Status” di genitore giudizialmente dichiarato e oneri di mantenimento regressi: natura giuridica, criteri di quantificazione dell’importo e rivalutazione*, in *Jus civile*, 2023, n. 1, pp. 200 ss.; M. CASTIGLIONE, *Oltre l'hazard paradigm: la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e il fondato timore di essere perseguitato a seguito dei cambiamenti climatici, disastri naturali e degradazione ambientale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2023, n. 1, pp. 73 ss.; M. OROFINO, *L'aumento delle indennità per i Sindaci: un primo passo in attesa del necessario riordino dello “status” degli amministratori locali*, in *Federalismi*, 2022, n. 17, pp. 47 ss.; G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'“Institut de droit international” su “Human Rights and Private International Law”: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, n. 3, pp. 531 ss.; A. CASSATELLA, *Situazioni giuridiche soggettive e “status” militare*, in *Diritto costituzionale*, 2022, n. 1, pp. 95 ss.

⁵⁹ Non a caso, affermava che l’inamovibilità dovesse essere un privilegio che appartenesse già ai membri dei Senati dell'*Ancien Régime*, poiché “prima ancora che si istituissero le franchigie costituzionali, v’era una franchigia insita, una franchigia riconosciuta per prudenza, mantenuta con saviezza dei nostri Re e dei ministri di questo Stato, ed era, che i magistrati, se non di diritto, si riconoscevano almeno di fatto per inamovibili” F. SCLOPIS, A.P. Senato, *Discussioni*, 14 maggio 1851, p. 630. Nello stesso senso C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, Torino, Roux e Favale, 1881, v. 2, p. 15.

principi della rivoluzione borghese, a partire dall'affermazione dell'uguaglianza formale⁶⁰, che evidentemente presuppone proprio l'abbattimento di quei privilegi che avevano caratterizzato l'antico modello di società, basato sugli ordini⁶¹.

In ogni caso, appare incontrovertibile che adesso non sia più possibile attribuire all'ordine giudiziario il significato di "classe sociale", se non altro nella misura in cui la regola del concorso, costituzionalmente prevista per l'accesso alla carriera, esclude per definizione l'ereditarietà dell'appartenenza alla classe. Occorre, quindi, individuare un diverso significato dell'espressione, che qualifica i magistrati nell'art. 104 Cost.

In realtà, essa dovette presto indicare, già sotto il vigore dello Statuto albertino, un gruppo di persone esercenti la medesima professione, con un mutamento semantico che ha visto prevalere l'accezione tipicamente medioevale del termine: i magistrati dovevano possedere un determinato titolo di studio (la laurea in "legge"); specie dopo la riforma Zanardelli, la regola per l'accesso all'ordine giudiziario fu il superamento di un concorso e lo svolgimento di un tirocinio (uditorato), tipici presupposti per l'esercizio di una professione. Insomma, l'espressione "ordine giudiziario" dovette indicare ben presto qualcosa di non troppo diverso dagli "ordini" previsti per altre professioni, come ad esempio quello degli avvocati⁶² o degli agronomi⁶³, ecc., per lo più avendo la stessa vocazione di regolare, tutelare e disciplinare l'esercizio della professione⁶⁴.

Di fatto, questa connotazione si è andata ulteriormente precisando con la previsione costituzionale che il CSM, inizialmente istituito quale organo

⁶⁰ L'art. 24 dello Statuto, ad apertura della parte rubricata "Dei diritti e dei doveri dei cittadini", espressamente disponeva: "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi".

⁶¹ Eppure, il processo di superamento della concezione della magistratura come "corpo sociale" fu graduale. Determinante furono in questo senso le disposizioni dell'ordinamento giudiziario che Rattazzi fece approvare nel 1859, in cui si prevedono una serie di "disposizioni minori" miranti "a indebolire la magistratura come "corpo". In questo senso F. VENTURINI, *La magistratura sabauda*, cit., p. 19.

⁶² L'Ordine nazionale forense, quale federazione degli ordini degli avvocati, ai sensi del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito nella l. 22 gennaio 1934, n. 36, ora modificato con l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁶³ Consiglio dell'Ordine nazionale dei dottori agronomi e dottori forestali, ai sensi del R.D. n. 2248/1929, e della l. 7 gennaio 1976, n. 3, così come modificata e integrata dalla l. 10 febbraio 1992, n. 152.

⁶⁴ Sottolinea il rilievo dell'espressione di cui all'art. 104 Cost. "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Oss.cost.*, 2020, n. 1, p. 3: "una delle formule della Carta più precise e felici, che delinea un potere, che proprio in quanto anche "ordine" – non "corpo" separato, titolare di interessi particolari – gode della garanzia costituzionale, con l'avvertenza però che "estraneità all'intermediazione politica, imparzialità e indipendenza (...) stanno e cadono assieme, sicché se la prima fosse negata e la seconda non fosse praticata, la terza non potrebbe più essere pretesa".

consultivo del Ministero della giustizia⁶⁵, fosse in larga misura eletto dagli stessi magistrati (art. 104, comma 4, Cost.) e si occupasse anche dei procedimenti disciplinari (art. 105 Cost.), l'elettività dell'organo di autogoverno e l'espletamento della funzione disciplinare andando ancora di più a connotare la magistratura come un ordine professionale.

Si trattava e si tratta, è evidente, di una professione *sui generis*, molto peculiare, in quanto direttamente partecipe dell'essenza stessa della sovranità statale; che, non a caso, la Corte costituzionale avrebbe definito, fin dalle prime ordinanze del 1975 con cui ammetteva gli organi giudiziari a sollevare conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, un "potere diffuso", idoneo quindi all'esercizio di attribuzioni costituzionalmente sancite⁶⁶.

Proprio la rilevanza costituzionale della funzione giustifica in Costituzione il riconoscimento di una forma limitata di autogoverno⁶⁷, a garanzia sì dell'indipendenza della magistratura ma anche del rilievo pubblico dell'attività dalla stessa svolta, lì dove prevede che il CSM, configurato nell'art. 105 Cost. come l'organo di garanzia istituzionale della professionalità dei magistrati⁶⁸, sia composto "per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie", nonché dal Presidente e dal Procuratore generale della Corte di Cassazione, ma che ne facciano parte anche, per un terzo, i c.d. "componenti laici", cioè "professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di

⁶⁵ Si veda l'art. 34 della l. 14 giugno 1907, n. 511, che lo istituì presso il Ministero della giustizia come organo consultivo per le nomine di alcune cariche nell'ambito della magistratura.

⁶⁶ Si vedano le ordinanze nn. 228 e 229 dell'8 luglio 1975 e, in dottrina, A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, n. 2, pp. 246 ss.; N. ZANON, *Giudici, legislatore e "volontà parlamentare" di fronte alla Corte costituzionale. In tema di conflitti di attribuzione tra poteri in via incidentale*, in *Giur.cost.*, 1992, n. 4, pp. 3286 ss.

⁶⁷ Contesta l'utilizzo dell'espressione "autogoverno", considerando il CSM piuttosto un organo "di garanzia", G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, cit., p. 336. Sulla stessa linea v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 505 e P.A. CAPOTOSTI, *Il ruolo del giudice nella Costituzione, alla luce del pensiero di Vittorio Bachelet*, in *Nomos*, 2008, p. 112. Critica l'espressione anche M.A. CABIDDU, *Autonomia e indipendenza della magistratura*, in *Consulta online*, 2022, III, p. 1219 e soprattutto p. 1224. Ma in realtà, se il CSM è composto per oltre due terzi da giudici (2/3 eletti e 2 di diritto) e solo per un terzo da membri laici (1/3 eletti dal Parlamento in seduta comune e il Presidente della Repubblica), assolutamente preponderante è la componente togata, per cui non sembra così fuori luogo conservare la diffusa definizione di "organo di autogoverno della magistratura", cui si deve, però, aggiungere l'aggettivo "limitato", proprio in virtù della presenza, nella composizione dell'organo, della componente "laica". Quindi pare corretto parlarne come "organo di autogoverno limitato della magistratura", piuttosto, come pure si è proposto, di "organo di governo autonomo della magistratura" (N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 36, che pure sottolinea il ruolo qualificante delle "presenze esterne alla magistratura"), anche perché non è facile cogliere una differenza di significato fra "autogoverno" e "governo autonomo".

⁶⁸ Spettano, com'è noto, al Consiglio Superiore della Magistratura, in base all'art. 105 Cost., le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari: appunto, tutti gli aspetti della vita "professionale" dei magistrati.

esercizio”, eletti dal Parlamento in seduta comune, nonché che sia presieduto dal Presidente della Repubblica. Si tratta di una scelta non casuale, espressione di una mediazione, che se da una parte di fatto conferma per la magistratura la natura di “ordine”, cui spetta il limitato governo autonomo della professione, dall’altra integra la composizione del CSM con membri “laici”, tratti dalla società civile, quella parte più qualificata e competente di società fatta di affermati avvocati e professori universitari ordinari di materie giuridiche, capaci di interloquire con i magistrati ed evitare che la magistratura stessa diventi una “casta” autoreferenziale e del tutto avulsa dalla società che è chiamata a giudicare. Si deve alla Corte costituzionale l’individuazione autorevole del significato da attribuire alla particolare composizione del CSM, che la Consulta vuole sia riproposta anche per gli organi di governo delle magistrature speciali: essa mira “nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati, ad evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in caste autoreferenziali”⁶⁹, così consolidando la visione sistematica “che vuole la magistratura chiamata ad amministrare la giustizia in nome del popolo (formula di apertura del titolo dedicatole)” e, pertanto, “istituzionalmente aperta e rivolta al servizio dei cittadini”⁷⁰.

E proprio queste considerazioni dovrebbero indurre il legislatore a parificare del tutto la posizione della componente “laica” (minoritaria) non solo negli organi di autogoverno limitato delle “altre” magistrature, come stabilito dalla Consulta, quanto anche in quelle specie di articolazioni periferiche del CSM (i Consigli Giudiziari istituiti presso le Corti d’Appello), che non dovrebbero conoscere componenti di serie A (i togati) e di serie B (i laici)⁷¹.

Una professione, quindi, quella del magistrato, di rilievo costituzionale e al servizio dei cittadini, anzi al “servizio esclusivo della Nazione”, come recita l’art. 98 Cost. per i pubblici impiegati, disposizione questa che, interpretata in chiave sistematica (come favorisce il suo terzo comma), non pare debba escludere dalla propria sfera di applicazione anche i magistrati⁷².

⁶⁹ C.cost., 13 gennaio 2011, n. 16, punto 2 del considerato in diritto.

⁷⁰ Così R. BALDUZZI, *La posizione costituzionale del CSM tra argomenti di ieri ed effettività dell’organo*, in *Vita e Pensiero*, 2019, n. 3. V. anche R. PINARDI, *Sulla composizione degli organi di garanzia delle magistrature speciali (riflessioni a margine della sent. n. 16 del 2011 della Corte costituzionale)*, in *Studi, Consulta on line*, 2011; nonché, più di recente, M.A. CABIDDU, *CSM e decadenza: tra interpretazione e riscrittura della Costituzione*, in *Consulta on line*, 2020, III, p. 646.

⁷¹ È noto che la Riforma Cartabia abbia valorizzato il ruolo della componente degli avvocati nelle valutazioni di professionalità dei giudici operate in sede di Consigli Giudiziari. Ebbene, non solo andrebbe parificata a quella dei rappresentanti degli avvocati la posizione dei professori universitari, quanto sarebbe necessario rendere del tutto omogenee le funzioni attribuite alle diverse componenti, come di fatto avviene per tutti i membri del CSM.

⁷² In vero, nel dibattito sviluppatosi in seno all’Assemblea costituente fu espressa la ferma volontà di non equiparare i magistrati agli altri impiegati e funzionari dello Stato. Si vedano, in tal senso, le dichiarazioni del Presidente Ruini in *Atti Assemblea costituente*, 26 novembre 1947, p. 2507. Ma di

In questo senso si può cogliere nel sistema costituzionale una coerenza di fondo, che consente di chiarire meglio anche le disposizioni di esordio del Titolo IV, che vogliono la giustizia “amministrata in nome del popolo” e i giudici “soggetti soltanto alla legge”.

L'esigenza di spiccate competenze tecniche richieste dall'attività giudiziaria nel complesso mondo moderno e, in ogni caso, la necessità che i giudici siano sottratti al circuito della rappresentanza politica ha condotto alla soluzione istituzionale di attribuire la funzione giurisdizionale ad un corpo professionale di giuristi di elevata qualificazione, posti al “servizio esclusivo della Nazione” e, quindi, “indipendenti”, che trovano la propria legittimazione democratica indiretta nella esclusiva soggezione alla legge, atto espressione per antonomasia della sovranità popolare, ma anche nel dover rendere conto, quantomeno in parte, a quella componente della società civile più capace, per cultura giuridica ed esperienza, di integrare e correggere le sue scelte di autogoverno (la componente laica del CSM)⁷³.

Cosicché, si ritiene, che il modello tecnocratico, scelto dalla Costituzione per la magistratura, connotandosi per la sua “indipendenza”⁷⁴, costituisca la più efficace garanzia dell'autonomia della funzione giudiziaria, della sua soggezione “soltanto alla legge” (art. 101 Cost.) e dell'esercizio della funzione nell'interesse “esclusivo”, della Nazione (art. 98, commi 1 e 3); anche se non bisogna nascondersi come, al di là delle previsioni dell'ordinamento giudiziario, la qualità della giurisdizione rimane pur sempre affidata a “buoni giudici”⁷⁵, retti da codici etici prima ancora che giuridici⁷⁶.

fatto questa equiparazione si realizza, quantomeno nell'art. 98 Cost., che al primo comma prevede una norma certamente idonea ad estendersi ai giudici (“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”) ed al terzo comma si riferisce ad una serie di specifici dipendenti pubblici, fra i quali elenca anche i magistrati, cui è possibile, con legge, limitare il diritto d'isciversi ai partiti politici: “Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero”. Si deve così ritenere, ad esempio, che ai magistrati debba applicarsi anche il secondo comma dell'art. 98 Cost., per il quale “Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità”. Mentre problematica, ma non da escludere recisamente, appare l'applicazione dell'art. 28 Cost.

⁷³ G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, cit., pp. 336 s., per il quale “Solo un vigilante controllo reciproco tra eletti dal Parlamento ed eletti dagli stessi magistrati può impedire sia interferenze politiche, sia attentati all'indipendenza interna dei magistrati da parte degli stessi soggetti che sono chiamati a proteggerla”.

⁷⁴ G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, loc. cit., nota che “Con la Costituzione del 1948 penetra nell'ordinamento costituzionale italiano la concezione, di origine anglosassone, del potere giudiziario non gerarchizzato e del tutto indipendente dall'esecutivo, insita nell'*Act of Settlement* inglese del 1701 e nell'art. III, Sez. I della Costituzione degli Stati Uniti d'America”.

⁷⁵ Sulla figura ideale del giudice radbruchiano, v. M. LALATTA COSTERBOSA, *Il giudice coraggioso di Gustav Radbruch*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022, n. 2, pp. 311 ss.

⁷⁶ G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2023, n. 2, pp. 459 ss., che indaga i profili deontologici dell'attività giudiziale, emergenti dalla lettura dei codici etici e dall'analisi dei casi di responsabilità disciplinare.

Che l'indipendenza costituisca la più significativa caratteristica della magistratura è stato di recente ribadito, in tema di valutazione di professionalità, anche dalla giurisdizione amministrativa, la quale ha sostenuto che "I valori dell'indipendenza, imparzialità ed equilibrio rappresentano le precondizioni che caratterizzano l'in sé del magistrato, le quali, per ciò stesso, devono sempre essere possedute dal soggetto durante tutta la sua vita professionale. Tali requisiti, pur non essendo menzionati dalla normativa di riferimento, rientrano comunque nella valutazione di professionalità del magistrato, posto che si tratta di connotati immanenti ed ontologicamente costituenti un *prius* logico rispetto alla valutazione della mera professionalità nell'esercizio dell'attività istituzionale"⁷⁷.

Cosicché, si può dire che il modello emergente dalla lettura della Costituzione sia quello di una magistratura caratterizzata da una "professionalità indipendente", al servizio esclusivo della Nazione.

3. Una volta chiarito che la professionalità del magistrato costituisce l'essenza stessa della sua funzione, ne qualifica l'attività ed è fondamento delle garanzie costituzionali che la presidiano, si tratta adesso di indagare come essa sia stata declinata nel susseguirsi delle riforme che hanno interessato l'ordinamento giudiziario.

In vero, la fase transitoria si apre con un episodio alquanto controverso: la nomina diretta da parte del Ministero della giustizia, retto da Palmiro Togliatti, di un consistente numero di magistrati. Togliatti, dapprima, con il D.Lgs. Luog. 21 dicembre 1945, n. 902, ottiene la facoltà di aumentare nel limite massimo del doppio, il numero dei posti di uditore giudiziario messi a concorso con il precedente DM 25 agosto 1945; poi, con il D.Lgs. Luog. 30 aprile 1946, n. 352, ottiene la facoltà "con decreto del Ministro per la grazia e giustizia, previo motivato parere favorevole del Consiglio giudiziario della Corte di appello del distretto di residenza, integrato da un avvocato nominato dai capi di Corte su designazione del Consiglio dell'ordine del capoluogo del distretto" di operare una massiccia immissione di nuovi giudici (detta facoltà cessa con il 31 dicembre 1946)⁷⁸. Infine,

⁷⁷ T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 04/10/2022, n. 12567, per il quale "La valutazione di professionalità del magistrato può essere inficiata anche da un solo episodio che attesti l'assenza dei valori di indipendenza, imparzialità ed equilibrio del magistrato stesso. Di conseguenza, anche un singolo episodio che attesti la mancanza di detti prerequisites, laddove particolarmente caratterizzato, può inficiare il giudizio di professionalità, senza poter essere controbilanciato da una concomitante condotta professionale irreprendibile. Invero, non è possibile operare un bilanciamento tra i citati prerequisites e i parametri della capacità e laboriosità del magistrato (come vorrebbe il ricorrente per poi ritrarne un giudizio di prevalenza positivo), proprio perché si tratta di piani totalmente differenti e non assimilabili. Il vaglio della professionalità 'pura' del giudice è un momento logicamente successivo rispetto alla verifica delle precondizioni riferite, le quali sono elementi imprescindibili per poter svolgere la funzione di giudice".

con l'art. 4 del citato D.Lgs. Luog. n. 352/1946 ne stabilizza duecento con un concorso riservato⁷⁹.

In ogni caso, se si esclude questo episodio, evidentemente dettato dalla necessità di incrementare il numero dei magistrati per i quali non si era proceduto al reclutamento negli anni della guerra, la regola del concorso deve ritenersi ormai consolidata e costituisce la prima garanzia della professionalità del giudice.

Si possono, così, segnalare quattro significativi momenti, che hanno caratterizzato la professionalità del magistrato, proprio a partire dalla fine della seconda guerra mondiale.

Il primo, a mio avviso, coincide con uno degli ultimi atti del “Re di Maggio”, il R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511. Esso, così recitava la rubrica del Decreto, assicurava le “Guarentigie della Magistratura”, sostituendo i titoli sesto, settimo e ottavo del Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12⁸⁰, senza incidere sul sistema di reclutamento dei magistrati, né sui meccanismi interni di carriera⁸¹; prevedeva, in particolare, che il CSM tornasse elettivo (e quindi non più di diretta espressione del Governo)⁸² e rendeva elettiva, praticamente da parte della stessa base elettorale, anche la “Corte disciplinare”, introducendo in tal modo quella sorta di

⁷⁸ Quest'ultimo decreto, in particolare, all'art. 1, prevede che “I vice pretori onorari, dopo almeno tre anni di servizio, i dottori in giurisprudenza che abbiano conseguito la laurea con voti 110 e riportato negli esami speciali una media non inferiore a 27, oppure abbiano conseguito la laurea con 99 voti e riportato negli esami speciali una media non inferiore a 24, ma abbiano tre anni di effettivo esercizio come procuratori legali, possono, entro i limiti della metà delle vacanze nei corrispondenti ruoli organici della magistratura, essere incaricati di esercitare le funzioni di pretore, di giudice o di sostituto, in corrispondenza, per ciascun ufficio giudiziario, di posti vacanti o occupati da magistrati che non vi prestino effettivo servizio”.

⁷⁹ “Coloro che avranno lodevolmente esercitato senza interruzione, per almeno tre anni, le funzioni conferite ai sensi dei precedenti articoli, potranno, previo parere favorevole del Consiglio giudiziario del distretto di residenza, essere ammessi, se non avranno superati i 40 anni di età, ad un concorso speciale, ad essi riservato, per il conferimento di non più di duecento posti di aggiunto giudiziario”. Sull'intera vicenda v. G. NEPPI MODONA, *La Magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana. L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, Einaudi, Torino, 1995, vol. III, p. 91. La definitiva immissione in ruolo di questo personale si realizzò con la l. 29 aprile 1950, n. 210, che fu oggetto anche del rinvio alla Camere ex art. 74 Cost. da parte del Presidente Einaudi, per violazione del principio del concorso stabilito per l'accesso in magistratura dall'art. 106 Cost.

⁸⁰ Che disciplinano rispettivamente i Consigli giudiziari presso le Corti di appello e il Consiglio superiore della magistratura (Titolo VI); le “prerogative della magistratura” (Titolo VII); la disciplina della magistratura (Titolo VIII).

⁸¹ Cioè non modifica il Titolo V, Capo II, dell'Ordinamento giudiziario, rubricato “Dell'ammissione in magistratura e dell'uditorato”, il Capo III, rubricato “Delle promozioni in generale e dell'esame pratico per la nomina ad aggiunto giudiziario”; il Capo V, che disciplina le promozioni in Corte di appello; il Capo VII, che regola le promozioni in Corte di cassazione, ed il Capo VIII, rubricato “Degli uffici direttivi delle Corti di appello e della Corte Suprema di Cassazione”.

⁸² Il R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511, invero, dettava una disciplina complessa per l'elezione dell'organo, che riportava sostanzialmente in vita l'elezione di secondo grado già introdotta con il Decreto Rodinò del 1921. L'art. 8, in particolare, stabiliva che “Salvo per quanto concerne i membri di

autodichia nell'ordinamento giudiziario, che avrebbe trovato di lì a breve conferma nell'art. 105 Cost., che attribuisce, com'è noto, al CSM il potere di irrogare le sanzioni disciplinari⁸³. Cosicché, è evidente la volontà di operare un rafforzamento della professionalità dei giudici, la cui indipendenza, quindi, si può ritenere costituisca una conquista già del regime di transizione all'ordinamento repubblicano, durante il quale sostanzialmente si ripristinano e si completano le garanzie della magistratura preesistenti al fascismo⁸⁴.

Il secondo momento è rappresentato da due leggi, adottate nell'arco di poco meno di un decennio, le c.d. leggi "Breganze" (l. 25 luglio 1966, n. 570) e "Breganzone" (così è, con ironia, ricordata la l. 20 dicembre 1973, n. 831), con le quali si abolisce la precedente disciplina della progressione di carriera mediante concorso, rispettivamente per le nomine a magistrato di Corte di appello e per le promozioni in Cassazione, e si introduce un sistema di avanzamento a ruoli aperti, basato sull'anzianità⁸⁵. A prima vista potrebbe apparire che queste riforme abbiamo

diritto, i componenti del Consiglio superiore durano in carica per un biennio, e sono eletti dai consigli giudiziari delle varie Corti di appello, nonché da cinque magistrati della Corte di cassazione e da cinque magistrati in servizio presso il Ministero di grazia e giustizia, eletti rispettivamente dai magistrati della Corte e del Ministero suddetti. Le modalità della elezione saranno stabilite con regolamento".

⁸³ Per l'art. 24 "La Corte disciplinare ha sede in Roma ed è composta dal primo presidente della Corte Suprema di cassazione, che la presiede, e da otto componenti, residenti in Roma, eletti secondo le norme di cui al precedente art. 8, e con le modalità da stabilirsi con regolamento". Sul tema della responsabilità disciplinare dei magistrati v., di recente, R. FUZIO, *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura* (l. 24 marzo 1958 n. 195) (parte prima). *La funzione disciplinare*, in *Foro It.*, 2019, n. 1, 5, pp. 62 ss.; M. PATRONO, *I rapporti tra il Ministro della giustizia e il Consiglio superiore della magistratura, con particolare riguardo alla giurisdizione disciplinare*, in *Percorsi costituzionali*, 2019, n. 1, pp. 95 ss.

⁸⁴ Di fatto questo Decreto, frutto di un accordo fra le principali forze politiche (reca la firma, oltre che di Umberto Re d'Italia, del democristiano Alcide De Gasperi, Presidente del Consiglio, del Segretario del Partito Comunista, Palmiro Togliatti, Ministro Guardasigilli e del liberale Epicarmo Corbino, Ministero del Tesoro), conferisce, ancor prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione, un nuovo volto alla magistratura italiana, tanto che la VII Disposizione transitoria e finale della Costituzione, a differenza di quanto fanno altre disposizioni di eguale natura, anziché indicare il tempo entro il quale il Parlamento deve conformare l'ordinamento al mutato assetto costituzionale, sembra quasi voler salvaguardare le vigenti norme dell'ordinamento giudiziario: "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". Di contro, la VI Disposizione transitoria e finale, prevede che "1. Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari. 2. Entro un anno dalla stessa data si provvede con legge al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'articolo 111"; la VIII Disposizione dispone che "Le elezioni dei Consigli regionali e degli organi elettivi delle amministrazioni provinciali sono indette entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione" e la IX Disposizione impegna "La Repubblica, entro tre anni dall'entrata in vigore della Costituzione" ad adeguare "le sue leggi alle esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni".

⁸⁵ Nota come, con queste leggi, "si era ritenuto che i meccanismi selettivi non fossero idonei a misurare la professionalità 'concreta' dei magistrati, mentre erano certamente uno strumento per conformare il comportamento del magistrato, che diventa soggetto alla valutazione prima che alla

in qualche modo segnato un momento di discontinuità rispetto al progressivo affermarsi del valore della professionalità, garantito proprio dal concorso pubblico (quello di accesso alla magistratura, ma anche quelli previsti per le progressioni di carriera). In realtà, esse rispondevano all'esigenza di dare piena attuazione al dettato costituzionale e, in particolare, a quell'art. 107, comma 3, che vuole distinguersi fra loro i magistrati "*soltanto per diversità di funzioni*". Peraltro, quelle riforme vanno lette nel contesto storico in cui sono state adottate: sono gli anni dei Governi di "centro-sinistra", che daranno al Paese una forte spinta riformista, nel segno dell'attuazione della Costituzione⁸⁶, che il sistema giudiziario doveva essere pronto a recepire e tradurre in atto. Così, non può sfuggire che affermare il criterio di anzianità per l'avanzamento nella carriera doveva rispondere soprattutto all'esigenza di superare un sistema di cooptazione nei ruoli dirigenziali dei magistrati più conformisti e graditi a quell'alta magistratura, affermata nell'epoca fascista ed ormai ai vertici del sistema giudiziario⁸⁷ che, anche mediante la composizione delle commissioni di concorso⁸⁸, era riuscita, fino ad allora, a favorire la selezione di una magistratura superiore che operasse in continuità sostanziale con la sua visione conservatrice dell'ordinamento⁸⁹. È noto, però, che il sistema così

legge" R. MAGI – D. CAPPUCCIO, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 2022, n. 2–3.

⁸⁶ Basti qui il riferimento all'attuazione di istituti costituzionali, come le regioni a statuto ordinario o il referendum abrogativo, avvenute nel 1970 con le leggi 16 maggio 1970, n. 281 e 25 maggio 1970, n. 352; allo "statuto dei lavoratori", approvato con l. 20 maggio 1970, n. 300 ed alla riforma del diritto di famiglia di pochi anni successiva (l. 19 maggio 1975, n. 151).

⁸⁷ Descrive il ruolo centrale che la magistratura formatasi nel ventennio fascista ha svolto nei primi anni di vita repubblicana e quantomeno fino agli anni '60 A. MENICONI – G. NEPI MODONA, a cura di, *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e Repubblica*, Bologna, 2022. Sulle difficoltà ad operare un effettivo processo di epurazione v. anche A. MENICONI, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in *Nomos*, 2017, n. 1, pp. 2 ss.

⁸⁸ Che tradizionalmente "le Corti superiori favoriscono nella progressione di carriera coloro che seguono gli orientamenti giurisprudenziali da loro stesse elaborati e cooptano i magistrati inferiori, redigendone i fascicoli personali utili alla promozione" è sostenuto da P. IASUZZO, *Considerazioni su politica e magistratura nella transizione dall'esperienza liberale a quella fascista*, in *Nomos*, 2022, n. 3, p. 9.

⁸⁹ R. DE VITO, *Soggetti soltanto alla legge. I magistrati e le carriere*, in *questionegiustizia.it*, 2017, n. 4, per il quale "Il quadro delineato da quelle novità legislative, di primo acchito, potrebbe sembrare il trionfo di spinte corporative interessate a sbarazzarsi del problema del merito. È vero l'esatto contrario, dal momento che si tratta di una tappa fondamentale nel processo di rottura con un passato ingannevolmente meritocratico e di realizzazione di una magistratura orizzontale ed egualitaria, conforme al precetto costituzionale di distinzione soltanto per funzioni". In proposito, v., anche V. ZAGREBELISKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Oss.cost.*, 2019, n. 6, pp. 89 s., per il quale "A partire dalla seconda metà degli anni '60 del secolo scorso la magistratura (reclutata per concorso di carattere tecnico) ha visto eliminata la struttura gerarchica e liberata l'opera dei singoli giudici". Questo processo sarebbe stato favorito anche della liberalizzazione dell'accesso all'Università, che ha permesso di superare "l'omogeneità/esclusività sociale che caratterizzava la magistratura. Sotto ogni profilo il pluralismo della società ha trovato rispondenza nella magistratura".

configurato⁹⁰, in mancanza di meccanismi efficaci di valutazione della professionalità, anche per il conferimento degli incarichi direttivi⁹¹, abbia lasciato eccessivo spazio alle scelte basate sull'appartenenza correntizia anziché sul merito dei giudici⁹².

Il terzo momento nell'evoluzione della professionalità dei magistrati italiani si realizza in tempi più recenti, con la riforma "Castelli-Mastella" degli anni 2005/2007, sostanzialmente voluta dalle forze politiche di centro-destra nella XIV legislatura, che introduce valutazioni quadriennali di professionalità, idonee a scandire il percorso professionale dei magistrati fino alla settima valutazione, che coincide con il ventottesimo anno di servizio; sempre che non si aspiri ad incarichi semidirettivi o direttivi, che continuano a conseguirsi mediante ulteriori valutazioni, soprattutto volte ad accertare l'attitudine organizzativa dei candidati. Il complesso meccanismo è affidato (né potrebbe ovviamente essere diversamente, nel rispetto della Costituzione) al CSM, cui spetta valutare i parametri della capacità, della laboriosità, della diligenza e dell'impegno dei magistrati, sulla scorta delle autorelazioni presentate dagli stessi, del rapporto del dirigente dell'ufficio giudiziario e di una prima valutazione del Consiglio giudiziario a livello di Corti d'appello⁹³. Com'è noto, questo sistema contempla tre possibili valutazioni: positiva, non positiva e negativa, la cui eventuale reiterazione sfocia nell'esonero del magistrato⁹⁴.

⁹⁰ G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, cit., p. 343 osserva che "Il quadro non sarebbe completo se non si citassero la legge 24 maggio 1951 n. 392, che ha abolito formalmente i gradi, sostituendoli con le tre qualifiche di magistrato di tribunale, di appello e di cassazione; la legge 4 gennaio 1963 n. 1, che ha eliminato il concorso per la nomina a consigliere di appello e di cassazione; la legge 25 maggio 1970 n. 357, che ha abolito l'esame per la promozione ad aggiunto giudiziario e la legge 2 aprile 1979 n. 97, che ha soppresso la qualifica di aggiunto, istituendo il transito diretto da uditore a magistrato di tribunale".

⁹¹ Si ricorda che il Presidente Pertini, nel suo intervento del 1981 in occasione dell'insediamento del nuovo Consiglio superiore, sottolineò "la necessità di rigorosi accertamenti sulla idoneità dei magistrati all'esercizio delle funzioni direttive". Cfr. A. PERTINI, *Insiediamento del Consiglio Superiore*, 9 luglio 1981, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Alessandro Pertini*, a cura di R. GALLINARI, *Quaderni di documentazione, Nuova serie*, n. 18, Roma, 2009, p. 150.

⁹² G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia*, cit., pp. 343 s. nota come l'art. 3 della legge n. 570/66 già prescrivere che il Consiglio giudiziario dovesse tener conto di una serie di elementi di valutazione ("della laboriosità del magistrato, delle capacità, della diligenza e preparazione dimostrate nell'espletamento delle sue funzioni") e che il Consiglio superiore avesse "la facoltà di assumere, nelle forme e con le modalità ritenute più idonee, ogni ulteriore elemento di giudizio che reputi necessario per la migliore valutazione del magistrato". In termini simili si esprimeva anche l'art. 1 della legge n. 831/73. Purtroppo, l'A. constata che "sia i Consigli giudiziari che lo stesso Consiglio superiore hanno dato un'interpretazione distorta della legge, comunemente sintetizzata con l'espressione 'anzianità senza demerito'. Ciò ha determinato, in molti casi, appiattimento, pigrizia, scarsa propensione all'aggiornamento ed alla qualità".

⁹³ La disciplina della valutazione di professionalità è dettata dall'art. 11 del D.Lgs. 5 aprile 2006, n. 160, recante "Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150".

⁹⁴ In tema si rinvia a V. SENATORE, *Profili diaconici della valutazione professionale dei magistrati: il difficile punto di equilibrio fra verifica dell'efficienza e indipendenza*, in questa Rivista, pp. 100 ss.

Nel panorama degli scritti scientifici, non difettano certo contributi che ben descrivono il funzionamento dell'istituto della valutazione della professionalità dei magistrati, quale emerge dalla riforma “Castelli–Mastella”, ai quali si rinvia per la disamina puntuale del tema⁹⁵. Sembra, però, utile soffermarsi brevemente su di esso. L'istituto, come attualmente operante, in attesa dei decreti attuativi della successiva “riforma Cartabia”, trova la sua disciplina nella l. 25 luglio 2005, n. 150⁹⁶ e nei relativi decreti legislativi⁹⁷, in particolare nel D. Lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, recante “Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera c), della legge 25 luglio 2005, n. 150”, nel D. Lgs. 30 gennaio 2006, n. 26, recante “Istituzione della Scuola superiore della magistratura, nonché disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 25 luglio 2005, n. 150”, e nel D. Lgs. 5 aprile 2006, n. 160, intitolato “Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150”. A queste fonti di rango primario vanno aggiunti gli indirizzi del CSM, a partire dalla Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 sulle valutazioni di professionalità, più volte oggetto di revisione. La lettura di queste fonti, ancor prima dell'intervento della riforma Cartabia, che, par altro, come vedremo, apporta di fatto solo aggiustamenti all'impostazione qui definita, disegna la carriera del magistrato come una vera e propria corsa ad ostacoli, fatta di plurime valutazioni, che effettivamente ricordano il titolo, ormai divenuto

⁹⁵ Prima della riforma Cartabia, si segnala, in particolare, un poderoso contributo, che elabora, corredandolo con note essenziali, una relazione tenuta nell'ambito delle iniziative di formazione per i magistrati ordinari in tirocinio curate dalla Scuola superiore della magistratura, P. SERRAO D'AQUINO, *Le valutazioni d'idoneità all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Le valutazioni di professionalità*, in *DPERonline*, 2020, n. 1, pp. 1–61. Ma si veda anche A. IACOBONI, *Le valutazioni di professionalità*, in *Foro It.*, 2016, n. 5, 5, pp. 202 ss. ed ivi la bibliografia citata.

⁹⁶ Recante “Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico”.

⁹⁷ La l. n. 150/2005 ne prevedeva in tutto 13, ma solo 10 deleghe sono state esercitate, rimanendo inattuati gli artt. 1, comma 3 (che prevedeva uno o più D. Lgs. recanti le norme necessarie al coordinamento delle disposizioni dei D. Lgs. emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 1 con le altre leggi dello Stato e la necessaria disciplina transitoria), 2, comma 12 (delegato ad adottare, entro 1 anno dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più D. Lgs. diretti ad attuare su base regionale il decentramento del Ministero della giustizia) e comma 19 (che delegava il Governo ad adottare, entro 4 anni dalla data di acquisto di efficacia dell'ultimo dei D. Lgs. emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 1 dell'art. 1, un D. Lgs. contenente il testo unico delle disposizioni legislative in materia di ordinamento giudiziario). Per un agevole reperimento dei decreti legislativi attuativi della l. n. 150 del 2005 v. www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/05150ld.htm.

proverbiale, dell'ultima commedia di Eduardo De Filippo, "Gli esami non finiscono mai":

- 1) complesse prove di selezione, che non possono essere espletate più di tre volte⁹⁸;
- 2) a concorso superato, svolgimento di un tirocinio per i cd. "M.O.T." ("magistrati ordinari in tirocinio", un tempo denominati "uditori giudiziari"), da superare con esito positivo, prima di assumere le funzioni;
- 3) una prima valutazione di professionalità, da svolgere dopo 4 anni dal D.M di nomina ed ulteriori sei valutazioni nei successivi quadrienni, fino a giungere alla settima ed ultima valutazione di professionalità dopo 28 anni dal D.M. di nomina;
- 4) un provvedimento di verifica delle attitudini emesso dal CSM, previo parere del Consiglio giudiziario, da superare per l'eventuale passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa;
- 5) il superamento di un complesso concorso per titoli⁹⁹ per l'accesso alle funzioni di legittimità, nonché il conseguimento delle funzioni in tempi anticipati, ai sensi dell'articolo 12, comma 14, del D.lgs. n. 160/06, prevedendosi, limitatamente al 10% dei posti vacanti, una procedura valutativa riservata ai magistrati, che hanno conseguito la seconda o la terza valutazione di professionalità (otto e dodici anni dal D.M. di nomina)¹⁰⁰;
- 6) ulteriori verifiche per l'assegnazione, su domanda, di funzioni semidirettive e direttive.

Si tratta di un impianto complesso, basato su un sistema di formazione continua imperniato sulla Scuola superiore della magistratura, teso a conservare nel tempo l'elevata professionalità richiesta al magistrato, tenuto a partecipare ad almeno un corso per quadriennio, ove aspiri a nomine direttive e semidirettive.

⁹⁸ Art. 7 del D. Lgs. n. 160/2006, rubricato "Limiti di ammissibilità ed esclusioni in relazione a successivi concorsi in magistratura" prevede che "Coloro che sono stati dichiarati non idonei per tre volte in concorsi per l'ammissione in magistratura non possono essere ammessi ad altri concorsi in magistratura".

L'art. 1 del D. Lgs. n. 160/2006 aveva espressamente previsto anche la necessità dei candidati di sottoporsi ad una prova psico-attitudinale: "nell'ambito delle prove orali (...) i candidati sostengono un colloquio di idoneità psico-attitudinale all'esercizio della professione di magistrato, anche in relazione alle specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione. La valutazione dell'esito del colloquio, condotto dal professore universitario incaricato di cui all'articolo 5, comma 1, è operata collegialmente dalla commissione". Questa disposizione è stata poi abrogata nel testo novellato con la legge n. 111/07 e di fatto non è stata mai applicata.

⁹⁹ Detta procedura è suddivisa in due distinti momenti: il primo riservato alla Commissione di valutazione dei titoli, costituiti da pubblicazioni ed atti giudiziari dell'aspirante; il secondo, cui accedono coloro i quali hanno superato la precedente fase, riservato al Consiglio Superiore della Magistratura per l'individuazione dei vincitori.

¹⁰⁰ Si precisa, tuttavia, che tale conferimento delle funzioni di legittimità non produce alcun effetto sul trattamento giuridico ed economico spettante al magistrato, né sulla collocazione nel ruolo di anzianità o ai fini del conferimento di funzioni di merito.

Rispetto all'originario impianto della Riforma Castelli è, in ogni caso, venuto meno il ruolo di verifica periodica da parte della Scuola superiore della magistratura, in occasione della frequenza di corsi di aggiornamento, che peraltro aveva spinto il Presidente Ciampi a rinviare alle Camere quella che sarebbe stata la l. n. 150/2005¹⁰¹.

Rimangono, così, protagonisti delle valutazioni a livello decentrato i Consigli Giudiziari, istituiti presso ogni Corte di appello, e il Consiglio direttivo della Corte di cassazione (istituito e disciplinato nel Titolo I del D. Lgs. n. 25/2006), chiamati ad esprimere giudizi su laboriosità e produttività, capacità tecnica, attività giudiziaria e scientifica, equilibrio, disponibilità alle esigenze del servizio, comportamento nei confronti dei soggetti processuali e rispetto della deontologia da parte del magistrato; e, in ultima istanza, il Consiglio Superiore della Magistratura¹⁰².

Nella riforma Castelli–Mastella, tuttavia, un ruolo centrale rimane attribuito alla “Scuola superiore della magistratura”, istituita e regolata con il D. Lgs. n. 26/2006¹⁰³, che disciplina il tirocinio degli uditori giudiziari (artt. 18–22),

¹⁰¹ Fra le argomentazioni con le quali il Presidente Ciampi ebbe a rinviare alle Camere quella che sarebbe stata la l. n. 150/2005 figura la ridotta possibilità di scelta del CSM, troppo vincolato – a giudizio del Presidente – alle valutazioni operate dalla Scuola Nazionale della Magistratura. Cfr. C.A. CIAMPI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'articolo 74 della Costituzione*, Trasmissione alla Presidenza il 16 dicembre 2004 sul Disegno di Legge presentato dal Ministro della giustizia (Castelli) di concerto col Ministro dell'economia e delle finanze (Tremonti), in *Atti Senato*, XIV Legislatura, Doc. I, n. 6, pp. 4 s., nel quale si legge: “Infatti, secondo quanto dispone l'articolo 2, comma 1, lettera l), numeri 3.1 e 3.2, il Consiglio superiore deve assegnare i posti ai magistrati «che abbiano frequentato con favorevole giudizio finale un apposito corso di formazione alle funzioni di secondo grado presso la Scuola superiore della magistratura» e «che risultino positivamente valutati nel concorso» per titoli ed esami o nel concorso per titoli «previsto dalla lettera f) numero 2», prima e seconda parte. Nello stesso senso recitano le disposizioni contenute nei numeri 4.1, 4.2, 7.1, 7.2, 9.1 e 9.2 della lettera l), nonché, per il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa, nei numeri 1 e 3 della lettera g) e, per le funzioni direttive, nel numero 17 della lettera h) e nel numero 6 della lettera i). L'assegnazione da parte del Consiglio superiore della magistratura deve avvenire «secondo l'ordine di graduatoria di cui rispettivamente al concorso per titoli ed esami, scritti ed orali, o al concorso per soli titoli, salvo che vi ostino specifiche e determinate ragioni delle quali deve fornire dettagliata motivazione e, a parità di graduatoria, secondo l'anzianità di servizio» (articolo 2, comma 1, lettera l), numero 3.5. Nello stesso senso recitano le disposizioni contenute nei numeri 4.5, 7.5 e 9.5 della lettera l) e, per le funzioni semidirettive, nel numero 2 della lettera m). Il sistema sopra delineato sottopone sostanzialmente il Consiglio superiore della magistratura a un regime di vincolo che ne riduce notevolmente i poteri definiti nel citato articolo 105 della Costituzione. L'invasione della sfera di competenza riservata al Consiglio è particolarmente evidente nell'ipotesi in cui i candidati siano stati esclusi nell'ambito delle predette procedure. Infatti, allorché manchino il favorevole giudizio conseguito presso la Scuola superiore o la positiva valutazione nel concorso da parte della commissione, il Consiglio non può neppure prendere in considerazione la posizione del candidato escluso”.

¹⁰² Richiama la centralità del CSM T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 03 ottobre 2022, n. 12511, per il quale “Spetta solo al C.S.M. la valutazione di professionalità del magistrato, mediante esercizio di un potere del tutto autonomo rispetto ai pareri espressi dagli altri organi, i quali possono solo concorrere ma non vincolare il giudizio finale sull'esaminando magistrato”.

¹⁰³ Per la quale v. M. G. CIVININI, *Il ruolo della Scuola superiore della magistratura e della formazione iniziale nel “nuovo” ordinamento giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2022, fasc. 2/3, pp. 29 ss.

l'aggiornamento professionale dei magistrati (artt. 23–26), i corsi di formazione per il passaggio dei magistrati a funzioni superiori, per il passaggio da funzioni giudicanti a requirenti e viceversa e per l'accesso alle funzioni direttive (artt. 27 e 28), nonché la prima valutazione di professionalità – quella, per intenderci, funzionale al conseguimento del giudizio di idoneità del magistrato all'esercizio definitivo delle funzioni giudiziarie – (artt. 29–31) e le valutazioni successive, operate dal CSM al compimento del quarto, ottavo, dodicesimo, sedicesimo, ventesimo, ventiquattresimo, ventottesimo anno di attività (artt. 32–36). D'altronde, dalla lettura della relazione illustrativa del Disegno di legge Calderoli–Tremonti, culminato nella l. n. 150/2005, e degli ulteriori allegati, emerge che la parte più rilevante della riforma dell'ordinamento giudiziario¹⁰⁴, quella che ha anche comportato il più significativo investimento in termini economici e organizzativi¹⁰⁵, è proprio l'istituzione della Scuola, intorno alla quale si gioca tutto il tema dell'aggiornamento continuo e, quindi, della perdurante "professionalità" dei magistrati¹⁰⁶, considerato che, come si legge nella relazione illustrativa al disegno di legge Castelli – Tremonti, "l'adeguata formazione professionale del magistrato" sia "un

¹⁰⁴ Nella citata relazione illustrativa vengono così elencati gli obiettivi della riforma:

1. nuova disciplina in relazione al concorso per l'accesso alla Magistratura per migliorare la qualificazione dei partecipanti (parte, peraltro, questa rivista nella Riforma Cartabia);
2. previsione di un sistema di doppio canale di ammissione all'esercizio delle funzioni di legittimità sul modello del Consiglio di Stato, con concorsi specifici per quanti non intendano attendere la progressione di carriera per mera anzianità;
3. tirocinio e formazione degli uditori giudiziari;
4. disciplina dell'aggiornamento professionale dei magistrati, "prevedendo che lo stesso debba compiersi lungo il corso dell'intera carriera. Abbandonata l'attuale occasionalità e frammentarietà dell'offerta formativa, quest'ultima viene ad essere strutturata secondo principi di necessità e continuità";
5. valorizzazione delle funzioni dei Consigli giudiziari, considerati più idonei per la prossimità agli uffici giudiziari ed ai magistrati, alla valutazione delle possibili criticità;
6. revisione della composizione dei Consigli giudiziari, prevedendosene l'integrazione con soggetti esperti del diritto e dell'amministrazione della giustizia estranei all'ordine giudiziario, come avvocati e professori universitari, nonché con componenti designati dalle regioni;
7. regolamentazione delle condizioni che devono essere rispettate per consentire il passaggio del magistrato dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti, e viceversa;
8. la previsione della temporaneità degli incarichi direttivi, onde evitare la creazione di "centri di potere" consolidati;
9. la specifica tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati;
10. la revisione delle circoscrizioni giudiziarie;
11. la razionalizzazione sul territorio degli uffici del giudice di pace.

¹⁰⁵ Si legga la relazione di Valutazione dell'Impatto Amministrativo al Disegno di legge n. 1296, in *Atti Senato*, XIV Legislatura, p. 18.

¹⁰⁶ Costituita sul modello dell'*École Nationale de la Magistrature* francese, costituita fin dal 1958, la Scuola ha avviato la sua attività con l'insediamento del primo Comitato direttivo, avvenuto il 24 novembre 2011. Sui primi anni di attività dell'istituzione formativa v. *SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011–2021)*, Quaderno n. 12, Roma, 2022.

valore essenziale e la stessa non può essere impartita e valutata soltanto nel momento in cui l'uditore viene chiamato ad assumere le funzioni giudiziarie¹⁰⁷.

Il sistema delle valutazioni, così descritto, si presenta effettivamente ben strutturato e pensato nell'ottica del consolidamento e della conservazione dell'alta professionalità richiesta al magistrato, nonostante sia stato oggetto anch'esso di critiche¹⁰⁸, segnando, soprattutto lì dove introduce come parametri di valutazione la "laboriosità e produttività", la "capacità tecnica" e la "disponibilità alle esigenze del servizio" l'evoluzione verso una nuova declinazione della professionalità, in cui l'efficienza dell'attività giudiziaria assume un peso crescente. A maggior ragione l'efficienza entra nella professionalità del magistrato, cui sono affidate funzioni direttive o semidirettive, che viene appositamente formato in corsi dedicati presso la Scuola superiore della magistratura¹⁰⁹.

E, tuttavia, il funzionamento del sistema, affidato come si è visto essenzialmente al CSM, non ha dato gran prova, se dalle statistiche risulta che dal 2017 al 2021 oltre il 99% dei magistrati italiani hanno ricevuto valutazioni positive¹¹⁰.

¹⁰⁷ In tal senso la relazione illustrativa al disegno di legge Castelli – Tremonti, cit., p. 6, che prosegue "occorre perciò valorizzare il rilievo che deve attribuirsi ai corsi di aggiornamento professionale, prevedendosi che la Scuola della magistratura esprima all'esito dei corsi un parere su ciascun partecipante destinato ad essere inserito nel fascicolo personale. Il parere conterrà elementi di verifica attitudinale e costituirà elemento di valutazione per il Consiglio superiore per la progressione in carriera dei magistrati, nonché per il conferimento di incarichi direttivi e semi-direttivi e per i tramutamenti".

¹⁰⁸ R. DE VITO, *Soggetti soltanto alla legge*, cit., per il quale: "Se a questi motivi di fondo uniamo la ristrutturazione in senso gerarchico e verticistico di alcuni uffici (in particolare quelli di procura) e l'oppressione generata da carichi di lavoro imponenti e mal distribuiti, i risultati sono presto tratti: le statistiche comparate esigono tempi di lavoro veloci e standardizzati; questi, a loro volta, agevolano conformità alle massime e affossano lo scandaglio critico; i rischi della valutazione negativa inoculano nell'organizzazione giudiziaria condiscendenza al capo dell'ufficio e ai suoi progetti organizzativi e tabellari".

¹⁰⁹ Nei programmi di questi corsi si trovano, infatti, materie di insegnamento dal taglio aziendalistico quali la *Leadership* dei magistrati, il *Project management*, le statistiche giudiziarie, i modelli organizzativi, la sicurezza sui luoghi di lavoro, l'informatizzazione dei dati giudiziari, la rilevazione della soddisfazione dei cittadini, il benessere organizzativo, ecc. Queste informazioni sono tratte dal sito ufficiale della Scuola all'indirizzo www.scuolamagistratura.it.

A proposito della formazione rivolta a quanti intendono ricoprire uffici direttivi, si segnala la recente modifica dell'art. 26-bis del D.Lgs. n. 26/06, intervenuta con il D.L. 10 agosto 2023, n. 105, convertito con la l. 9 ottobre 2023, n. 137. In particolare, il comma 5 del citato articolo imponeva al magistrato aspirante a un incarico dirigenziale lo svolgimento di un corso di formazione in data non risalente a più di cinque anni prima della scoperta della domanda. L'integrazione di detto comma oggi consente di esonerare dall'obbligo di frequentare i corsi coloro i quali, nell'ambito del medesimo quinquennio, abbiano svolto funzioni direttive o semidirettive. Il Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere reso su richiesta del Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul disegno di legge AC n. 1373, ha ritenuto "opportuno" il descritto intervento legislativo. Cfr. CSM, *Parere sesta Commissione, o.d.g. aggiuntivo n. 1788*, 20 settembre 2023, pp. 24 ss.

¹¹⁰ G. CAMPANELLI – S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2022, tra novità e questioni ancora aperte*, in *Oss. cost.*, 2023, n. 1, pp. 129 ss.,

Questa circostanza, insieme allo scandalo emerso nella primavera del 2019 (che ha reso indispensabile, come ebbe ad auspicare nel suo intervento all'Assemblea plenaria straordinaria del CSM del 21 giugno 2019 il Presidente della Repubblica Mattarella, l'avvio di una "stagione di riforme sui temi della giustizia e dell'ordinamento giudiziario"¹¹¹), unita alla pressante esigenza di un complessivo efficientamento del sistema giustizia nel nostro Paese, richiesto come "condizione" per l'erogazione dei fondi necessari al rilancio dell'economia post-covid 19 dall'UE, hanno determinato l'ulteriore e più recente stagione di riforma dell'ordinamento giudiziario¹¹².

Si giunge, così, alla quarta tappa nell'evoluzione della professionalità dei magistrati, rappresentato dalla cd. "riforma Cartabia", realizzata, per i profili che ci occupano, con la legge 17 giugno 2022, n. 71.

Può forse apparire prematuro un esame compiuto del tema, da considerare una sorta di *work in progress*, sul quale ogni giudizio emesso è precario, quantomeno in attesa che siano adottati i decreti delegati, previsti entro la fine dell'anno in corso¹¹³. Ma se l'esercizio che si sta conducendo è quello di tracciare una sorta di parabola della professionalità del magistrato, di essa senz'altro la "riforma Cartabia" costituirà un "pilone" essenziale, e tale resterebbe anche ove dovesse

i quali ricostruiscono il "lungo periodo di confronto sui temi dell'ordinamento giudiziario, conseguente all'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 150/2005 e ai relativi decreti legislativi", ritenendo che le modifiche apportate dalla riforma Cartabia avrebbero assunto carattere "prioritario sulla base della constatazione connessa all'identificazione dell'attuale procedura quale mero adempimento formale, alla luce dei dati statistici emersi". A nt. 24, infatti, precisano: "Alla luce dei dati forniti dall'allora Ministra della giustizia Cartabia, dal 2017 all'ottobre del 2021 le valutazioni di professionalità dei magistrati con esito negativo sono state complessivamente 35 (0,5%), quelle non positive 24 (0,3%), mentre le valutazioni positive sono state 7.394, pari al 99,2%". *Idem*, p. 143.

¹¹¹ Cfr. Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 21 giugno 2019, reperibile in rete all'indirizzo www.quirinale.it/elementi/30474.

¹¹² La dottrina è divisa rispetto alla natura della condizionalità del *NextGenEU*. Si vedano, ad esempio, le posizioni di F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2021, p. 25 e A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quad.cost.*, 2022, n. 4, pp. 725 ss. Non vi è dubbio, però, che ormai essa configuri uno straordinario "strumento di natura costituzionale dell'Unione". Cfr. A. BARAGGIA, *Ricatto democratico? L'utilizzo della condizionalità a protezione dello Stato di diritto*, in *Quad. cost.*, 2023, n. 2, p. 371.

¹¹³ Né va sottovalutata la possibilità che siano adottate disposizioni integrative e correttive entro due anni dalla scadenza del termine per l'esercizio della delega (art. 1, comma 3, l. n. 71/2022), la possibile raccolta delle disposizioni vigenti in materia di ordinamento giudiziario in un testo unico compilativo entro tre anni dallo stesso termine (art. 1, comma 4), nonché, soprattutto, il "coordinamento" delle disposizioni vigenti con quelle introdotte in attuazione della delega, "anche modificando la formulazione e la collocazione delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, nonché delle disposizioni contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, e operando le necessarie abrogazioni nonché prevedendo le opportune disposizioni transitorie" (art. 6 l. n. 71/2022): si tratta, infatti, di contenuti

risultare in qualche sua parte superata da successive evoluzioni legislative o anche solo attenuata a causa di interpretazioni al ribasso della delega legislativa.

La rubrica della legge n. 71/2022 – “Deleghe al Governo per la riforma dell’ordinamento giudiziario e per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura” – non si riferisce direttamente alla professionalità dei magistrati. Ma il suo art. 3, rubricato «Modifiche del sistema di funzionamento del consiglio giudiziario e delle valutazioni di professionalità», interviene sull’art. 11 del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160¹¹⁴, dettando principi e criteri direttivi da seguire nell’adozione dei decreti delegati, cui spetterà introdurre le innovazioni più significative (e controverse) direttamente incidenti sul tema che ci occupa.

Di seguito si propone una sintetica illustrazione di questi principi e qualche considerazione.

Il primo comma di questa disposizione alla lett. a) fa riferimento alla facoltà per i componenti laici, avvocati e professori universitari, di partecipare alle discussioni e di assistere alle deliberazioni dei Consigli Giudiziari in materia di valutazione di professionalità (c.d. “diritto di tribuna”), attribuendosi, in particolare, agli avvocati la «facoltà di esprimere un voto unitario sulla base del contenuto delle segnalazioni di fatti specifici, positivi o negativi, incidenti sulla professionalità del magistrato in valutazione, nel caso in cui il consiglio dell’ordine degli avvocati abbia effettuato le predette segnalazioni sul magistrato in valutazione», con l’ulteriore indicazione di «prevedere che, nel caso in cui la componente degli avvocati intenda discostarsi dalla predetta segnalazione, debba richiedere una nuova determinazione del consiglio dell’ordine degli avvocati». Si tratta di una innovazione significativa, perché riduce la differenza nelle funzioni dei membri togati e di quelli laici dei Consigli giudiziari, anch’essi ammessi a partecipare alle discussioni e ad assistere alle deliberazioni in materia di valutazione di professionalità, parzialmente uniformando la disciplina di questi organi a quella costituzionalmente prevista per il CSM¹¹⁵; ma, ad avviso di chi scrive, l’innovazione non è sufficiente,

della legge delega che lasciano percepire le sue grandi potenzialità, che le consentono, entro certi limiti, anche di influire su parti dell’ordinamento giudiziario non direttamente previste dalla stessa.

¹¹⁴ L’impianto della valutazione di professionalità del magistrato resta sostanzialmente invariato: permane la valutazione quadriennale, come restano invariati i criteri della valutazione di professionalità (capacità, laboriosità, diligenza e impegno del magistrato).

¹¹⁵ V., *retro*, le considerazioni svolte al § 2, allorché si notava come la componente laica del CSM svolga la funzione costituzionalmente rilevante di integrare e limitare l’autogoverno della magistratura e che analoga disciplina sarebbe, quindi, da adottare anche con riferimento ai Consigli Giudiziari.

nella misura in cui instaura un'ulteriore distinzione, all'interno della componente laica, fra gli avvocati ed i docenti universitari, non riconoscendosi a questi ultimi il diritto di voto che, invece, sia pure in modo "unitario", è attribuito ai rappresentanti di provenienza forense¹¹⁶.

La successiva lett. c) stabilisce che, nell'ambito della valutazione di professionalità, "il giudizio positivo sia articolato, secondo criteri predeterminati, utilizzando i parametri di «discreto», «buono» o «ottimo», con riferimento alle capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro.

Si tratta in questo caso di un ritorno al passato, se già nel 1875, allorché i magistrati acquisirono il diritto di essere presi in considerazione per le promozioni secondo valutazioni periodiche, si prevedeva una graduatoria nazionale con parametri simili («buoni», «ottimi», «promovibili», «non promovibili»)¹¹⁷. Un ritorno, tuttavia, che segna una svolta significativa, nella misura in cui l'articolazione del giudizio pur positivo e soprattutto valutazioni non ottimali appaiono idonee ad ostacolare per il futuro la progressione di carriera dei magistrati meno capaci, soprattutto impedendo la nomina ad incarichi direttivi, così da limitare quella discrezionalità nelle valutazioni del CSM che si è visto, nel recente passato, premiare talora più l'appartenenza correntizia che il merito.

Nella stessa direzione vanno anche le ulteriori novità introdotte dalla riforma Cartabia in tema di professionalità, lì dove, da una parte precisano il significato di alcuni parametri di valutazione, onerando i Consigli Giudiziari in prima battuta ed eventualmente il CSM – che oggi, per la verità, ove aderisca al parere del Consiglio giudiziario può limitarsi ad una motivazione *per relationem*¹¹⁸ – di una motivazione più puntuale, e, dall'altra, istituiscono il cd. "fascicolo della *performance*".

La lett. d) della disposizione in commento, infatti, prevede che, nell'apprezzamento del parametro della laboriosità, sia espressamente considerato il rispetto da parte del magistrato di quanto indicato nei programmi annuali di gestione,

¹¹⁶ Critica complessivamente l'innovazione, ma soprattutto il mancato riconoscimento del diritto di voto alla componente accademica G. CAMPANELLI – S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura*, cit., p. 143, per i quali si tratta di una "novità particolarmente impattante sul principio di autonomia e indipendenza dei togati e una dubbia differenziazione rispetto al mancato riconoscimento di tale prerogativa anche ai professori universitari, che tra l'altro sarebbero portatori di interessi sicuramente non in conflitto, neanche potenziale".

¹¹⁷ A. MENICONI, *La magistratura*, in *L'Unificazione nazionale*, cit., 321. Di fatto, l'art. 2 della l. 23 dicembre 1875, n. 2839 espressamente prevedeva: "Tutti i funzionari dell'ordine giudiziario saranno compresi per ciascun grado e secondo le norme stabilite nell'articolo 254 della legge sull'ordinamento giudiziario, in una classificazione generale ed unica per tutto il Regno". E proseguiva al comma 3: "Questa classificazione sarà fatta per decreto Reale e pubblicata entro sei mesi dalla promulgazione della presente legge".

¹¹⁸ Art. 3, lett. i), punto 3, l. n. 71/2022.

andando così a valutare meglio i giudici più disponibili ad assecondare le istanze organizzative e di produttività dei dirigenti degli uffici giudiziari¹¹⁹. Questa previsione va letta insieme ad altre misure assunte nella riforma, a partire da quelle introdotte dagli art. 11 e 14 della stessa legge n. 71/2022, che pur non riguardando direttamente la professionalità del magistrato, si prestano ad una lettura omogenea, lì dove puntano ad attribuire ai capi degli uffici giudiziari maggiori poteri nel conseguire l'obiettivo dello smaltimento degli arretrati: l'art. 11 individua nuove figure di illeciti disciplinari, che puniscono il mancato rispetto degli indirizzi dati dal capo dell'ufficio giudiziario per l'eliminazione di gravi e reiterati ritardi, con specifico riferimento ai piani mirati di smaltimento dell'arretrato¹²⁰; l'art. 14 introduce nell'art. 37 del D.L. 6 luglio 2011, n. 98 il nuovo comma 5-bis, per il quale "Il capo dell'ufficio, al verificarsi di gravi e reiterati ritardi da parte di uno o più magistrati dell'ufficio, ne accerta le cause e adotta ogni iniziativa idonea a consentirne l'eliminazione, con la predisposizione di piani mirati di smaltimento, anche prevedendo, ove necessario, la sospensione totale o parziale delle assegnazioni e la redistribuzione dei ruoli e dei carichi di lavoro"¹²¹. Sempre il citato art. 14 modifica il comma 1, lett. b, dell'art. 37 del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, infine, prevedendo che, nella redazione del programma di gestione, il capo dell'ufficio dovrà determinare gli obiettivi di rendimento dell'ufficio «con l'indicazione, per ciascuna sezione o, in mancanza, per ciascun magistrato, dei risultati attesi sulla base dell'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente e di quanto indicato nel programma di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240, e, comunque, nei limiti dei carichi esigibili di lavoro individuati dai competenti organi di autogoverno». Si tratta di disposizioni dall'evidente *ratio* di fare fronte finalmente agli arretrati, riducendo complessivamente i tempi dei

¹¹⁹ Sui programmi di gestione si rinvia a F. VIGORITO, *Le tabelle degli uffici giudiziari giudicanti e i programmi di gestione nel "progetto Cartabia". L'occasione di un cambiamento*, in *Questione Giustizia*, 2022, nn. 2-3, pp. 138 ss.

¹²⁰ In particolare, alla lett. n) dell'art. 2, comma 1, D. Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 è stata aggiunta l'ipotesi della reiterata o grave inosservanza delle direttive, evidentemente facendosi riferimento proprio alle direttive dei capi degli uffici; l'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 109/2006, lettera q-bis, è stato integrato con la previsione dell'ulteriore illecito disciplinare per "omessa collaborazione del magistrato nell'attuazione delle misure di cui all'articolo 37, comma 5-bis, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nonché la reiterazione, all'esito dell'adozione di tali misure, delle condotte che le hanno imposte, se attribuibili al magistrato".

¹²¹ Prevede, altresì, che "La concreta funzionalità del piano" sia "sottoposta a verifica ogni tre mesi. Il piano mirato di smaltimento, anche quando non comporta modifiche tabellari, nonché la documentazione relativa all'esito delle verifiche periodiche sono trasmessi al consiglio giudiziario o, nel caso riguardino magistrati in servizio presso la Corte di cassazione, al relativo Consiglio direttivo, i quali possono indicare interventi diversi da quelli adottati".

procedimenti, che consentono una più razionale ed efficiente organizzazione degli uffici giudiziari; ma giustamente criticate nella misura in cui tendono ad incidere esclusivamente, in termini di efficientamento del sistema, sull'obiettivo della definizione dei procedimenti, senza tenere in considerazione la qualità dell'attività giudiziaria¹²²; e soprattutto andando ad impattare, praticamente azzerandolo, sul tempo che il magistrato dovrebbe dedicare all'aggiornamento professionale, specie se queste novità non sono accompagnate da un significativo adeguamento degli organici della magistratura.

Parimenti impegna il CSM ad una valutazione più puntuale e ne riduce il margine di discrezionalità la lett. g) dell'art. 3, comma 1, della legge n. 71/2022, la quale prevede che, nell'apprezzamento del parametro della capacità, «il Consiglio giudiziario acquisisca le informazioni necessarie ad accertare la sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento, nonché, in ogni caso, che acquisisca, a campione, i provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio». In vero, la disposizione non appare del tutto innovativa, lì dove il parametro della capacità già implicava un riferimento all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio: la circolare del CSM n. 20691 del 2007, infatti, aveva previsto, come elemento di valutazione della capacità del magistrato, «l'esito, nelle successive fasi e nei gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, e relativi all'adozione di misure cautelari o alla definizione di fasi procedurali o processuali, accertato attraverso la comunicazione dei dirigenti degli uffici e da valutarsi, ove presenti caratteri di *significativa anomalia*, anche alla luce del rapporto esistente tra provvedimenti emessi o richiesti e provvedimenti non confermati o rigettati»¹²³. Per cui, in realtà, l'operazione compiuta con la disposizione in commento appare piuttosto quella di irrigidire il parametro, sostituendo con la previsione legislativa l'auto-limite elaborato dallo stesso CSM¹²⁴, peraltro

¹²² O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, in *Questione Giustizia*, 2022, nn. 2–3, p. 88, per la quale: «Se la giustizia non è una *performance*, l'impianto di fondo dell'intervento riformatore va contestato».

¹²³ CSM, Circolare 8 gennaio 2007, n. 20691, recante «Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati», Capo XIV, rubricato «Rapporto e documentazione trasmessa dai dirigenti degli uffici», art. 2.

¹²⁴ Il tema del potere normativo del CSM è stato oggetto di significative riflessioni in dottrina. Si segnala, da ultimo, G. VERDE, *L'emergere dell'autonomia normativa del CSM (notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario)*, in *Consulta online*, 11 ottobre 2021, pp. 796 ss., il quale, con riferimento alla verifica di professionalità dei magistrati, ricorda come «per lungo tempo le riserve di legge previste dal Titolo IV sono state attuate attraverso interventi episodici e parziali e tale circostanza ha determinato lo sviluppo dei poteri «paranormativi» del Consiglio superiore, i

depotenziandolo (si passa, infatti, dalla “significativa anomalia” della circolare alla “grave anomalia” della legge). Si tratta, in ogni caso, di una valutazione molto penetrante e, nei termini in cui è stata definita dal legislatore, indubbiamente

quali oggi trovano un richiamo esplicito nel d.lgs. n. 160 del 2006 che all’articolo 11, comma 3, — in un contesto normativo volto a circoscrivere le attività deliberative del Csm ancorandole a parametri certi — dispone che il Csm «disciplina con propria delibera gli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei consigli giudiziari, i parametri per consentire l’omogeneità delle valutazioni, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai consigli giudiziari entro il mese di febbraio di ciascun anno». *Idem*, p. 797. Evidentemente, si tratta di un tema complesso, che esorbita dall’economia di queste riflessioni. E, tuttavia, credo che siano maturi i tempi per un ripensamento della natura stessa del CSM come mero “organo a rilevanza costituzionale”, essendo, a mio giudizio, l’indipendenza dei magistrati assurda (sempre che non lo sia sempre stata) a valore indefettibile, tutelato anche a livello euro-unitario, e costituendo il Consiglio Superiore della Magistratura lo strumento costituzionale per garantirla, anche attraverso il riconoscimento di ambiti di autonomia normativa propria. Si può osservare, di contro, che la presenza di una riserva di legge per la disciplina dell’ordinamento giudiziario (art. 108 Cost.) osterebbe allo sviluppo di un’autonomia normativa espressione della posizione costituzionale dell’organo. E, tuttavia, analogo rinvio alla legge per fissare le “norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte” costituzionale, nell’art. 137, comma 2, Cost., non pare sia stato di ostacolo al riconoscimento di un’autonomia normativa della Consulta. In tema si veda, da ultimo, G. P. DOLSO, *Note sulla nuova versione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, n. 1, pp. 562 ss. Riflette, da ultimo, sulla “difficoltà di enucleare principi comuni utili a definire le nozioni di organi costituzionali e di rilievo costituzionale” G. FARES, *Organi di rilievo costituzionale e sistema dei controlli: fra potestà regolamentare rafforzata e tutela delle funzioni*, in *GdP*, 2020, p. 3.

Peraltro, l’autonomia normativa del CSM in tema di valutazione dei magistrati, trova un’ulteriore garanzia nella natura di “ordine professionale” della magistratura stessa, affermata, come si è ampiamente sostenuto in questo scritto, nell’art. 104 Cost. Di recente, la Consulta è intervenuta per riconoscere l’autonomia degli ordini professionali e la loro sostanziale natura pubblica, pur fissando i paletti entro i quali è consentito a detta autonomia di esprimersi; ma certamente la professionalità degli iscritti all’ordine costituisce il naturale ambito nel quale si sviluppa l’autonomia normativa. Cfr. C. cost., 6 dicembre 2019, n. 259, che, al punto 4 del considerato in diritto, afferma: “Con riguardo in particolare alla qualificazione degli ordini professionali, occorre ricordare che questa Corte, già nel passato, peraltro in armonia con la giurisprudenza di legittimità (fra le altre, Cassazione civile, sezione prima, sentenza 14 ottobre 2011, n. 21226) e con la giurisprudenza amministrativa (fra le tante, Consiglio di Stato, sezione quarta, decisione 16 marzo 2004, n. 1344), li ha configurati come «enti pubblici ad appartenenza necessaria» (sentenza n. 405 del 2005) e ha riconosciuto che la loro istituzione e disciplina «risponde all’esigenza di tutelare un rilevante interesse pubblico la cui unitaria salvaguardia richiede che sia lo Stato a prevedere specifici requisiti di accesso», affidando loro «il compito di curare la tenuta degli albi nonché di controllare il possesso e la permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirino ad iscriversi», in vista dell’obiettivo di «garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell’affidamento della collettività» (sentenza n. 405 del 2005)”. Su questa pronuncia si segnala un ampio dibattito in dottrina: A. ARCURI, *Il governo della sanità spetta alla Regione e non all’Ordine dei medici*, in *Quad. cost.*, 2020, n. 4, pp. 833 ss.; F. FABRIZZI, *Un conflitto decostituzionalizzato o un conflitto politicizzato? Leggendo la sent. 259/2019 su un conflitto tra enti che somiglia a un conflitto tra poteri*, in *Le Regioni*, 2020, n. 2, pp. 358 ss.; A. PROZZO, *L’estensione oggettiva e soggettiva del conflitto di attribuzioni tra enti: la sindacabilità degli atti degli ordini professionali e l’ammissibilità del loro intervento nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2020, n. 3, 1, pp. 715 ss.; S. ROSSI, “*Est modus in rebus*”. Note a margine della sentenza n. 259/2019 della Corte costituzionale, in *Federalismi*, 2020, n. 5, pp. 206 ss.; S. STACCA, *La Corte costituzionale su autonomia e autodichia degli ordini professionali (perché i nodi vengono sempre al pettine)*, in *Munus*, 2020, n. 1, pp. 238 ss. Si segnala, infine, come l’autonomia normativa del CSM è ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr. Cons. St., Sez. IV, 28 novembre

delicata¹²⁵, che tuttavia, più di stime meramente quantitative e statistiche appare teologicamente orientata rispetto alla finalità propria dell'ordinamento giudiziario, che è quella di realizzare i diritti dei cittadini e di assicurare giustizia, in particolare ove riguardi iniziative giudiziarie che hanno comportato carcerazione preventiva. Va in proposito richiamato, come occasione per far emergere "gravi anomalie", l'emendamento di recente approvato, in sede di conversione in legge del D.L. 10 agosto 2023, n. 105, avvenuta con la l. 9 ottobre 2023, n. 137, che con l'art. 2, comma 9–*bis* del richiamato decreto introduce nell'art. 168–*bis* del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, il seguente comma 3–*bis*: "L'importo delle spese relative alle operazioni di intercettazione è specificamente annotato nel foglio delle notizie di cui all'articolo 280"¹²⁶. La previsione, infatti, facendo emergere i costi delle intercettazioni, introduce un potenziale elemento di misurazione della condotta del magistrato inquirente, che permette di verificare in termini di rapporto costi/benefici la sua azione, lì dove, magari, a indagini particolarmente costose non abbia fatto seguito la condanna definitiva degli indagati¹²⁷.

2012, n. 6035, per il quale "in sede di conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari il principio della riserva di legge – dettato dall'art. 108 primo comma, Cost., al fine di garantire l'indipendenza dell'ordine giudiziario e che conseguentemente rimette alla legge il compito di fissare i criteri generali di valutazione e selezione degli aspiranti agli incarichi direttivi e le conseguenti modalità della nomina – non comporta che i detti criteri devono essere così analiticamente e dettagliatamente fissati dal legislatore da rendere meccanicistica e meramente esecutiva la concreta attività di selezione del personale di magistratura da proporre agli uffici direttivi né con detto principio può ritenersi contrastante il rispetto dovuto alle delibere e alle circolari del Csm, di cui è costituzionalmente legittimo l'intervento integrativo ed anche suppletivo nell'indicazione dei principi specifici per la scelta dei magistrati da ritenere idonei allo svolgimento dell'incarico".

¹²⁵ Sui rischi di questa previsione v. O. CIVITELLI, *La giustizia e la performance*, cit., p. 88, per la quale "la legge delega inserisce un ulteriore elemento di criticità costituito, nell'apprezzamento del parametro della capacità, dall'acquisizione a campione, da parte dei consigli giudiziari, dei provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato nelle fasi o nei gradi successivi. La previsione, infatti, apre la strada a un vaglio sulla conformità del lavoro del magistrato, nel suo sviluppo tra le diverse fasi e i diversi gradi, che è fuori dal nostro sistema poiché questo garantisce, attraverso i rimedi processuali, fisiologici margini di variabilità, di evoluzione e anche di verifica del contenuto dei provvedimenti. Questo è il modo in cui funziona e si forma la giurisprudenza".

¹²⁶ L'emendamento, pubblicato nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 21/09/2023 (n. 170) riferito al C. 1373, è stato presentato alla Camera dagli On.li Enrico Costa e Maria Elena Boschi ed approvato nella seduta del 27 settembre 2023.

¹²⁷ Conferma questa prospettiva l'intervista rilasciata dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio a V. PICCOLILLO, *Corretto valutare i pm. Il test psicoattitudinale? Non è uno scandalo, ma il tema è delicatissimo*, in *Corriere della Sera* 29 novembre 2023. Alla domanda "Le «pagelle» non spingeranno i magistrati a puntare al risultato facilmente raggiungibile senza osare di più nella difficile ricerca della verità?", il Ministro risponde: "No. Le cosiddette pagelle sono valutazioni fatte dal Csm, in piena e assoluta indipendenza, e quindi sono una dimostrazione della nostra sensibilità sull'autonomia della magistratura. Ma poiché i pm hanno il potere di imbastire indagini talvolta lunghe e costose, che distruggono la vita e le finanze delle persone, e poi si concludono nel nulla, è ragionevole che si valutino anche i risultati delle loro inchieste. Guardiamo agli Stati Uniti, dai quali il codice attuale,

Alla stessa prospettiva richiamata, dell'irrigidimento con disposizione legislativa di previsioni prima inserite nella Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, va iscritta, poi, la nuova disciplina del rapporto fra procedimento disciplinare e valutazione di professionalità di cui all'art. 3, lett. i) n. 4, per il quale "i fatti accertati in via definitiva in sede di giudizio disciplinare" devono essere "oggetto di valutazione ai fini del conseguimento della valutazione di professionalità successiva all'accertamento, anche se il fatto si colloca in un quadriennio precedente, ove non sia già stato considerato ai fini della valutazione di professionalità relativa a quel quadriennio"¹²⁸. Occorre preliminarmente notare come già l'art. 11 del D.Lgs. n. 160 del 2006 prevedeva (e prevede), al comma 4, che il Consiglio giudiziario, nel predisporre il parere da inviare al CSM, debba acquisire e valutare, fra l'altro, "le informazioni disponibili presso il Consiglio superiore della magistratura e il Ministero della giustizia, anche per quanto attiene agli eventuali rilievi di natura contabile e disciplinare". Nel precisare l'ambito applicativo e intertemporale di questa disposizione, la Circolare CSM n. 20691 dell'8 ottobre 2007, al Capo II n. 6, pur limitando la valutazione di circostanze relative alla vita privata del magistrato, precisa "salvo che siano provvisti di rilievo ai fini dell'art. 2 R.D.L. 31 maggio 1946, n. 511, disciplinare o penale; in questi casi, il Consiglio giudiziario o il Consiglio direttivo della Corte di Cassazione ne verificano l'incidenza sulle qualità professionali del magistrato, anche con riferimento al profilo dell'attualità qualora si tratti di elementi relativi a periodi

firmato da Giuliano Vassalli, eroe delle Resistenza, ha preso esempio. Se il procuratore distrettuale perde una serie di processi, viene spedito a casa dagli elettori".

¹²⁸ In generale sul tema v. S. PERELLI, *L'impatto della Riforma Cartabia sul procedimento disciplinare*, in *Questione giustizia*, 2022, fasc. 2-3. Sul rapporto fra i due giudizi vedi T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 03/10/2022, n. 12511, per il quale "Il procedimento disciplinare è del tutto differente da quello per la valutazione di professionalità del magistrato; il primo mutua un'ottica processuale e si conclude, all'esito dell'istruttoria, con una affermazione di colpevolezza ovvero di proscioglimento dell'incolpato. Il secondo procedimento è del tutto indipendente e, nel suo ambito, ben possono essere valorizzati gli stessi fatti storici emersi in un giudizio disciplinare esitato in un'assoluzione, i quali vengono riguardati sotto altra prospettiva, nella misura in cui da essi si possa dedurre un'incidenza negativa sulla valutazione di professionalità del soggetto". Conf. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 04/10/2022, n. 12567, per il quale "Non vi è alcuna pregiudizialità tra procedimento disciplinare e/o penale e la periodica valutazione professionale del magistrato. Si tratta di procedimenti ontologicamente differenti e autonomi tra loro. Solo in ipotesi tipiche è oggi prevista la facoltà ovvero, talvolta, l'obbligo di sospendere la procedura di valutazione. Del resto, il procedimento sulla progressione in carriera è finalizzato a verificare il profilo professionale del giudice, così come risultante dal comportamento giudiziario ed extra giudiziario, e si incentra su di una valutazione globale e complessiva della figura del giudice (che tenga conto di tutti i fatti e gli atti acquisiti al fascicolo personale), la quale si pone come un giudizio a sé totalmente indipendente. Il C.S.M. mantiene un'autonomia valutativa sulla professionalità, senza incontrare pregiudiziali o vincoli che derivino dagli altri procedimenti ed anzi potendo riqualificare i fatti emersi in sede disciplinare e/o penale, declinandoli in ragione della peculiarità del vaglio *de quo*. Si tratta, cioè, di un giudizio globale, che si incentra su di una ponderazione degli elementi positivi e negativi e che esclude ogni automatismo che possa inferirsi dagli esiti disciplinari o penali, potendo tuttavia l'Organo apprezzare i fatti storici emersi onde verificare la loro incidenza sulla progressione di carriera del magistrato".

oggetto di pregresse valutazioni". Commentando questa previsione vi è chi ha rilevato che "Tale evenienza può considerarsi naturale laddove nel quadriennio in valutazione sia intervenuta la sentenza di condanna pur se i fatti ascritti riguardino quadrienni precedenti e gli stessi vengano valutati la prima volta"¹²⁹. Dunque, nulla di nuovo sotto il sole, se si esclude la novità per cui l'incidenza dei fatti accertati in via disciplinare oggi risulta più circoscritta temporalmente, nella misura in cui l'aver già considerato questi fatti ai fini della valutazione di professionalità relativa a precedenti quadrienni ne impedisce la considerazione ulteriore per il futuro (non necessariamente, tuttavia, si ritiene che questo vincolo temporale sussista per il conferimento degli incarichi direttivi o semi-direttivi)¹³⁰. Si ritiene, però, che questa impostazione dovrebbe precludere, per il futuro, quell'orientamento giurisprudenziale, per il quale le decisioni disciplinari non vincolano il CSM nella valutazione di professionalità dei magistrati, nella misura in cui occorre quanto meno ottemperare all'onere di motivazione circa l'irrelevanza delle stesse¹³¹.

Completa il quadro della riforma la predisposizione di uno strumento indispensabile per la registrazione e la consultabilità del percorso professionale del magistrato: il cd. "fascicolo della *performance*". La lett. h) dell'art. 3, infatti, prevede la tenuta di un incartamento ulteriore rispetto al "fascicolo personale" del magistrato, comprensivo di tutte le valutazioni ricevute dal magistrato stesso durante la sua carriera, di cui tener conto non solo per le valutazioni quadriennali di professionalità quanto anche per il conferimento degli incarichi direttivi e

¹²⁹ G. CIRIELLI, *La rilevanza dei precedenti disciplinari nell'ordinamento giudiziario, in assenza della riabilitazione disciplinare*, in *www.rivistaildirittovivente.it* del 22 marzo 2021, il quale aggiunge, inoltre, che "Invece, in via ordinaria, se i fatti di rilievo disciplinare verificatisi in un quadriennio non siano ancora stati accertati dalla Sezione Disciplinare, il Capo XII detta le norme sul rapporto tra valutazioni di professionalità e procedimenti disciplinari (e penali) pendenti, stabilendo la sospensione obbligatoria della procedura di valutazione di professionalità in caso siano adottate talune misure cautelari nell'ambito del procedimento disciplinare, ovvero la sospensione facoltativa in tutti gli altri casi di pendenza di procedimento, se l'accertamento dei fatti oggetto di quel procedimento incida sulla definizione della procedura di valutazione della professionalità".

¹³⁰ Alla stessa funzione tende anche l'istituto della riabilitazione, di recente introdotto dal nuovo articolo 25-bis del decreto legislativo n. 109/2006, per il quale il magistrato condannato in sede disciplinare può accedere alla riabilitazione con l'effetto della perdita di efficacia della condanna nel caso di irrogazione della sanzione dell'ammonizione, dopo tre anni dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile (cinque anni nel caso di censura), a condizione che abbia conseguito la successiva valutazione di professionalità. V., in proposito, G. CAMPANELLI – S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura*, cit., p. 150.

¹³¹ Si deve richiamare, in ogni caso, quel filone giurisprudenziale amministrativo che esprime un particolare rispetto nei confronti delle decisioni del CSM, considerate oggetto di controllo solo sotto la lente del parametro di ragionevolezza: T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 03/10/2022, n. 12511: "Il sindacato giurisdizionale sulla valutazione di professionalità del magistrato ad opera del C.S.M. si arresta a uno scrutinio estrinseco, non sostitutivo, nei limiti in cui non siano ravvisabili palesi illogicità ovvero manifesti travisamenti di fatti; evenienze che non ricorrono nel caso di specie".

semidirettivi. La disposizione in commento prevede che il fascicolo debba essere corredato, «per ogni anno di dati statistici e la documentazione necessari per valutare il complesso dell'attività svolta, compresa quella cautelare, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, la tempestività nell'adozione dei provvedimenti, la sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio, nonché ogni altro elemento richiesto ai fini della valutazione»¹³².

Ovviamente, la riforma in corso è complessa e prevede ulteriori aspetti, anche di natura procedurale, che meriterebbero una riflessione, certo non possibile in questa sede. La stessa riforma dell'accesso alla magistratura, comportando una riduzione dell'età media dei magistrati, dovrebbe, come è stato rilevato, favorire «una nuova leva di magistrati, maggiormente abituati alla logica dell'efficienza»¹³³. Ma la tendenza segnalata di vincolare il CSM ad una serie di parametri possibilmente misurabili ed oggettivi, limitandone ulteriormente la discrezionalità e provando, così, a ridimensionare il peso delle correnti all'interno dell'organo¹³⁴, nonché la tendenza del legislatore di riappropriarsi di spazi normativi fino ad oggi occupati dall'autonomia normativa del CSM¹³⁵, mi pare siano fra le chiavi di lettura più significative dell'intervento riformatore, andando a consolidare la qualificazione «efficiente» della professionalità del magistrato, non più solo

¹³² Considerazioni al riguardo si trovano in V. G. SCARSELLI, *Note de iure condito e de iure condendo sulla valutazione di professionalità dei magistrati*, in A. CIRIELLO – G. GRASSO – F. DAL CANTO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Quaderni della Scuola superiore della magistratura, n. 9, Roma, 2022, pp. 67 ss.; R. MAGI – D. CAPPUCCIO, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Questione giustizia*, 2022, fasc. 2/3, pp. 77 ss.

¹³³ Sulla riforma dell'accesso alla magistratura v. G. CAMPANELLI – S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura*, cit., pp. 145 s.

¹³⁴ Peraltro, la tendenza a vincolare la discrezionalità del CSM era già in atto prima della riforma Cartabia, notandosi in dottrina come già il Testo unico «ha proposto una serie di modifiche piuttosto rilevanti, che, di fatto, perseguono l'intento (forse non di modificare, ma sicuramente) di guidare meglio l'esercizio della funzione del Consiglio nell'attribuzione degli incarichi direttivi e semidirettivi». Cfr. G. CAMPANELLI, *Il CSM e il conferimento degli incarichi direttivi*, in *Foro it.*, 2019, p. 83. Più avanti lo stesso A. nota: «appare chiara la volontà di veicolare l'attività del consiglio secondo parametri molto specifici, che non si prestino a generiche e quindi eccessivamente discrezionali interpretazioni, per giungere ad una valutazione comparativa che non sia altro se non una oggettiva applicazione dei criteri ricordati e di quelli richiamati nella fase della comparazione e che conduca all'identificazione del candidato migliore, il più idoneo da proporre all'ufficio». *Idem*, pp. 86 ss.

¹³⁵ Che sia questa una chiave di lettura dell'intervento riformatore è sostenuto da F. DEL CANTO, *Disposizioni sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, in *Foro It.*, 2023, n. 2, p. 46, per il quale «il contenuto della delega ha ridefinito in più parti gli spazi del potere normativo del CSM, delimitandone l'esercizio. Si pensi ai profili dell'organizzazione tabellare (...), ai criteri per il conferimento degli uffici direttivi e delle funzioni di legittimità, al funzionamento dei consigli giudiziari per la partecipazione al circuito del governo autonomo, con una valorizzazione dell'apporto del consiglio dell'ordine degli avvocati».

affidata all'autogoverno limitato della magistratura, ma a previsioni più stringenti, legislativamente previste e come tali anche più controllabili in sede di giudizio amministrativo.

Si tratta di una tendenza che attende di essere verificata, ovviamente, sul banco di prova dei decreti attuativi della riforma Cartabia, i quali, tuttavia, non potranno, pena la loro incostituzionalità, tradire l'impostazione di fondo della legge delega.

4. In conclusione, appare necessario riflettere sulla chiave di lettura dell'evoluzione segnalata nella professionalità del magistrato, che non pare possa considerarsi solo il frutto di pressioni eteronome, come è il caso del rispetto degli impegni assunti a livello euro-unitario per l'ottenimento dei fondi del PNRR.

Questa riflessione affronta un tipico tema di "diritto pubblico", ovvero afferente a quella branca scientifica del diritto, ahimè a rischio di estinzione nell'ordinamento universitario italiano nell'ambito del processo di riordino dei gruppi e dei settori scientifico-disciplinari avviato con l'art. 15 del D.L. 30 aprile 2022, n. 36, che si propone di approfondire istituti di diritto positivo, superando gli steccati delle discipline di settore, per rileggerli nell'ottica della Costituzione¹³⁶.

Ebbene, nell'ambito del diritto pubblico, meriterebbe uno studio specifico e ben più approfondito di quello che in questa sede è concesso l'ipotesi di ricerca secondo cui, anche grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale in applicazione del principio di ragionevolezza¹³⁷, si stia invero un processo di progressiva omogeneizzazione di settori dell'ordinamento giuridico solo apparentemente distanti, cui trovano applicazione i medesimi principi, che lentamente consentono di superare le specificità di disciplina, non dettate da esigenze peculiari proprie di ciascuno di essi. Il fenomeno di fatto incide su una delle essenziali caratteristiche dei moderni ordinamenti costituzionali: il principio di separazione

¹³⁶ Nel caso della magistratura, il rilievo costituzionale del tema è da ultimo sottolineato da F. BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, in *Federalismi*, 2023, n. 6. Peraltro, esso si presenta con particolare evidenza nella recente esperienza di altri Stati, come dimostra la dura contrapposizione registratasi di recente in Israele su cui v. L. PIERDOMINICI, *La proposta di judicial overhaul in Israele: L'ultima frontiera costituzionale?* in *PasSaggi Cost.*, 2023, n. 1, pp. 517 ss. D'altronde, che interventi limitativi dell'indipendenza della magistratura possano compromettere i sistemi democratici è evidenziato anche nelle riflessioni di E. CAMPELLI, *Le ipotesi di "judicial overhaul" in Israele. Riflessioni comparate sulla potenziale regressione delle democrazie anche alla luce dei casi di Polonia e Ungheria*, in *Federalismi*, 2023, n. 7, pp. 15 ss.

¹³⁷ Sulla funzione della ragionevolezza di omogeneizzazione dell'ordinamento v. E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011 e F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

dei poteri¹³⁸. Se, infatti, l'approdo alla modernità fu rappresentato dalla conquistata autonomia prima della *iurisdictio* dal *gubernaculum*¹³⁹ e poi della legislazione dall'amministrazione del sovrano, attraverso l'affermazione del principio di legalità, la post-modernità ha conosciuto spesso la sovrapposizione e la confusione dei poteri, nonché, da ultimo, il delineato processo di omogeneizzazione delle diverse pubbliche funzioni, ricondotte a regole comuni, per lo più nell'ottica assolutamente condivisibile di ottenere una sempre più ampia rilevanza giuridica (e controllabilità) dell'*agere pubblico*¹⁴⁰.

Potrebbero farsi diversi esempi di questa tendenza, ma certamente fra i più emblematici, perché investono il *modus operandi* dei pubblici poteri, sono l'applicazione del principio partecipativo tanto al processo (cd. "giusto processo"), quanto al procedimento amministrativo (cd. "giusto procedimento") e, da ultimo, all'*iter legis* (cd. "giusto procedimento legislativo")¹⁴¹; ovvero l'individuazione dello stesso limite per ogni forma di discrezionalità (quella amministrativa, quella dei giudici e quella del legislatore) nel principio di ragionevolezza e proporzionalità, destinato prima o poi ad implicare l'applicazione dell'onere motivazionale anche all'esercizio del potere legislativo (come già accade da tempo per le sentenze dei giudici e, più di recente, per i provvedimenti amministrativi),

¹³⁸ Sul quale v., da ultimo, P. PASQUINO, *La separazione dei poteri*, cit., pp. 3 ss.; G. D'AMICO – D. TEGA, *La costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2023, n. 1, pp. 89 ss.

¹³⁹ La distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, tradizionalmente è fatta risalire a Henry de Bracton (C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern*, New York, 1947, trad. italiana *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia, 1956. Sul pensiero di Bracton si veda anche J.F. SPITZ, *Lex supra regem chez Henry de Bracton: le sens d'un principe*, in *Droits*, n. 31, 2000, pp. 159 ss.). Secondo il giurista inglese del XIII secolo, era possibile distinguere una potestà regia espressione del potere supremo di governo (*gubernaculum*) da una potestà espressione dell'amministrazione della giustizia (*iurisdictio*): nella prima il sovrano doveva considerarsi del tutto libero e insindacabile, se non al cospetto di Dio (*sub Deo*, ma non *sub lege*); nella seconda, il sovrano era comunque tenuto all'osservanza delle leggi del regno, quantomeno nel senso del rispetto delle consuetudini storicamente consolidate (*sub Deo*, ma anche *sub lege*).

¹⁴⁰ Sulla nozione di funzione, come attività rilevante in quanto controllabile si veda, valendo, M. GALDI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 182 ss.

¹⁴¹ È difficile individuare in quale settore della pubblica funzione il principio sia maturato anteriormente. Certamente, una prima traccia si rinviene nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, che prevede il "Diritto ad un processo equo".

Sul piano della giustizia costituzionale italiana, invece, si ritiene che il principio sia stato enucleato per la prima volta da C. cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 126 ss., con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, *ivi*, pp. 130 ss. Al punto 1 del considerato in diritto, infatti, si legge: "Questo principio generale consiste nella esigenza del giusto procedimento. Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie

luogo nel quale la ragionevolezza della scelta possa più chiaramente estrinsecarsi¹⁴². Né sfugge a questa tendenza lo specifico settore della gestione delle procedure relative allo *status* ed alla carriera dei magistrati, se la stessa l. n. 71 del 2022 richiama espressamente la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/90), ad esempio, per il conferimento delle funzioni giudicanti e requirenti di legittimità (art. 2, comma 3)¹⁴³.

ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico". Sul giusto procedimento, fra le riflessioni più risalenti in dottrina, oltre al notissimo commento di Crisafulli, si segnalano le riflessioni di A. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e costituzione*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, n. 3, 1, pp. 277 ss.; A. ROMANO, *Vincoli urbanistici e programmi di fabbricazione: un problema superato*, in *Le Regioni*, 1978, nn. 3-4, pp. 695 ss.; G. LOMBARDI, *Espropriazione dei suoli urbani e criterio del due process of law*, in *Giur. cost.*, 1980, nn. 2-4, 1, pp. 481 ss.; M. LUCIANI, *Misura dell'indennizzo e "diritto" di edificare*, in *Diritto e società*, 1980, n. 2, pp. 299 ss., che analizzano successive decisioni della Consulta (C. cost., 19 maggio 1978, n. 23 e C. cost., 25 gennaio 1980, n. 5). Sul rapporto fra giusto procedimento e giudizio amministrativo ci si permette di richiamare anche M. GALDI, *Legge sul procedimento e giudizio amministrativo. Profili costituzionali*, in *Giur. It.*, 1992, n. 5, 4, pp. 226 ss., nonché Id., *Il principio costituzionale del giusto procedimento dall'esigenza garantista a quella istruttoria*, in *Quad. Reg.*, 2009, pp. 525 ss.

Viceversa, si rinviene nella giurisprudenza costituzionale il riferimento al "giusto processo" per la prima volta in C. cost., 5 luglio 1968, n. 86 (presidente Sandulli), che, nel punto 5 delle considerazioni in diritto, utilizza indifferentemente le espressioni "giusto processo" e "giusto procedimento"; anche se più significativa (e commentata in dottrina) è C. cost. 22 dicembre 1980, n. 188, ove il riferimento al "giusto processo" si fa derivare direttamente dall'*égalité des armes* della CEDU: "Invero, la disposizione in parola vuole concorrere alla definizione di un 'giusto processo', di un 'equo processo' fondato, tra l'altro, sulla uguaglianza delle parti, sulla '*égalité des armes*', come si è espressa la Commissione Europea dei diritti dell'uomo". Fra le riflessioni più risalenti in tema di "giusto processo", si rinvia a M. CHIAVARIO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, n. 3, pp. 661 ss. e ad A. CERRI, *Spunti in tema di eguaglianza e di "giusto processo" a proposito di una (non condivisa) sentenza della Corte Costituzionale sul regime delle notificazioni in ipotesi di litisconsorzio nelle fasi di gravame delle controversie relative agli usi civici*, in *Giur. cost.*, 1988, n. 2, pp. 725 ss.

Il tema è, infine, solo da ultimo approdato sul piano legislativo, non sembrando irragionevole individuare il *dies a quo* del principio del "giusto procedimento legislativo" nella riforma regolamentare della Camera del 1997 sull'istruttoria del procedimento. Richiama la recente giurisprudenza costituzionale in tema S. CURRERI, *Parlamento e Corte costituzionale*, in *Dir. cost.*, 2022, n. 3, pp. 63 ss. V., inoltre, A. MANZELLA, *Dai Regolamenti del 1971 al giusto procedimento legislativo: un'introduzione*, in *Quad. cost.*, 2021, n. 3, pp. 525 ss.; G. LASORELLA, *Le garanzie interne al giusto procedimento legislativo. Presidente d'Assemblea e Comitato per la legislazione*, *ivi*, pp. 551 ss.; M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 573 ss.; C. FASONE, *Pubblicità, trasparenza, apertura: quale impatto sul giusto procedimento legislativo?*, *ivi*, pp. 599 ss.; M. CONTIERI, *"Giusto procedimento legislativo" e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *federalismi.it*, 2019, n. 16; A. RUGGERI, *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, pp. 597 ss.; S. CURRERI, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del "giusto procedimento legislativo": tanto tuono che piovve?*, in *Quad. cost.*, 2016, n. 2, pp. 369 ss.; R. DICKMANN, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. Parl.*, 2000, n. 1, pp. 207 ss.

¹⁴² M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

¹⁴³ Quanto al procedimento, da segnalare il rinvio all'art. 1, comma 1, lett. a), e dunque l'espressa previsione di applicazione dei principi di cui alla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 3, lett. n).

Già nella Relazione del ministero della giustizia per l'anno 2021, predisposta in occasione

Invero, accanto al principio partecipativo ed a quello di ragionevolezza, si potrebbe fare un'ampia rassegna degli ulteriori elementi omogeneizzanti: è questo, ad esempio, il caso della lotta alla corruzione, che può interessare, ahimè, ogni pubblica funzione¹⁴⁴. Emblematico, con riferimento al potere giudiziario, è il caso della previsione nell'art. 38 della l. n. 71/2022 di una serie di conseguenze sfavorevoli a carico dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura cessati dalla carica: i magistrati che si trovino in questa condizione, infatti, non potranno, per quattro anni, proporre domanda per un ufficio direttivo o semidirettivo, salvo fosse stato ricoperto in precedenza, e non potranno, per due anni, essere collocati fuori ruolo, se non per lo svolgimento di funzioni elettive. In dottrina si è ritenuto che questa disposizione abbia una "ispirazione quasi punitiva"¹⁴⁵. Viceversa, essa sembra piuttosto applicazione della regola del *pantouflage* o del *revolving doors*, previsto per i dipendenti della pubblica amministrazione nell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 al comma 16-ter (come

dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022, si sottolineava la presenza del tema nel progetto di riforma trattandosi del "settore nel quale maggiormente si sono evidenziati i problemi di funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, (...) rappresentato dalla selezione dei vertici degli uffici". Nel dettaglio, all'interno della Relazione gli obiettivi dell'intervento venivano così sintetizzati: trasparenza, partecipazione ed efficienza del sistema di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, attraverso l'introduzione di più rigorosi vincoli procedurali, la valorizzazione della partecipazione nel procedimento di tutti gli attori interessati al servizio giustizia (avvocatura, magistrati, personale amministrativo); la pubblicità del procedimento (richiamando la legge 241/1990 e prevedendo la pubblicità di tutti gli atti del procedimento); la ridefinizione dei requisiti di accesso alla dirigenza con maggiore valorizzazione del criterio di anzianità.

¹⁴⁴ Atitolomeramente indicativo di come il fenomeno, oltre che notoriamente la pubblica amministrazione, riguardi il potere giudiziario e quello legislativo, si rinvia a P. ASTORINA MARINO – F. CENTONZE, *Corruzione e inaffidabilità giudiziari testimoni. Una revisione critica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2022, n. 3, pp. 88 ss. ed a M. C. UBIALI, *Corruzione del parlamentare: attualità, tendenze e prospettive, a trent'anni da Tangentopoli*, in *Diritto penale e processo*, 2022, n. 2, pp. 252 ss. In particolare, interessanti sono le recenti segnalazioni operate dal Greco (Gruppo di Stati contro la corruzione composto da 49 Stati membri del Consiglio d'Europa), che chiede all'Italia un potenziamento delle misure di prevenzione della corruzione anche con riferimento ai parlamentari. Richiama le sollecitazioni emerse in seno all'Assemblea plenaria del Greco tenutasi a Strasburgo dal 22 al 25 marzo 2021 B. L. MAZZEI, *Giudici in politica e indipendenza dei parlamentari: Italia indietro nella lotta alla corruzione*, in *Sole 24 Ore* del 13 maggio 2021.

¹⁴⁵ G. CAMPANELLI – S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura*, cit., p. 158. Si segnala, in ogni caso, che in passato era comunque già previsto il divieto per i componenti togati del Consiglio superiore della magistratura di assumere incarichi direttivi e fuori ruolo per l'intervallo temporale di un anno dalla scadenza del mandato. Questa previsione, tuttavia, era stata abrogata dal comma 469 della legge di Bilancio per il 2018, la l. 27 dicembre 2017, n. 205.

¹⁴⁶ Si tratta di un vincolo per tutti i dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle P.A., di non poter svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. Alla base di tale divieto si ravvisa il principio costituzionale di trasparenza, imparzialità, buon andamento e di quello che impone ai pubblici impiegati esclusività del servizio a favore dell'Amministrazione. Il divieto di *pantouflage* o *revolving doors* ("porte girevoli") intende prevenire uno scorretto esercizio

modificato dalla l. n. 190/2012)¹⁴⁶, essendo evidente che un magistrato membro del CSM, soprattutto in virtù dell'associazionismo fra magistrati, che continua di fatto ad incidere sull'elezione dell'organo¹⁴⁷, abbia tutti gli strumenti per ingraziarsi i futuri membri dell'organo stesso, cui compete il conferimento degli incarichi di direzione, ovvero il potere politico, che potrebbe, in cambio di condotte compiacenti, conferire incarichi comportanti il collocamento fuori ruolo; rinvenendosi, quindi, nella disposizione censurata, la stessa *ratio* della disciplina prevista dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001¹⁴⁸.

Se l'omologazione della funzione pubblica, nei casi cui si accennava, è espressione dell'applicazione di diverse logiche, sia pure riconducibili alla comune esigenza di renderla maggiormente controllabile ovvero di prevenirne la devianza, ulteriormente diversa è la logica che si coglie nella più recente evoluzione dell'istituto della valutazione dei magistrati, potendosi individuare nel principio di efficienza, maturato nell'azienda privata e traslato alla pubblica amministrazione nell'ultimo decennio del XX secolo e, da ultimo, applicato anche ai giudici¹⁴⁹. Qui, infatti, il fondamento dell'istituto è piuttosto rinvenibile nella necessità di rendere efficienti i pubblici poteri, che si afferma in Europa soprattutto a partire dall'adozione del Trattato di Maastricht, con la prospettiva di approdare alla moneta unica, da conseguire attraverso un processo di transizione delle economie nazionali verso l'Unione economica e monetaria. Nella prospettiva segnalata, infatti, non c'è più spazio per l'inefficienza della pubblica amministrazione o dell'apparato giudiziario, imponendosi la necessità, per il corretto funzionamento del mercato, di una "giustizia manageriale", espressione di quella "razionalità neoliberista, nella quale il mercato non è solo un sistema di regolazione dei rapporti economici, ma più generalmente una forma politica di organizzazione della convivenza"¹⁵⁰.

A questa logica, riprendendo il ragionamento sull'omogeneizzazione della pubblica funzione, sembrerebbe refrattario il potere legislativo, se è vero che, almeno in passato, la prudenza e la riflessione è stata autorevolmente invocata come

dell'attività istituzionale da parte del dipendente pubblico, ponendosi l'obiettivo di evitare situazioni di conflitto d'interessi. In proposito si rinvia a G. SIRIANNI, *Il "pantouflage" pubblico-privato*, in *Diritto Pubblico*, 2019, n. 1, pp. 251 ss. e I. A. NICOTRA, *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, in *Consulta online*, 4 aprile 2020, pp. 18 ss.

¹⁴⁷ Considera "ineliminabile" il fenomeno R. ROMBOLI, in questa Rivista, pp. 198 ss.

¹⁴⁸ Si ritiene in proposito che la differenza temporale del divieto (4 anni e non tre, come per la pubblica amministrazione) è parametrata alla durata del mandato del CSM.

¹⁴⁹ V., *retro*, § 3.

¹⁵⁰ E. TARQUINI, *L'efficienza del giudice del lavoro tra effettività dei diritti e misurabilità dei risultati*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 2-3, p. 549. Di recente analizza l'influenza del pensiero neoliberale sul diritto pubblico il numero monografico della *Rassegna di diritto pubblico europeo* curato da C. IANNELLO, con il titolo *Neoliberalismo e diritto pubblico*, 2020, n. 1.

connotato proprio di questo delicato potere¹⁵¹. Eppure, si colgono i primi segnali di estensione del valore dell'efficienza anche al potere legislativo, nelle tesi di quanti sostengono il monocalameralismo, auspicato proprio per favorire risposte più celeri, per far fronte alle stringenti necessità del tempo presente¹⁵²; ovvero nelle argomentazioni di chi ha sostenuto la necessità di ridurre il numero dei parlamentari¹⁵³; ma anche – e direi soprattutto – nella cospicua sottrazione di spazi regolatori, in materia economica, ad opera delle sempre più numerose Autorità amministrative indipendenti¹⁵⁴, nonché nella progressiva semplificazione normativa e conseguente delegificazione, che amplia gli spazi di intervento per il decisionismo dell'Esecutivo.

Per la verità, la parola “efficienza” nella riforma Cartabia è usata solo 2 volte: nell'art. 8, che modifica l'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, aggiungendo all'articolo 7-ter il comma 2-bis, per il quale “Il dirigente dell'ufficio deve verificare che la distribuzione dei ruoli e dei carichi di lavoro garantisca obiettivi di funzionalità e di *efficienza* dell'ufficio e assicuri costantemente l'equità tra tutti i magistrati dell'ufficio, delle sezioni e dei collegi”¹⁵⁵; ma soprattutto nell'art. 1, che finalizza l'importante delega affidata al Governo, “alla trasparenza e all'*efficienza* dell'ordinamento giudiziario”. Peraltro, diffusi nel testo della legge sono i riferimenti a parole come “merito”, “attitudini”, “valutazione”, “buon funzionamento”, che richiamano l'approccio efficientista, informando tutta la riforma, come evidenziano, peraltro, molteplici contributi scientifici che l'hanno fino ad ora analizzata¹⁵⁶.

¹⁵¹ Basti ricordare come il ruolo della seconda Camera fosse considerato quello di un *cabinet de réflexion*.

¹⁵² C. DE FIORES, *Profili teorici e tendenze attuali del monocalameralismo*, in *Costituzionalismo*, 2022, n. 3, 1, pp. 1 ss.

¹⁵³ C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Oss. cost.*, 2020, n. 3, pp. 69 ss. specialmente § 4, non a caso intitolato: “Argomenti a sostegno della riforma: ‘cavallo magro corre più forte e salta più in alto’”.

¹⁵⁴ F. L. MAGGIO, *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, 2021, n. 10, pp. 125 ss.

¹⁵⁵ In vero, non mancano nell'ordinamento ulteriori riferimenti al compito di rendere efficiente il sistema, in capo tanto al magistrato capo dell'ufficio giudiziario che ai dirigenti amministrativi. Si fa, per esemplificare, il caso del D. Lgs. 25 luglio 2006, n. 240 (recante “Individuazione delle competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari nonché decentramento su base regionale di talune competenze del Ministero della giustizia, a norma degli articoli 1, comma 1, lettera a), e 2, comma 1, lettere s) e t) e 12, della legge 25 luglio 2005, n. 150”) il cui art. 1-ter espressamente prevede: “Il magistrato capo dell'ufficio giudiziario è tenuto a comunicare al Ministro della giustizia, esclusivamente per via informatica e con cadenza trimestrale, i dati relativi all'andamento dell'organizzazione dei servizi giudiziari individuati dallo stesso Ministro, sentito il Consiglio superiore della magistratura, al solo fine di monitorare la produttività dei servizi stessi. I dati trasmessi sono comunicati al Consiglio superiore della magistratura e possono essere pubblicati in forma sintetica nel sito internet del Ministero della giustizia”.

¹⁵⁶ A titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, si citano: L. FORTE, *L'udienza predibattimentale: tra “nuova” regola di giudizio ed efficienza nel “sistema Cartabia”*,

È parimenti evidente, però, che non sia possibile applicare del tutto la logica efficientista ad attività complesse e delicate, come quelle poste in essere dai giudici, che devono ispirarsi prevalentemente a valori ulteriori di indipendenza, imparzialità, legalità, equilibrio, ecc. Non va mai dimenticato, infatti, che la vera vocazione della funzione giudiziaria è l'attuazione dell'ordinamento e derivate efficientiste corrono il rischio di pregiudicarla gravemente¹⁵⁷. Come si è scritto, infatti, il rischio dell'attuale situazione è che "il senso della giurisdizione come garanzia dei diritti, soprattutto di quelli fondamentali" (...) sia "negletto e mortificato, poiché non importa la buona decisione, ma solo l'eliminazione della questione dal flusso dei procedimenti"¹⁵⁸.

in *Diritto penale e processo*, 2023, n. 3, pp. 456 ss.; A. GIUSSANI, *Udienza cartolare ed efficienza della giustizia: l'oralità e la riforma del processo civile*, in *Giur. It.*, 2023, n. 2, pp. 350 ss.; V. FINOCCHIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici: uno strumento davvero efficace?*, in *Foro It.*, 2023, n. 2, 3, pp. 90 ss.; G. POSITANO, *La formazione dei dirigenti da parte della Scuola superiore della magistratura*, in *Foro It.*, 2023, n. 2, 5, pp. 98 ss.; B. NACAR, *Riforma Cartabia e riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo*, in *Diritto penale e processo*, 2023, n. 1, pp. 166 ss.; F. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "riforma Cartabia"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, n. 1, pp. 159 ss.; A. SCCELLA, *La riforma Cartabia del processo penale: spinte efficientistiche e questioni irrisolte*, in *Diritto penale e processo*, 2022, n. 2, pp. 1133 ss.; A. MARANDOLA, *2022 e la mutazione genetica del processo: dalla cessazione dell'emergenza al passaggio (automatico) all'efficienza*, in *Diritto penale e processo*, 2022, n. 5, pp. 573 ss.; A. PULVIRENTI, *Dalla "Riforma Cartabia" una spinta verso l'efficienza anticognitiva*, in *Processo penale e Giustizia*, 2022, n. 3, pp. 631 ss.; R. RIZZUTO, *L'efficienza costituzionalmente orientata e la "digital transformation" della giustizia penale*, in *Processo penale e Giustizia*, 2022, n. 3, pp. 767 ss.

¹⁵⁷ Indagando il tema, distingue cinque criteri in base ai quali verificare se l'amministrazione della giustizia è in grado di soddisfare i suoi utenti in termini di efficienza S. CHIARLONI, *Riforma dell'ordinamento giudiziario, efficienza nell'amministrazione della giustizia, indipendenza della magistratura*, in *Diritto pubblico*, 2003, n. 2, pp. 353 ss. L'A. individua tre criteri qualitativi e due quantitativi: "La garanzia di accesso anche ai cittadini poveri. Il controllo e la difesa della legalità nel rispetto del principio costituzionale d'uguaglianza. La capacità di pervenire a decisioni giuste quando non sia possibile raggiungere soluzioni accettate dalle parti. La ragionevolezza delle durate processuali. La non eccessività dei costi, pubblici e privati". Ma poi conviene che il "perseguimento della giustizia delle decisioni" costituisca lo "scopo ultimo del processo giurisdizionale". *Ibidem*, p. 354.

¹⁵⁸ E. TARQUINI, *L'efficienza del giudice del lavoro*, cit., p. 550. La stessa A. stigmatizza, richiamando Garapon, il rischio "che l'attività giudiziaria diventa «un prodotto in quell'immensa azienda di servizi a cui ormai è assimilato lo Stato». È la giustizia manageriale di cui parla Garapon, della quale dovrebbero apparire evidenti i rischi di svalutazione non solo dell'aspetto simbolico della giurisdizione, ma anche della formazione del sapere del giudice, e poi del suo giudizio, nella ricerca, nel dubbio e nella condivisione. Nel modello manageriale, al contrario, il giudice «scopre una nuova fonte di pressione, la pressione dei numeri e la pressione del processo, ciò che i sociologi definiscono *path dependence*, ossia la sentenza indotta attraverso il circuito della decisione. I flussi rischiano di assumere essi stessi la decisione». Ed è verosimile che pressioni di questo tipo non siano irrilevanti nel ricorso a decisioni formalistiche (non infrequenti anche in materia lavoristica soprattutto dopo l'introduzione del rito specifico in materia di licenziamenti ad opera della l. n. 92/2012), per quanto esse non rendano ragione della strumentalità del processo rispetto alla tutela dei diritti sostanziali, ma si risolvano in una giustizia procedurale, indifferente al contenuto delle regole applicate". *Idem*, p. 549.

Tutte le istituzioni, ma anche la dottrina giuridica, sono quindi chiamate a cercare un punto di equilibrio, che sappia valorizzare l'efficienza senza sacrificare l'indipendenza della magistratura, né, soprattutto, la sua vocazione alla tutela dei diritti, temperando le nuove esigenze con il modello di professionalità emergente dal testo della Costituzione¹⁵⁹. Fra le istituzioni, in prima fila nella ricerca di questo equilibrio è chiamato il CSM e con esso gli altri organismi di autogoverno limitato delle magistrature.

¹⁵⁹ L. DI GIOVANNI, *Una rilettura dell'azione procedimentale amministrativa nell'ottica della sostenibilità: il contemperamento tra esigenze di equità e di efficienza del potere pubblico*, in *Federalismi*, 2022, n. 14, p. 60, per il quale "Il necessario bilanciamento tra equità ed efficienza, che trova una concreta previsione nei contenuti del principio europeo di buona amministrazione, è imposto dalla circostanza per cui si tratta di interessi assistiti da pari tutela costituzionale e, pertanto, come sottolinea la giurisprudenza costituzionale, non è possibile individuare uno dei due che abbia la totale prevalenza sull'altro, ma occorre l'attuazione di una protezione sistemica e complessiva del valore racchiuso in entrambi gli interessi, in un rapporto di integrazione reciproca". L'A., a nt. 108, richiama opportunamente C. cost., 15 maggio 2013, n. 85.

SESSIONE SECONDA

L'indipendenza delle magistrature

Interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale: note a margine dell'esercizio dell'azione disciplinare del Ministro Nordio nel caso Uss*

MARIA GRAZIA NACCI

SOMMARIO: 1. – Premessa – 2. La responsabilità dei magistrati nella cornice costituzionale – 2.1 La responsabilità disciplinare – 3. Il sistema disciplinare – 3.1. La titolarità dell'azione – 3.2 La tipizzazione degli illeciti disciplinari – 4. L'illecito disciplinare connesso all'attività interpretativa del giudice – 5. Considerazioni conclusive.

1. La presente riflessione trae origine da un fatto di cronaca che ha avuto molta eco sui mezzi di informazione tra la fine del 2022 e i primi mesi del 2023.

Ci si riferisce al caso di Artem Uss, l'imprenditore russo figlio di un oligarca vicinissimo a Putin, accusato dagli Usa, tra l'altro, di export illegale di tecnologia militare americana in Russia, contrabbando di petrolio dal Venezuela verso Cina e Russia, riciclaggio e frode bancaria, fermato all'aeroporto di Malpensa il 17 ottobre 2022 mentre si stava imbarcando per Istanbul ed arrestato sulla base di un mandato di arresto internazionale emesso dalle autorità giudiziarie di New York.

Il 25 novembre del 2022 la Corte d'Appello di Milano, nonostante il parere contrario della Procura della medesima Corte, aveva concesso ad Uss i domiciliari a Basiglio, in provincia di Milano, aggiungendo il braccialetto elettronico come misura per contenere il rischio di fuga, rischio riconosciuto nell'ordinanza stessa come 'concreto'. Il 21 marzo del 2023 la Corte d'Appello aveva deciso di autorizzare l'estradizione di Uss negli Stati Uniti. Il giorno dopo, però, questi era evaso dai domiciliari, riapparendo in Russia ad aprile¹.

Di qui l'iniziativa disciplinare del ministro Nordio che, in una lettera indirizzata al Procuratore Generale della Cassazione ha spiegato le ragioni per cui i tre

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ La procedura per l'estradizione è, conseguentemente caduta per assenza dell'estradando dal territorio dello Stato italiano. La Corte di Cassazione, infatti, nei primi giorni di luglio 2023, ha annullato senza rinvio la sentenza con cui, il 21 marzo scorso, la Corte d'Appello di Milano aveva disposto l'estradizione dell'imprenditore russo negli Stati Uniti. Revocata anche la misura cautelare.

giudici milanesi si sarebbero resi responsabili di illecito disciplinare², poi sintetizzate nel corso dell'informativa urgente del governo alla Camera del 20 aprile 2023: Artem Uss “è stato messo ai domiciliari con un provvedimento di cinque righe” solo perché aveva “una moglie e una casa” a fronte del provvedimento di quattro pagine “documentatissimo” e “ampiamente motivato” con il quale la Procura della Corte di Appello di Milano si era opposta alla richiesta dei domiciliari facendo presente che Uss aveva “conti bancari in tutto il mondo” e “appoggi internazionali” che rendevano altissimo il rischio di fuga.

In definitiva, per il ministro “non valutando i predetti elementi, risultanti dagli atti, dai quali emergeva l'elevato e concreto pericolo di fuga dell'Uss”, ignorando completamente le richieste di mantenimento della custodia cautelare in carcere avanzate dalla Procura, dal Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti di America e dallo stesso ministero della Giustizia italiano ed omettendo di fornire una adeguata motivazione di una decisione in senso opposto a quanto da più parti auspicato, i magistrati “tenevano un comportamento connotato da grave ed inexcusabile negligenza”.

Nel corso del predetto discorso alla Camera dei deputati il Ministro ha rivendicato l'iniziativa, affermando che “è un dovere del ministero [...] accertare le conformità del lavoro dei magistrati rispetto alla normativa”, rientrando tra i doveri del magistrato quello di “diligenza, tra cui campeggia il dovere di motivazione dei provvedimenti”.

Ampiamente criticata è stata la decisione di promuovere l'azione disciplinare nei confronti dei magistrati che si sono occupati del caso: per la Giunta esecutiva centrale dell'Associazione nazionale magistrati, trattasi di “grave invasione di campo nella sfera di competenza della giurisdizione, con inaccettabile intromissione sul sindacato interpretativo delle norme e sulla valutazione degli elementi di fatto sottesi alla decisione, che non potrebbero essere oggetto di azione disciplinare, se non a costo di minare in radice l'autonomia e l'indipendenza dei giudici”³;

² Secondo Nordio, i giudici non avrebbero considerato una serie di contingenze, pure in atti più volte rappresentate, quali gli “appoggi internazionali” di cui godeva Uss; la nota dell'Interpol che segnalava i “rilevanti interessi economici” di Uss ed il fatto che “era il figlio di un politico russo”, il fatto che ricopriva “una posizione dirigenziale in una filiale di un conglomerato petrolifero russo controllato dallo Stato” e “controllava diverse entità societarie in altre giurisdizioni del mondo”; le “rilevanti consistenze economiche” possedute; infine la nota del Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti di America (del 29 novembre) in cui, segnalato l'elevatissimo rischio di fuga, si chiedeva la custodia cautelare in carcere e quella del ministero della Giustizia che, analogamente, chiedeva “il mantenimento della misura cautelare della custodia in carcere”.

³ Cfr. il Comunicato stampa del 19 aprile 2023 disponibile su <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3963/azione-disciplinare-per-caso-uss-lanm-per-la-tutela-dei-valori-delle-democrazie-liberali.htm>.

una azione pretestuosa promossa “per ragioni politiche contingenti al precipuo scopo di superare una impasse diplomatica”⁴.

Al momento non è dato sapere se e quali sviluppi ci saranno sul piano disciplinare, ma la vicenda offre l'occasione per riflettere sul tema della responsabilità disciplinare dei magistrati nel nostro sistema, al fine di chiarire se il Ministro della giustizia abbia esercitato una sua prerogativa ovvero abbia posto in essere un “tentativo di invasione della sfera di competenza della giurisdizione” e se davvero l'attività interpretativa dei giudici non possa essere oggetto di azione disciplinare, ostando a tal fine i valori di autonomia e indipendenza della magistratura.

2. Quello della responsabilità dei magistrati rappresenta da sempre un tema assai complesso, che non può che essere affrontato alla luce delle norme contenute nel titolo IV, parte II, della Costituzione.

Preliminarmente, deve ricordarsi che il principio di responsabilità della magistratura discende dall'assoggettamento degli appartenenti all'ordine giudiziario al principio di legalità: ed invero, sostanzandosi la funzione giurisdizionale nell'esercizio di un ‘potere’, ne deriva l'esigenza di configurare un corrispondente sistema di responsabilità⁵ – intendendo per “responsabilità” quella “situazione che si verifica quando si sia chiamati a rispondere degli effetti non conformi a quelli che si sarebbero dovuti attendere dall'esplicamento di una attività”⁶ – e di apprestare strumenti sanzionatori e riparatori rispetto ad atti illeciti eventualmente compiuti dai magistrati⁷.

La responsabilità del magistrato, in tutte le sue forme – disciplinare (sulla quale si incentrano primariamente le presenti note), civile, penale, amministrativa – è strettamente connessa al ruolo del potere giudiziario nell'ordinamento ed alla natura della funzione giurisdizionale⁸: le peculiarità di quel ruolo e di quella funzione impongono di disegnare un regime di responsabilità differenziato rispetto a quello degli altri pubblici impiegati, onde garantire l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione⁹, che

⁴ Cfr. il *Documento unitario approvato dall'assemblea generale dell'ANM* in data 11 giugno 2023, disponibile su <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3978/documento-unitario.htm>

⁵ M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988, pp. 6 ss.

⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, p. 229.

⁷ Così G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 780.

⁸ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in www.rivistaaic.it (3 novembre 2007), pp. 1 ss.

⁹ Sul tema, *ex plurimis*, S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964; A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974; Id., *L'organizzazione della*

negli ordinamenti democratici come il nostro sono valori posti a garanzia del corretto esercizio della funzione giurisdizionale, “presidi irrinunziabili e indiscutibili attraverso i quali la giurisdizione può assicurare, senza condizionamenti, l'imparziale applicazione della legge”¹⁰.

Nell'insegnamento della Consulta, il giudice nell'esercizio della sua quotidiana attività di interpretazione e applicazione della legge non deve mai trovarsi in una situazione di soggezione (formale o sostanziale) ad altri organi, deve essere sempre libero da qualsivoglia forma di timore, prevenzione o influenza tale da indurlo “a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza”¹¹.

Indipendenza e imparzialità, nella prospettiva costituzionale, dunque, non sono e non devono essere percepiti (dall'esterno) e vissuti (dall'interno) come privilegi di casta, rappresentando invece dei “valori, la cui tutela rientra tra le attribuzioni del Csm, che non riguardano solo l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità degli individui e costituiscono il presidio dei diritti di tutti i cittadini” [perché] “l'interesse pubblico in gioco riguarda il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale”¹².

Ecco perché, come autorevolmente affermato, il problema della responsabilità del giudice non è solo o, non è tanto un problema di ordinamento giudiziario, interno alla magistratura, quanto piuttosto un problema di ordinamento costituzionale¹³.

Se, dunque, la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziali, la stessa posizione, *super partes* del magistrato rendono ragionevole una differente disciplina della responsabilità del giudice rispetto a quella di qualunque altro pubblico impiegato, onde garantire la serenità di giudizio e, dunque, l'esercizio dell'attività giurisdizionale libera da condizionamento alcuno, pur tuttavia i limiti e le condizioni particolari cui essa soggiace non possono tradursi nella totale negazione della responsabilità medesima¹⁴.

giustizia in Italia, Torino, 1990; B. CARAVITA, (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994; F. DAL CANTO, R. ROMBOLI, *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, 2005; G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in *RivistaAic*, n.4/2017; M.A. CABIDDU, *Autonomia e indipendenza della magistratura*, in *ConsultaOnline*, III, 2022.

¹⁰ Cfr. *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell'incontro con i magistrati ordinari in tirocinio nominati con D.M. 23 novembre 2022*, su *Quirinale.it*, 15 giugno 2023.

¹¹ Così Corte cost., sentenza n. 18/1989.

¹² M. CASSANO, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Scuola Superiore della Magistratura, 2022, Roma, p. 127.

¹³ Cfr. R. ROMBOLI, *La responsabilità disciplinare del magistrato nel quadro dei principi e dei valori costituzionali*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, cit., p. 15.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 2/1968.

Occorre, dunque, ricercare un ragionevole bilanciamento fra indipendenza e responsabilità, evitando il totale accantonamento del secondo termine di tale bilanciamento.

2.1. Tra le diverse declinazioni della responsabilità dei giudici particolare rilievo riveste quella disciplinare, alla quale la Costituzione italiana dedica ben due disposizioni: l'art. 105, che attribuisce al CSM i provvedimenti disciplinari, e l'art. 107, comma 2, che riconosce al ministro la facoltà di esercitare l'azione disciplinare.

Il sistema disciplinare, come delineato in Costituzione, “è uno dei contrappesi all'ampia autonomia e indipendenza riconosciuta alla magistratura. In un sistema quale quello italiano, che vede l'accesso alla magistratura per concorso, la legittimazione viene data dalla professionalità e la responsabilità disciplinare viene ad essere un elemento di bilanciamento nella continua ricerca di equilibrio tra autonomia della funzione e garanzia del servizio reso. Il sistema disciplinare viene così ad essere parte integrante del sistema di governo autonomo della magistratura. Al potere di azione disciplinare attribuito dalla Costituzione al Ministro della Giustizia viene posto come contrappeso il giudizio da parte di propri pari in un organo giurisdizionale eletto, sia pure con un'elezione di secondo grado, preposto proprio a tutelare autonomia e indipendenza del magistrato”¹⁵.

Anche in questo ambito, vale quanto già detto in relazione alla responsabilità dei magistrati in generale: la protezione dell'ordine giudiziario è certamente un obiettivo del sistema disciplinare dei magistrati, ma trattasi di un obiettivo minore rispetto a quello più alto – ben rappresentato sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁶, che in quella della Corte di Strasburgo¹⁷ – dell'assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria¹⁸ e garantire, così, la fiducia dei consociati nell'indipendenza e nell'imparzialità del sistema

¹⁵ C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 117. Sul tema anche G. CIANI, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, in *Foro.it*, III, 2015, p. 334. D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Milano, 2011, pp. 1 ss.

¹⁶ Cfr. Cost. cost. sentenza n. 497 del 2000.

¹⁷ Così G. RAIMONDI, *Il patrimonio e l'impatto della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul giudizio disciplinare dei magistrati*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, cit., pp. 95 ss.

¹⁸ Sul tema del fondamento della giustizia disciplinare, se essa si ponga a tutela di un interesse di categoria, tutto interno all'ordine giudiziario, ovvero di un interesse generale, di tutti i cittadini, al buon andamento del 'sistema giustizia', cfr. F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, cit., spec. pp. 9 ss.

giudiziario, “valore essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto”¹⁹ e per la democrazia stessa²⁰.

3. L'attuale assetto sostanziale e processuale è dato dal d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, che disegna un sistema disciplinare giurisdizionalizzato²¹, presidiato, cioè, dalle garanzie del giusto processo²², tipizzato quanto alle condotte rilevanti, con una doppia ed autonoma titolarità dell'azione disciplinare – obbligatoria per il PG, discrezionale per il ministro della Giustizia, che applica sanzioni tipiche, di natura amministrativa.

Alla disciplina di cui al d.lgs. n. 109/2006 si è giunti attraverso un ampio dibattito politico, culturale e associativo, volto al superamento del sistema disciplinare tradizionale – che trovava la sua regolamentazione nella cd. legge delle guarentigie della magistratura (Decreto legislativo regio n. 511 del 31 maggio 1946²³), nella legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura 24 marzo 1958, n. 195²⁴ e nel relativo regolamento di attuazione e coordinamento del 16 settembre 1958, n. 916²⁵ – improntato sui principi della atipicità dell'illecito disciplinare, della discrezionalità nell'esercizio della relativa azione e della riconducibilità delle regole processuali all'abrogato codice di procedura penale di tipo inquisitorio²⁶.

¹⁹ Così, da ultimo, Corte cost., sent. n. 197/2018, p. 9 cons. dir. (commentata da A. LO CALZO, *Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, III, 2019); cfr. anche la sent. n. 100/1981.

²⁰ G. RAIMONDI, *Il patrimonio*, cit., p. 96 ricorda le sentenze *Delcourt c. Belgio* del 17.1.1970 (§ 25), *De Cubber c. Belgio* del 26.10.1984 (§ 30), *Moreira de Azevedo c. Portogallo* del 23.10.1990 (§ 66), con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato l'assoluto rilievo che assume il diritto a un'equa amministrazione della giustizia in una società che possa dirsi 'democratica' ai sensi della Convenzione.

²¹ La Consulta (Cost. cost. sentenza n. 479/2000) ha sottolineato che la procedura disciplinare è configurata “secondo paradigmi di carattere giurisdizionale”, proprio perché i valori in gioco “non riguardano soltanto l'ordine giudiziario riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini”; così D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, pp. 5 ss.

La natura giurisdizionale del procedimento di cui al d.lgs. n. 109/2006 è stata poi riconosciuta anche dalla giurisprudenza convenzionale nel caso *Di Giovanni* (Corte EDU, 9 luglio 2013, *Di Giovanni c. Italia*, § 37–38; v. anche Corte EDU, 7 luglio 2015, *Lorenzetti c. Italia*); sul punto V. MANES, *Illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, in *Sistema penale*, 30 gennaio 2023, p. 4.

²² In particolare, art. 111, 1 e 2 comma; il richiamo alle norme del c.p.c., nei limiti in cui siano compatibili, vale solo per quanto riguarda le indagini (art. 16, comma 2) ed il dibattimento (art. 18, comma 4), mentre il ricorso si propone avanti alle SS UU civili della Corte di cassazione.

²³ Artt. 17, 18, 19, 20, 21, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38.

²⁴ Artt., 10, comma 1, n. 3; 14, comma 1, n. 1.

²⁵ Artt. 57, 58, 59, 60, 61 e 62.

²⁶ M. FRESA, *La giustizia disciplinare*, cit., pp. 17–18.

La riforma del 2006, attuativa della legge delega 25 luglio 2005, n. 150, prima con il decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 (la c.d. legge Castelli) e, poi, con le modifiche ad esso apportate dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269 (la c.d. legge Mastella) e dalla legge 30 luglio 2007, n. 111, ha segnato il passaggio verso un nuovo sistema normativo, un vero e proprio codice disciplinare dei magistrati ordinari.

3.1. Come è stato efficacemente affermato, la ‘storia’ della titolarità dell’azione disciplinare “è la rifrazione di un prisma attraverso cui s’intravede anche la complessa dinamica evolutiva dell’intero ordinamento giudiziario. Titorialità e forme della legittimazione a procedere contro i magistrati, in ambito disciplinare, sono indici che racchiudono, come in un guscio di noce, il delicato assetto di equilibri tra i due poteri: raccontano del progressivo affermarsi dei principi dello Stato di diritto nel rapporto tra ordine giudiziario ed esecutivo e dell’emancipazione del primo dalla soggezione al secondo. Ma narrano anche di quanto sia perennemente ‘critico’ ed esposto tale potere anche nell’assetto dei poteri ‘separati’ dello Stato, in uno stadio, cioè, di quiete nell’evoluzione istituzionale. Tema delicato e tormentato, insomma, come tutta la materia disciplinare, di cui il potere di promozione è, d’altronde, l’apice logico”²⁷.

Nell’ottica del nostro Costituente, il riconoscimento al Ministro della giustizia della facoltà di esercitare un’azione di stimolo in ambito di giurisdizione disciplinare rappresentò uno dei ‘congegni’ volti ad evitare il pericolo “di un autogoverno staccato del tutto dagli altri poteri statali, come tale suscettibile di instaurare una organizzazione di casta” per la magistratura²⁸.

Riprendendo le parole di Costantino Mortati, “a giustificare l’attribuzione al Ministro di grazia e giustizia della funzione disciplinare nei riguardi dei

²⁷ Così P. GAETA, *La titolarità dell’azione disciplinare nei confronti dei magistrati: tracce storiche e normative di un potere ruvido*, in *Sistema Penale*, 17 aprile 2023, pp. 1 ss. L’A. nel ripercorrere l’evoluzione storico-normativa del potere disciplinare sui magistrati (dalla legge 6 dicembre 1865, n. 2626 alla svolta liberale del Regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, recante le “Guarentigie della Magistratura”), ricorda la progressiva mutata configurazione del p.m. “Da ‘rappresentante del potere esecutivo presso l’autorità giudiziaria’ ad esecutore di ordini del ministro; da organo che agisce sotto la ‘direzione’ di quest’ultimo a requirente che ne subisce la sola ‘vigilanza’: fino a strutturarsi, in Costituzione, come figura di magistrato necessariamente (ed inderogabilmente) inserito nell’ordine giudiziario, munito di un nucleo incompressibile di garanzie mutate dalla figura del giudice, ancorché non completamente ad esse assimilabili per estensione e qualità”, *ivi*, p. 5. Per una ricostruzione storica del sistema disciplinare, cfr. anche F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell’ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, cit., pp. 7 ss.

²⁸ Così Giovanni Leone, in sede di discussione finale in Assemblea Costituente (seduta del 14 novembre 1947, in *Atti della Assemblea Costituente, Discussioni*, vol. IX, p. 2115), argomenti accolti dall’Assemblea e tradotti nell’art. 107, comma 2, Cost. Sul punto, P. GAETA, *La titolarità dell’azione disciplinare*, cit., p. 11.

magistrati”, è la funzione che egli riveste di “garante del buon funzionamento dell’amministrazione della giustizia”²⁹.

Nel disegno costituzionale la facoltà di iniziativa disciplinare del Ministro “non andrebbe ad incidere sull’indipendenza della Magistratura, le garanzie per quest’ultima risultando piuttosto ancorate al rito ed all’organo del giudizio, non a quello dell’iniziativa”, atteso il carattere indefettibile di sistema della separazione tra iniziativa, esercizio dell’azione e giudizio su di essa³⁰.

All’origine dell’estensione della titolarità dell’azione disciplinare anche in capo al Procuratore Generale e del suo iniziale carattere facoltativo vi fu l’emendamento proposto dall’allora ministro della Giustizia Aldo Moro in occasione dei lavori preparatori della legge n. 195/1958, finalizzato a consentire anche a questo altro organo interventi a tutela del prestigio dell’ordine giudiziario³¹.

La riforma del 2006 ha introdotto la tipizzazione dell’illecito disciplinare e l’obbligatorietà dell’azione in capo al titolare togato. Come è stato notato, l’iniziativa ‘estesa’ ed obbligatoria dell’azione disciplinare trova il suo indefettibile presupposto, proprio, nell’eliminazione dell’originaria atipicità dell’illecito disciplinare³².

Dunque, ai sensi dell’art. 14 del d.lgs. 109/06³³ la titolarità dell’azione disciplinare appartiene all’iniziativa sia del Ministro della giustizia che del Procuratore

²⁹ Costantino Mortati, seduta del 25 novembre 1947, in *Atti della Assemblea Costituente, Discussioni*, vol. IX, p. 2455.

³⁰ P. GAETA, *La titolarità dell’azione disciplinare*, cit. p. 11.

³¹ “Il Ministro deve avere un minimo di incidenza nella organizzazione della giustizia e operare così il necessario collegamento tra potere giudiziario e potere esecutivo e, soprattutto, potere legislativo detentore della sovranità popolare. Questa funzione del Ministro si esplica attraverso l’esercizio dell’azione disciplinare che la Costituzione ha reso possibile, ma che io, con un mio emendamento, chiedo conferita al Ministro in modo non esclusivo, sì da permettere anche ad altri organi di intervenire per tutelare il prestigio della Magistratura italiana”: così P. GAETA, *La titolarità dell’azione disciplinare*, cit., p. 15.

³² “La scelta di tipizzazione dell’illecito praticata dal legislatore del 2006 – fin troppo attesa, perché di essenziale garanzia giuridica per gli attori della giurisdizione – non avrebbe potuto che generare un sistema ad azione obbligatoria. Tipizzando l’illecito, sarebbe stato cioè impossibile affidare il suo presidio alla (invariabile) facoltatività dell’azione del ministro, secondo un progetto costituzionale che muoveva comunque dal contrario presupposto dell’atipicità dell’illecito; parimente, tipizzando l’illecito, sarebbe stato in vistosa frizione con i principi della Carta omettere la previsione di un’obbligatorietà dell’azione in capo all’organo requirente, mantenendo discrezionale – pure a fronte di illeciti disciplinari *in claris* (si pensi, tra i molti possibili, agli illeciti disciplinari scaturenti dalla accertata commissione di un reato) – l’iniziativa di organo privo di ogni responsabilità ‘politica’ in ordine alle scelte di azione o inazione”: così P. GAETA, *La titolarità dell’azione disciplinare*, cit., p. 18.

³³ Art. 14 d.lgs. 109/06: “c. 1: L’azione disciplinare è promossa dal ministro della giustizia e dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione; c. 2: Il ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l’azione disciplinare mediante richiesta di indagini al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Dell’iniziativa il ministro dà comunicazione al Consiglio superiore della magistratura con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede”.

generale presso la Corte di Cassazione, quanto alla proposizione, ma solo al PG spetta lo svolgimento delle indagini e la rappresentanza avanti al CSM.

Il PG esercita l'iniziativa (obbligatoriamente), il ministro la promuove con la richiesta di indagini al PG (facoltativamente), ma l'azione disciplinare rimane una, conservando la sua natura "una" e "bina". La titolarità dell'uno (il ministro) serve a evitare l'autoreferenzialità dell'ordine e a chiamarlo alla responsabilità nei confronti dello stato–persona, la titolarità dell'altro (il PG) è imposta dalla natura giurisdizionale del procedimento, esprime la capacità di reazione della stessa magistratura per condotte lesive del prestigio provenienti dal suo interno e bilancia il rischio di condizionamento che potrebbe discendere dalla esclusiva titolarità di un potere così incisivo in mano al ministro³⁴.

Il sistema disciplinare si configura oggi, così, come sistema complesso, 'ancipite' (per il riconoscimento del potere d'azione sia al ministro che al procuratore generale) e 'bifasico' perché conosce una fase, quella predisciplinare, di natura più amministrativa, ed una fase pienamente giurisdizionale³⁵.

In relazione al caso di specie da cui origina la presente riflessione, siamo attualmente nella fase predisciplinare: c'è stata la segnalazione di notizie di possibile rilievo disciplinare da parte del ministro ed entro un anno dalla notizia del fatto potrà essere proposta l'azione disciplinare dal PG, a meno che non si proceda all'archiviazione³⁶.

³⁴ E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare: l'esercizio dell'azione tra poteri, limiti e linee guida. Il ruolo della Procura generale e del Ministro della giustizia*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, cit., p. 33.

³⁵ Così E. CESQUI, *Il giudizio disciplinare*, cit., 26. Il procedimento predisciplinare è iscritto a seguito di segnalazione di notizie di possibile rilievo disciplinare: da parte del Ministro della giustizia, ovvero del CSM, dei Consigli Giudiziari, dei dirigenti degli uffici giudiziari, oppure di magistrati e di organi istituzionali o della P.A. o da parte di privati cittadini. Iscritto procedimento predisciplinare, la relativa trattazione è delegata ad un sostituto procuratore generale e nel corso dello stesso possono essere svolte sommarie indagini preliminari; l'azione deve essere esercitata entro il termine di un anno dalla notizia circostanziata (art. 15 comma 1, d. lgs. n. 109/06) (salvi i casi di sospensione del procedimento previsti dal d.lgs. n. 109/2006). Il procedimento può essere definito con archiviazione, ai sensi dell'art. 16, comma 5–bis, del suddetto decreto (art. 16 c. 5 bis d. lgs. n. 109/06), ovvero con il promovimento dell'azione disciplinare. Il provvedimento di archiviazione è comunicato al Ministro della giustizia che, qualora dissenta dallo stesso, può esercitare l'azione disciplinare anche direttamente richiedendo al Presidente della Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'inculpazione. Promossa l'azione disciplinare ed iscritto il relativo procedimento, la trattazione dello stesso è delegata ad un sostituto procuratore generale; espletate le relative indagini, entro il termine di due anni dall'inizio del procedimento devono essere formulate le richieste conclusive.

In particolare, il procedimento può concludersi: con la richiesta alla Sezione disciplinare di non luogo a procedere ed in detta ipotesi il Ministro della giustizia, nei casi previsti dall'art. 17, comma 7, del d.lgs. n. 109/2006, ricevuta comunicazione della richiesta di non luogo a procedere, può richiedere al Presidente della Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'inculpazione con la richiesta stessa. La sentenza pronunciata dalla Sezione disciplinare può essere impugnata dinanzi alle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione.

³⁶ A proposito della possibilità di archiviazione diretta da parte della Procura Generale è stato sottolineato come essa abbia rappresentato lo strumento che ha consentito al sistema disciplinare

3.2. Come già ricordato, il sistema di giustizia disciplinare italiano è stato a lungo fondato sull'art. 18 del Decreto legislativo regio n. 511 del 31 maggio 1946³⁷, che – a tutela di valori come la fiducia e la considerazione connaturate alla figura del magistrato, il prestigio dell'ordine giudiziario, l'imparzialità e l'indipendenza della magistratura – comminava una sanzione disciplinare al magistrato che “manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario”.

La formulazione in termini aperti e generici della norma è stata all'origine di una giurisprudenza ‘creativa’ della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura³⁸ e delle Sezioni unite civili della Cassazione ed ha condotto anche alla sua sottoposizione al vaglio del giudice costituzionale, chiamato a sindacare, in particolare, il profilo della compatibilità della disposizione con l'art. 25, comma 2, della Costituzione, nella parte in cui prevedeva comportamenti dei magistrati perseguibili disciplinarmente senza però tipicizzare le singole fattispecie vietate. Con la sentenza n. 100 dell'8 giugno 1981, tuttavia, il giudice delle leggi ha escluso l'illegittimità costituzionale della norma impugnata sotto il profilo della violazione del principio di legalità in ragione della omessa elencazione nel predetto art. 18 dei comportamenti che possono essere considerati come illeciti, ritenendo impossibile una indicazione esaustiva di tutti i comportamenti suscettibili di compromettere i valori tutelati dalla predetta disposizione³⁹.

Tuttavia, l'indeterminatezza della predetta previsione normativa, pur passata indenne al sindacato di costituzionalità, è stata a lungo al centro di vivaci polemiche proprio a causa del rinvio *in toto* della concreta determinazione dell'illecito, innanzitutto, al promotore della azione disciplinare e poi al CSM chiamato a decidere l'eventuale irrogazione di sanzioni.

di reggere; la Procura generale esercita un'azione di filtro fondamentale per escludere tutto quanto è mera lamentela relativa a provvedimenti giurisdizionali e per individuare i casi che rientrano nella tipizzazione degli illeciti. Anche l'introduzione della clausola della scarsa rilevanza del fatto, di cui si dirà a breve, va nel senso di riequilibrare il sistema. Sul punto C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare: una cosa seria*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, p. 122.

³⁷ La c.d. ‘Legge sulle guarentigie della magistratura’, come modificata, in virtù dell'esigenza di conformità alla sopravvenuta Costituzione del '48 dalla successiva legge n. 195/1958, istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura.

³⁸ Cfr. M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura*, in A. PIZZORUSSO. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, pp. 279 ss.

³⁹ Secondo la Corte costituzionale, infatti, tali valori costituiscono dei principi deontologici che non possono essere ricompresi in “schemi preordinati, non essendo identificati e catalogabili tutti i possibili comportamenti con essi contrastanti e che potrebbero provocare una negativa reazione dell'ambiente sociale”, ragion per cui “le disposizioni in materia non possono non avere un contenuto generale, perché una indicazione puntuale avrebbe per conseguenza di attribuire la legittimità a dei comportamenti non previsti che erano tuttavia criticati dalla coscienza sociale”.

A seguito di alcuni importanti pronunciamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà di associazione dei magistrati⁴⁰, è apparso non ulteriormente differibile il superamento della predetta legge sulle garanzie della magistratura. Quest'ultima ha cessato di avere vigore a seguito dell'introduzione nell'ordinamento italiano della già ricordata legge n. 150/2005 (c.d. legge Castelli) e della conseguente emanazione del d. lgs. n. 109/2006 – successivamente modificato in più punti dalla legge n. 269/2006 (c.d. 'legge Mastella') che – nel dare attuazione alla delega contenuta negli articoli 1, comma 1, lettera f) e 2, commi 6 e 7 della predetta legge n. 150/2005 – prevedono, rispettivamente, l'individuazione delle fattispecie tipiche di illecito disciplinare dei magistrati e delle relative sanzioni, nonché la modifica della procedura per l'applicazione delle medesime – ha riformato la materia degli illeciti disciplinari dei magistrati ed il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni.

Mentre la 'legge Castelli' proponeva una tipizzazione degli illeciti disciplinari tendenzialmente rigida⁴¹, in cui l'enunciazione dei doveri dei magistrati precedeva un fornito elenco di condotte illecite tipiche suddivise in tre grandi categorie – condotte inerenti l'esercizio della funzione, quelle ad esso estranee ed, infine, quelle conseguenti al reato – con la previsione di una 'clausola di chiusura' in relazione a ciascuna delle ultime due categorie⁴², la soluzione è divenuta più rigorosa a seguito dell'abrogazione – ad opera dell'art. 1, comma 3, lett. d), punto 4 della già citata 'legge Mastella' – della predetta 'clausola di chiusura', abrogazione quest'ultima che, unitamente alle estremamente analitiche e minuziose formule utilizzate per configurare le diverse fattispecie di illecito, finisce per ridimensionare la funzione interpretativa della sezione disciplinare del CSM⁴³.

Il d.lgs. n.109/2006 individua all'art. 1 i doveri del magistrato ("il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza,

⁴⁰ Cfr. sentenze del 2 agosto 2001 – *Causa N.F. c. Italia*, ricorso n. 37119/97, e del 17 febbraio 2004 – *Causa M. c. Italia*, ricorso n. 39748/98.

⁴¹ Sui diversi tipi di risposta possibile dell'ordinamento alla predetta esigenza di determinatezza – tipizzazione di tipo rigido, medio o solo tendenziale degli illeciti disciplinari – cfr. F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., p.15.

⁴² Cfr. art. 3, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 109/2006, ai sensi del quale costituisce illecito disciplinare al di fuori dell'esercizio delle funzioni "ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza", nonché l'art. 4, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 109/2006, a norma del quale costituisce illecito disciplinare conseguente al reato "qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita".

⁴³ Importanti novità sul sistema disciplinare dei magistrati sono state di recente introdotte dalla legge n.71/2022, su cui v. G. CAMPANELLI e S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2022, tra novità e questioni ancora aperte*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, n.1/2023, pp. 147 ss.

laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni") e sviluppa – ai successivi artt. 2, 3 e 4 – tre categorie di illeciti disciplinari tipici: gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni (art. 2), gli illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni (art. 3) e gli illeciti disciplinari conseguenti a reato (art. 4).

Con il vigente sistema disciplinare tipizzato, così, si ha illecito soltanto quando c'è violazione dei doveri fondamentali di cui all'art. 1 del Codice disciplinare e ricorre una delle ipotesi previste nei successivi artt. 2, 3 e 4 non ricorrendo, al contempo, l'ipotesi dell'irrilevanza disciplinare della condotta (ex art. 3 bis, a norma del quale "l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza").

4. Quello della responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove – che rappresenta l'attività tipica propria di chi esercita la funzione giurisdizionale – si rivela essere, da sempre, un terreno particolarmente scivoloso nell'ambito del più generale e complesso tema della responsabilità dei magistrati.

Con i limiti imposti dalla sede in cui si svolge la presente riflessione⁴⁴, ci si limita a ricordare che ciò che differenzia l'interpretazione giudiziale dall'interpretazione giuridica offerta da un qualunque privato od operatore del diritto, è che quest'ultima è solo una proposta di attribuzione di un significato ad un testo normativo, mentre all'interpretazione del giudice – che opera quale organo dello Stato – l'ordinamento attribuisce carattere autoritativo e valore vincolante⁴⁵; inoltre, rispetto all'interpretazione dottrinale, quella giudiziale ha la peculiarità di essere orientata non soltanto "ai testi", quanto piuttosto "ai fatti"⁴⁶.

È noto che la riflessione attorno a questo tema, si è poi sempre più intrecciata con quella sulla creatività interpretativa del giudice e sul rapporto tra questo e la legge in un sistema a Costituzione rigida⁴⁷.

⁴⁴ Non è possibile, ovviamente in questa sede, indugiare sul tema sterminato dell'interpretazione giuridica in generale (*ex plurimis*, E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949; M. DOGLIANI, Voce *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, IV, 2006, pp.3181 ss.); M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.

⁴⁵ E. BETTI, *L'interpretazione*, cit., p.131.

⁴⁶ Per R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 342, "il punto di partenza dell'interpretazione giudiziale non è tanto il testo normativo, quanto una particolare fattispecie o controversia, di cui si cerca la soluzione".

⁴⁷ Sul c.d. "creazionismo giudiziario", le posizioni in dottrina sono estremamente diversificate: M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1664

Ebbene, attraverso un lento percorso evolutivo si è giunti alla situazione per cui nell'attuale ordinamento giuridico italiano l'interpretazione giudiziale può certamente dar luogo a responsabilità disciplinare (ed anche civile), sia pure entro limiti circoscritti.

Con riferimento agli illeciti disciplinari compiuti nell'esercizio delle funzioni, l'art. 2, co. 2, d.lgs. n.109/2006 contiene, infatti, una c.d. clausola di salvaguardia, secondo cui “fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g)⁴⁸, h)⁴⁹, i)⁵⁰, l)⁵¹, m)⁵², n)⁵³, o)⁵⁴, p)⁵⁵, cc)⁵⁶ e ff)⁵⁷, l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”.

Esiste, peraltro, come è noto, una clausola di salvaguardia anche in materia di responsabilità civile dei magistrati⁵⁸: l'art. 2, co. 2, l. 13 aprile 1988 n. 117

ss.; V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 481 ss.; A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale “creativo” è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La disegualianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno (Campobasso, 19–20 giugno 2015)*, (Quaderni del gruppo di Pisa. Convegni), Napoli, 2016, pp. 326 ss.; contra A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015. Attività ‘creativa’ dei giudici che secondo alcune ricostruzioni dovrebbe, peraltro, condurre ad ampliamenti della responsabilità del magistrato (così F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006; sul tema anche A. ANZON DEMMIG, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni “troppo creative”: osservazioni critiche*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale, Annuario AIC 2004*, Padova, 2008, pp. 253 ss.; R.G. RODIO, *Notazioni preliminari sui profili costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati (Parte I)*, in *Logos*, 2015, II; ID., *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *RivistaAic*, n.4/2017.

⁴⁸ g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.

⁴⁹ h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile.

⁵⁰ i) Lettera abrogata dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269.

⁵¹ l) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge.

⁵² m) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali.

⁵³ n) la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari (*delle direttive*) o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti.

⁵⁴ o) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti.

⁵⁵ p) l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità.

⁵⁶ cc) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo.

⁵⁷ ff) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza.

⁵⁸ In tema di responsabilità civile il testo originario della clausola di salvaguardia contenuta all'art. 2, l. n. 117/1988 secondo cui “Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto nè quella di valutazione del fatto e delle

stabilisce che “fatti salvi i commi 3⁵⁹ e 3-bis⁶⁰ ed i casi di dolo, nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”⁶¹.

Le clausole di salvaguardia rappresentano necessari presidi a difesa dell’indipendenza del magistrato. Purtroppo, l’attuale normativa in materia non prevede l’assoluta insindacabilità dell’interpretazione del diritto e della valutazione del fatto da parte del magistrato. In effetti, quindi, nella generalità dei casi l’attività

prove”, è stato novellato dalla legge 27 febbraio 2015 n. 18, anche a seguito della condanna dell’Italia da parte della Corte giustizia dell’Unione Europea, per essere “venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell’Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado”. Con le sentenze *Traghetti del Mediterraneo*, 13 giugno 2006, causa C-173/03, e *Commissione c. Italia* del 24 novembre 2011, causa C-379/10, infatti, la Corte di Giustizia ha ritenuto “inaccettabile” l’assolutezza dell’esclusione di responsabilità per l’attività interpretativa del giudice, in quanto l’interpretazione rientra nell’essenza vera e propria dell’attività giurisdizionale, il giudice è sempre posto di fronte a tesi contrapposte ed è sempre chiamato ad interpretare le norme giuridiche nazionali e/o europee, al fine di decidere la controversia sottoposta al suo vaglio: di qui la conclusione secondo cui “il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulti da un’interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operata da tale organo giurisdizionale”; come pure “osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente”. Sul tema si consenta il rinvio a M.G. NACCI, *Brevi note a margine del discorso tenuto dal Presidente Mattarella all’incontro con i Magistrati ordinari in tirocinio: interpretazione e responsabilità nell’esercizio della funzione giurisdizionale*, in *Osservatorio Aic*, n. 1/2017, spec. p. 5 e ss.

⁵⁹ Comma 3: “Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontestabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontestabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l’emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione”.

⁶⁰ Comma 3-bis. “Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell’inescusabilità e della gravità dell’inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell’Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nonché del contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”.

⁶¹ In tali casi è lo Stato a rispondere in via diretta per gli atti del magistrato che sono fonte di responsabilità civile ed è esperibile l’azione di rivalsa nei confronti del magistrato, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, ma solo nei casi di “dolo o negligenza inescusabile”. È noto che di recente la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la proposta referendaria volta a consentire al cittadino di agire per il risarcimento dei danni derivanti dalla responsabilità civile del magistrato direttamente nei suoi confronti in tutte le ipotesi in cui tale azione diretta è oggi preclusa, anche in ragione del fatto che “sarebbe contraddittorio dilatare o restringere il campo della responsabilità del magistrato, a seconda che questi sia soggetto ad azione diretta, oppure ad azione di rivalsa” (sent. n. 49/2022).

giurisdizionale non è fonte di responsabilità per il magistrato, salvo però alcune specifiche fattispecie di illecito. Esistono eccezioni alla regola generale.

In particolare, per quanto concerne l'ambito disciplinare interessato dalla presente riflessione, l'art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 109/2006, esclude dal campo di operatività della clausola di salvaguardia alcune ipotesi specificamente richiamate, tra le quali (per quel che qui più rileva):

- g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile;
- h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;
- l) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge;
- m) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;
- cc) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una precostituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo;
- ff) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza.

Le fattispecie di cui alle *lett. g, h, l, m, cc, ff, gg* sono quelle più direttamente riconducibili alla tematica del cd. atto abnorme⁶² o più in generale della 'interpretazione giudiziale abnorme' di cui manca una univoca definizione tanto a livello normativo, che dottrinale e giurisprudenziale, con tutte le difficoltà che ciò comporta anche ai fini della presente riflessione.

È stato detto⁶³ – ripercorrendo l'orientamento della Sezione disciplinare, condiviso dalla Corte di legittimità – che il concetto di provvedimento abnorme, sotto il profilo non processuale, ma deontologico e disciplinare, viene in rilievo non solo quando esso si pone al di fuori di ogni schema giuridico e processuale, ma ogni qualvolta sia stato emesso in violazione di legge, sulla base di un errore

⁶² Così M. FRESA, S. DE NARDI, *Interpretazione abnorme e responsabilità del magistrato*, in *Giustizia Insieme*, 1–2/2011, p.75. Tra le massime di archiviazione disponibili sul sito della Procura Generale della Corte di Cassazione, vi è quella del 6 novembre 2018, secondo cui "Il provvedimento giurisdizionale può essere qualificato come abnorme, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, lettera ff), d.lgs. n. 109 del 2006, qualora si ponga al di fuori di ogni schema giuridico e sia stato adottato in violazione di legge, sulla base di un errore macroscopico o di una grave e inescusabile negligenza o di un travisamento dei fatti", https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/d_giuris_costituz_e_di_legit.page.

⁶³ Cfr. M. FRESA, S. DE NARDI, *Interpretazione abnorme*, cit., pp.77–79.

macroscopico o di una grave ed inescusabile negligenza, ipotesi in cui viene ad assumere rilevanza disciplinare non il risultato dell'attività giurisdizionale, ma il *comportamento* deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nella sua funzione istituzionale⁶⁴.

In questi casi, di fronte ad un provvedimento che – quali che siano le possibili sorti processuali – è frutto di un comportamento negligente, grave ed inescusabile, non è opponibile il principio di cui all'art. 2, secondo comma, del d.lgs. n. 109/2006 secondo cui "... l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare".

La gravità della scorrettezza o, comunque, del comportamento negligente è correlata soprattutto al comportamento dell'incolpato ed al suo rilievo in termini di disvalore deontologico, che diviene apprezzabile nella misura in cui esprima la violazione di doveri fondamentali di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006, tra quali – per quanto più rileva nel caso di specie – "la diligenza, che impone sempre un'adeguata verifica dei presupposti di fatto e di diritto che consentono di emettere un provvedimento giurisdizionale"⁶⁵.

L'inescusabilità, poi, consegue all'impossibilità di giustificare la condotta del magistrato in relazione agli stessi parametri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006 (correttezza, diligenza, riserbo, ecc.)⁶⁶.

In definitiva, dalle fattispecie tipiche che attengono all'attività giurisdizionale del magistrato si estrapola un principio generale di diritto: l'errore nell'interpretazione ed applicazione della legge non è censurabile salvo che non sia grave e dovuto a negligenza inescusabile⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. SS.UU. sent. n. 20159/2010. Nota S. F. VITIELLO, *Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, cit., p. 66, "che nella vicenda presa in considerazione dalla sentenza delle Sezioni Unite ora citata, la fattispecie cui viene ricondotta l'abnormità c.d. deontologica non è quella di cui all'art. 2, 1 co lett. ff) (l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti) bensì la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, prevista dall'art. 2, c. 1 lett. g). Ciò in quanto, secondo le SS.UU., tale fattispecie non costituisce l'unica disposizione che fa riferimento al concetto di abnormità in senso tecnico, poiché l'abnormità ai fini deontologici esprime anche la qualità generale del comportamento del magistrato (desumibile dal provvedimento, giuridicamente non abnorme) ed evidenzia il grado di inescusabilità della negligenza dimostrata da e/o insita in quel comportamento. In altre parole, l'abnormità ben può connotare il grado di negligenza inescusabile riscontrata (non già in un provvedimento) ma in un comportamento, così da integrare l'illecito ipotizzato all'art. 2, 1^o co. lett. a)".

⁶⁵ M. FRESA, S. DE NARDI, *Interpretazione abnorme*, cit., p. 78.

⁶⁶ Con la formula 'negligenza inescusabile', nell'insegnamento del giudice di legittimità, si intende "un *quid pluris* rispetto alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c., nel senso che si esige che la colpa stessa si presenti come 'non spiegabile'": cfr. Cass. 26 luglio 1994, n. 6950; Cass. 5 luglio 2007, n. 15227.

⁶⁷ "Il sistema disciplinare che riguarda gli errori giudiziari è scandito da regole che permettono di perseguire soltanto i casi in cui le pronunce siano immotivate o solo apparentemente motivate,

5. Alla luce del quadro sopra ricostruito, mi sembra si possa affermare che diversamente da quanto sostenuto dalla Giunta esecutiva dell'ANM, nell'attuale sistema delle responsabilità, l'interpretazione del magistrato possa essere sindacata in sede disciplinare (ed anche civile)⁶⁸ – pur rimanendo i termini di tale sindacato molto circoscritti – e che il ministro Nordio abbia esercitato nel caso di specie una prerogativa attribuitagli dall'ordinamento, promuovendo l'azione disciplinare nei confronti dei tre giudici milanesi, per verificare la conformità del loro comportamento al dovere di diligenza.

I doveri del magistrato nell'esercizio delle funzioni – imparzialità, correttezza, diligenza, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona – individuati dall'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006), in quanto si traducano nella violazione di una delle fattispecie tipiche di cui al successivo art. 2, “sono posti a presidio del confine al di là del quale l'esercizio della giurisdizione non è più posto al riparo da possibili interventi sanzionatori del giudice disciplinare. Oltrepasato questo confine, il magistrato non può difendersi dietro il paravento dei principi di autonomia e indipendenza, garanzie non personali ma reali che tutelano la giurisdizione in quanto tale e, quindi, la collettività”⁶⁹.

Ebbene, nella ricostruzione del ministro Nordio, concedere ad Uss i domiciliari con una motivazione stringatissima (‘appena cinque righe’), nonostante la dura opposizione della Procura generale, espressa in un parere sul pericolo di fuga “motivatissimo, articolatissimo e documentatissimo”, appare una ‘macroscopica leggerezza’, una grave ed inescusabile negligenza.

Secondo la giunta esecutiva di ANM il ministro avrebbe formulato l'addebito nei confronti dei magistrati milanesi, contestando loro l'aver tenuto “un comportamento connotato da grave e inescusabile negligenza”, mentre “la norma che individua l'illecito disciplinare, evocata dal ministro, non si riferirebbe ai “comportamenti”, ma alla “violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile”, violazione che “nessuno, neppure il ministro”, sarebbe in grado di individuare, come dimostrerebbe la circostanza che quest'ultimo non l'abbia mai nominata, neanche in sede di dibattito parlamentare, dove pure ha “offerito la sua ricostruzione della vicenda in termini di fatto e di norme da applicare”;

emanate all'infuori dei casi previsti dalla legge, ovvero adottate con negligenza grave ed inescusabile. Non si tratta, quindi, di ipotesi di errore di giudizio, sempre emendabile attraverso un'impugnazione, ma di comportamenti professionali qualificati dalla contrarietà ai doveri di diligenza, cautela, documentazione, attenta osservanza della legge”: così M. SERIO, in *Riflessioni critiche sulla iniziativa disciplinare del Ministro della giustizia nel caso Artem Uss*, in *Questione Giustizia*, 20.4.2023, che pure perviene a conclusioni diverse da quelle della scrivente in ordine alla valutazione del caso in esame.

⁶⁸ M. FRESA, *La giustizia disciplinare*, Napoli 2022, p. 58.

⁶⁹ M. FRESA, S. DE NARDI, *Interpretazione abnorme e responsabilità del magistrato*, in *Giustizia Insieme*, 1–2/2011, pp. 72 ss.

concludendo, poi, con la certezza “che un vaglio sereno della vicenda non potrà mai condurre all’instaurazione del procedimento e tanto meno all’applicazione di una sanzione”⁷⁰.

In realtà, come già rilevato, in ambito disciplinare esiste un principio ormai da lungo tempo affermato⁷¹ e di recente ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷², secondo cui ai fini della sussistenza di una responsabilità disciplinare riferibile all’attività giurisdizionale del magistrato non rileva la correttezza in sé di un determinato provvedimento redatto dallo stesso incolpato, bensì proprio la *condotta* del magistrato medesimo, “cioè il suo impegno intellettuale e morale, congiuntamente alla sua dedizione alla funzione, che deve essere sempre esercitata rispettando i doveri d’ufficio”⁷³.

È ormai pacifica la censurabilità in via disciplinare della condotta del magistrato, tradottasi nell’attività interpretativa e applicativa di norme di diritto, sia pur limitatamente al caso in cui il provvedimento giurisdizionale sia stato adottato sulla base di un errore macroscopico o di una negligenza grave e inescusabile, rivelatrice di scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, o di un comportamento del tutto arbitrario⁷⁴, situazioni tutte “idonee a riverberarsi negativamente sulla credibilità del magistrato o sul prestigio dell’ordine giudiziario”⁷⁵.

In disparte questa considerazione, deve rilevarsi che allo stato attuale la riflessione su tale questione può basarsi solo sulle notizie apparse sui mezzi di informazione e ricavabili dalla informativa innanzi Camera, non essendo dato sapere se vi sia stato dato seguito, essendo l’area del procedimento, prima dell’esercizio dell’azione, sottoposta al principio di riservatezza in considerazione della finalità del sistema disciplinare.

Ad ogni modo, dalle esternazioni del ministro appaiono astrattamente invocabili diverse ipotesi di cui all’art.2, comma 1, d.lgs. n.109/2006.

⁷⁰ Cfr. il Documento approvato dal CDC dell’ANM, *Iniziativa disciplinare del Ministro della Giustizia, l’Anm convoca l’assemblea generale*, disponibile su <https://www.associazionemagistrati.it/doc/3969/iniziativa-disciplinare-del-ministro-della-giustizia-lanm-convoca-lassemblea-generale.htm>

⁷¹ “... il comportamento del magistrato può essere censurato sul piano disciplinare con riguardo ad atti e provvedimenti resi nell’esercizio delle sue funzioni e, quindi, anche con riguardo all’attività interpretativa e applicativa delle norme di diritto, purché tale attività riveli scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sulla credibilità del magistrato o sul prestigio dell’ordine giudiziario, restando invece esclusa la censurabilità dell’attività interpretativa del magistrato allorché pervenga a soluzioni non implausibili, ancorché criticabili come non fondate” (Cass. civ., Sez. Unite, sentenza, 25 marzo 2013, n. 7379).

⁷² Cass. civ., Sez. Unite, sentenza, 2 maggio 2019, n. 11586.

⁷³ Così A. SALVI, *Responsabilità del magistrato e clausole di salvaguardia*, in *Centrostudilivativo.it*, 8 febbraio 2023.

⁷⁴ Cass. civ., Sez. Unite, sentenza, 17 maggio 2009, n. 3759.

Innanzitutto, potrebbe rilevare la violazione della lett. g) che considera illecito disciplinare funzionale “la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile” (ad esempio, la violazione delle norme sulle misure cautelari di cui agli artt. 272 ss. c.p.c., di cui oltre),

Le dichiarazioni del ministro in relazione alla carenza di motivazione del provvedimento cautelare potrebbero far pensare anche alla violazione della lett. l) che configura come illecito disciplinare “l’emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge”.

Potrebbe rilevare, altresì, il disposto di cui alla lett. h) che considera illecito “il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile”: la giurisprudenza disciplinare, a tal proposito, ha identificato il *travisamento* in una condotta negligente, sciatta, superficiale da parte del giudice che lo porta ad una decisione del tutto stravagante rispetto alle risultanze in atti. In particolare, esso “è riferito ad ipotesi nelle quali il giudice ha affermato/negato un fatto falso/vero o ha ommesso di valutare un fatto decisivo, assai più raramente quando vi sia stato un, sia pure macroscopico, errore valutativo, escludendo poi la responsabilità ogni qual volta la decisione sia riconducibile ad una possibile, quand’anche opinabile, interpretazione di diritto”⁷⁶.

Ed infine, certamente, potrebbe invocarsi la violazione di cui alla lett. ff) l’adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza⁷⁷, oltre che naturalmente dell’art.1 sul dovere di diligenza che, nel valutare le condotte che attengono più propriamente all’attività giurisdizionale, assume un’importante valenza interpretativa.

Ebbene, dagli artt. 272 ss. del c.p.c. emerge la necessità di motivare adeguatamente tutti i provvedimenti con cui si dispone della libertà personale e non potrebbe essere altrimenti anche alla luce degli artt. 13 e 111, comma 6, Cost. Si è stigmatizzata come incomprensibile la promozione dell’azione disciplinare a fronte di un provvedimento di maggior *favor* rispetto alla libertà personale. In realtà, non può omettersi di considerare che in relazione all’obiettivo di assicurare i criminali alla giustizia, l’art.275 c.p.c. impone al giudice di tener conto, nel disporre le misure cautelari, della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla

⁷⁵ Cass. civ., Sez. Unite, sentenza, 2 maggio 2019, n. 11586.

⁷⁶ F. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità*, in *Nomos*, n.3/2016, p. 26.

⁷⁷ Per M. SERIO, *Riflessioni critiche*, cit., il ministro avrebbe contestato solo la violazione degli articoli 1 e 2 lettera ff) del decreto legislativo 109 del 2006.

natura e al grado delle esigenze cautelari [274] da soddisfare nel caso concreto. Ebbene – premessa l’assenza di evidenze in Italia in ordine all’efficacia del braccialetto elettronico (dati sulle violazioni delle misure e sulla recidiva)⁷⁸ – ci si chiede se nel caso di specie sia stata adeguatamente valutata la specifica idoneità della misura dei domiciliari, sia pure con braccialetto elettronico, in relazione alle particolari esigenze cautelari da soddisfare. Forse una spia russa, dotata di agganci internazionali ed ingenti risorse economiche, presenta esigenze cautelari diverse da quelle che possono sussistere rispetto a qualunque presunto criminale comune di quartiere. Forse c’erano qui gli estremi per confermare la custodia cautelare in carcere, misura cautelare di tipo coercitivo di massima afflittività alla quale si *deve* ricorrere quale *extrema ratio*, quando *nessuna* altra misura cautelare risulti adeguata a soddisfare le esigenze cautelari.

A conferma della possibilità di ritenere censurabile il comportamento dei giudici di Milano, si potrebbe citare un precedente che presenta indubbie similitudini col caso *de quo*: il riferimento è alla decisione con cui la Sezione disciplinare (applicando, peraltro, l’art. 18 r. dlgs. n. 511/46, norma in genere ritenuta più favorevole di quelle vigenti), ha fatto dipendere l’illecito disciplinare “dall’errore di aver valorizzato nel provvedimento solo gli elementi che sostenevano il provvedimento di concessione della semilibertà senza adeguata verifica degli altri elementi, desumibili in parte dall’efferatezza dei reati per i quali il detenuto era stato condannato, in parte da episodi verificatisi durante la detenzione e dalle relative valutazioni contenute nelle relazioni di servizio ed in provvedimenti precedentemente emessi”⁷⁹. Il fulcro di questo orientamento evolutivo, confermato in sede di legittimità⁸⁰, è costituito dal fatto che “i giudici incolpati non avevano considerato, in motivazione, elementi di fatto che avrebbero potuto in ipotesi condurre ad una diversa decisione e che avevano l’obbligo di considerare; di qui, l’esercizio di una interpretazione non conforme ai protocolli della professione magistratuale

⁷⁸ Su <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/braccialetti-elettronici> si dà atto di una domanda di accesso civico generalizzato promossa nei confronti del Ministero degli Interni, Direzione Centrale dei Servizi Tecnico-Logistici e della Gestione Patrimoniale finalizzata a conoscere “il numero di dispositivi elettronici attualmente a disposizione dell’Autorità giudiziaria, il numero di quelli attualmente in utilizzo per provvedimenti di arresti domiciliari e di detenzioni domiciliari, il numero di dispositivi non funzionanti, eventuali manomissioni o trasgressioni della misura del braccialetto elettronico, il numero di braccialetti elettronici utilizzati per il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa”. Il Ministero ha, tuttavia, negato le informazioni sostenendo che la pubblicazione delle stesse avrebbero configurato un “pregiudizio concreto alla tutela degli interessi–limite inerenti alla sicurezza pubblica e all’ordine pubblico tutelati dall’articolo 5–bis, comma 1, lettera a) del ‘decreto trasparenza’”.

⁷⁹ Così CSM, sez. disc., 14 marzo 2008 n. 21, in fattispecie relativa al noto caso Izzo, già autore degli efferati crimini del Circeo che, posto nel regime di semilibertà, ha commesso altri omicidi.

⁸⁰ Cass., sez. un., 17 febbraio 2009 n. 3759.

e la violazione del dovere di diligenza (sul punto, v. anche Cass., sez. un., 15 aprile 2010, n. 8987)⁸¹.

Ebbene, anche i giudici di Milano avrebbero dovuto considerare in motivazione gli elementi di fatto sul concreto pericolo di fuga addotti dalla Procura “che avrebbero potuto in ipotesi condurre ad una diversa decisione” ed avendo maturato un convincimento opposto, avrebbero dovuto utilizzare lo strumento della ‘motivazione’, per esprimere appunto le proprie ragioni e legittimarsi; la libertà interpretativa del giudice resta, sempre, preservata dalla possibilità di motivare la propria decisione.

La circostanza che il detenuto sia poi effettivamente fuggito, non rende forse necessario che quei giudici vengano chiamati a rispondere del perché di tale – da più parti avversata – decisione e soprattutto del sostanziale silenzio serbato in ordine alle ragioni a sostegno della stessa?

Appare, invero, legittimo chiedere conto a quei giudici, i quali nel corso del procedimento disciplinare potranno anche dimostrare l’infondatezza dell’illecito contestato, l’insussistenza di qualsivoglia negligenza: l’esercizio dell’azione disciplinare non già come attentato alla indipendenza dei giudici interessati, bensì come occasione per dimostrare l’irreprensibilità, la correttezza ed incontestabilità del loro operato, al fine di riabilitare una immagine, francamente ‘appannata’ dalla mera lettura delle notizie apparse in quei giorni.

Ed invece si assiste ad una immancabile levata di scudi ogni qualvolta si parli di responsabilità dei magistrati.

Probabilmente questo consegue ad una errata percezione del giudizio disciplinare, vissuto come evento drammatico, stigma insostenibile, all’interno del percorso professionale del magistrato⁸², percezione negativa che sarebbe opportuno venisse ridimensionata.

Pur dovendo riconoscere che l’avvio di un procedimento disciplinare ha pesanti ripercussioni immediate nella vita professionale del magistrato interessato, quali il blocco di avanzamenti di professionalità, l’impossibilità di accedere ad incarichi extragiudiziari e a nomine varie, occorre, tuttavia, sempre ricordare che in un sistema democratico ogni potere comporta responsabilità e che dal rispetto delle regole, chiesto a tutti i cittadini, non possono esimersi proprio i magistrati⁸³, che di quel rispetto sono il fulcro, pena la perdita di credibilità stessa della giurisdizione.

⁸¹ Così M. FRESA, S. DE NARDI, *Interpretazione abnorme e responsabilità del magistrato*, cit., pp.79-80.

⁸² R. BALDUZZI, *Alcune domande sulla giustizia disciplinare*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, cit., p.121.

⁸³ E. FICOCIELLO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Iusinitinere.it*, luglio 2017.

I magistrati non possono e non devono sottarsi, pertanto, alle verifiche del caso, anche in considerazione del fatto che “gli inevitabili confini dati alla responsabilità civile, per evitare azioni intimidenti nei confronti del magistrato, portano inevitabilmente a valorizzare e a dare importanza alla responsabilità disciplinare”⁸⁴.

Occorre ricordare, inoltre, che “la responsabilità disciplinare non ha la funzione di prevenire e/o punire ogni eventuale errore ascrivibile, in tesi, al magistrato, che trova nel processo la sua fisiologica soluzione, ma quella, diversa, di garantire che la giurisdizione sia esercitata nell’osservanza dei doveri fondamentali che incombono sul magistrato”⁸⁵; che la principale funzione delle regole disciplinari non ha natura punitiva, ma fondamentalmente proattiva, volta cioè a prevenire comportamenti che possano delegittimare la funzione giudiziaria⁸⁶, sicché il procedimento disciplinare è uno strumento che contribuisce al buon andamento degli uffici giudiziari e alla salvaguardia dei valori della giurisdizione”⁸⁷; che l’esigenza di indipendenza interna ed esterna non deve sfociare in una vera e propria irresponsabilità dei magistrati, “fonte di arbitri, negligenze ed imperizia tali da ledere gravemente i fondamentali diritti dei cittadini e l’ordine della comunità”⁸⁸ e soprattutto, che “la magistratura trova nella professionalità la sua esclusiva legittimazione e, pertanto, per la sua credibilità è essenziale, per un verso, la salvaguardia di questi valori [autonomia e indipendenza, ndr], insieme a quelli di diligenza, laboriosità, lealtà, probità, correttezza, e, per altro verso, la consapevolezza della dimensione di servizio insita nell’attività giudiziaria”⁸⁹.

Solo partendo da questa consapevolezza e dall’accettazione degli obiettivi di sistema cui tende la dimensione disciplinare della responsabilità del magistrato, potranno trovare “effettività i valori che integrano lo statuto costituzionale della magistratura”⁹⁰.

⁸⁴ C. CASTELLI, *Il sistema disciplinare: una cosa seria*, cit., p. 116.

⁸⁵ Così la massima di archiviazione del 16 aprile 2015 https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/d_giuris_costituz_e_di_legit.page.

⁸⁶ G. DI FEDERICO, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in *Questione Giustizia*, 22/09/2021, p. 5, che rileva come tale funzione delle regole disciplinari sia comune anche ad altri ordinamenti democratici.

⁸⁷ R. BALDUZZI, *Alcune domande*, cit., p. 122.

⁸⁸ Cfr. F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato*, p. 4; G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *L’Ordinamento giudiziario*, a cura di A. PIZZORUSSO, Bologna, 1974, pp. 442 ss.

⁸⁹ M. CASSANO, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, cit., p. 127.

⁹⁰ M. CASSANO, *op. ult. cit.*, pp. 126 ss.; A. SALVI, *Etica e disciplina nella magistratura*, in *Centrostudiliviatino.it*, 27 giugno 2022.

Quattro note sull'indipendenza delle magistrature 'speciali'*

ANTONIO D'ALOIA

1. È sicuramente importante, e questo è un merito degli organizzatori di questo Convegno, parlare di efficienza, indipendenza, responsabilità della magistratura in un'ottica unitaria, guardando cioè anche alle giurisdizioni diverse da quella ordinaria (civile e penale).

La credibilità della funzione giustizia è un valore che riguarda tutti quei corpi che esercitano una funzione giurisdizionale, che sono a contatto con fondamentali interessi del cittadino e, più in generale, della nostra vita collettiva.

Ciò premesso, voglio iniziare il mio intervento partendo proprio dallo spunto vagamente Orwelliano (il riferimento è all'iconico romanzo *"La fattoria degli animali"*) che ci ha dato il nostro Presidente all'inizio, quando ci ha detto (con un simpatico richiamo ai tempi) che i relatori sono tutti uguali, ma qualcuno è più uguale dell'altro, in questo caso la collega Maria Grazia Nacci.

Potrei iniziare la mia relazione dicendo che le giurisdizioni sono, o dovrebbero essere, tutte uguali, ma qualcuna – almeno se leggiamo la Costituzione dimenticando tutta l'evoluzione legislativa e interpretativa che c'è stata in questi quasi 80 anni – è più uguale delle altre.

In effetti, la sensazione è proprio questa: mentre per la magistratura ordinaria gli articoli da 104 a 107, e poi l'art. 110, offrono una definizione puntuale di tutta una serie di regole di indipendenza e autonomia, e sui rapporti con il potere politico, l'indipendenza delle giurisdizioni speciali viene sostanzialmente rimessa ad una frase stringata e tutto sommato non particolarmente significativa, contenuta nell'articolo 108 secondo comma, secondo cui "la legge assicura l'indipendenza dei giudici speciali".

Quando poi all'art. 102 la Costituzione afferma che "la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari", sembra quasi voler dire che, fuori dalla

* Il presente contributo per decisione della Direzione della Rivista non è stato sottoposto a referaggio. Esso costituisce la trascrizione molto fedele (con pochissime aggiunte bibliografiche) della Relazione svolta in occasione della Tavola rotonda del Convegno su *"Efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature"*, Università di Salerno, 2–3 ottobre 2023.

magistratura ordinaria, c'è qualcosa di non completamente assimilabile alla funzione giurisdizionale.

2. In effetti, questa sensazione – che fece parlare Massimo Severo Giannini¹, a proposito del titolo quarto della Costituzione, di un parasistema che crea disordine e incertezza, e che probabilmente derivò da quella iniziale ossessione dell'assemblea costituente per il progetto Calamandrei sull'unità della giurisdizione, sul ritorno al 1865 che poi fu lasciato cadere – in qualche modo sembrava quasi riflettere quelli che la Corte Costituzionale, in una sentenza del 1978 (sent. n. 1), chiamò “motivi di tradizione storica accolti dal Costituente”, in sostanza avvalorando l'idea che il titolo IV fosse una parte della Costituzione ambigua non solo nel linguaggio, ma anche perché rivolta col capo all'indietro.

In altre parole, secondo questa ricostruzione, il Costituente era rimasto fermo a quelle ragioni che avevano portato progressivamente all'affermazione di questi tre grandi blocchi di giurisdizione non ordinaria che era difficile qualificare anche all'interno della tradizionale distinzione giudici ordinari/giudici speciali.

In una sentenza del 1987 (n. 278), la stessa Corte Costituzionale dice che in fondo

“la distinzione tra giurisdizioni ordinarie e speciali non trova fondamento in esplicite determinazioni di diritto positivo; essa è delineata dalla dottrina sulla base di note certamente desunte dal diritto positivo, ma scelte dall'interprete in funzione di orientamenti non positivamente rigorosi né controllabili attraverso espressioni dichiarazioni della Costituzione o del legislatore ordinario: ... il criterio discrezionale (...), già in passato di ardua determinazione, è divenuto, in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, ancora più incerto”.

Questo era il quadro quando negli anni '80 intervengono una serie di riforme che, non a caso, cominciano dalla giurisdizione amministrativa, dopo che con la regionalizzazione della giustizia amministrativa negli anni '70, e l'istituzione dei TAR, si erano prodotte una serie di conseguenze molto importanti sul piano della funzione sociale e istituzionale di questa giurisdizione, che poi, in qualche modo, si trasferiscono anche sugli altri due grandi apparati di giurisdizione tradizionalmente definita come speciale.

¹ M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 294.

Innanzitutto, l'avvicinamento della giustizia amministrativa ai territori, cioè ai luoghi dove il cittadino incontra quotidianamente l'attività amministrativa e dove si fa, per dirla con Tocqueville, un'idea chiara dell'estensione dei suoi diritti e doveri e del suo rapporto con le forme del potere.

La giustizia amministrativa comincia a essere percepita come qualcosa che è a portata di mano, e lo sviluppo avviene non solo sul piano quantitativo, con l'esplosione del contenzioso amministrativo, ma proprio sulla percezione stessa delle possibilità di tutela da parte del privato. Non è un caso allora, che negli anni '80 la Corte Costituzionale aprirà dei sentieri importanti, per quanto riguarda la tutela cautelare, le possibilità istruttorie nel processo amministrativo e poi la questione della risarcibilità, dell'interesse legittimo, che troveranno una loro stabilizzazione più tardi nel nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010).

Cominciamo a capire che i giudici di cui stiamo parlando non sono come tutti gli altri giudici speciali – le famose capitanerie di porto o quelle altre giurisdizioni su cui la Corte ha un atteggiamento molto duro nelle sue sentenze degli anni '60 e '70 (penso alle sent. nn. 33/1968 e 121/1970 sulle Giunte provinciali Amministrative e sulla giurisdizione penale del Comandante di Porto). Sono invece giurisdizioni qualitativamente in senso pieno, anche se quantitativamente legate a settori più o meno vasti della pubblica amministrazione.

Il segno distintivo è l'inserimento in Costituzione, e la possibilità di rileggere l'art. 103 non solo come una deroga, una deviazione rispetto al precedente art. 102, ma come un modo di spiegare questa disposizione, di attribuirle un significato non 'esclusivo', aperto al riconoscimento della complessità e della pluralità del sistema giurisdizionale.

La collocazione costituzionale di queste giurisdizioni 'non ordinarie' comporta un riflesso reciproco che è impegnativo, nel senso che queste giurisdizioni vengono immesse in un contesto valoriale che ha una sua precisa configurazione attorno alla sequenza indipendenza del giudice e autonomia dell'apparato giurisdizionale.

In altre parole, come provai a sostenere nella monografia del 1996², le riforme degli anni '80 che avevano introdotto anche per queste magistrature il modello dell'autogoverno non erano tanto il frutto di una libera scelta del legislatore, in teoria anche revocabile o comunque modificabile a piacimento, ma erano un punto di attuazione della Costituzione, un modo per inserirsi in un solco che era sostanzialmente implicito nella Costituzione: un po' come la legge 400 del 1988

² A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996, 71 ss., 140 ss., pp. 172 ss.

ha fatto con l'articolo 77, o la Legge 241 del 1990 ha fatto con i principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97.

In altre parole, le leggi con cui vengono istituiti i Consigli di Presidenza della giustizia amministrativa e della Corte dei Conti e il Consiglio della Magistratura militare (cui fece seguito, nel 1992, la legge istitutiva del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria) non fanno altro che dichiarare quello che già l'articolo 108, comma 2, voleva dirci, quando stabilisce che “la legge assicura l'indipendenza dei giudici speciali”.

Questa affermazione è una sorta di rinvio ad un modello, che non può essere altro che il modello definito, almeno nelle sue grandi linee, dalla Costituzione, per la giurisdizione “più uguale delle altre”: cioè la giurisdizione ordinaria.

In questo senso, l'autogoverno delle magistrature “non ordinarie” – le chiamai così proprio per segnare una sorta di differenza rispetto alla categoria generale delle giurisdizioni speciali – è una soluzione costituzionalmente necessaria.

In particolare, secondo la proposta interpretativa avanzata, ciò che era ‘costituzionalmente obbligato’ non era imitare pedissequamente il modello maggiore, ma rifletterne almeno le caratteristiche principali. Quali sono queste caratteristiche principali? La natura rappresentativa, o almeno tendenzialmente rappresentativa, rispetto all'ordine giudiziario di riferimento; la presenza di membri laici, perché, come dice la Corte Costituzionale in una sentenza del 2011 (Sent. 16), anche quella è una caratteristica costituzionalmente necessaria, perché serve ad impedire un ripiegamento di queste giurisdizioni su se stesse e all'interno del proprio ordine; una effettiva competenza deliberativa di questi Consigli sugli aspetti legati allo status e alla carriera dei magistrati appartenenti ai diversi ordini.

3. Dunque, sono leggi queste che impongono una nuova classificazione di queste giurisdizioni, e questa linea di interpretazione viene poi confermata dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 87 del 2009, e successivamente nella sentenza 16 del 2001.

Nella prima pronuncia, la Corte Costituzionale afferma che “l'esistenza di organi di autogoverno appartiene all'area dei principi costituzionali comuni a tutte le giurisdizioni” fungendo da “garanzia del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale complessivamente intesa”. In quella del 2011, viene invece rimarcata la “necessità che un organo di garanzia debba comunque esserci”, sul presupposto che “l'indipendenza (...) in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, degrada a velleitaria aspirazione”.

Questo è il dato generale. L'autogoverno ormai è un principio che si è consolidato per tutte le magistrature, anche quelle tradizionalmente definite speciali.

Nondimeno, restano una serie di anomalie, di deroghe rispetto al modello CSM, sulle quali occorre continuare a riflettere.

Per esempio, rispetto alla dimensione rappresentativa degli organi di autogoverno, io credo che la prevalenza dei togati faccia parte del modello costituzionalmente obbligato di riferimento; il punto è chiedersi se questo criterio debba essere mantenuto guardando solo alla consistenza dei togati elettivi o considerando anche la presenza dei togati di diritto.

Mi riferisco alla composizione del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti, in cui degli undici componenti solo 4 sono togati elettivi, 4 sono 'laici' di nomina parlamentare, e 3 sono i membri di diritto (Presidente, Procuratore Generale, Presidente aggiunto, o, in sua assenza, Presidente di sezione più anziano).

Non è una questione marginale o irrilevante; soprattutto per realtà organizzative (come sono quelle della magistratura contabile e amministrativa) dove è particolarmente visibile, e corrisponde a tutta una serie di stratificazioni 'tradizionali', una strutturazione verticistica dell'ordine giurisdizionale, e dove i 'vertici' hanno un legame particolare con il Governo (i Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, e una parte dei Consiglieri di stato e dei magistrati contabili, sono nominati dal Governo), a differenza del Primo Presidente e del Procuratore Generale della Corte di Cassazione.

Il legame di alcuni dei componenti di diritto con il circuito politico (governativo), e la loro posizione può essere, in sé, un fattore di condizionamento dell'attività del Consiglio di autogoverno, e conseguentemente, dell'autonomia e dell'indipendenza dei singoli magistrati.

Proprio la nomina governativa di una parte dei magistrati amministrativi e contabili, e dei vertici di questi ordini giurisdizionali, è l'eccezione più vistosa al principio dell'autogoverno giudiziario. In un certo senso è il simbolo di quella confusione di ruoli, che deriva dalla storia di questi organismi. Guido Corso³ ebbe a dire che "trovare un luogo, un unico luogo al Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale non è facile". È davvero un'operazione complicata.

Sulla nomina governativa la Corte Costituzionale si interrogò già tra la fine degli anni '60 e gli inizi degli anni '70: penso alle sentenze 1 del 1967 e 177 del 1973. E la linea di difesa, che guardata oggi sembra abbastanza fragile, si articolò soprattutto su quattro argomenti fondamentali: a) La nomina per concorso non è un elemento costituzionalmente necessario per i giudici speciali; b) questa sorta di seconda provvista in qualche modo serve anche a consentire all'istituto di

³ G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano 1997, p. 21.

acquisire una serie di esperienze e di professionalità maturate nell'ambito dell'amministrazione; c) la prassi in tema di nomine non ha fatto registrare casi particolari di abuso; d) l'indipendenza è comunque presidiata da una serie di garanzie successive alla nomina, tra cui l'inamovibilità.

Ho sempre avuto dubbi e perplessità su queste giustificazioni. Nella sua relazione Marco Galdi richiamava l'idea del concorso come regola cardine, in una visione –secondo lui– tecnocratica della magistratura. Io preferisco pensare che invece l'accesso alla magistratura per concorso corrisponda ad una visione democratica della funzione giurisdizionale. La democrazia costituzionale contiene in sé e ha bisogno proprio di questi limiti, di queste forme apparentemente non democratiche di gestione di alcuni poteri, dove il carattere 'non democratico' esprime essenzialmente il distacco dal circuito politico (rappresentato dal Governo, dal Parlamento, dai partiti politici) e dai suoi condizionamenti e influenze.

Anche l'argomento della doppia provvista prova troppo. Posso certamente condividere l'idea che chi faccia il giudice amministrativo, o il giudice contabile, abbia bisogno di competenze anche specialistiche, soprattutto nel secondo caso anche non esclusivamente giuridiche; ma possiamo risolvere questo problema in un modo diverso da quello della nomina governativa.

Quanto poi alla garanzia dell'inamovibilità, in qualche modo rischia di consolidare nel tempo proprio le influenze che si sono prodotte al momento della nomina.

Infine, se è vero che nella prassi (almeno nella quasi totalità dei casi) il Governo ha sempre rispettato le indicazioni del Consiglio di Presidenza, è altrettanto vero che la prassi non è una regola; e può succedere facilmente che essa venga accantonata per interessi o situazioni contingenti. In una delle ultime occasioni, il Governo ha chiesto al Consiglio di presidenza una lista di cinque nomi, e ha scelto il Presidente del Consiglio di Stato dentro quella lista⁴.

In questo modo, si è operata una inversione della prassi. Il Governo ha rivendicato la scelta, pure muovendosi nell'ambito di un elenco di nominativi indicati dall'organo di autogoverno. Dunque, al di là della prassi, bisogna guardare la regola, e la regola oggi dice che il Presidente del Consiglio di Stato può essere scelto dal Governo, e questo è un problema se vogliamo prendere sul serio il modello costituzionale di autonomia e indipendenza del Giudice.

Che un meccanismo di nomina governativa sia incompatibile con l'autonomo esercizio di funzioni giurisdizionali sembra essere il ragionamento che si ricava

⁴ E. DE FRANCISCO – H. SIMONETTI, *La nomina del presidente del Consiglio di Stato: quello che noi credevamo*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2016, p. 12.

dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 136 del 2011, in cui la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale relativa alla nomina del membro nazionale di Eurojust da parte del Ministro della Giustizia (sentite le valutazioni espresse dal CSM), ma solo perché ha escluso la natura giudiziaria delle funzioni di Eurojust e dei membri nazionali di questo organismo⁵.

Analogamente, sempre la Corte Costituzionale, nella sentenza sull'autodichia della Presidenza della Repubblica (sent. 262/2017), per salvare la costituzionalità di collegi giudicanti nominati dallo stesso apparato istituzionale nei confronti del quale dovrebbero svolgere funzioni di controllo e di valutazione della legittimità di atti e comportamenti riguardanti il proprio personale, ha avvertito la necessità di sparigliare le carte sul tavolo, giungendo alla curiosa collocazione di tali collegi in una sorta di limbo estraneo alla sfera delle giurisdizioni (sia ordinaria che speciali).

Insomma, almeno dal mio punto di vista, il sistema delle nomine governative dei vertici e di una quota dei magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, appare un residuo di ragioni storiche ormai superate, riconducibili in sostanza all'idea che la contiguità funzionale delle magistrature amministrativa e contabile con l'azione del potere amministrativo comportasse naturalmente una forma di legame organico e strutturale con i medesimi apparati; una sorta di 'incardinamento' parziale del giudice amministrativo nell'organizzazione burocratica, nel quale si manifestava al fondo l'autorità quasi intangibile dell'atto e della funzione amministrativa: un altro contesto da quello che oggi vede un'Amministrazione pienamente immersa nel flusso dei valori costituzionali, caratterizzata da una dimensione di partecipazione, trasparenza, composizione imparziale e tendenzialmente paritaria del conflitto tra interessi pubblici e privati.

Difficilmente potrebbero reggere, se la questione venisse nuovamente portata all'attenzione della Corte Costituzionale, le motivazioni del 1967 e del 1973.

Ormai per la Corte Costituzionale (vedi la sent. 87 del 2009) *“l'esistenza di organi di autogoverno appartiene all'area dei principi costituzionali comuni a tutte le giurisdizioni” fungendo da “garanzia del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale complessivamente intesa”*. Ora, questo principio può sostenere differenti traduzioni, come la stessa Corte ha ammesso. Nondimeno, non è la mera esistenza di organi di autogoverno che incarna il disegno costituzionale sull'autonomia della magistratura, quanto l'esclusione di ogni intervento dell'esecutivo nelle deliberazioni concernenti lo status dei magistrati, se non in chiave collaborativa o

⁵ Su questa sentenza V. RAELI, *Sui criteri per la nomina del Presidente della Corte dei Conti*, in *lexitalia.it*, 2015, p. 2.

consultiva, come accade per il concerto del Ministro della Giustizia ai provvedimenti di nomina agli uffici direttivi deliberati dal C.S.M.

In questo senso, la nomina governativa è un'anomalia troppo evidente.

4. L'altro nervo scoperto, qui vado molto rapidamente, è il tema degli incarichi extragiudiziari. Anche sul punto ci sono stati interventi legislativi (la legge 190 del 2012), che hanno introdotto degli elementi di correzione, soprattutto sul tema degli arbitrati. Il problema, però, non riguarda solo gli arbitrati, perché gli incarichi extragiudiziari, la presenza nei Gabinetti di Governo e negli uffici di diretta collaborazione, è comunque legata a un elemento di fiduciarità: e fiduciarità e indipendenza non legano mai particolarmente bene, perché questi incarichi inevitabilmente creano commistioni più o meno implicite, tra politica e giurisdizione, e sono poco in armonia con il discorso dell'indipendenza preso sul serio.

Qualche considerazione finale vorrei farla sul giudizio disciplinare, che pure è stato ripreso in alcuni degli interventi che mi hanno preceduto. Esistono regole differenti per i magistrati cosiddetti speciali, tra di loro, e rispetto alla giurisdizione ordinaria.

Solo per la magistratura militare abbiamo una linea di sostanziale assimilazione alla magistratura ordinaria, che è stata avvalorata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 71 del 1995. In altre parole, la funzione disciplinare del Consiglio della magistratura militare viene considerata una forma di esercizio della giurisdizione e quindi le decisioni assumono la forma di sentenze che poi possono essere impugnate davanti alla Corte di Cassazione.

L'unico punto di asimmetria è rappresentato dal fatto che il Presidente del Consiglio della magistratura militare è anche Presidente, sia dell'organo disciplinare, che della Suprema Corte chiamata a giudicare delle impugnazioni; ma il meccanismo dell'astensione in questo caso appare sufficiente a risolvere problemi di potenziale condizionamento.

Per gli altri organi di autogoverno, in particolare per i Consigli di Presidenza della Giustizia amministrativa e della Corte dei Conti, il regime disciplinare è diverso, sia sul piano sostanziale, perché il decreto 109 del 2006 dice espressamente che la nuova struttura degli illeciti disciplinari, non si applica ai magistrati amministrativi e contabili; sia dal punto di vista procedurale, perché le decisioni disciplinari sono considerate alla stregua di atti amministrativi, come tali impugnabili davanti agli organi della giustizia amministrativa.

E questo crea evidentemente un'aporia, con una potestà disciplinare sindacabile da giudici che, a loro volta, sono soggetti al medesimo potere di gestione della carriera e della disciplina: e questo non è sicuramente il massimo in termini di

indipendenza e imparzialità della funzione. Senza contare che l'iniziativa dei procedimenti disciplinari è affidata, per esempio, dalla legge del 1982, al Presidente del Consiglio di Stato, oltre che al Presidente del Consiglio dei Ministri, e quindi quelli che normalmente sono i rischi e i limiti di una giustizia disciplinare domestica, che in fondo appartengono a tutte le giurisdizioni, qui forse trovano un momento di amplificazione, in ragione delle peculiari condizioni strutturali del Consiglio di presidenza e della corrispondenza tra vertici della magistratura amministrativa e vertici dell'organo di garanzia. Di fatto il Presidente del Consiglio di Stato si trova a accumulare nello stesso procedimento le funzioni di promotore dell'azione disciplinare e di Presidente dell'organo che decide sull'azione disciplinare.

Di fronte a questi problemi è stato proposto di unificare il regime disciplinare delle diverse magistrature, sia sul piano sostanziale, guardando cioè agli illeciti, alle sanzioni – in vista, questo, di una deontologia professionale comune, magari aprendo altresì il giudizio disciplinare anche alla partecipazione dei soggetti collettivi del mondo professionale – sia sul piano procedurale, con l'istituzione di un'unica Corte di Giustizia competente per i provvedimenti disciplinari e formata in modo da oltrepassare le istanze corporative di ciascun ordine giurisdizionale.

La prima riforma è sicuramente più semplice perché può essere realizzata sul piano legislativo, senza toccare il piano costituzionale. Istituire, invece, una seconda Corte, o meglio un'unica Corte disciplinare rappresentativa dei diversi ordini giurisdizionali richiederebbe una revisione costituzionale, almeno in senso integrativo, degli articoli 105 e 107 della Costituzione.

Dietro c'è un'idea ambiziosa, a mio avviso anche giusta, che è quella di sganciare il più possibile la potestà disciplinare da approcci di tipo corporativo; però è un'ipotesi troppo difficile da concretizzare, non solo per il necessario passaggio costituzionale. Quello che si può fare, forse più semplicemente rimanendo sul piano legislativo, è estendere anche ai provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati amministrativi e contabili la qualificazione come sentenze, che renderebbe integrato e unitario almeno il regime di impugnazione delle decisioni. In questo modo, non solo verrebbero corrette le anomalie prima segnalate, soprattutto con riferimento alla magistratura amministrativa, ma più in generale – e chiudo – la giustizia disciplinare potrebbe recuperare un'esperienza unitaria, certamente più coerente con il fatto che il prestigio e la credibilità della funzione giustizia e il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino costituiscono il punto di approdo finalistico di ogni giurisdizione.

TAVOLA ROTONDA

L'autogoverno delle magistrature

Brevi osservazioni sul Csm: composizione, funzioni e ruolo nel sistema costituzionale*

ROBERTO ROMBOLI

1. Il tema di questa tavola rotonda investe un ambito molto ampio ed al tempo stesso molto delicato dell'ordinamento giudiziario quale quello del governo autonomo o meglio della amministrazione della giurisdizione. La mia presenza penso sia giustificata anche dal fatto di far parte del Consiglio superiore della magistratura, una esperienza finora breve, ma che già mi è servita ad integrare la conoscenza del tema fatta attraverso gli scritti della dottrina e la giurisprudenza, specie costituzionale.

Posso dire che, accanto ad una serie di conferme, ho potuto riscontrare anche alcune dissonanze, ma certamente non è di questo che, in questa sede, intendo parlare, ma vorrei solo tratteggiare alcuni aspetti del c.d. governo autonomo della magistratura tra i tanti che varrebbe la pena di ricordare.

L'entrata in vigore di una costituzione di "rottura", come la nostra, ha inevitabilmente condotto alla creazione di organi o enti nuovi, sconosciuti all'ordinamento precedente al quale essa ha inteso contrapporsi per la realizzazione di principi e valori del tutto differenti.

Tra questi il Presidente della repubblica, la Corte costituzionale, le regioni e appunto il Consiglio superiore della magistratura.

Il primo risulta una logica conseguenza del risultato del referendum istituzionale del 2 giugno del 1946 che decretò la vittoria della repubblica sulla monarchia, determinando quindi la sostituzione della figura del re con quella del Presidente della repubblica, la seconda rappresenta l'altrettanto logica derivazione della natura rigida della Costituzione e della scelta per un sistema accentrato di costituzionalità delle leggi. La superiorità gerarchica della Costituzione sugli atti con forza di legge necessitava infatti di un procedimento e di un giudice cui affidare il compito per rendere effettiva tale superiorità.

Meno evidente potrebbe apparire la ragione della creazione di un nuovo organo quale il Csm, cui affidare una serie di competenze elencate nel testo costituzionale.

* Il presente contributo, svolto durante la Tavola rotonda su "L'autogoverno delle magistrature" tenutasi in occasione del Convegno su "Efficienza, indipendenza e autogoverno delle magistrature", Università di Salerno, Campus di Fisciano, 2-3 ottobre 2023, per decisione della Direzione della Rivista non è stato sottoposto a referaggio..

La ragione sta nel nuovo ruolo che la Costituzione intende assegnare al giudice, derivante dal passaggio da uno stato legale fondato sulla supremazia e quasi sacralità della legge ad uno stato costituzionale, che vede al vertice delle fonti la Costituzione.

Pure la Costituzione assume la veste di fonte del diritto, ma certamente di una fonte particolare che, oltre alla collocazione su un piano più alto, è organizzata prevalentemente per principi anziché per regole. Questo determina inevitabilmente un deciso ampliamento dei poteri interpretativi del giudice e quindi la possibilità che l'uso degli stessi divenga decisivo per la pronuncia, superando all'evidenza la figura, semmai davvero esistita, del giudice meccanico applicatore della legge.

Un nuovo ruolo del giudice nell'esercizio della giurisdizione rispetto al quale le vecchie regole e principi fondanti il precedente ordinamento giudiziario, formalizzate nel r.d. del 1941, risultavano ormai inadeguate e da cambiare. Per questo la stessa Costituzione qualifica con non conformi alla stessa le norme vigenti e chiede al nuovo parlamento di approvare una "nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione" (VII disp. trans.).

Una diversa concezione del ruolo del giudice, al quale riconoscere una funzione importante nella attuazione del disegno costituzionale, specie attraverso la interpretazione della legge alla luce dei principi costituzionali, determina un margine di interpretazione infinitamente più ampio di quello che era pensabile e che si supponeva esistesse in uno stato di legalità. Per questo è inevitabile un margine di discrezionalità nella interpretazione delle leggi, in conformità alla Costituzione.

Ed allora, se così è, sorge di conseguenza la necessità di preservare i giudici, molto più di quanto non accadesse prima, dalle influenze della politica provenienti dall'esterno, come pure da quelle che potrebbero venire dall'interno dell'ordine giudiziario: la necessità quindi di realizzare una piena indipendenza sia esterna, come pure interna.

La realizzazione di questi valori viene rimessa in grande parte ad un organo nuovo, il Consiglio superiore della magistratura, impensabile nell'ordinamento precedente e con riguardo ad una magistratura organizzata gerarchicamente, per gradi. Al suo posto adesso la Costituzione intende realizzare una magistratura in cui "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni" (art. 107, 4° comma, Cost.).

Il Csm, come noto, al pari di altre innovazioni contenute nella Carta costituzionale, tarda dieci anni prima di essere attuato e ciò si verifica nel 1958 attraverso una legge assai timida nel delineare compiti e limiti del nuovo organo, pensato per garantire l'indipendenza della magistratura.

Quale esempio più eclatante si pensi solamente alla disposizione secondo la quale qualunque deliberazione del Consiglio superiore doveva essere autorizzata

dal ministro della giustizia ed a quella che sarebbe stata l'attività del CSM in presenza di una norma di questo tipo.

Se la storia è stata diversa lo si deve al nostro Giudice costituzionale che, cinque anni dopo (1963), cancellò tale previsione giudicandola incostituzionale in quanto limitativa dell'autonomia del Consiglio.

L'esperienza di questi anni, al netto di alcuni momenti anche critici quali quelli recenti a tutti noti, ha mostrato un ruolo assolutamente centrale del CSM nel garantire l'autonomia, l'indipendenza e la imparzialità del giudice e con esse la crescita culturale della nostra magistratura verso un pluralismo interpretativo temperato poi dal diritto vivente e dalla funzione nomofilattica della Cassazione.

E' anche grazie all'esistenza ed al funzionamento del CSM che possiamo, con orgoglio, rivendicare il fatto di avere una delle magistrature più autonome e indipendenti d'Europa.

Una legge viene rispettata, anche quando non la si condivide, per il fatto di essere approvata dalla maggioranza dei rappresentanti del corpo elettorale i quali, sulla base del principio di democrazia rappresentativa, ne risponderanno politicamente in occasione delle successive competizioni elettorali.

Una sentenza viene rispettata, anche quando non la si condivide, sulla base di una giustificazione affatto differente, in quanto i giudici non sono l'oracolo che dice sempre e comunque una verità da accettare come tale, né sono politicamente responsabili. La sentenza la si rispetta in quanto lo Stato ci garantisce (ci deve garantire) che la stessa proviene da un soggetto indipendente, disinteressato rispetto al caso da decidere e professionalmente capace ed a seguito di un "giusto processo".

In assenza di queste condizioni penso che potremmo rischiare la mancata accettazione della pronuncia da parte dei suoi destinatari.

Ebbene il ruolo fondamentale del Consiglio superiore è quello di garantire la presenza delle suddette condizioni, in specifico l'autonomia, l'indipendenza, la imparzialità e la professionalità del giudice.

2. Fatta questa premessa vorrei, nei limiti del tempo concessomi, svolgere alcune brevi notazioni riguardo le une alle funzioni che l'art. 105 Cost. riconosce al CSM e le altre alla composizione del medesimo.

Iniziando dalle prime, fin dall'inizio del funzionamento del Consiglio superiore si sono divise il campo due differenti interpretazioni della sopra ricordata disposizione costituzionale.

Secondo una lettura le materie indicate (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari) hanno il significato di delineare

quello che dovrà essere il ruolo assegnato al Consiglio, vale a dire quello di svolgere le funzioni prima riconosciute al ministro della giustizia allo scopo di garantire l'indipendenza della magistratura dal potere politico e da quello governativo in particolare. Le funzioni indicate pertanto sono da ritenersi solo indicative della finalità e non escludono quindi che si riconoscano al Consiglio altre funzioni dirette al medesimo scopo o per una migliore e più completa realizzazione dello stesso.

Ad avviso di altri invece le competenze del CSM sono solo ed esclusivamente quelle indicate, in maniera tassativa, dalla Costituzione alle quali non potrebbero quindi aggiungersene altre.

Chiara la conseguenza nell'adottare la prima o la seconda lettura, con riguardo alla legittimazione del Consiglio a svolgere certe funzioni o a regolare certe materie.

Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla c.d. attività paranormativa che ha coperto per anni le lacune lasciate da un legislatore disattento e poco sensibile; al sistema tabellare che ha dato attuazione alla garanzia costituzionale della precostituzione per legge del giudice (art. 25, 1° comma, Cost.); alle c.d. pratiche a tutela e via dicendo.

Le ricadute della scelta per l'una o l'altra tra le tesi sopra ricordate sono poi evidenti nel risolvere i problemi legati alla determinazione dei confini tra la competenza del CSM e quella del ministro della giustizia.

Infatti se ci sono funzioni che sicuramente spettano all'uno e funzioni che sicuramente spettano invece all'altro, esiste poi una zona grigia, intermedia, non espressamente attribuita, per la quale finisce con l'essere decisivo conoscere a chi spetti quella che in diritto regionale è chiamata la "competenza residuale".

Una evidente dimostrazione di quanto vado dicendo la si è avuta nel caso del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato che ha visto appunto contrapposti il Consiglio superiore della magistratura ed il ministro della giustizia a proposito della nozione di "concerto" per la nomina degli uffici direttivi.

La vicenda – ripetutasi in un caso con il ministro Martelli e poi con il ministro Castelli – è a tutti nota, tanto da non dover essere ripercorsa neppure a grandi linee in questa sede. Mi limito a ricordare come la Corte costituzionale, dopo aver sottolineato l'esigenza di una leale collaborazione tra le due istituzioni, ha concluso nel senso della competenza finale del Csm, rilevando come il vincolo che si pone a quest'ultimo è solo un vincolo di metodo e non di risultato (Corte cost. n. 379 del 1992 e n. 380 del 2003).

Inutile forse ricordare come accogliere la tesi della tassatività oppure quella finalistica ha espresso nella sostanza la volontà di riconoscere un ruolo riduttivo o al contrario espansivo del CSM per la garanzia della autonomia e indipendenza della magistratura.

Non è un caso che la “riforma epocale” del 2011 del governo Berlusconi, tendente ad un riposizionamento della magistratura nell’assetto costituzionale – attraverso un giudizio totalmente liquidatorio riguardo all’attività fino ad allora svolta dal Consiglio ed il trasferimento di molte delle sue funzioni al ministro – trovava il proprio fondamento e la sua giustificazione precisamente nella tassatività delle funzioni del CSM.

3. Ma veniamo all’altro tema: quello della composizione.

La Costituzione prevede, come noto, un organo misto, composto per due terzi da magistrati eletti dai magistrati (c.d. togati) e per un terzo da professori universitari e avvocati eletti dal parlamento in seduta comune (c.d. laici)

Questi ultimi, nelle intenzioni dei costituenti, avrebbero dovuto servire ad escludere il corporativismo dei magistrati, aprendo l’organo anche a sensibilità diverse caratterizzate da una precipua competenza professionale e selezionate attraverso il voto dell’organo direttamente rappresentativo del corpo elettorale.

Credo che possiamo nutrire seri dubbi che questo disegno si sia in realtà davvero realizzato.

A parte i diversi tentativi – di per sé indicativi – di modificare la Costituzione, aumentando la percentuale dei “laici” a scapito del “togati”, forse una dimostrazione la possiamo trarre dalle recenti arcinote vicende del “caso Palamara” e delle riunioni dell’“hotel Champagne”.

E’ evidente che i “laici”, sebbene in numero non indifferente rispetto alla composizione dell’organo, non hanno affatto impedito la pratica di lottizzazione dei posti direttivi e semidirettivi e quindi il corporativismo dei magistrati.

Il discorso ci porterebbe troppo fuori dai limiti di questo mio intervento, per cui chiudo sul tema riportando quanto scrive Nicolò Zanon, già vicepresidente della Corte costituzionale e soprattutto già membro “laico” del Csm.

Scrive Zanon: “la designazione dei membri laici anziché indirizzarsi su personalità di prestigio nel campo accademico professionale segue rigide logiche di schieramento o di collateralismo alla politica. Ciò rischia di provocare nel concreto funzionamento del plenum, fenomeni non meno dannosi della spesso lamentata divisione in correnti dei componenti provenienti dalla magistratura”.

Per quanto riguarda invece i “togati” del CSM, in varie occasioni si è proceduto ad approvare una nuova legge elettorale e quasi sempre con lo stesso scopo: ridurre il peso delle correnti della magistratura organizzata.

Uno scopo che non è stato raggiunto, per cui anche la recente riforma elettorale (contenuta nella c.d. legge Cartabia) si è prefissa la medesima finalità. Non resta che vederla applicata per esprimere un giudizio.

Il rammarico o la frustrazione per il mancato perseguimento della riduzione del ruolo delle correnti, ha indotto alcuni a riesumare una proposta avanzata da Giorgio Almirante nel 1971 – e poi ripresa dalla riforma epocale berlusconiana del 2011 – vale a dire quella del sorteggio puro e semplice dei componenti del CSM o di un sorteggio seguito da elezione o ancora di una elezione seguita da sorteggio.

Le Commissioni Vietti–Scotti si erano espresse in senso contrario a tali ipotesi, rilevando in maniera del tutto convincente come la pari dignità di ogni magistrato non equivale certo a significare che tutti sono ugualmente idonei al ruolo e come la Costituzione richieda chiaramente un metodo fiduciario che si pone in contrasto con il membro del CSM o il candidato “per caso”.

E’ stato ben dimostrato come il sorteggio, a monte o a valle che sia, si pone in contrasto con il dettato costituzionale che parla di “eletti”, determinando quindi una violazione dell’elettorato attivo o passivo o un possibile stravolgimento del risultato delle urne.

Nessun pregio ha il raffronto con le elezioni universitarie per comporre le commissioni di concorso, dal momento che i commissari di concorso sono chiamati a svolgere un ruolo tecnico nel valutare i candidati.

Il raffronto con le elezioni universitarie, sarebbe più calzante per le cariche in qualche misura rappresentative, quali quelle di preside, direttore di dipartimento, rettore e così via. Chi penserebbe ad un sorteggio per designare il rettore di una Università?

4. Vado a concludere soffermandomi un momento su due espressioni molto ricorrenti nel prospettare le riforme da approvare e nel commentare i progetti presentati o le leggi approvate.

Intendo riferirmi alla nozione di “politicizzazione” rivolta sia al Csm, sia alla magistratura organizzata, nonché alla denunciata “degenerazione correntizia”; espressioni spesso utilizzate in maniera tralaticia e senza la necessaria riflessione.

Con riferimento al Consiglio superiore della magistratura, parlare di “politicalità” significa affermare una cosa del tutto ovvia che si ricollega a quello che abbiamo visto essere il ruolo di garanzia e di rappresentanza dell’ordine giudiziario che la Costituzione gli assegna.

Se al CSM sono state trasferite le funzioni già proprie del ministro, pare evidente che esse erano (ma restano) politiche, nel senso che contengono anche scelte di politica giudiziaria: altrimenti come spiegare la composizione mista del Consiglio e la presidenza del Capo dello Stato?

Ci si è chiesti se la qualificazione del CSM quale organo di garanzia (della indipendenza) ed organo rappresentativo rappresentino due concetti tra loro contrastanti.

Ritengo che gli stessi siano del tutto compatibili e che insieme realizzino nella misura migliore il risultato voluto dalla Costituzione.

Mi riferisco alla natura rappresentativa non certo nel senso utilizzato con riguardo ai partiti politici, ma una volta ammesso che il componente del Consiglio concorre a determinare scelte di politica giudiziaria, logico mi sembra fare riferimento al criterio rappresentativo a fronte di un pluralismo culturale presente nella magistratura. In questo senso il CSM è in grado di svolgere pienamente la sua funzione di garanzia della indipendenza del giudice, proprio perché espressivo del pluralismo.

La legge elettorale del CSM dovrebbe infatti realizzare i seguenti valori: a) rappresentare il pluralismo culturale presente nella magistratura in relazione al ruolo oggi del giudice; b) valorizzazione della professionalità, indipendentemente dalle correnti.

Quanto invece alla “politicizzazione” della magistratura, il tema è talmente ampio e pieno di implicazioni che non consente di esaminarlo senza essere forzatamente superficiali.

Al proposito voglio limitarmi a riportare quello che ha scritto il mio Maestro qualche anno fa, il quale osservava come certamente con politicità o politicizzazione non si intende la partecipazione alla vita dei partiti politici, ma l’atteggiamento culturale assunto dalla maggioranza dei magistrati i quali hanno compreso che il ruolo dei giudici indipendenti non deve essere quello “di un corpo di funzionari che esprimono, ad occhi più o meno bendati, la volontà degli altri poteri dello Stato, bensì quello di un gruppo di tecnici del diritto capaci non soltanto di leggere ed interpretare le disposizioni legislative, ma anche di cogliere e perseguire i valori in base ai quali debbono essere risolte le alternative proposte dall’impiego delle varie tecniche interpretative e per tradurre i risultati di questa elaborazione culturale in decisioni, quanto più è possibile appropriate alle particolarità dei fatti sottoposti al loro esame”.

Seguendo quando scrive Pizzorusso potrebbe darsi che combattere la politicizzazione sia una maniera per occultare la vera finalità, vale a dire quella di combattere la crescita culturale della magistratura.

Per finire due parole sulle “correnti” e la unanimemente deprecata “degenerazione correntizia”, che è di recente esplosa con il “caso Palamara”, che ha finito, per alcuni aspetti, ad assomigliare a quanto verificatosi qualche anno prima con “tangentopoli”.

La situazione di corruzione, lo scambio di favori, persino le “mazzette” erano cose note ai più, specie a persone che operavano nell’ambiente delle commesse, degli appalti e della politica.

Il fatto che questa situazione fosse stata portata alla luce – “inventata” direbbe Paolo Grossi – determinò l’ostracismo (ovviamente temporaneo) per tutto ciò

che aveva a che fare con i partiti e la politica in genere. Come tutti ricordiamo le successive tornate elettorali hanno visto per questo in campo persone estranee a quell'ambiente e le liste elettorali furono riempite di magistrati e di professori universitari (compreso il sottoscritto) nella veste di "indipendenti".

Similmente la lottizzazione tra le correnti non era certo – almeno per alcuni, appartenenti a tutte le posizioni politiche ed a tutte le correnti dei magistrati – una grandissima novità.

Detto questo è fuori dubbio che il caso Palamara, portando a conoscenza un sistema di stretta connessione tra politica e correnti dei magistrati nella spartizione di cariche ed incarichi, ha creato un danno enorme alla immagine della magistratura, che trova il suo fondamento e la sua legittimazione, come ho detto, nella fiducia dei destinatari delle sue decisioni. Venendo meno la fiducia viene meno pure la ragione principale sulla base della quale le parti accettano le pronunce giurisdizionali (perché provengono da un giudice indipendente, imparziale, professionalmente capace e, entro certi limiti, responsabile).

E' comunque necessario tenere distinto lo strumento rispetto all'uso che dello stesso è stato fatto, non potendosi dubitare del diritto costituzionale dei magistrati di riunirsi in associazioni che poco ha a che fare con la creazione di un sistema basato su pratiche di scambio e di lottizzazione delle cariche direttive.

Anche il coltello, usato in maniera del tutto propria per tagliare la carne in cucina, può essere in certi casi utilizzato per togliere la vita ad una persona.

Tornando al CSM un elemento su cui riflettere, da parte dei membri sia laici che togati, è quello della eccessiva vicinanza alla politica o addirittura alla maggioranza politica del momento.

Il Consiglio è indubbiamente un organo politico nel senso e nei limiti che prima ho cercato di sintetizzare, ma deve essere caratterizzato da una politicità del tutto differente rispetto a quella espressa dagli organi di indirizzo politico (parlamento e governo), in quanto diversamente si corre il rischio di una sorta di "corto circuito": un organo pensato per garantire l'indipendenza della magistratura (tutta e senza distinzioni) principalmente dalla influenza esterna degli organi della politica che si preoccupa di non "scontentare" questi ultimi o che utilizza gli strumenti propri della politica (ad esempio bloccare le attività del Consiglio facendo mancare il numero legale).

Il principio di indipendenza e l'autogoverno della magistratura militare*

MARIA MICHELA TERESA MAZZILLI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Ordinamento giudiziario militare previgente e legge 7 maggio 1981, n. 180 – 3. Istituzione del Consiglio della magistratura militare e successive modifiche normative – 4. Le attribuzioni del Consiglio della magistratura militare – 5. Considerazioni conclusive.

1. All'esito dell'ampio e articolato dibattito che caratterizzò i lavori preparatori dell'Assemblea Costituente e che si sviluppò muovendo dalla tesi dell'unicità della giurisdizione¹, prevalse l'orientamento favorevole al mantenimento dei tribunali militari e a circoscriverne, in tempo di pace, l'ambito della cognizione ai soli reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. I tribunali militari furono, di conseguenza, espressamente contemplati all'articolo 103 della Costituzione, unitamente al Consiglio di Stato, agli altri organi della giustizia amministrativa e alla Corte dei Conti².

Si ritenne, inoltre, imprescindibile sancire nella Carta costituzionale, all'articolo 108, secondo comma, che la legge dovesse assicurare «*l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia*» e si rese esplicita la considerazione dell'indipendenza quale attributo essenziale della giurisdizione, che deve caratterizzare tanto la magistratura ordinaria quanto le magistrature speciali, precisando e completando, in tal modo, il quadro dei principi già enunciati agli articoli 101 e 104 della Costituzione relativamente alla soggezione dei

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ In un primo momento fu ampiamente condiviso, nell'ambito della commissione nominata per l'elaborazione del progetto della Carta costituzionale, il principio della *unicità della giurisdizione*, da intendersi, secondo quanto precisato dall'on. Piero Calamandrei, nel senso che «*l'amministrazione della giustizia, in qualsiasi materia (civile, penale e amministrativa), deve essere affidata esclusivamente ad organi previsti e disciplinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario, cioè ai giudici ordinari*», in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, Roma, 1976, seconda Sottocommissione, seconda Sezione, seduta del 17 dicembre 1946, VIII, pp. 1929 ss.

² L'articolo 103 della Costituzione, dopo avere definito *ratione materiae* l'ambito delle giurisdizioni speciali, amministrativa e contabile, prevede, al comma terzo, che «*I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate.*».

giudici soltanto alle leggi e alla magistratura quale ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Il percorso verso la piena attuazione del disposto dell'articolo 108, secondo comma, della Costituzione ha, tuttavia, richiesto per la magistratura militare diversi decenni.

2. Il quadro complessivo dell'ordinamento giudiziario militare, vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione e delineato dal regio decreto 9 settembre 1941, n. 1022, si presentava nettamente in contrasto con i principi costituzionali. In particolare, si prevedeva che gli organi giudiziari militari fossero caratterizzati dalla prevalenza di componenti militari, che dovesse essere il presidente del tribunale (un ufficiale avente il grado di generale di brigata o grado equiparato) a designare i giudici³ e che il giudice relatore, unico componente togato, fosse alle dipendenze del Procuratore generale militare, essendo la progressione in carriera dei magistrati attribuita alla competenza di quest'ultimo. Tra i militari giudici che componevano i collegi giudicanti dovevano esservi almeno due ufficiali superiori e, comunque, di grado inferiore a quello del presidente, sicché si veniva a riprodurre all'interno dell'organo giurisdizionale la struttura gerarchica che caratterizza l'organizzazione militare, con la conseguenza di possibili condizionamenti correlati al rapporto di dipendenza. Erano, inoltre, contemplati organi giudiziari quali i tribunali militari di bordo⁴, composti esclusivamente da ufficiali. Si trattava di organi non precostituiti, ma che venivano istituiti a bordo delle navi, nel caso in cui fosse necessario giudicare un reato di loro competenza; peraltro, l'esercizio dell'azione penale spettava al comandante, che decideva al termine degli atti istruttori – per lo svolgimento dei quali poteva designare un ufficiale subordinato – se disporre il rinvio a giudizio o l'archiviazione.

La giurisdizione militare, quale risultava configurata dalle norme del regio decreto del 1941, era, dunque, ben lungi dal presentare i caratteri necessari per

³ L'articolo 14 del regio decreto 9 settembre 1941, n. 1022 prevedeva che il collegio dei tribunali militari territoriali giudicasse «con l'intervento: 1) del presidente; 2) di un giudice relatore; 3) di tre giudici militari. Almeno due dei tre giudici militari devono essere ufficiali superiori. ... I giudici sono designati dal presidente del tribunale».

⁴ La disciplina relativa ai tribunali militari di bordo, in tempo di pace, era dettata dagli articoli 28 e 29 del regio decreto 9 settembre 1941, n. 1022. In particolare, l'articolo 29 stabiliva che tali organi si componessero «1) di un presidente, capitano di vascello o capitano di fregata; 2) di quattro giudici, di cui due ufficiali superiori e due tenenti di vascello o capitani», con la precisazione che, in ogni caso, i due ufficiali superiori dovevano essere «meno elevati in grado, o di grado eguale ma meno anziani del presidente».

garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici ed, anzi, appariva avere la «*natura di prosecuzione del giudizio disciplinare e di "giurisdizione dei capi"*»⁵.

Tale quadro normativo è rimasto immutato per oltre trent'anni dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale. L'assetto dell'ordinamento giudiziario militare è stato, infatti, completamente ridisegnato soltanto con la legge n. 180 del 7 maggio 1981, che ha modificato radicalmente gli organi giudiziari militari e la loro composizione. Oltre alla soppressione dei tribunali militari di bordo e degli altri organi giudicanti non conformi ai principi costituzionali, quali i tribunali militari presso i corpi di spedizione all'estero e presso forze armate concentrate, nonché del tribunale supremo militare, la riforma del 1981 ha contemplato nove tribunali militari, ha istituito la corte militare di appello unica per tutto il territorio nazionale, con due sezioni distaccate a Verona e a Napoli, e ha stabilito per i collegi giudicanti la prevalenza numerica dei togati, affidando la presidenza a un magistrato militare e non più a un ufficiale. È stato costituito anche un ufficio del pubblico ministero militare presso la Corte di Cassazione e attuato il disposto dell'articolo 111 della Costituzione, introducendo il ricorso per cassazione quale mezzo di impugnazione avverso i provvedimenti emessi dagli organi giudiziari militari, mentre in precedenza il solo mezzo di gravame era costituito dalla impugnazione al tribunale supremo militare, essendo la possibilità di adire la Corte di Cassazione non contemplata per le ipotesi di violazione di legge, ma limitata ai soli casi di incompetenza ed eccesso di potere.

La legge n. 180 del 1981 ha espressamente previsto, altresì, la piena equiparazione dei magistrati militari ai magistrati ordinari, stabilendo all'articolo 1, secondo comma, che lo «*stato giuridico, le garanzie d'indipendenza e l'avanzamento dei magistrati militari sono regolati dalle disposizioni in vigore per i magistrati ordinari, in quanto applicabili*»⁶, e ha affidato al legislatore il compito di costituire un organo di autogoverno, pur non definendone una specifica regolamentazione. In particolare, all'articolo 15 venivano dettate disposizioni transitorie, secondo cui fino all'istituzione di tale organo di garanzia e, comunque, per la durata di non più di un anno, i provvedimenti concernenti il personale della magistratura militare, ivi compresi quelli disciplinari, dovevano essere adottati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della difesa, sentito un comitato composto dal Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione, dal

⁵ E. GALLO, *La giustizia militare fra tentazioni pluralistiche e vocazioni istituzionali (l'indipendenza dei giudici militari)*, in *Rassegna giustizia militare*, 1981, p. 180.

⁶ Tale previsione si rinviene oggi nell'articolo 52 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell'ordinamento militare, essendo stata la legge n. 180 del 1981 abrogata con tale provvedimento normativo e le disposizioni in essa contenute trasfuse nel codice entrato in vigore il 10 ottobre 2010.

Presidente della Corte militare di appello e dal Procuratore generale militare presso lo stesso ufficio, nonché dai Presidenti delle due sezioni distaccate della Corte.

Invero, il Comitato, che avrebbe dovuto operare soltanto per il termine massimo di un anno, continuò a svolgere i compiti affidatigli ad esprimere i pareri obbligatori, ma non vincolanti, previsti dalla legge n. 180 del 1981 per diversi anni.

In ragione del protrarsi dell'inerzia del legislatore e, al contempo, della operatività della disciplina transitoria ben oltre il termine massimo di un anno indicato dalla norma, furono sollevate eccezioni di legittimità costituzionale, che pervennero al vaglio del Giudice delle leggi. La Corte costituzionale, in una prima occasione, pur sottolineando l'indifferibilità dell'intervento del legislatore, dovette dichiarare l'inammissibilità della questione posta, per incertezza del *petitum*⁷, mentre alcuni anni dopo, con la sentenza n. 266 dell'8 marzo 1988, ritenne fondata l'eccezione sollevata e dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'articolo 15 della legge n. 180 del 1981, nella parte in cui consentiva che i provvedimenti concernenti i magistrati militari fossero ulteriormente adottati con la procedura stabilita in via temporanea dallo stesso articolo. Sottolineava la Corte, in tale pronuncia, che non era da ritenersi

"più tollerabile che, a quasi sette anni dall'entrata in vigore della legge n. 180 del 1981, venga ancora seguito un procedimento, relativo a tutti i provvedimenti, compresi quelli disciplinari, concernenti la magistratura militare, che ancora consente una «dipendenza» (almeno in ordine ai provvedimenti stessi) della predetta magistratura dall'esecutivo"⁸.

⁷ Corte cost., sentenza 14 marzo 1984, n. 67. In tale pronuncia la Corte osservava che «*essendo ampiamente ed inutilmente trascorso ben più di un anno dall'entrata in vigore della legge in parola, non può dirsi che sia priva di ogni validità la doglianza del giudice a quo per tal fatto – indipendentemente dalla questione se trattasi di termine ordinatorio o perentorio – , specie considerando la formulazione particolarmente energica ("non più di un anno") ed il carattere di urgenza attribuito alla legge, di cui deve ritenersi che non senza ragione venne disposta l'entrata in vigore "il giorno successivo a quello della sua pubblicazione". E si deve conseguentemente affermare che il legislatore è tenuto, attuando l'art. 15 della legge n. 180 del 1981, ad assolvere senza ulteriori indugi l'impegno di creare l'organo che effettivamente assicuri l'indipendenza della giurisdizione militare. Non può tuttavia non rilevarsi che nella specie, oscillando la censura fra la richiesta di caducazione della disciplina transitoria (cui conseguirebbe la ripristinazione dell'antecedente e pieno assoggettamento all'esecutivo) e la richiesta di devoluzione alla competenza del Consiglio superiore della magistratura (che comporterebbe una modifica della composizione di tale organo, quale stabilita dalla stessa Costituzione), la questione va, allo stato, dichiarata inammissibile per l'evidente incertezza che dalla prospettazione deriva sul *petitum**».

⁸ In particolare, nella sentenza n. 266 dell'8 marzo 1988, la Corte evidenziava che «*il parere del comitato, di cui all'art. 15 della legge in esame, costituito da componenti non elettivi e, pertanto, non rappresentativi, non può valere a garantire l'indipendenza di cui all'art. 108, secondo comma, Cost. Che se poi si considera che tal parere (il primo comma dell'art. 15 in discussione si esprime attraverso la formula «sentito un comitato...») anche se obbligatorio non è vincolante e che il decreto del Presidente della*

3. In conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 15 della legge n. 180 del 1981, l'intervento del legislatore divenne urgente e ineludibile e, con la legge 30 dicembre 1988, n. 561, fu istituito il Consiglio della magistratura militare e ne furono individuati quali componenti il Primo Presidente della Corte di Cassazione, che lo presiede, il Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione, cinque componenti eletti dai magistrati militari e due componenti estranei alla magistratura militare, scelti d'intesa dai Presidenti delle Camere fra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio professionale, uno dei quali eletto dal Consiglio quale vice presidente.

Diversamente da quanto avvenuto per il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, che, secondo la originaria previsione della legge n. 186 del 27 aprile 1982, era costituito soltanto da membri "togati", nel dettare la specifica disciplina relativa all'autogoverno della magistratura militare si è, dunque, optato per una composizione mista, caratterizzata dalla presenza sia di magistrati militari che di componenti "laici". È stata una scelta in linea con l'orientamento che si è andato, nel tempo, consolidando nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui è essenziale per tali organi di garanzia una struttura caratterizzata da una rappresentanza elettiva della stessa magistratura speciale, ma anche dalla presenza di componenti esterni di nomina parlamentare, al fine di conseguire il duplice risultato di «*evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in "caste" autoreferenziali*»⁹.

Nel delineare la struttura del Consiglio della magistratura militare, d'altra parte, appare palese che è stato seguito il modello del Consiglio superiore della magistratura previsto dall'articolo 104 della Costituzione, con gli adattamenti necessari per adeguare tale schema alle caratteristiche dell'organizzazione giudiziaria militare e alla diversa consistenza di organico dei magistrati militari.

Con decreto del Presidente della Repubblica n. 158 del 24 marzo 1989 sono state poi dettate le norme di attuazione della legge n. 561 del 1988 concernenti l'ufficio di segreteria del Consiglio della magistratura militare, nonché le disposizioni occorrenti per il funzionamento del Consiglio stesso e quelle di adeguamento delle corrispondenti disposizioni vigenti per il Consiglio superiore della magistratura.

Repubblica, relativo ai provvedimenti in discussione, e emanato <su proposta del Ministro della difesa> senza alcun altro intervento, si dovrà convenire che il sistema procedimentale in esame sostanzialmente non si discosta da quello vigente anteriormente alla legge n. 180 del 1981, sicuramente contrastante con la Costituzione, come riconosciuto dallo stesso legislatore del 1981».

⁹ Corte cost. sentenza n. 16 del 13 gennaio 2011; in tale pronuncia la Corte, pur pervenendo alla declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo alla composizione del Consiglio di presidenza della Corte dei Conti, come modificata dalla legge 4 marzo 2009, n. 15, si è soffermata sulla struttura che deve caratterizzare gli organi di garanzia

In assenza della espressa previsione, nella legge istitutiva, del collocamento fuori ruolo dei magistrati eletti al Consiglio, con il regolamento attuativo si era, inoltre, stabilito, all'articolo 2, comma 5, che i componenti elettivi continuassero ad esercitare le funzioni giudiziarie durante l'esercizio del mandato, diversamente dai magistrati ordinari eletti al Consiglio superiore della magistratura, per i quali era contemplato il collocamento fuori ruolo. Tale disposizione relativa alla permanenza in ruolo fu, peraltro, sottoposta al vaglio di legittimità della Corte costituzionale, che si pronunciò con ordinanza n. 116 del 24 marzo 1999, in cui, nel dichiarare manifestamente infondata l'eccezione sollevata, evidenziò che

"la mancata previsione del collocamento fuori ruolo dei magistrati militari che compongono il Consiglio della Magistratura militare trova una giustificazione, oltre che nell'esiguità dell'organico della Magistratura militare, nell'affinità della disciplina dell'organo di autogoverno della Magistratura militare con quella di autogoverno della Magistratura amministrativa e contabile per i quali, del pari, non è previsto il collocamento fuori ruolo dei magistrati che li compongono, il che non appare vulnerare l'autonomia degli organi stessi"¹⁰.

La composizione del Consiglio è stata poi modificata con la legge n. 244 del 24 dicembre 2007. Con tale intervento normativo è stata prevista la soppressione di diversi uffici di primo grado e delle due sezioni di Verona e Napoli della Corte militare di appello, ridotto da nove a tre il numero delle sedi giudiziarie militari e da 103 a 58 quello dei magistrati militari in organico, ed è stata, altresì, ridimensionata la struttura dell'organo di autogoverno, prevedendo la riduzione da cinque a quattro dei componenti elettivi e da due a uno dei componenti laici di nomina parlamentare (articolo 2, comma 604). Il Consiglio, tuttavia, non si è mai insediato in tale composizione, in quanto, prima che fossero indette le elezioni per il nuovo organo di autogoverno, è entrata in vigore la disciplina introdotta dall'articolo 23, comma 18, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, che ha ulteriormente ridotto da quattro a due i componenti eletti dai magistrati militari, con la previsione del

delle giurisdizioni speciali, ritenendo non indispensabile la piena corrispondenza al modello previsto dall'articolo 104 della Costituzione per la magistratura ordinaria, ma essenziale la composizione "mista", e precisando che, invece, «*il rapporto numerico tra membri "togati" e membri "laici", di nomina parlamentare, può essere variamente fissato dal legislatore*».

¹⁰ Invero, il riferimento ad una ritenuta affinità con gli altri organi di autogoverno delle magistrature speciali appare superato dall'evoluzione normativa che ha poi confermato e consolidato l'equiparazione, anche sotto tale profilo, della disciplina del Consiglio della magistratura militare a quella del Consiglio superiore della magistratura.

loro collocamento in posizione di fuori ruolo, lasciando inalterata la presenza, già contemplata dalla legge n. 244 del 2007, di un solo componente laico di nomina parlamentare, con funzione di vicepresidente.

Questa è tuttora la composizione dell'organo di autogoverno della magistratura militare¹¹, che è, dunque, caratterizzata dalla presenza minoritaria della rappresentanza elettiva dei magistrati militari¹².

Si deve, tuttavia, evidenziare che successivamente alle modifiche intervenute nel 2009, è stata approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 17 dicembre 2010, sulla base dell'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 sull'indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici, che ha previsto espressamente al Capitolo IV ("Consigli superiori della magistratura"), paragrafo 27, che «...*Almeno la metà dei membri di tali consigli devono essere i giudici scelti da parte dei loro colleghi di tutti i livelli del sistema giudiziario e nel rispetto del pluralismo all'interno del sistema giudiziario*», in tal modo affermando il principio secondo cui la maggioranza dei componenti eletti dai magistrati è essenziale per garantire l'indipendenza della magistratura.

A tale affermazione di principio ha ritenuto il legislatore di conformarsi con la legge 17 giugno 2022, n. 71, recante "Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura", che, all'articolo 40, contempla l'adozione di uno o più decreti legislativi in materia di ordinamento giudiziario militare e per il riassetto della disciplina delineata agli articoli da 52 a 75 del Codice dell'ordinamento militare, indicando tra i principi e i criteri direttivi per

¹¹ Le disposizioni relative alla composizione del Consiglio della magistratura militare dettate dall'articolo 1 della legge n. 561 del 1988, come modificate da ultimo dal l'articolo 23, comma 18, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, sono state trasfuse nell'articolo 60 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell'ordinamento militare.

¹² In relazione alla nuova composizione e alla presenza di soli due componenti elettivi su cinque, nell'ambito di un ricorso avverso una decisione disciplinare, era stata formulata un'eccezione di legittimità costituzionale dell'articolo 60 del decreto legislativo n. 66 del 2010, per violazione degli artt. 3, 104, 108, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui non prevede che i componenti elettivi siano in numero tale da costituire la maggioranza rispetto al numero complessivo dei componenti di tale organo di autogoverno. Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno ritenuto la questione infondata, osservando nella sentenza n. 26033 del 20 novembre 2013, che la circostanza che il Consiglio della magistratura militare sia composto da cinque membri, dei quali due togati elettivi, non comporta lesioni dell'indipendenza dei giudici militari, poiché degli altri componenti uno soltanto è di provenienza politica e due sono magistrati, anche se chiamati a far parte di diritto dell'organo.

l'esercizio della delega anche la previsione che

"...al Consiglio della magistratura militare si applichino le disposizioni previste per il Consiglio superiore della magistratura, in quanto compatibili, e che il numero dei componenti eletti sia aumentato a quattro per garantire la maggioranza di tale componente elettiva"¹³.

Si deve sottolineare, in proposito, che nella legge di delega è stata, innanzitutto, ribadita l'estensione, peraltro già contemplata nell'articolo 72 del Codice dell'ordinamento militare¹⁴, delle disposizioni dettate per il Consiglio superiore della magistratura al Consiglio della magistratura militare, in quanto compatibili, estensione espressiva della *ratio legis* di un tendenziale adeguamento della struttura e dei compiti dell'organo di governo autonomo della giurisdizione speciale militare al modello costituito dall'organo di garanzia della magistratura ordinaria. Si è, inoltre, individuato nell'aumento da due a quattro dei componenti elettivi il giusto equilibrio per garantire un'adeguata rappresentanza dei magistrati militari all'interno dell'organo collegiale e l'effettività dell'autogoverno.

L'introduzione della modifica normativa in esame, puntualmente indicata nella legge n. 71 del 2022, consentirebbe, pertanto, di reintrodurre la maggioranza della componente elettiva prevista originariamente dalla legge istitutiva e, conseguentemente, di garantire la sussistenza di un requisito strutturale che caratterizza il Consiglio superiore della magistratura e che è da ritenersi essenziale

¹³ In particolare, l'articolo 40, comma 2, della legge n. 71 del 2022 indica al Governo, ai fini dell'esercizio della delega, diversi principi e criteri direttivi: «a) adeguare la disciplina in materia di accesso alla magistratura militare, di stato giuridico, compreso quello del procuratore generale militare presso la Corte suprema di Cassazione, di conferimento delle funzioni e di requisiti per la nomina, nonché di progressione nelle valutazioni di professionalità, a quella dei magistrati ordinari nei gradi corrispondenti, in quanto applicabile;

b) adeguare le circoscrizioni territoriali dei tribunali militari e delle rispettive procure militari, fermi restando il numero di tre e la rispettiva sede fissata in Roma, Verona e Napoli;

c) prevedere che le circoscrizioni dei tribunali militari di Roma, Verona e Napoli siano riorganizzate in funzione dei carichi pendenti e di un migliore coordinamento rispetto alla dislocazione di enti e reparti militari nel territorio nazionale;

d) prevedere l'introduzione, in ciascuna procura militare, del posto di procuratore militare aggiunto, con corrispondente soppressione, per ogni ufficio, di un posto di sostituto procuratore militare;

e) prevedere che al Consiglio della magistratura militare si applichino le disposizioni previste per il Consiglio superiore della magistratura, in quanto compatibili, e che il numero dei componenti eletti sia aumentato a quattro per garantire la maggioranza di tale componente elettiva;

f) mantenere, per quanto compatibile, l'equiparazione dei magistrati militari ai corrispondenti magistrati ordinari».

¹⁴ L'art. 72 del Codice dell'ordinamento militare stabilisce, infatti, che, per tutto ciò che non è diversamente regolato dal codice stesso, "si osservano, in quanto applicabili, le norme previste per il Consiglio superiore della magistratura, in particolare sostituiti al Ministro e al Ministero della giustizia, rispettivamente il Ministro e il Ministero della difesa".

per tutti gli organi di governo autonomo della magistratura, come affermato nella Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 sull'indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici, in precedenza richiamata.

La delega non è stata ancora attuata. È stato, tuttavia, approvato con deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri, in data 25 settembre 2023, lo schema di decreto legislativo recante “Disposizioni sul funzionamento del Consiglio della magistratura militare e sull’ordinamento giudiziario militare ai sensi dell’articolo 40, comma 2, lettere d) ed e), della legge 17 giugno 2022, n. 71”, che riguarda alcune specifiche modifiche dell’ordinamento giudiziario militare, suscettibili di un immediato esercizio della delega, tra cui la modifica della composizione del Consiglio della magistratura militare e, in particolare, l’aumento a quattro dei componenti elettivi, indicato dalla legge di riforma. In attesa del completamento dell’*iter* normativo e proprio al fine di assicurare, sin dalle prossime elezioni per il rinnovo dell’organo di autogoverno, la presenza di una componente elettiva maggioritaria all’interno del Consiglio della magistratura militare, è stata disposta la proroga sino al 31 gennaio 2024 del termine per l’indizione delle elezioni per il rinnovo dei componenti togati¹⁵.

4. Il Consiglio della magistratura militare ha per i magistrati militari le stesse attribuzioni previste per il Consiglio superiore della magistratura. È quanto il legislatore ha stabilito nella legge istitutiva n. 561 del 1988¹⁶, con disposizione successivamente trasfusa nell’articolo 61 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell’ordinamento militare, che attualmente individua i principi generali in materia di attribuzioni e funzionamento dell’organo di governo autonomo della magistratura militare.

Nello specifico, il Consiglio della magistratura militare provvede in materia di assunzioni, di assegnazioni di sedi e funzioni, di trasferimenti, di promozioni,

¹⁵ Proprio al fine di consentire di dare attuazione alla delega legislativa in proposito, essendo il mandato quadriennale dei consiglieri in carica prossimo alla scadenza, con l’articolo 14 del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 febbraio 2023, n. 14, è stata disposta la proroga del termine per l’indizione delle elezioni dei membri togati del Consiglio della magistratura militare al 30 settembre 2023, termine ulteriormente differito al 31 gennaio 2024 dall’articolo 11 del decreto-legge 29 settembre 2023, n. 132.

¹⁶ In particolare, l’art. 1, comma 3, della legge n. 561 del 1988 prevedeva che: «Il Consiglio ha, per i magistrati militari, le stesse attribuzioni previste per il Consiglio superiore della magistratura, ivi comprese quelle concernenti i procedimenti disciplinari, sostituiti al Ministro di grazia e giustizia e al procuratore generale presso la Corte di cassazione, rispettivamente, il Ministro della difesa e il procuratore generale militare presso la Corte di cassazione. Il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati militari è regolato dalle norme in vigore per i magistrati ordinari. Il procuratore generale militare presso la Corte di cassazione esercita le funzioni di pubblico ministero e non partecipa alle deliberazioni.».

nonché sul conferimento di incarichi extragiudiziari, sui procedimenti disciplinari promossi nei confronti dei magistrati militari, in tema di ispezioni per accertare l'efficienza e la regolarità dei servizi e sulle altre materie ad esso attribuite dalla legge. Compete, inoltre, al Consiglio formulare pareri e proposte al Ministro della difesa sulle modifiche delle circoscrizioni giudiziarie militari e sulle materie che riguardano l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia militare¹⁷, ed esprimere pareri su disegni di legge concernenti tematiche rientranti nelle sue attribuzioni.

Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati militari sono adottati con decreto del Ministro della difesa, conformemente alle deliberazioni del Consiglio. In particolare, per quanto concerne il conferimento degli uffici direttivi, è espressamente previsto che la proposta che individua il candidato vincitore all'esito della procedura concorsuale sia formulata dalla commissione consiliare competente, di concerto con il Ministro della difesa, e poi approvata dal Consiglio in seduta plenaria¹⁸.

Molte analogie sono ravvisabili rispetto alle regole e alle procedure seguite dal Consiglio superiore della magistratura anche nella disciplina dettata con provvedimenti di normazione secondaria in relazione alle diverse materie di competenza. A tal riguardo, sono da menzionare, tra le altre, le circolari adottate dal Consiglio della magistratura militare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari militari giudicanti – tabelle che costituiscono il progetto organizzativo degli uffici e che concorrono ad assicurare la realizzazione della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge e l'efficienza dello svolgimento della funzione giurisdizionale¹⁹ –, sull'organizzazione degli uffici del pubblico ministero militare, sugli incarichi extragiudiziari, sulle valutazioni di professionalità, nonché le circolari che individuano i criteri per il conferimento dei posti ordinari e degli uffici direttivi e semidirettivi.

Si deve, peraltro, precisare che, in alcuni casi, è stata dettata una regolamentazione in parte diversa da quella delineata per la magistratura ordinaria, in ragione dell'esigenza di adeguamento al peculiare assetto dell'ordinamento giudiziario

¹⁷ Le attribuzioni generali del Consiglio della magistratura militare sono delineate all'articolo 62 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell'ordinamento militare.

¹⁸ Si veda l'articolo 64 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66, recante il Codice dell'ordinamento militare.

¹⁹ La circolare individua i criteri da rispettare nella formazione delle tabelle, che hanno efficacia per tre anni e che stabiliscono la ripartizione degli uffici in sezioni, la destinazione dei magistrati alle sezioni ed il conferimento dell'incarico di adottare i provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari, la formazione dei collegi giudicanti, i criteri obiettivi e predeterminati per l'assegnazione degli affari alle sezioni, ai collegi e ai giudici, nonché i criteri per la sostituzione del giudice astenuto, recusato o impedito.

militare. Non sono, a titolo esemplificativo, previsti nell'ambito della giustizia militare i consigli giudiziari, che sono, come è noto, organi "ausiliari" del Consiglio superiore della magistratura costituiti presso ciascun distretto di corte di appello e composti da una rappresentanza di magistrati giudicanti e requirenti, da professori universitari in materie giuridiche e da avvocati. Del resto, considerata l'esiguità dell'organico della magistratura militare sarebbe stato problematico anche solo ipotizzare la costituzione di un tale organismo presso l'unico distretto di corte militare di appello, che avrebbe comportato il coinvolgimento complessivo di diversi magistrati militari quali membri di diritto ed elettivi del Consiglio della magistratura militare e del consiglio giudiziario. Di conseguenza, nei principali ambiti in cui è previsto per la magistratura ordinaria che i consigli giudiziari esprimano un parere, i provvedimenti di normazione secondaria hanno attribuito tali funzioni all'organo di governo autonomo della magistratura militare, che ha, per alcune procedure, esplicitamente conferito alla commissione consiliare competente per materia il potere di pronunciarsi, come verificatosi per le valutazioni di professionalità.

Risulta, inoltre, di rilievo l'avvenuta assimilazione della normativa dettata per il Consiglio della magistratura militare a quella prevista per il Consiglio superiore della magistratura anche in materia di procedimenti disciplinari. È stato, infatti, stabilito dalla stessa legge istitutiva dell'organo di governo autonomo²⁰ che tali procedimenti nei confronti dei magistrati militari sono regolati dalle medesime disposizioni in vigore per i magistrati ordinari, con la peculiarità che l'azione disciplinare è esercitata dal Ministro della difesa o dal Procuratore generale militare presso la Corte di Cassazione. Si tratta, dunque, di procedimenti che, analogamente a quelli che si svolgono dinanzi al Consiglio superiore della magistratura, hanno natura giurisdizionale²¹, con la conseguenza che i provvedimenti adottati sono impugnabili dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, diversamente dai procedimenti disciplinari promossi nei confronti dei magistrati amministrativi e contabili, che hanno carattere amministrativo, con quanto ne consegue anche in ordine al regime delle impugnazioni avverso le decisioni emesse²².

²⁰ La disposizione, originariamente prevista dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 561 del 1988, si rinvia attualmente nell'articolo 67 del Codice dell'ordinamento militare.

²¹ In tal senso, Corte cost. sentenza 1 marzo 1995, n. 71.

²² Sulla natura amministrativa dei procedimenti disciplinari nei confronti di magistrati amministrativi e contabili, Corte cost. sentenza 27 marzo 2009, n. 87.

5. In conclusione, l'articolato processo di riforma, che ha consentito di ridisegnare struttura e competenze degli organi giudiziari militari e di istituire l'organo di governo autonomo della magistratura militare, ha modificato in modo significativo e aderente ai principi costituzionali l'ordinamento giudiziario militare.

Il legislatore ha delineato per il Consiglio della magistratura militare, sulla base del modello costituito dall'organo di autogoverno della magistratura ordinaria, composizione e attribuzioni in modo tale da garantire la piena attuazione del principio di indipendenza sancito dall'articolo 108, comma secondo, della Costituzione, contemplando, sin dalla sua prima costituzione, anche la maggioranza della componente elettiva che, venuta meno nel 2009, dovrebbe essere reintrodotta con l'esercizio della delega governativa di cui alla legge n. 71 del 2022, in conformità a quanto stabilito per tutti gli organi di autogoverno delle magistrature dalla Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici.

Quale natura giuridica per il Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti*

VITO MORMANDO

1. Il tema di questo importante incontro di studio su “efficienza, inadempienza e autogoverno delle magistrature” ha una importanza, che va ben oltre quella di un convegno scientifico e rivela la diffusa consapevolezza della necessità di una presa di posizione “culturalmente” attrezzata sul tema di fondo della natura del Consiglio di presidenza della Corte dei conti come organo di autogoverno ovvero di amministrazione.

2. Il tema di fondo resta quello della “tutele delle garanzie di *status* per i magistrati della Corte dei conti”, soprattutto ove si ponga mente alla particolare articolazione delle funzioni, dei principi e delle garanzie di indipendenza della magistratura contabile, cui afferiscono (sezioni di controllo, della procura e della giurisdizione).

All'interno delle funzioni di controllo, poi, si impone in termini ancora più urgenti la necessità di un “bilanciato” adeguamento delle “forze” del c.d. controllo concomitante.

Sul punto non posso non guardare con particolare favore (e interesse!) alla recente formazione del tavolo tecnico Governo/Corte dei conti ed alla scelta di lavorare sul terreno del confronto nella prospettiva di una definitiva ridefinizione legislativa di una delle materie più delicate.

Senza invasioni di campo, ma solo per aggiungere un momento di riflessione, desidero presentare qualche considerazione sul tema della limitazione della responsabilità alle sole attività dolose, con esclusione di tutte le forme di condotta colposa.

Le declinazioni delle differenti forme di dolo e di colpa oltre ad essere assai complesse sul terreno della riconduzione generale del tipo, è sul terreno dell'accertamento che sorgono i maggiori problemi.

* L'intervento alla tavola rotonda non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

Il riferimento è, in particolare, al tema della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente; ed al rischio che il primo possa diventare assorbente rispetto al secondo coefficiente, proprio sulla base di istanze di politica minimale.

Intendo nel sostenere che la limitazione al solo accertamento di comportamenti dolosi può non essere *ex se* esaustivo, atteso il mobile confine di questa forma di coefficiente doloso, con la colpa con previsione.

Il rischio è dunque quello della possibile emersione di orientamenti giurisprudenziali fortemente discrezionali.

Si tratta di una realtà assai nota nella materia penale, ove il dolo esamina attraverso il paradigma del “non poteva non sapere” che – soprattutto sul terreno economico – fagocitato tanto il dolo diretto, che la stessa colpa cosciente.

Si impone dunque, a mio avviso, la necessità che qualsiasi soluzione possa essere preceduta da una consapevole riflessione, che inserisce anche questi profili.

3. Il nodo centrale resta tuttavia la ridefinizione delle norme del Consiglio di presidenza, come organo di autogoverno, piuttosto che di amministrazione.

Come è noto, il Consiglio di presidenza fu istituito con legge 13 aprile 1988, n. 117, con un carattere di consapevole provvisorietà, attraverso una composizione mista di togati e laici ma con una forte rappresentanza dei primi (10), rispetto ai secondi (4).

La successiva legge 4 marzo 2009, n. 15, modificò sostanzialmente l'architettura del Consiglio di presidenza espressamente prevedendo che “quale organo di amministrazione del personale di magistratura, esercita le funzioni ad esso espressamente attribuite da norme di legge”.

Ed è parimenti noto, che a ispirare l'intervento legislativo ha certamente avuto un peso determinante la volontà – da un lato di depotenziare il peso e l'influenza del fenomeno correntizio che iniziava ad acquisire consistenza, anche all'interno della magistratura contabile; dall'altro di controllare il rischio di autoreferenzialità.

Sicuramente apprezzabile negli intendimenti di fondo, non può non convenirsi che tale approdo legislativo finisca con comprimerne, immotivatamente, l'indipendenza e la capacità operativa, specie ove si consideri l'ampliamento dei poteri del presidente quale “organo di governo dell'Istituto” e titolare della funzione di indirizzo politico-istituzionale – con la stessa legge iniziò anche la comparazione del numero dei laici e dei togati: divenuti entrambi di eguale numero.

Le reazioni non si fecero, ovviamente, attendere: oltre alle assai ampie e particolari prese di posizioni della più avvertita dottrina, vanno segnalate la “raccomandazione (c.m./rec-2010-12)” e la decisione n. 16/2011 della Corte costituzionale.

La prima intervenne sulla anomala equiparazione numerica laici/togati ritenuta incoerente con le funzioni di autogoverno che a questo organo vanno riassegnate; laddove la seconda, pur non entrando in termini espliciti nella natura del Consiglio di presidenza, individuava nella normativa del Csm il modello di riferimento del Consiglio di presidenza, così come di tutti gli altri organismi.

4. Volendo ora presentare qualche personale riflessione critica, non posso non muovere da una frase che gira tra i colleghi pubblicisti è: *“tutte le magistrature sono uguali, ma solo una è più uguale delle altre”*.

Ed è una frase che ne richiama subito un'altra: *“tutti i consigli sono uguali, ma solo uno è più uguale degli altri”*.

Come è agevole rilevare si tratta di una frase che, attraverso il ricorso al paradosso apre direttamente al tema centrale dell'individuazione del carattere delle magistrature speciali e conseguentemente dei relativi consigli.

5. In realtà è nella stessa Costituzione che le funzioni e le relative prerogative di garanzia della magistratura contabile ottengono il più significativo riconoscimento: sono assai note le cadenze attraverso le quali l'art. 100 declina i poteri della Corte dei conti, ad essa assegnando tanto un'attività di controllo esterno e, dunque, come precisato dal Sandulli, non meramente amministrativa, ma anche giurisdizionale e requirente.

In realtà una lettura sistematica della carta costituzionale e in particolare del Titolo V autorizza, invece, una differente lettura nel senso della esistenza di un rapporto di omogeneità degli standard di indipendenza e autonomia di tutte le magistrature. E si tratta di un concetto che a sua volta si risolve in quello di “unità della giurisdizione”.

6. Ma c'è di più! A mio avviso molto di più. Aldilà della collocazione topografica all'interno del titolo destinato al Governo, la Corte dei conti esercita le proprie funzioni ausiliarie essenzialmente nei confronti del Parlamento, così consentendo sempre al Parlamento di verificare la gestione posta in essere dall'esercizio. E questo è un connotato di grande rilevanza sul terreno della rilevanza costituzionale della Corte dei conti.

Ciononostante, bisogna arrivare al 1988 perché a questa magistratura venga dal “legislatore” istituito l'organo di autogoverno; mentre dieci anni più tardi con la l. 15/2009 si prevede all'art. 11, c. 8, che il “Cdp, quale organo di

amministrazione del personale, esercita le funzioni espressamente ad esso attribuito da norme di legge”.

Si tratta, a mio avviso, di una legge che segna una battuta di arresto nella prospettiva della doverosa attribuzione al Cdp di prerogative, poteri e funzioni uguali agli altri organi (Csm e Cga).

Sicuramente un passo indietro.

Intanto sul piano semantico il concetto di amministrazione evoca una idea economica o, meglio, aziendalistica di organizzazione, che mal si concilia con una magistratura, che la Costituzione vuole autonoma ed indipendente.

L'idea di una magistratura che debba essere amministrata più che non condivisibile mi sembra allarmante.

E, parallelamente, come può un organo che possiede il sigillo della rilevanza costituzionale essere de-mansionato al ruolo di organo che amministra.

E del resto, pensare che si possa amministrare un organo composto da soggetti che hanno il conforto delle garanzie di autonomia e indipendenza così come disegnato nell'assunto della Corte Costituzionale mi sembra allarmante prima ancora che inammissibile.

La Corte costituzionale e il Titolo V riconoscono lo *status* ed il complesso delle attribuzioni di garanzia e indipendenza delle magistrature in termini di sostanziale omogeneità.

Nella nostra Carta dei valori, la sostanziale omogeneità tra le differenti magistrature segue ad una visione unitaria della giurisdizione, anziché declinata attraverso le differenti aree di controllo.

Ora, proprio la particolare configurazione ed articolazione dei poteri della Corte dei conti, così come descritti negli artt. 100, c. II, e 108, c. II. Cost., impone che a tale magistratura vada assicurato un consono livello di indipendenza e un adeguato sistema di garanzie, muovendo innanzitutto dal riconoscimento del Consiglio di presidenza come organo di autogoverno.

7. Ecco allora che devo riprendere e svolgere la frase dei colleghi pubblicisti: *“tutti gli organi di amministrazione sono uguali ma uno è meno uguale degli altri”*.

E bisogna riconoscerlo, che la Corte Costituzionale, che pure è stata investita della questione ha disatteso le aspettative *decidendo, come ha scritto bene una parte molto autorevole della dottrina, di non decidere* e limitando il proprio intervento esclusivamente al tema del rapporto numerico laici/togati.

Questo non significa che il Cdp debba necessariamente essere modellato alla stregua del CSM. Un conto è prendere atto che dalla necessità imposte dal dettato costituzionale di assicurare ad ogni magistratura un organo di autogoverno, come

momento di riaffermazione sia interna che esterna di autonomia e indipendenza. Altra cosa è sostenere che tale risultato possa raggiungersi solo attraverso l'applicazione del modello CSM.

E tuttavia alcune indicazioni assai precise la Corte Costituzionale le ha comunque affermate, prima fra tutte quella che *“un organo di garanzia debba comunque essere previsto”* e che all'interno di tale organo *“debba esserci la presenza di componenti laici e togati nel bilanciamento degli interessi”*.

8. Mi avvio a concludere presentando qualche proposta.

Qualche intervento si potrebbe prevedere, rispetto alla composizione dei togati elettivi che forse dovrebbe ricollegarsi alle diverse formazioni di carattere giurisdizionale e requirente della Corte dei conti.

In questo senso, non sono contrario a riconoscere una prevalenza numerica della parte togata su quella laica.

Qualche perplessità nutro nei confronti del numero elevato dei membri di diritto (Presidente, Presidente aggiunto e Procuratore generale) e sui criteri di nomina del Presidente del Consiglio di presidenza.

Per quanto riguarda i componenti di diritto non posso non rilevare una impropria verticizzazione che poco o male si concilia con l'idea dell'autogoverno; e dunque, a mio giudizio sarebbe preferibile che i componenti di diritto siano solo due e si implementi il numero dei togati elettivi da 4 a 5.

Per quel che riguarda il criterio di nomina del Presidente, ritengo preferibile un criterio che riservi la nomina al Presidente della Repubblica ma sulla base di una designazione unica del Consiglio di presidenza, sulla quale il Governo esprima un parere obbligatorio ma non vincolante.

Il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa e la tutela della giustizia nell'amministrazione*

FRANCESCO URRARO

Ringrazio gli organizzatori per la straordinaria opportunità di confronto tra giurisdizioni su temi centrali soprattutto in prospettiva di miglioramenti.

Il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa (C.P.G.A.), da sempre ha perseguito il percorso di ottimizzazione della qualità del servizio giustizia, per migliorarne l'efficienza, nella ferma convinzione che solo una giustizia efficiente e tempestiva, capace di dare risposte effettive, sia in grado di rafforzare la fiducia del cittadino e di contribuire alla percezione della giustizia amministrativa come parte essenziale del sistema che coopera alla crescita e allo sviluppo del Paese.

Per perseguire tali finalità, il Consiglio di Presidenza ha lavorato su più versanti, per fare fronte alle necessità correnti e per l'individuazione di misure di carattere strutturale e innovativo in grado di assicurare effettività della tutela che vuol dire effettività degli interessi. Tra le iniziative assunte, particolare rilievo assumono quelle volte alla copertura dell'organico di magistratura e allo smaltimento dell'arretrato.

In una ormai cronica carenza di organico che si attesta da anni tra il 30 ed il 35%, per assicurare il regolare svolgimento delle udienze è stato (troppo spesso) necessario far ricorso a misure straordinarie come quella dell'assegnazione temporanea di magistrati provenienti da altre sedi pur di assicurare soluzioni rapide e mirate.

Lo sforzo massimo dell'organo di autogoverno è rivolto a far sì che si proceda al più presto alla copertura di organico.

Tali richieste hanno, poi, trovato concreta attuazione a livello normativo. Con decreto legge 30/12/2019, n. 162, recante "Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica" (convertito, con modificazioni, in legge 28/02/2020, n. 8), la dotazione organica del personale di magistratura della giurisdizione amministrativa è stata incrementata e sono state istituite nuove sezioni, (una presso il Consiglio di Stato e due presso il Tar del Lazio con sede a Roma). Per le esigenze di segreteria, è stata, altresì, autorizzata l'assunzione di tre dirigenti di livello non generale a tempo indeterminato, con contestuale incremento della

* L'intervento alla tavola rotonda non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

relativa dotazione organica, ed è stata prevista la possibilità di conferire, in deroga ai limiti percentuali previsti dall'articolo 19, commi 4 e 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito della dotazione organica vigente, un incarico dirigenziale di livello generale.

Il Consiglio di Presidenza, poi, ha continuato a promuovere misure per l'abbattimento dell'arretrato all'interno della giustizia amministrativa: è stato portato a compimento il programma straordinario per la riduzione delle pendenze relativo all'anno 2019 ed è stato deliberato l'avvio di un ulteriore programma, da svolgersi nel 2020, caratterizzato dalla novità di aver orientato l'impegno dei magistrati nella celere risoluzione del contenzioso pregresso pendente presso il Consiglio di Stato e presso le strutture periferiche che presentano maggiori criticità in termini di arretrato. Attraverso le misure volte alla copertura degli organici e allo smaltimento dell'arretrato, l'organo di autogoverno intende arrivare ad una rapida definizione di tutti i ricorsi di competenza del giudice amministrativo, e dunque non solo di quelli sottoposti al regime accelerato, al fine di ridurre ulteriormente il numero dei ricorsi in attesa di definizione e di assicurare la ragionevole durata del processo. Le strategie messe in atto dal Consiglio di Presidenza hanno interessato anche il processo telematico che, partito nel 2017, ha costituito per la giustizia amministrativa una innovazione epocale: la sua introduzione ha comportato una profonda modifica degli assetti organizzativi e di proposizione dei giudizi che ha visto coinvolti tutti i principali attori della giustizia amministrativa. Il fine perseguito è quello dell'implementazione delle risorse e degli strumenti funzionali alla ristrutturazione tecnologica del Sistema informativo della giustizia amministrativa, attraverso la reingegnerizzazione dei processi, all'insegna della maggiore semplicità ed efficienza dei servizi informatizzati a disposizione del personale di magistratura, di quello amministrativo e del Foro. Altro ambito ritenuto dal Consiglio di Presidenza strumentale all'obiettivo di una giustizia sempre più efficiente è quello dei controlli, con riferimento al quale ha reso strutturale l'attività di monitoraggio dei tempi di deposito dei provvedimenti giurisdizionali da parte dei magistrati, soprattutto nell'ottica del rafforzamento degli obiettivi di tempestività e di efficienza della risposta di giustizia.

Particolare attenzione da parte dell'organo di autogoverno è da sempre riservata alla formazione ed all'aggiornamento dei magistrati volti, oltre che alle tematiche giudiziarie, alla maturazione progressiva e comune di una cultura della giurisdizione, intesa come imprescindibile elemento del bagaglio culturale del magistrato.

Nell'ambito di questo processo formativo, un evento di particolare rilievo è stato rappresentato, nel giugno 2019, dal Primo Congresso Nazionale dei Magistrati amministrativi, inserito nel programma di formazione dell'Ufficio Studi su impulso del C.P.G.A., in cui sono stati affrontati temi quali la deontologia e la professionalità del magistrato.

Costituisce poi un appuntamento fisso ogni anno il Seminario tra magistrati amministrativi titolari di incarichi direttivi e semi-direttivi durante il quale sono affrontate le principali questioni relative ai profili organizzativi e di funzionamento degli uffici giudiziari, anche con riferimento all'utilizzo dei mezzi informatici, alla comunicazione istituzionale e alle relazioni istituzionali, nell'ottica di far emergere le buone pratiche adottate presso i singoli Tribunali e diffonderle in altre sedi. Su impulso dell'attuale consiliatura, inoltre, sono stati valorizzati e resi sistematici momenti di formazione decentrata, mediante l'organizzazione di corsi su argomenti di particolare attualità e rilevanza presso le sedi periferiche dei T.A.R., organizzati con il coinvolgimento stretto, quasi simbiotico, del mondo accademico e di quello forense.

Sempre in tema di formazione, deve essere, altresì, segnalata la sinergia che si è ormai consolidata tra la giustizia amministrativa e la Scuola superiore della magistratura ordinaria per la trattazione di temi trasversali e di interesse comune, nell'ottica di confrontare i diversi approcci e sviluppare sempre di più una comune cultura della giurisdizione.

L'obiettivo generale perseguito è quello dello sviluppo di una comune cultura della giurisdizione e dei valori che non sia limitato ai confini nazionali ma deve allargarsi ai confini europei e internazionali, al fine di creare una rete "amministrativa" tra spazio europeo e territori nazionali, in cui gli operatori di giustizia, sia nello spazio europeo ma anche e soprattutto nei territori nazionali, garantiscano la protezione dei diritti e l'applicazione del diritto, per tutti coloro che in quello spazio si muovono.

È per questo che il Consiglio di Presidenza continua a promuovere costantemente occasioni di confronto con colleghi di altre nazioni, attraverso la condivisione di momenti di incontro, di studio e, in generale, di scambio culturale. Si segnala, in particolare, la partecipazione dei magistrati amministrativi ai programmi di formazione organizzati dalla Rete EJTN (European Judicial training network, ovvero Rete europea di formazione giudiziaria), nell'ambito delle istituzioni comunitarie attraverso scambi di breve durata, stages di lunga durata, visite di studio e seminari di diritto amministrativo. Altra attività di rilievo da segnalare è stata l'attiva partecipazione del Consiglio di Presidenza alla Rete europea dei Consigli di Giustizia (ENCJ). Membri dell'Organo di autogoverno hanno infatti partecipato a numerosi incontri della Rete in varie sedi europee sul tema *Independence Accountability and Quality of Justice*.

Le esperienze di scambio di magistrati costituiscono occasioni di grande arricchimento reciproco, non solo per la conoscenza dei diversi ordinamenti giuridici, ma anche e soprattutto per la costruzione di una cultura giudiziaria comune, non limitata ai confini nazionali.

Indipendenza e formazione del giudice tributario *

ALESSIO LANZI

Il tema dell'indipendenza del giudice tributario è fondamentale quanto peculiare.

Ciò dipende dal rilievo costituzionale che gli si può assegnare; infatti la giurisdizione tributaria non è direttamente richiamata dalle norme costituzionali sulla giurisdizione, al contrario di quanto accade per il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, i Tribunali militari (art. 103 Cost.).

Bisogna quindi far riferimento alla generica previsione di cui all'articolo 108, secondo comma, inserito in un contesto normativo costituzionale che però riguarda quasi esclusivamente la magistratura ordinaria. Peraltro, specie da ultimo, col d.lgs. 130/2022, il legislatore ordinario ha fortificato le caratteristiche e le prospettive di una giustizia tributaria quale vera e propria giurisdizione; di qui il diretto rilievo, per essa, quantomeno delle norme costituzionali di cui agli articoli 101, 108 secondo comma, 111 primo e secondo comma. Consentendosi così di non dover fare necessariamente ed esclusivamente ricorso a quanto previsto dagli articoli 6 della CEDU e/o 47 della Carta dei diritti UE che potrebbero rilevare come "norme interposte" ai fini di quanto previsto agli articoli 10 e 117 della Costituzione.

In un tale quadro, rileva dunque direttamente la previsione di un giudice che sia "terzo" e "imparziale" (art. 111² Cost.).

Non parla tale norma dell' "indipendenza", perché questa è una conseguenza della terzietà ed imparzialità e si deve realizzare come uno "status" personale del singolo giudice, assicurato – appunto – dalla legge (art. 108²).

Ma – in linea coi criteri di uno Stato di diritto di matrice illuminista – è una indipendenza "condizionata", in quanto il giudice è indipendente da ogni potere ma è soggetto (solo) alla Legge (art. 101²).

Nella legge dunque il giudice trova la legittimazione, ma anche il limite, della propria indipendenza.

Se ne deduce pertanto che proprio per l'indipendenza è richiesta la piena conoscenza e l'osservanza della legge, e, per quanto qui precipuamente interessa, del diritto tributario.

* L'intervento alla tavola rotonda non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista.

Quindi, a questi fini, il tema si salda con quello della “formazione” che acquista così un rilievo assoluto e determinante per il buon andamento e il corretto svolgersi della Giustizia Tributaria.

A tal proposito un fondamentale ruolo è assegnato al Consiglio di Presidenza, che, sulla base dell’articolo 24 lett. h, d.lgs. 545/1992, nel testo vigente, è chiamato a svolgere, anche in tale prospettiva, una efficace attività nell’interesse della giustizia tributaria.

In particolare – nella attuale e vigente disposizione – si prevede che il Consiglio “... assicura l’aggiornamento professionale dei giudici tributari attraverso l’organizzazione di corsi di formazione permanente, in sede centrale e decentrata”.

Tale previsione è stata in qualche modo *ridimensionata*, recentemente, dal D.L. 75/2023 che ha indicato come il Consiglio della giustizia tributaria debba definire i criteri e le modalità della formazione continua e dell’aggiornamento professionale dei giudici e dei magistrati tributari; ma ne ha però poi previsto l’attuazione attraverso corsi “organizzati e gestiti” *prioritariamente* dalla Scuola nazionale dell’amministrazione o, *subordinatamente*, dalle Università accreditate.

Bisognerà ora vedere come una tale previsione normativa troverà effettiva attuazione nel concreto delle attività di formazione e di aggiornamento che saranno attuante e rese operative.

Il tutto dovrebbe poi trovare una definitiva stabilizzazione nella istituenda Scuola Superiore della Giustizia Tributaria, che dovrebbe assicurare il salto del livello qualitativo di questa giurisdizione.

In ogni caso va considerato come anche l’auspicato incremento della “cultura della giurisdizione” sia comunque un traguardo non fine a se stesso, né esclusivamente nell’interesse della magistratura tributaria, ma principalmente da raggiungere nell’interesse della collettività, anche rispetto alle vertenze di carattere tributario.

MISCELLANEA

Appalti e disabilità*

FABIO ALTAMURA

SOMMARIO: 1. La rilevanza sociale degli appalti pubblici – 2. La garanzia di parità dei diritti delle persone disabili – 3. Evoluzione storica della normativa sui disabili – 4. Appalti pubblici e disabilità.

1. L'innesto delle politiche di inclusione sociale nella regolamentazione degli appalti pubblici è uno dei punti centrali nell'evoluzione normativa di questo istituto¹.

Gli «appalti pubblici», così come da ultimo definiti dall'art. 2, lett.a), dell'Allegato I.1 del d.lgs. n. 36/2023, sono «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi». Pertanto, il contratto di appalto è primariamente lo strumento di approvvigionamento di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni, le quali, quindi, partecipano al mercato come «acquirenti».

Fermo restando ciò, si è progressivamente assistito ad una piena presa di coscienza della intrinseca rilevanza sociale degli appalti pubblici: le Stazioni appaltanti, inserendo nella documentazione di gara criteri sociali² ai quali gli operatori economici devono conformarsi³, da un lato partecipano al mercato come

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ G. LEONE, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in *Appalti e Lavoro, Volume Primo, Disciplina pubblicistica*, a cura di D. GAROFALO, Giappichelli, Torino, 2017.

² «In questo documento, per «criteri sociali» si intendono i criteri tesi a promuovere l'applicazione, lungo la catena di fornitura, degli standard sociali riguardanti i diritti umani e le condizioni di lavoro, riconosciuti a livello internazionale» in *Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici* adottata con D.M. del 6 giugno 2012.

³ La Commissione Europea in *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, Commissione Europea, 2010 ha indicato quattro approcci di base in merito alle modalità di gestione degli aspetti sociali negli appalti pubblici: i) prevedere l'inserimento da parte dell'acquirente dei criteri sociali nell'oggetto dell'appalto stesso e/o nelle specifiche tecniche; ii) prevedere, in determinate condizioni, che agli offerenti sia fatto divieto di ottenere appalti pubblici se in precedenza hanno subito condanne per atti illeciti (lo scopo di questo divieto è di impedire agli enti pubblici di aggiudicare appalti a imprese che non hanno raggiunto uno standard specifico di comportamento sociale); iii) *moral suasion* ossia persuadere gli offerenti ad assumere un impegno verso determinati standard sociali e, in sede di decisione relativa all'aggiudicazione dell'appalto, tener conto dei risultati da questi raggiunti in tale direzione; iv) richiedere che chiunque esegua l'appalto si attenga a date condizioni per l'esecuzione dell'appalto stesso e che gli imprenditori sottoscrivano lo stesso impegno.

acquirenti, dall'altro, facendo leva sul proprio potere d'acquisto, tentano di regolarlo promuovendo interessi sociali⁴.

Al riguardo, lo studioso americano Christopher McCrudden nel descrivere l'intimo legame tra appalti pubblici e politica sociale parla di vari *Linkage*⁵, distinguendone vari tipi in base all'uso dell'appalto: tra questi, l'uso degli appalti come metodo per far rispettare la legge contro la discriminazione nel contesto occupazionale, spesso descritto come «conformità contrattuale»⁶; tale «*contract compliance*» significa «esattamente considerare l'appalto come uno strumento di politica sociale»⁷.

Sul piano europeo, tale *connessione* fu messa in risalto già verso la fine degli anni '90, quando la Commissione europea nel Libro Verde del 1996 *Les marchés publics dans l'Union européenne: pistes de réflexion pour l'avenir*⁸ incentivava l'utilizzo di clausole sociali negli appalti pubblici, sebbene mediante strumenti di *soft law*. Pochi anni più tardi, con le Comunicazioni del 1998 e del 2001⁹, la stessa Commissione evidenziava un aspetto che più tardi avrebbe trovato piena attuazione: la rilevanza «primordiale» della politica sociale nell'azione comunitaria ed il venir meno dell'idea secondo la quale «l'interesse economico in materia di appalti rappresentava l'obiettivo primario ed assoluto, da perseguire e realizzare». Si trattava, tuttavia, di timide aperture: le clausole sociali erano «ammesse, in una posizione di subordinazione, nella misura in cui non produc[essero] effetti distorsivi e limitativi del mercato»¹⁰.

⁴ «L'impatto di un contratto pubblico finisce infatti con l'incidere a cascata su diversi aspetti e sfaccettature della vita sociale ed economica incentivando, tra gli operatori economici, determinati comportamenti e scoraggiandone altri» in *Guida agli acquisti sociali degli appalti pubblici*, Camera di Commercio di Roma, 2013.

⁵ «The term 'linkage' is used throughout this article to describe this use of procurement.» C. McCrudden, *Using public procurement to achieve social outcomes*, in *Natural Resources Forum* 28 (2004), pp. 257-267.

⁶ «Three relatively distinct types of linkage may be particularly emphasized at this stage of the discussion: the use of procurement as a method of enforcing anti-discrimination law in the employment context, often described as 'contract compliance'; the use of procurement to advance a wider conception of distributive justice, particularly affirmative action in employment; and the use of procurement as a method to help stimulate increased entrepreneurial activity by disadvantaged groups, in particular so called 'set-asides' for minority businesses», C. McCrudden, *Using public procurement to achieve social outcomes*, loc. cit.

⁷ L. CALAFÀ, *Appalti pubblici e clausole di parità: l'esperienza del Comune di Roma*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2000, pp. 225-244.

⁸ *Gli appalti pubblici nell'Unione europea: spunti di riflessione per il futuro*, COM (1996) 583 def., 27 novembre 1996.

⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 1998 [COM (1998) 143 def.] su *Gli appalti pubblici nell'Unione europea* e Comunicazione della Commissione del 15 ottobre 2001 [COM (2001) 566 def.] su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*.

¹⁰ V. PASQUARELLA, *Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti "preferenziali" tramite convenzioni agli appalti "riservati"* in *Lav. pub. amm.*, 2017, p. 129.

Fu soltanto in un secondo momento che la finalità sociale degli appalti pubblici, promossa attraverso strumenti di *hard law*, diventa obiettivo vincolante per tutti gli Stati membri: con la Direttiva 2004/18/CE (e la direttiva gemella 2004/17/CE), il legislatore comunitario già dal considerando rivela l'intento di potenziare la *funzione sociale* e, quindi, di *promozione della persona rispetto alle ferree e omologanti leggi del mercato*¹¹; su questa scia si muoveranno le tre Direttive del 2014 (2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. "settori ordinari", la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. "settori speciali" la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione)¹².

Tali approdi verranno recepiti nella Comunicazione del 2021 *Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*: «acquistando in modo avveduto, gli acquirenti pubblici possono promuovere opportunità di lavoro, il miglioramento del livello di competenze e la riqualificazione della forza lavoro, condizioni di lavoro dignitose, l'inclusione sociale, la parità di genere e la non discriminazione, l'accessibilità, una progettazione adeguata per tutti, il commercio etico, nonché cercare di conseguire un rispetto più ampio degli standard sociali»¹³; in breve, la «gestione socialmente responsabile degli appalti»¹⁴ potrebbe garantire il pieno rispetto dei diritti riconosciuti a ciascuna persona.

2. La contrattazione pubblica si è dimostrata un efficace strumento per la promozione di condizioni che rendono effettivo il diritto alla pari dignità e alla parità di diritti delle persone disabili, ossia, secondo la definizione della *Convenzione*

¹¹ Cfr. N. PECCHIOLO, *Commentario all'art. 52. Appalti riservati*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (diretto da), Milano, Egea, 2013, Vol. I, 764.

¹² «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (4) e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (5) dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia» Considerando n.2.

¹³ Comunicazione della Commissione europea 2021 *Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)*.

¹⁴ S. MONTALDO, *La dimensione sociale degli appalti pubblici nel diritto dell'Unione europea in Politiche sociali*, Fascicolo 2, maggio–agosto 2015.

ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006 che ha recepito la nuova accezione di disabilità elaborata dall'OMS nel 2001, di «quantità hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che, in interazione con varie barriere, possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri». Quest'ultima definizione ha abbandonato il c.d. "modello medico" recepito dall'OMS nel 1980¹⁵ (il quale considerava il solo aspetto patologico della disabilità e favoriva il mero assistenzialismo dei soggetti disabili) ed ha adottato un approccio attento alle interazioni delle persone disabili con l'ambiente circostante, evidenziando la necessità di una attiva assunzione di misure tese ad assicurare la possibilità di accesso a tutte le opportunità che consentono la piena realizzazione dei soggetti disabili¹⁶.

Ed infatti, se negli anni '70 la promozione dell'integrazione dei soggetti disabili veniva perseguita attraverso la combinazione di *policy* di inclusione sociale e strategie antidiscriminatorie, con la *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* tale obiettivo è perseguito mediante una politica di «piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società» delle persone con disabilità, venendo riconosciuto il disabile quale «soggetto titolare di potenzialità, il cui apporto umano, sociale ed economico alla collettività può contribuire ad incrementare il senso di appartenenza generale alla stessa»¹⁷. Tale documento «riconoscendo i preziosi contributi, esistenti e potenziali, apportati da persone con disabilità in favore del benessere generale e della diversità delle loro comunità» e considerando l'importanza di coinvolgere attivamente questi soggetti «nei processi decisionali inerenti alle politiche e ai programmi, inclusi quelli che li riguardano direttamente»¹⁸, mira a «promuovere, proteggere e assicurare» il loro «pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali» e «il rispetto per la loro intrinseca dignità» (art. 1, comma 1)¹⁹.

Con la Legge 3 marzo 2009, n. 18, l'Italia ha autorizzato la ratifica della Convenzione, impegnandosi «a garantire e promuovere la piena realizzazione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali per tutte le persone con disabilità senza discriminazioni di alcun tipo sulla base della disabilità»²⁰ e istituendo

¹⁵ Basato sulla *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicap* (ICIDH-1 o ICIDH-80) adottato nel 1976 dalla XXIX Assemblea Mondiale della Sanità.

¹⁶ F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, in *Federalismi.it* del 20 ottobre 2021.

¹⁷ L. SIMONETTI, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, 4, p. 73 e ss.

¹⁸ Lettera m) e o) del Preambolo.

¹⁹ V. PASQUARELLA, «*Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti "preferenziali" tramite convenzioni agli appalti "riservati"*» cit., p. 129.

²⁰ «La persona al centro, lo sviluppo integrale di ciascuna persona: è questa la nostra stella polare per riconoscere e promuovere il valore infinito della persona per il solo fatto che esista, così come è.

contestualmente l'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità che ha il compito di promuovere l'attuazione della Convenzione ed elaborare il rapporto dettagliato sulle misure adottate ai sensi dell'art. 35 della stessa Convenzione²¹.

Le ultime misure adottate dal Legislatore in riferimento agli appalti pubblici sembrano appunto muoversi verso una maggiore tutela delle persone con disabilità, in attuazione sia delle normative vigenti in materia sia delle previsioni costituzionali, eliminando quei vincoli che impediscono il pieno godimento dei diritti inviolabili²² e garantendo «di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»²³.

3. Nonostante non vi sia alcun esplicito richiamo alla disabilità all'interno della Carta costituzionale, se non il riferimento all'art. 38, commi 1 e 3 agli «inabili al lavoro» e ai «minorati»²⁴, essa è certamente una condizione costituzionalmente tutelata e garantita.

Ed infatti, tra i principi fondamentali della Repubblica rientra anzitutto il principio di uguaglianza, per il quale «*tutti i cittadini* hanno pari dignità sociale

Per questo mi preme innanzitutto richiamare l'art. 10 della Convenzione che afferma il diritto alla vita delle persone disabili: «Gli Stati Parti riaffermano che il diritto alla vita è connesso alla persona umana ed adottano tutte le misure necessarie a garantire l'effettivo godimento di tale diritto da parte delle persone con disabilità (...)». Tale diritto deve essere difeso in ogni istante della vita, dal concepimento alla morte naturale, proprio perché la disabilità è un'esperienza umana in molti casi ancora misteriosa, che siamo chiamati a rispettare e a conoscere. Il concetto di disabilità non indica più un assoluto della persona come in passato ma riguarda il rapporto tra la persona e il suo ambiente di riferimento. In tal senso, negli ultimi anni, soprattutto con l'avvento di nuove tecnologie, sono state abbattute numerose barriere riducendo il grado di disabilità, qualunque fosse il suo genere». M. Sacconi, Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali

²¹ <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/disabilita-e-non-autosufficienza/focus-on/Convenzione-ONU/Pagine/Convenzione%20Onu.aspx>

²² Sul tema della disabilità all'interno della Costituzione, S. Rossi, *L'accessibilità come diritto sociale delle persone disabili*, Il Mulino – Rivisteweb, Fascicolo 2, dicembre 2019, scrive che «Tali principi, ramificandosi lungo l'ordinamento, raggiungono anche i soggetti più emarginati e ne veicolano la personalità entro direttrici di riconoscimento che garantiscono effettività all'inclusione sociale. Tale processo è pertanto reso effettivo dall'impegno istituzionale che, rimuovendo i vincoli che ne impediscono l'esercizio, garantisce il godimento di una cittadinanza piena ed inclusiva a persone che sono riconosciute avere pari dignità in ragione e non a dispetto delle proprie differenze. La tematizzazione dei diritti delle persone disabili, quindi, può essere compresa entro la cornice rappresentata dai suddetti principi che assegnano, tra i compiti prioritari della Repubblica, quello di costruire ed attuare un programma di giustizia sociale che elimini le disuguaglianze di fatto e liberi dalla condizione di bisogno le persone più vulnerabili».

²³ Art. 26 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*.

²⁴ Art. 38 Cost. it: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. (...)Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.»

e sono eguali davanti alla legge»²⁵ e, pertanto, a ciascuna persona, *in quanto tale*, sono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo²⁶: i soggetti con disabilità vengono tutelati in quanto persone, sulla scorta del dettato costituzionale per cui tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge e ciò anche in presenza di quella "condizione personale e sociale" rappresentata dalla disabilità²⁷.

L'interesse verso l'integrazione delle persone con disabilità iniziò a manifestarsi dopo la Prima guerra mondiale, quando, soprattutto in Gran Bretagna, la contrattazione pubblica iniziò ad essere considerata un importante strumento per affrontare i bisogni degli *ex* militari disabili. Soltanto dopo la Seconda guerra mondiale questo approccio venne generalizzato a tutti i soggetti affetti da disabilità²⁸.

Anche in Italia l'interesse del Legislatore verso i disabili era collegato alla disabilità di guerra, poiché si riteneva che i militari invalidi dovessero l'infermità o la mutilazione all'adempimento di un dovere nazionale e, quindi, lo Stato dovesse loro un atto di riconoscenza²⁹.

Fu proprio su iniziativa della delegazione italiana che nella IV Conferenza Interalleata del 1920 tenutasi a Bruxelles che venne affrontato il problema del collocamento dei mutilati ed invalidi di guerra: in questa occasione venne affermato il principio dell'occupazione obbligatoria dei disabili da parte delle pubbliche amministrazioni e dei privati datori di lavoro³⁰. In Italia, ciò confluitò nella Legge n. 1312/1921, successivamente riformata dalla legge n. 375/1950 e dalla legge n. 367/1963.

Nel 1968, con la Legge n. 482, si operò un riordino della materia sul collocamento obbligatorio dei disabili, favorendone l'inserimento nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato in un'ottica di

²⁵ Art. 3 Cost.it.

²⁶ Art. 2 Cost.it «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

²⁷ F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, cit.

²⁸ C. MCCRUDDEN, *Using public procurement to achieve social outcomes*, cit.

²⁹ Il Senatore Grava nella riunione dell'11 maggio 1950 della X Commissione del Senato, riunitasi per la discussione e approvazione della Riforma della legge 21 agosto 1921, numero 1312, concernente l'assunzione obbligatoria al lavoro degli invalidi di guerra affermava che «Se, in tali condizioni, è difficile il collocamento di coloro che regolarmente addestrati al lavoro, si trovano nella pienezza delle loro facoltà fisiche e del loro vigore, tanto più difficile si presenta per gli invalidi, i quali posseggono una capacità lavorativa ridotta. L'invalido, lasciato in balia delle leggi economiche, non potrebbe che restare sacrificato. Di qui la necessità e l'obbligo dello Stato di intervenire per distribuire su tutte le attività del Paese una parte dell'onere che gli invalidi della guerra non potrebbero da soli sopportare senza una palese ingiustizia. È non solo un supremo dovere di gratitudine verso coloro che bene meritarono della Patria, ma è anche nell'interesse del Paese che tante energie lavorative colpite e depresse rientrino nel ritmo del lavoro e tornino a rieducarsi e a rendersi ancora utili».

³⁰ <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/260882.pdf>

valorizzazione della loro abilità e professionalità ed evidenziando che il valore aggiunto apportato dai soggetti disabili fosse pari a quello degli altri dipendenti³¹. Tuttavia, la legge era ancora espressione di una *policy* che puntava a creare un assetto riparatore dello stato di bisogno della persona con diversa abilità, posta in essere mediante un approccio impositivo verso le imprese e non ancora volta a realizzare una piena garanzia del diritto al lavoro delle persone che incontrano maggiori difficoltà nel contesto lavorativo, che si sarebbe realizzato soltanto mediante misure promozionali dell'impiego³².

Quest'ultima finalità venne attuata con la Legge n. 68/99, che ha operato una più ampia riforma del *welfare* attraverso una diversa regolamentazione del mercato del lavoro e dei servizi per l'impiego e nella quale lo Stato assistenziale assume il diverso ruolo di promotore occupazionale delle persone disabili attraverso un mix di misure, privilegiando la tecnica premiale rispetto alle tradizionali misure afflittive³³. L'art. 1 dispone programmaticamente che la finalità della legge è «la promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato». A tal fine, è previsto che le aziende private con almeno 15 dipendenti a base di computo sono obbligate ad assumere iscritti nell'elenco provinciale dei disabili o in quello delle categorie protette, in misura variabile a seconda del numero degli occupati: (i) da 15 a 35 dipendenti, 1 soggetto disabile; (ii) da 36 a 50 dipendenti, 2 soggetti disabili; (iii) oltre i 50 dipendenti, l'obbligo di assumere soggetti disabili è pari al 7% dei lavoratori dipendenti, oltre all'obbligo di assumere le categorie protette destinando alle stesse una quota pari all'1% del personale dipendente a base di computo. I datori di lavoro devono presentare entro il 31 gennaio di ogni anno un prospetto informativo del personale dipendente, dal quale risultino gli eventuali posti disponibili da ricoprire con tali categorie di lavoratori³⁴.

³¹ V. PASQUARELLA, «*Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti "preferenziali" tramite convenzioni agli appalti "riservati"*» in cit., p. 129.

³² «(...) la nuova "legge per il diritto al lavoro dei disabili" (legge 12 marzo 1999, n. 68) – che ha sostituito integralmente e radicalmente nell'impostazione concettuale di fondo la previgente disciplina sul "collocamento obbligatorio" – il cui stesso titolo ne anticipa la funzione promozionale "dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso i servizi di sostegno e di collocamento mirato" (art. 1, 1° comma), ovvero attraverso "un insieme di obblighi e di opportunità che non sono imposti al datore di lavoro come effetto inderogabile dell'applicazione della norma legale, ma che, piuttosto, devono essere amministrati, in modo quasi personalizzato, con la tecnica del collocamento mirato" in *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, C. Colapietro, in *Dirittifondamentali.it*, Fascicolo 2/2020, 6 maggio 2020.

³³ I. VACCARO GAMMONE, *Il Diritto al Lavoro delle Persone Disabili* in *Lavoro nella Giur.*, 2002, 2, p. 119.

³⁴ Art. 9, comma 6, della Legge 68/99.

Malgrado il coacervo di leggi in materia susseguitesì nel tempo – tra cui la legge 5 febbraio 1992, n. 1048, con la quale è stato riaffermato il diritto al pieno inserimento nella vita collettiva della persona con diversa abilità, successivamente rinvigorita dalla Legge 22 giugno 2016, n. 1129, volta a valorizzarne la capacità di autodeterminazione – l'Italia subì la procedura di infrazione C-312/2011, in esito della quale venne statuito che «(...) non prevedendo l'obbligo per tutti i datori di lavoro di adottare, in funzione delle esigenze e delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli di adattamento del luogo e dei ritmi di lavoro a favore di tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5, dir. 2000/78/CE (1)»³⁵.

La Direttiva n. 78 del 2000, recepita con il D. Lgs. n. 216/2003, poneva come obiettivo degli Stati Membri quello di «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento» e fissava all'art. 5 l'obbligatorietà per i datori di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli³⁶, ovvero sia trovare una collocazione ottimale (in base alle capacità e possibilità) all'interno dell'impresa per il soggetto disabile.

Una compiuta definizione di «accomodamento ragionevole» venne elaborata soltanto con la *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, secondo la quale esso indica «(...) le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

In attuazione della sentenza di condanna, il Legislatore Italiano con la legge 9 agosto 2013, n. 99, introdusse l'articolo 3 *bis* al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, secondo il quale: «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di

³⁵ La definizione di *soluzione ragionevole* venne fornita con la Convenzione Onu, che all'art. 2 stabilisce: «per "accomodamento ragionevole" si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

³⁶ Art. 5 Direttiva 78/2000: «Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente»³⁷.

Ulteriori modifiche alla Legge 68/99 vennero attuate con il D.Lgs. n. 151/2015, che introdusse incentivi a favore dei datori di lavoro che assumono disabili³⁸.

Sul piano europeo, la parità di trattamento e di opportunità in materia di occupazione, protezione sociale, istruzione e accesso a beni e servizi disponibili al pubblico da parte dei soggetti disabili è stata ribadita anche nella *Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali del 2017*³⁹. Sulla stessa scia, *La strategia europea sulla disabilità 2010–2020*⁴⁰ ha inserito la disabilità tra le priorità dell'agenda dell'UE, delineando un quadro di azione che mira a «mettere le persone con disabilità in condizione di esercitare tutti i loro diritti e di beneficiare di una piena partecipazione alla società e all'economia europea» attraverso otto ambiti di azione principali, tra i quali l'*uguaglianza* e l'*occupazione*. In attuazione della *Strategia* e al fine di contribuire alla piena inclusione delle persone con disabilità nella vita sociale delle comunità, è stata adottata la *Carta europea della disabilità*, una tessera che consente l'identificazione dei soggetti con disabilità e l'accesso a servizi e benefici, in un contesto di reciprocità con gli altri Paesi dell'Unione europea⁴¹.

³⁷ Nella legge delega 22 dicembre 2021, n. 227, all'art. 2, *Principi e criteri direttivi della delega*, comma 2, è prescritto: «Il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) con riguardo alle definizioni concernenti la condizione di disabilità e alla revisione, al riordino e alla semplificazione della normativa di settore: (...) 5) introduzione nella legge 5 febbraio 1992, n. 104, della definizione di «accomodamento ragionevole», prevedendo adeguati strumenti di tutela coerenti con le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità».

³⁸ L'art. 3 è intervenuto sulla disciplina delle quote di riserva di cui all'art. 3 della legge 68/1999, eliminando, dal 1° gennaio 2017, la disposizione che prevedeva, per le aziende che occupano da 15 a 35 dipendenti, che l'obbligo di assunzione del disabile scattasse solo in caso di nuova assunzione: l'obbligo di assunzione del disabile scatta al raggiungimento dei 15 lavoratori dipendenti.

³⁹ Principio n. 3 «A prescindere da sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale, ogni persona ha diritto alla parità di trattamento e di opportunità in materia di occupazione, protezione sociale, istruzione e accesso a beni e servizi disponibili al pubblico.»

⁴⁰ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni* del 15.11.2020, *Strategia europea sulla disabilità 2010–2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere*.

⁴¹ <https://www.inps.it/prestazioni-servizi/carta-europea-della-disabilita-disability-card>

L'impegno assunto dall'Europa verso la sensibilizzazione della condizione di disabilità è stato da ultimo riaffermata con la *Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021–2030*, nella quale è stata ribadita la necessità di un'azione coordinata a livello nazionale e europeo⁴².

Sembra evidente che la questione della disabilità ha assunto da tempo grande rilevanza, tant'è che a fronte della frammentarietà delle normative e dei numerosi interventi in materia è emersa la necessità di procedere ad *una riarticolazione della grammatica dei diritti sulla persona*⁴³, manifestatasi anche col Piano Nazionale Ripresa e Resilienza, che ha fissato l'obiettivo di una legge–quadro sulla disabilità⁴⁴: con la Legge 22 dicembre 2021, n. 227 è stata data delega al Governo per l'elaborazione di un "codice" per la persona con disabilità⁴⁵.

Obiettivo della legge delega è quello di armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, prevedendo anche l'istituzione di un'Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità munita di compiti di verifica, controllo e consultazione sull'attuazione

⁴² «La presente strategia mira a migliorare la vita delle persone con disabilità nel prossimo decennio, nell'UE e nel resto del mondo. I suoi obiettivi possono essere raggiunti solo attraverso un'azione coordinata a livello sia nazionale che dell'UE, con un forte impegno degli Stati membri e delle autorità regionali e locali per realizzare le azioni proposte dalla Commissione» in *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni* del 03.03.2021, *Un'Unione dell'uguaglianza: strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021–2030*.

⁴³ S. ROSSI, *L'accessibilità come diritto sociale delle persone disabili*, in *Il Mulino – Rivisteweb*, Fascicolo 2, dicembre 2019.

⁴⁴ «Nella componente C2 è prevista una riforma costituita dalla realizzazione di una Legge quadro della disabilità», che si propone di realizzare pienamente i principi della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ratificata dall'Italia fin dal 2009), secondo un approccio del tutto coerente con la Carta dei diritti fondamentale dell'Unione Europea e con la recente «Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021–2030» presentata a marzo 2021 dalla Commissione Europea. La riforma semplificherà l'accesso ai servizi, i meccanismi di accertamento della disabilità e potenzierà gli strumenti finalizzati alla definizione del progetto di intervento individualizzato».

⁴⁵ «Art. 1 Oggetto e finalità della delega: 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro venti mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità, in attuazione degli articoli 2, 3, 31 e 38 della Costituzione e in conformità alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e del relativo Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, alla Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021–2030, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM(2021) 101 final, del 3 marzo 2021, e alla risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021, sulla protezione delle persone con disabilità, al fine di garantire alla persona con disabilità di ottenere il riconoscimento della propria condizione, anche attraverso una valutazione della stessa congruente, trasparente e agevole che consenta il pieno esercizio dei suoi diritti civili e sociali, compresi il diritto alla vita indipendente e alla piena inclusione sociale e lavorativa, nonché l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei trasferimenti finanziari previsti e di ogni altra relativa agevolazione, e di promuovere l'autonomia della persona con disabilità e il suo vivere su base di pari opportunità con gli altri, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e di non discriminazione».

dei diritti delle persone con disabilità e dei loro familiari nonché sull'osservanza degli standard qualitativi dei servizi ad essi erogati.

4. Allo stato attuale, «il disabile non è più [considerato] soggetto improduttivo, ma lavoratore a tutti gli effetti, se destinatario di un corretto inserimento»⁴⁶. La disabilità, dunque, conformemente alle previsioni della *Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, è ormai affrontata sotto il profilo dell'inadeguatezza del contesto sociale ad assicurare al disabile una piena inclusione e partecipazione alla vita collettiva, con conseguente adozione di strumenti volti a garantire un quadro sociale adatto alla sua piena realizzazione⁴⁷.

Tra gli *strumenti* idonei a determinare un *contesto sociale* adeguato – come già evidenziato – gli appalti rivestono un ruolo di primo ordine.

Tale risultato rappresenta una conquista tutta moderna: le primissime direttive in materia (la direttiva 71/305/CEE sugli appalti di lavoro, la direttiva 77/62/CEE sugli appalti di forniture e la dir. 92/50/CEE sugli appalti di servizi) ignoravano la possibilità che gli appalti potessero rivestire una funzione sociale.

La Corte di Giustizia Europea, nel 1988, in occasione del caso *Beentjes*⁴⁸ venne investita per la prima volta della questione relativa all'inserimento di elementi sociali nell'ambito degli appalti pubblici. Il Giudice Comunitario dovette pronunciarsi rispetto alla possibilità, in virtù della direttiva 71/305, di escludere un offerente per impossibilità di impiegare disoccupati stabili ed in particolare «se sia consentito a soggetti privati come la *Beentjes* di far valere, in un procedimento civile come quello pendente, le disposizioni della suddetta direttiva che indicano in quali casi ed a quali condizioni un offerente può essere escluso dalla gara d'appalto per motivi qualitativi, anche qualora, al momento della trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale, al committente siano state attribuite, per rifiutare l'aggiudicazione dell'appalto, facoltà più ampie di quelle risultanti dalla direttiva». Il Giudice ritenne che la previsione del bando di gara in base alla quale la manodopera impiegata avrebbe dovuto essere costituita almeno per il 70% da disoccupati stabili non avesse alcun rapporto né con i criteri relativi

⁴⁶ In tal senso, cfr. D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)*, in *DDPcomm.*, Vol. V, *Aggior.*, Appendice, Torino, 2009, 762 s.

⁴⁷ «Le persone con disabilità hanno diritto a buone condizioni sul posto di lavoro, a una vita indipendente, a pari opportunità e a partecipare pienamente alla vita della loro comunità. Tutti hanno diritto a una vita senza barriere. Ed è nostro dovere, in quanto comunità, garantire la loro piena partecipazione alla società, su un piano di parità con gli altri». Ursula von der Leyen, presidente della Commissione europea, in occasione della Giornata europea delle persone con disabilità, 2020.

⁴⁸ CGCE, 20 settembre 1988, Causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*.

all'accertamento dell'idoneità degli imprenditori (in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica), né con i criteri di aggiudicazione dell'appalto (ovvero il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa), ma che la clausola integrasse una condizione specifica supplementare, la quale, affinché potesse essere compatibile con le direttive europee, doveva essere menzionata nel bando di gara e non produrre «effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità»⁴⁹.

Tale approccio venne riconfermato dalla Corte⁵⁰, ma ribaltato completamente dalla posizione della Commissione europea: nella comunicazione *Appalti pubblici. Aspetti regionali e sociali*⁵¹, riprendendo le conclusioni del caso Beentjes, qualificò le contestate previsioni alla stregua di clausole contrattuali attinenti alla fase di esecuzione del contratto e, dunque, integranti un obbligo che chi ottiene il contratto deve accettare.

Soltanto qualche anno più tardi, con il Libro verde sugli Appalti pubblici del 1996⁵², la Commissione, evidenziando che «le amministrazioni e gli enti aggiudicatori possono essere chiamati ad attuare i vari aspetti della politica sociale nel quadro dell'aggiudicazione dei loro appalti, in quanto gli acquisti pubblici possono effettivamente costituire un significativo mezzo di orientamento per l'azione degli operatori economici», ritenne che gli aspetti sociali potessero rilevare anche nella fase di aggiudicazione del contratto, ma soltanto quando gli appalti pubblici potessero costituire un «mezzo per raggiungere l'obiettivo perseguito, quale ad esempio la costituzione di un mercato specifico per un settore protetto che non potrebbe altrimenti sostenere la concorrenza di imprese commerciali tradizionali aventi un livello di produttività normale», facendo esplicito riferimento agli appalti riservati.

Nel 2002, in occasione del caso *Concordia Bus*, la Corte di Giustizia ebbe modo di pronunciarsi nuovamente sull'argomento, riaffermando che anche parametri di valutazione afferenti a *secondary considerations* potessero concorrere alla

⁴⁹ G. LEONE, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati, in Appalti e Lavoro, Volume Primo, Disciplina pubblicistica*, cit.

⁵⁰ CGCE, 28 maggio 1995, Causa C-324/93, *The Queen c. Secretary of State for Home department, ex parte Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd*.

⁵¹ Com. 89(400) def. del 22 settembre 1989.

⁵² «Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori possono essere chiamati ad attuare i vari aspetti della politica sociale nel quadro dell'aggiudicazione dei loro appalti, in quanto gli acquisti pubblici possono effettivamente costituire un significativo mezzo di orientamento per l'azione degli operatori economici. Per illustrare questa situazione si possono citare ad esempio gli obblighi di legge in materia di tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro da rispettare nel luogo in cui è eseguito un appalto di lavori, o anche ci. che viene indicato come "azione positiva", vale a dire il fatto di utilizzare un appalto pubblico come mezzo per raggiungere l'obiettivo perseguito, quale ad esempio la costituzione di un mercato specifico per un settore protetto che non potrebbe altrimenti sostenere la concorrenza di imprese commerciali tradizionali aventi un livello di produttività normale».

definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁵³. Nel caso sottoposto alla Corte, relativo all'affidamento di un servizio di trasporto, era prevista l'attribuzione di un punteggio maggiore agli operatori economici in possesso di veicoli a limitate emissioni inquinanti ed acustiche e di certificazioni ambientali. La Corte ritenne che «è ammissibile tener conto di considerazioni ecologiche per identificare l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico globale, nella misura in cui l'ente che organizza l'appalto tragga esso stesso un diretto beneficio dalle caratteristiche ecologiche inerenti al prodotto», ma tale possibilità non deve tradursi in una libertà incondizionata in capo all'amministrazione aggiudicatrice per avallare criteri del tutto arbitrari o discriminatori, celati dietro un asserito interesse della collettività. Le *secondary considerations*, dunque, devono risultare coerenti con l'oggetto del contratto e non giungere a indebiti esiti discriminatori⁵⁴.

Con la Direttiva 2004/18/CE vennero introdotte problematiche legate alla tutela di interessi non economici nell'alveo degli appalti pubblici: il primo considerando stabiliva la possibilità per le pubbliche amministrazioni «(...) di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali [dell'ordinamento dell'Unione]».

Con le Direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE venne confermato l'obiettivo di «promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili tra le persone incaricate dell'esecuzione dell'appalto»⁵⁵ che diventa non solo uno dei «criteri sostanziali» alla luce dei quali poter effettuare la valutazione del rapporto qualità/prezzo di servizi e forniture, «evita[n-do] così il ricorso al sorteggio quale unico mezzo di aggiudicazione dell'appalto», ma anche una delle «misure» da inserire tra i «criteri di aggiudicazione» o tra le

⁵³ S. MONTALDO, *La dimensione sociale degli appalti pubblici nel diritto dell'Unione europea*, in *Politiche Sociali*, Fascicolo 2, maggio-agosto 2015.

⁵⁴ «L'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, dev'essere interpretato nel senso che, quando, nell'ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus, decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione». Sentenza della Corte 17 settembre 2002 nel procedimento C-513/99.

⁵⁵ Preambolo delle Direttive.

«condizioni di esecuzione dell'appalto», cosicché la violazione degli obblighi sociali, tra cui quelli diretti a promuovere l'accessibilità per le persone disabili, va interpretata come sintomo d'inaffidabilità dell'operatore economico, a causa della discutibilità della sua integrità, e, dunque, motivo di esclusione dall'aggiudicazione di un appalto pubblico, a prescindere dal possesso della capacità tecnica ed economica per eseguirlo⁵⁶. In attuazione di queste premesse, le tre direttive ripropongono la disposizione in materia di appalti riservati già previste nelle precedenti direttive, ma con alcune novità: si riconosce agli Stati membri la possibilità di prevedere la riserva del «diritto di partecipazione alle procedure di appalto» a favore di «laboratori protetti» e di «operatori economici» che abbiano quale finalità principale l'«integrazione sociale e professionale» di soggetti disabili o svantaggiati oppure la riserva di esecuzione «nel contesto di programmi di lavoro protetti», se almeno il 30% dei lavoratori sia composto da persone con disabilità o in condizione di svantaggio.

Conformemente alle previsioni eurounitarie, il D. Lgs. n. 50/2016 manifestava programmaticamente il valore *ancillare* del principio di economicità, subordinandolo a «criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»⁵⁷; primazia, questa, riconfermata anche dall'art. 95, comma 6, relativo ai *Criteri di aggiudicazione degli appalti*, a mente del quale le offerte presentate per le procedure di gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo sono valutate sulla base di criteri oggettivi, quali aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

Con specifico riferimento alla disabilità, il vecchio Codice, conformemente all'abrogato D.Lgs. n. 163/2006⁵⁸, prevedeva tra i *Motivi di Esclusione*⁵⁹

⁵⁶ V. PASQUARELLA, «Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti "preferenziali" tramite convenzioni agli appalti "riservati", cit., p. 129.

⁵⁷ Art. 30 D.Lgs. n. 50/2016: «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

⁵⁸ Art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006

⁵⁹ Art. 80, comma quinto, del D.Lgs. n. 50/2016 «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito».

l'inottemperanza alla normativa sui disabili ed in particolare della previsione di cui all'art. 17 della Legge n. 68/1999, la quale prescrive l'obbligo per le imprese, pubbliche e private, partecipanti a procedure di gara, di presentare una dichiarazione attestante la regolarità alla disciplina del diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione⁶⁰.

Tale onere è stato riconfermato con il c.d. Decreto Semplificazioni *Bis*⁶¹, il quale «per perseguire le finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC» ha stabilito che «Gli operatori economici di cui al comma 3 sono, altresì, tenuti a consegnare, nel termine previsto dal medesimo comma, alla stazione appaltante la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, e una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione di cui al presente comma è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali».

In buona sostanza, oltre alla *certificazione di ottemperanza*, l'operatore economico deve presentare una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi in materia di normativa sui disabili, la cui mancata produzione determina l'applicazione di penali⁶².

⁶⁰ Art. 17 della legge n. 68/1999: «Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengono rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione».

⁶¹ D.L. 31 maggio 2021, n. 77.

⁶² «Il comma 6 dell'art. 47, al fine di garantire effettività alle previsioni di cui al medesimo articolo, individua, anche nelle ipotesi in cui non sia prevista l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla gara ulteriori meccanismi *lato sensu* sanzionatori rispetto al mancato adempimento delle previsioni di cui: (...) b) al comma 3-bis (mancata produzione della dichiarazione relativa all'assolvimento delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità e della relazione relativa a tale assolvimento e alle eventuali sanzioni e provvedimenti nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. Per tutte le fattispecie citate è prevista l'applicazione di penali commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni dello stesso, nel rispetto dell'importo complessivo previsto dall'art. 50 del medesimo decreto» in *Linee Guida per favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC*.

Nelle Convenzioni Consip viene riportato: «Ai sensi dell'art. 47, comma 3bis, del DL 77/2021, convertito con modificazioni in L. 108/2021, il Fornitore è tenuto a consegnare alla Consip una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge n. 68/1999 e alle eventuali

Peraltro, al fine di definire le modalità applicative da parte delle Stazioni appaltanti delle previsioni di cui all'art 47 del Decreto Semplificazioni *Bis* all'interno dei bandi di gara⁶³ ed in attuazione del comma 8 di suddetto articolo, sono state approvate le *Linee Guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC*, le quali chiariscono che le nuove misure si applicano a tutte le procedure riguardanti sia appalti che concessioni, superiori o inferiori alle soglie di rilevanza europea, a patto che siano afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste nell'ambito del PNRR e PNC.

L'applicazione dell'articolo 47 comma 3 *bis* deve ritenersi operante rispetto a tutti i contratti pubblici collegati agli investimenti del PNRR indipendentemente dal richiamo degli obblighi nella legge di gara, in quanto la sua fonte discende direttamente dalla legge⁶⁴; inoltre, le stesse Linee Guida chiariscono che «costituiscono requisiti necessari dell'offerta: (...) a) l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68».

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, il D.Lgs. n. 36 del 2023, ribadisce e rafforza l'interesse verso la promozione di interessi sociali e, in particolare, dei diritti dei disabili.

L'art. 57 prescrive «per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento (..) devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità».

sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione dovrà essere trasmessa entro il medesimo termine anche alle rappresentanze sindacali aziendali. La documentazione di cui sopra, corredata dall'attestazione dell'avvenuta trasmissione della relazione alle rappresentanze sindacali aziendali dovrà essere consegnata alla Consip, entro 6 mesi dalla stipula della Convenzione. La violazione di tale obbligo comporta l'applicazione delle penali di cui al successivo articolo "Penali". www.consip.it

⁶³ «Nei bandi di gara saranno indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell'offerta, criteri orientati verso gli obiettivi di parità. I criteri saranno definiti tenendo conto fra l'altro degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026 e dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei» in *Piano Nazionale Ripresa e Resilienza*.

⁶⁴ «Fermi restando tali obiettivi, alcune delle misure previste dalle disposizioni di cui all'articolo 47 si applicano alle procedure di gara e ai contratti PNRR e PNC senza necessità di specifico inserimento da parte delle stazioni appaltanti di specifiche previsioni dei bandi di gara. In particolare, sono direttamente applicabili le disposizioni volte a impegnare le aziende ad affrontare in modo trasparente l'analisi del proprio contesto lavorativo attraverso: (...) c) la presentazione della dichiarazione e della relazione circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (art. 47, comma 3-bis)».

D'altra parte, tra gli *Impegni dell'operatore economico* previsti dall'art. 102 è sancito quello di «garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate». Tali impegni, peraltro, dovranno essere comprovati già all'interno dell'offerta dell'operatore economico, dovendo quest'ultimo indicare «le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni»; l'attendibilità di tali impegni sarà sottoposta al vaglio della Stazione appaltante, che dovrà verificarla «con qualsiasi adeguato mezzo anche con le modalità di cui all'articolo 110, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario»⁶⁵. Pertanto, le Stazioni appaltanti dovranno compiere una vera e propria verifica, alla stregua di un subprocedimento di anomalia dell'offerta, per verificare la veridicità e sostenibilità delle misure.

Il fatto che le Stazioni appaltanti dovranno procedere alla verifica non soltanto della sostenibilità e affidabilità dell'offerta da un punto di vista economico, ma anche sociale, è il segno evidente che la funzione economica degli appalti ha ormai ceduto il passo, equiparandola, alla funzione sociale degli stessi.

Anche l'Allegato II.3, il quale *prevede meccanismi e strumenti premiali per realizzare le pari opportunità generazionali e di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili*⁶⁶, oltre a ribadire le previsioni contenute nel PNRR, statuisce che le stazioni appaltanti prevedano *come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta* criteri orientati a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili. Inoltre, prescrive che misure premiali possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che abbia, nell'ultimo triennio, rispettato gli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999.

Il nuovo Codice ribadisce tra le cause di esclusione la mancata presentazione della certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero della dichiarazione sostitutiva della sussistenza del requisito⁶⁸.

Il nuovo Codice, dunque, manifesta una grande sensibilità rispetto al tema della disabilità: ed infatti, prevedendo i) la automatica esclusione delle imprese che non rispettano gli obblighi normativi in tema di disabilità, ii) prescrivendo di inserire criteri premiali connessi al rispetto della normativa e iii) imponendo di inserire clausole sociali che garantiscano la piena tutela delle persone svantaggiate, catalizza ed incentiva la piena integrazione dei disabili nel contesto occupazionale, nonché la promozione della parità di diritti e della dignità degli stessi.

⁶⁵ Art. 102, comma 11.

⁶⁶ Art. 61, comma quarto, del D.Lgs. n. 36/2023.

⁶⁷ Art. 94, comma 5, «Sono altresì esclusi: (...) b) l'operatore economico che non abbia presentato la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non abbia presentato dichiarazione sostitutiva della sussistenza del medesimo requisito».

Il dibattito pubblico nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime considerazioni rispetto ad alcune aporie di sistema*

ALESSANDRO DI MARTINO

SOMMARIO: 1. La partecipazione alle decisioni amministrative complesse nella complessità dei rapporti tra amministrazione e cittadini – 2. L'andamento ondivago delle politiche legislative sul dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi opere – 3. Le semplificazioni del dibattito pubblico: qualche cenno alle modifiche apportate dal d.l. n. 76 del 2020 e dal d.l. n. 77 del 2021 – 4. I dibattiti pubblici nel nuovo Codice dei contratti pubblici: le ragioni di una strana convivenza

1. Il dibattito pubblico è un istituto di partecipazione procedimentale, di natura principalmente collaborativa¹ e ad aspirazione democratica² e deliberativa³, attraverso il quale la collettività interessata partecipa ai processi decisionali per la realizzazione di grandi infrastrutture che hanno un notevole impatto sociale ed ambientale⁴. Come è noto, il dibattito pubblico, pur essendo entrato in vigore nell'ordinamento italiano solo con l'articolo 22 del d.lgs. n. 50 del 2016, non solo aveva già manifestato le proprie attitudini proattive e collaborative nell'ordinamento francese – che prima ha introdotto l'istituto dell'*enquête public* e, successivamente, consegnato alle amministrazioni l'istituto del *débat public* per la c.d.

*Il presente articolo costituisce una rielaborazione della relazione tenuta al convegno svolto il 20 dicembre 2023, presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, dal titolo "Il dibattito pubblico nei Codici dei contratti pubblici. Stravolgimento di un modello".

¹ Di recente, sulla natura collaborativa della partecipazione, cfr. il lavoro monografico di T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2023, spec. pp. 30 ss.

² Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 11, la circostanza che il dibattito pubblico preceda l'avvio del procedimento implica che lo stesso "vuole essere espressione immediata di democrazia".

³ Su cui, *ex multis*, si veda V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, Napoli, 2018. In precedenza, L. BOBBIO, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e Mercato*, 2005, 67, ha sostenuto espressamente che all'interno delle c.d. arene deliberative le "amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni, grandi o piccoli interessi organizzati e persino cittadini comuni, vengono chiamati, in forme anche molto diverse, ad affrontare congiuntamente, dibattere e risolvere specifici problemi pubblici".

⁴ Secondo quanto affermato da U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienza e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, pp. 277 ss.

“amministrazione dei conflitti”⁵ – ma soprattutto ha recuperato dalla tradizione anglosassone la dinamica *bottom-up* funzionale alla valorizzazione della c.d. partecipazione dal basso⁶.

Il tardivo ingresso del dibattito pubblico nel panorama istituzionale nazionale⁷ non solo è figlio di una logica autoritativa ed unilaterale nella pianificazione delle opere da realizzare, ma va inoltre ascritto alla paura delle amministrazioni pubbliche di rallentare ulteriormente i procedimenti amministrativi, inserendo in questi ultimi elementi di potenziale aggravamento delle attività prodromiche alla decisione amministrativa⁸. Costituisce notazione comune, infatti, l’idea che il ruolo della collettività nell’ambito dei procedimenti di localizzazione delle grandi infrastrutture sia spesso stato di tipo oppositivo⁹ – che ha condotto poi gli studiosi della sociologia del diritto a coniare il termine *Not in my back yard* nell’ambito dei c.d. “conflitti di prossimità”¹⁰ – ragion per cui il legislatore ha ritenuto opportuno, anche in una prospettiva utile ad evitare i “costi della non decisione”¹¹, ricalibrare l’intervento del privato nel procedimento amministrativo in una prospettiva collaborativa e funzionale a garantire il diritto ad una buona amministrazione¹².

⁵ Aspetto su cui è fondamentale lo studio di A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 1173 ss.

⁶ Si tratta delle c.d. influenze esogene tra vari ordinamenti, i quali hanno avuto numerose influenze reciproche per la creazione e stabilizzazione dei sistemi amministrativi interni. In tema, su tutti, M. D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019.

⁷ Recentemente, su tale aspetto, cfr. P. VIPIANA, *La legislazione regionale sul dibattito pubblico, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 235/2018*, in *Ist. Fed.*, 2020, pp. 679 ss., ove si sottolinea che la prospettiva multilivello richiede una armonizzazione in sede normativa, rischiando altrimenti di condurre a casi di illegittimità costituzionale delle discipline regionali, le quali disporrebbero eventualmente di livelli minimi di garanzia inferiori a quelli previsti dalla disciplina nazionale.

⁸ Sulle “storture che il dialogo previo può comportare”, da intendere evidentemente nel segno dell’aggravamento dei procedimenti decisori, cfr. N. POSTERARO, *Grandi opere e partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico “à la française”*, in *Ist. Fed.*, 2020, p. 608. In termini generali, *ex multis*, cfr. M.A. SANDULLI, *Partecipazione e autonomie locali*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 559.

⁹ È interessante notare come A. AVERARDI, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, p. 129, nonché *Amministrare il conflitto*, cit., pp. 1173–1174, apra i propri lavori menzionando i dati dell’Osservatorio Nimby (rispettivamente del 2018 e del 2013) relativi ai progetti infrastrutturali contestati dalla collettività. In termini, cfr. anche V. MANZETTI, *Il “dibattito pubblico” nel nuovo codice dei contratti*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 4.

¹⁰ Tra gli altri, sul punto, cfr. V. MOLASCHI, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, pp. 388–389, che sottolinea correttamente come le grandi opere rappresentino “un ambito delle politiche dell’azione pubblica ad alto tasso di conflittualità, per l’opposizione che generano a livello delle comunità locali”. Sulla rilevanza del dibattito pubblico per prevenire le contestazioni della collettività sulle grandi opere, cfr. anche G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urb. app.*, 2018, p. 605.

¹¹ La locuzione è di C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 155 ss.

¹² L’inquadramento del dibattito pubblico tra gli istituti procedurali attraverso cui si intende evitare il proliferarsi di fenomeni di *maladministration* è stato condivisibilmente sottolineato da G. PIZZANELLI, *Ascolto degli interessi e prevenzione della cattiva amministrazione nelle procedure per la*

In un primo momento, tuttavia, il tentativo di coinvolgimento della collettività è avvenuto attraverso il meccanismo delle compensazioni rispetto alla costruzione di opere aventi un rilevante impatto sull'ambiente e sul governo del territorio¹³, ma tale tecnica ha scontato una serie di limiti che hanno minato l'efficacia delle compensazioni stesse. In primo luogo, le misure compensative, così come originariamente pensate, si caratterizzavano per porsi in tensione con la natura collaborativa che andrebbe ricercata per la approvazione sociale di un progetto infrastrutturale: invero, le compensazioni si sviluppavano in un momento nel quale la discussione in merito alla possibilità di costruire l'opera era già conclusa, o comunque si collocava in un momento procedimentale che non consentiva di valutare l'apporto collaborativo della collettività. In secondo luogo, il coinvolgimento dei soggetti interessati mediante lo strumento delle compensazioni ha finito per svelare una finalità radicalmente opposta a quella per cui è stata fatta propria dalle amministrazioni allo scopo di localizzare le grandi infrastrutture: nata, infatti, per coinvolgere in una qualche misura i soggetti interessati dalla realizzazione dell'opera, lo strumento si è trasformato in una tecnica di "negoziiazione del dissenso"¹⁴ – o, come è stato recentemente sostenuto, di "contrattualizzazione del dissenso"¹⁵ – sovvertendo paradossalmente il rapporto di forza tra autorità ed individuo nella parentesi (sub)procedimentale. Quest'ultimo aspetto assume particolare rilievo nella dinamica relativa alla costruzione di infrastrutture strategiche, perchè se è vero che la pianificazione dell'opera costituisce una delle principali manifestazioni del potere autoritativo, è altrettanto vero che nella materia delle infrastrutture un ruolo decisivo è giocato anche dall'esecuzione dell'opera, che sarebbe stata compromessa nel caso in cui le amministrazioni non avessero ceduto il passo alle pretese economico-compensative della collettività.

Il meccanismo compensativo, in virtù del quale l'apporto della collettività è posticipato in un momento successivo rispetto al 'se' costruire l'opera, ha mostrato tutti i limiti della tecnica DAD (decidi, annuncia, difendi) nella duplice prospettiva dell'economicità dell'azione amministrativa e dell'imparzialità nel senso della completezza dell'istruttoria, ed ha così imposto il ripensamento, dapprima

regolazione e realizzazione delle opere pubbliche, intervento al Convegno AIPDA "Le misure di prevenzione della cattiva amministrazione: le garanzie procedimentali".

¹³ In tema, di recente, si veda il lavoro monografico di G. MOCAVINI, *Il prezzo del consenso*, Milano, 2020.

¹⁴ Sulla insufficienza di un approccio *top-down* per la composizione del dissenso rispetto ad un'opera pubblica già pianificata, cfr. A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto*, cit., p. 1182, nonché, A. DI MARTINO, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove aut.*, 2017, p. 533.

¹⁵ A. AVERARDI, *La decisione amministrativa*, cit., p. 132.

culturale e conseguentemente normativo, della partecipazione della collettività ai processi decisionali riguardanti le grandi infrastrutture¹⁶.

2. Il legislatore, acquisito il parere favorevole del Consiglio di Stato¹⁷, ha così introdotto l'istituto del dibattito pubblico nel d.lgs. n. 50 del 2016 ("vecchio Codice"), con il duplice scopo di favorire, nella parentesi procedimentale antecedente alla decisione, l'emersione delle preferenze della collettività e di democratizzare le valutazioni politiche delle amministrazioni pubbliche. Nonostante la disposizione sia stata presentata dai primi commentatori come una modifica rilevante, nella misura in cui assicurava la presenza dei soggetti interessati al procedimento di realizzazione dell'opera in un momento utile per far sentire la propria "voce"¹⁸, nondimeno l'articolo 22 del Codice previgente si caratterizzava per essere una norma sostanzialmente in bianco, che rimandava ad un d.P.C.M. non solo la definizione concreta dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del subprocedimento di dibattito pubblico, ma più in generale la disciplina procedimentale da rispettare. La disposizione appena richiamata, nonostante la sua natura tendenzialmente programmatica, mostrava comunque qualche aspetto embrionale della disciplina che consentiva la possibilità di svolgere qualche primissima considerazione.

Anzitutto, il comma 1 dell'articolo 22 venne accolto con assoluto favore dalla dottrina, poiché consentiva finalmente la possibilità di imbastire un confronto dialogico con la collettività in un momento antecedente all'approvazione del progetto di fattibilità, ragionando, cioè, della nota possibilità di giungere, all'esito del dibattito pubblico, alla c.d. "opzione-zero"¹⁹. Tale aspetto segnava, con tutta evidenza, un pieno superamento dell'approccio compensatorio e della logica *top-down* della partecipazione della collettività ai processi decisionali, senza che

¹⁶ Su tale aspetto, cfr. N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 608, A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto*, cit., p. 1175, nonché V. MOLASCHI, *ult. op. cit.*, p. 390.

¹⁷ Cons. Stato, Comm. Spec., 1° aprile 2016, n. 464, in *Foro Amm. (II)*, 2016, p. 824.

¹⁸ M. D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1 ss.

¹⁹ In questi termini, la dottrina è schierata quasi unanimemente nel ritenere che l'articolo 22 del vecchio Codice dei contratti pubblici introducesse una discussione con gli interessati sull'opzione zero. In termini, cfr. V. MOLASCHI, *op. cit.*, p. 411; V. MANZETTI, *op. cit.*, p. 9; N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 614; M. TIMO, *Gli attori del "dibattito pubblico"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 307; A. AVERARDI, *La decisione amministrativa*, cit., p. 138; A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 546. G. MANFREDI, *op. cit.*, p. 607, nel commentare la possibilità di instaurare il dibattito pubblico prima dell'approvazione del progetto di fattibilità, sostiene condivisibilmente che tale disposizione rende possibile "una partecipazione a ragion veduta". In termini diversi, secondo A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 6, l'articolo 22 sembrerebbe non prevedere l'opzione zero, ma si focalizzerebbe solo sul 'come' realizzare l'opera.

ciò implichi, come sosteneva in passato Benvenuti, un'allocazione del potere decisionale anche in capo ai cittadini²⁰. Il secondo (ed ultimo) profilo già valutabile dall'entrata in vigore del Codice, e dunque a prescindere dall'entrata in vigore d.P.C.M. attuativo, ha riguardato gli esiti del dibattito pubblico, che, in virtù del comma 4 dell'articolo 22, venivano discussi in sede di conferenza di servizi. Tale aspetto venne aspramente criticato dalla dottrina per diverse ragioni: anzitutto, si riteneva che il richiamo alla conferenza di servizi avrebbe aggravato il coordinamento tra i vari livelli governo²¹, che non avrebbe massimizzato le logiche partecipative che sono invero meno tutelate in una sede di comparazione di pubblici interessi²², ed ancora che avrebbe condotto la discussione sugli esiti di un procedimento partecipativo in senso stretto ad una patologica trasformazione in sede politica²³, tenuto conto anche della possibilità, disciplinata dall'articolo 14-*quinquies*, di devoluzione della conferenza al Consiglio dei ministri.

È solo con il d.P.C.M. n. 76 del 2018 che è stato definito il procedimento di dibattito pubblico, al quale va aggiunto un allegato contenente le caratteristiche tecniche ed economiche che rendevano obbligatoria l'attivazione dell'istituto. Una breve ricognizione del provvedimento si rende funzionale soprattutto ove si intenda, nel prosieguo del lavoro, sottolineare le differenze e le aporie di sistema tra le diverse tipologie di dibattito pubblico sviluppate dal legislatore in un torno di tempo estremamente ridotto.

Sul versante degli "attori" del dibattito pubblico²⁴, il decreto attuativo dell'articolo 22 del previgente Codice dei contratti disponeva che l'amministrazione aggiudicatrice fosse titolare del potere di indire, su propria iniziativa, il dibattito pubblico ove ne rilevasse l'opportunità, salvi i casi di attivazione obbligatoria dello strumento partecipativo in tutti i casi previsti dall'Allegato 1 al d.p.c.m. n. 76 del 2018. In particolare, il quadro applicativo rivolto alle amministrazioni pubbliche era il seguente: per un verso, la previsione attribuiva un notevole margine di discrezionalità circa la scelta di indire o meno il dibattito

²⁰ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, pp. 6 ss., ora in ID., *Scritti giuridici. Articoli e altri scritti (1970-1983)*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3467 ss.;

²¹ In termini, condivisibilmente, cfr. N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 632; A. AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, p. 509.

²² Tale aspetto è stato sottolineato condivisibilmente da V. MANZETTI, *op. cit.*, p. 28; nonché A. AVERARDI, *ult. op. cit.*, p. 509, nonché in *La decisione amministrativa*, cit., 141. In termini parzialmente diversi pare assestarsi l'interpretazione di M. TIMO, *op. cit.*, p. 303, secondo il quale la conferenza di servizi potrebbe essere la sede utile per consentire l'emersione di posizioni ulteriori rispetto a quelle delle amministrazioni.

²³ In termini, cfr. A. AVERARDI, *La decisione amministrativa*, cit., p. 141, nonché sia consentito il richiamo ad A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 544, ove era già emersa l'attitudine della disposizione a fungere da ponte per un passaggio della decisione amministrativa dalla sede amministrativa a quella politica.

²⁴ Sul quale, M. TIMO, *ult. op. cit.*

pubblico; per altro verso, l'allegato I al decreto attuativo rendeva obbligatorio il dibattito pubblico in casi estremamente complessi sia dal punto di vista tecnico, sia dal punto di vista del valore dell'opera da realizzare, neutralizzando di fatto l'obbligatorietà dell'istituto stesso²⁵.

Sulla scorta della *governance* francese del *débat public*, anche il modello italiano di dibattito pubblico si caratterizzava per aver istituito, all'articolo 4 del d.p.c.m. n. 76 del 2018, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico – d'ora in poi, CNDP – presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con funzioni principalmente arbitrali della gestione della procedura di dibattito pubblico, nonché di informazione e pubblicità della documentazione utile alla partecipazione. La costruzione della CNDP aveva sollevato principalmente due perplessità, strettamente connesse tra loro: in primo luogo, a differenza del modello francese di Commissione nazionale di dibattito pubblico – che è equiparata ad una Autorità amministrativa indipendente²⁶ – la CNDP era strettamente connessa con le strutture organizzative politiche, poiché, come si è detto, la stessa era istituita presso il MIT; la dipendenza al circuito politico metteva inoltre in crisi non solo l'effettività *sic et simpliciter* del modello di dibattito pubblico, ma si estendeva anche alla qualificazione dell'istituto quale strumento di democrazia deliberativa. Come è stato correttamente sostenuto, infatti, le arene deliberative si caratterizzano per essere governate da un arbitro imparziale, equidistante rispetto alle parti del processo decisionale²⁷: aspetti che erano evidentemente assenti nel modello italiano di dibattito pubblico, che si fondava invece sull'appartenenza della CNDP ad un'amministrazione tutt'altro che neutrale, essendo il MIT portatore del principale interesse alla realizzazione dell'infrastruttura strategica.

Accanto alla CNDP, un ruolo delicato nella dinamica subprocedimentale era svolto dal Coordinatore del dibattito pubblico, individuato dall'amministrazione aggiudicatrice tra soggetti dotati di comprovata esperienza e competenza nella gestione dei processi partecipativi ovvero nella gestione ed esecuzione di attività di programmazione e pianificazione in materia infrastrutturale (art. 6, co. 4)²⁸.

²⁵ V. MOLASCHI, *ult. op. cit.*, p. 400; G. MANFREDI, *ult. op. cit.*, p. 607; nonché, se si vuole, A. DI MARTINO, *ult. op. cit.*, p. 546.

²⁶ Sulla terzietà ed indipendenza della Commissione francese, cfr. M. TIMO, *Il dibattito pubblico sulle grandi infrastrutture fra codice italiano dei contratti e code de l'environnement francese*, in *Dpce online*, 2019, p. 1194; G. MANFREDI, *op. cit.*, p. 606; A. AVERARDI, *La decisione amministrativa*, cit., p. 140; N. POSTERARO, *op. cit.*, pp. 612–613; se si vuole, inoltre, cfr. A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 544. Secondo V. MANZETTI, *op. cit.*, tale costruzione della CNDP manifesterebbe un modello di dibattito pubblico "opaco", molto ben lontano dall'archetipo di *débat public* francese.

²⁷ V. MOLASCHI, *Le arene deliberative*, cit., *passim*.

²⁸ Rispetto all'individuazione del Coordinatore del dibattito pubblico da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, sono state sollevate differenti perplessità con riguardo al grado di autonomia

Il ruolo del Coordinatore era estremamente delicato, in quanto in capo ad esso erano previste una serie di attribuzioni fondamentali al fine di far emergere le differenti posizioni della collettività e dei portatori di interesse: progettava le modalità di svolgimento del dibattito; poteva richiedere integrazioni al dossier redatto dall'amministrazione aggiudicatrice; favoriva il confronto tra i partecipanti al dibattito; fungeva da filtro con la Commissione rispetto alla presenza di eventuali anomalie procedurali.

Quanto allo svolgimento del dibattito pubblico, il d.p.c.m. n. 76 del 2018 disponeva che esso veniva avviato attraverso la pubblicazione sul sito dell'amministrazione del dossier di progetto dell'opera, così da consentire una adeguata pubblicità della volontà dell'amministrazione stessa di realizzare l'opera, prevedendo una durata di massimo *quattro mesi* (art. 5, co. 2, d.p.c.m. n. 76 del 2018), eventualmente prorogabili di ulteriori *due mesi* in casi di comprovata necessità derivante dalla complessità procedimentale.

3. Il modello di dibattito pubblico delineato dal decreto attuativo aveva suscitato una serie di perplessità, legate non solo ad aspetti procedurali e di *governance* del subprocedimento, ma più in generale riguardanti l'effettività del modello stesso nella prospettiva della democratizzazione di scelte complesse, aventi un rilevante impatto ambientale e sociale. L'utilizzo del dibattito pubblico, dal 2018 al 2020, è stato infatti estremamente limitato, se non nullo, e tale considerazione trova una conferma nella circostanza che solo per la realizzazione della c.d. Diga Foranea di Genova – e cioè nel gennaio 2021 – le amministrazioni aggiudicatrici decisero di ricorrere allo strumento al fine di giungere ad una realizzazione dell'opera condivisa ed accettata dalla collettività interessata²⁹.

del primo rispetto alla seconda: in tema, cfr. V. MANZETTI, *op. cit.*, p. 13; dello stesso avviso, N. POSTERARO, *ult. op. cit.*, p. 623, secondo il quale in mancanza di una certa indipendenza lo strumento del dibattito pubblico rischia di apparire come un espediente demagogico delle istituzioni; anche per M. TIMO, *Gli attori del dibattito*, cit., p. 310, la figura del coordinatore pare estremamente legata al potere esecutivo, sia con riferimento alla nomina dello stesso, sia con riguardo al legame tra i soggetti prescelti e la compagine governativa. In termini parzialmente differenti, cfr. G. MANFREDI, *op. cit.*, p. 606, secondo il quale il coordinatore sarebbe dotato di autonomia rispetto al soggetto che valuta "se e come realizzare un'opera pubblica". La figura del coordinatore del dibattito pubblico assume una veste in parte differente rispetto a quella del responsabile del procedimento, così come definita dalla legge n. 241 del 1990: in questi termini, cfr. E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 416–417. Secondo V. MOLASCHI, *Il dibattito pubblico*, cit., p. 398, le modalità di scelta del coordinatore – si tratta sostanzialmente di un dirigente ministeriale – entrano in tensione con le specifiche competenze in materia di mediazione e gestione dei conflitti e dei processi partecipativi.

²⁹ Per una indagine concreta sul subprocedimento di dibattito pubblico nel caso della Diga Foranea di Genova v. A. DI MARTINO, M. MERSINI, *Il dibattito pubblico per la realizzazione della Diga Foranea. Ovvero sulla crisi annunciata dell'istituto*, in *Rass. trim. Oss. AIR*, 2021, pp. 15 ss.

In una riflessione di sistema, il legislatore avrebbe forse dovuto attendere la piena entrata a regime del modello, che per una effettiva valorizzazione avrebbe implicato – come è accaduto – un processo di riformismo normativo volto a creare una cornice di regole procedurali le quali, nonostante fossero perfettibili, consentivano all'amministrazione aggiudicatrice una attenta analisi delle preferenze manifestate dalla collettività senza implicare necessariamente un aggravio procedimentale.

Al contrario, anche in ragione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 e delle conseguenti necessità di accelerare la realizzazione di grandi infrastrutture aventi rilevanza sociale ed ambientale, il legislatore, con l'art. 8, co. 6 *bis*, d.l. n. 76 del 2020 (c.d. Semplificazioni), consente alle Regioni la possibilità di autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico, attribuendo contestualmente alle amministrazioni comunali e provinciali il potere di procedere direttamente alle fasi progettuali successive a quella dell'approvazione del progetto di fattibilità. La disposizione, oltre a dover essere suscettibile di critiche per aver eliminato l'opzione zero dalle alternative progettuali – il che evidenzerebbe una crisi dell'istituto – è stata giudicata nel senso dell'ambiguità, poiché sembrerebbe estremamente complesso coglierne la *ratio* ad essa sottesa³⁰. Per un verso, l'abrogazione tacita dell'istituto sembrerebbe voler far intendere come il dibattito pubblico costituisca una delle principali cause dei rallentamenti nella realizzazione delle infrastrutture strategiche, laddove invece si è in presenza di un istituto giovane nato con lo scopo di evitare la proliferazione dei dissensi nelle fasi esecutive dell'opera. In secondo luogo, la disposizione è suscettibile di censure anche per ciò che attiene all'ambito di applicazione oggettivo: la deroga, che si riferisce all'intero novero delle opere “*di interesse pubblico*”, sembra essere estremamente generica, poiché applicandosi a tutte le opere – e non solo agli interventi strettamente connessi all'emergenza sanitaria – rischierebbe di implicare una banalizzazione dell'istituto.

Nel mentre si assiste, con la disposizione appena menzionata, ad un ridimensionamento (formale e sostanziale) dell'istituto, l'articolo 44, d.l. n. 77 del 2021 (c.d. Semplificazioni bis) sembra invertire questa tendenza, operando attraverso un meccanismo di semplificazione procedimentale a carattere abilitante, e cioè rafforzando (almeno formalmente) l'operatività del dibattito pubblico. L'istituto, nella disciplina emergenziale, presenta due modifiche di non poco conto: anzitutto vengono ridotte le soglie dimensionali, previste nell'allegato I al d.p.c.m. n.

³⁰ Per alcune critiche rispetto alla modifica apportata dal d.l. n. 76 del 2020, cfr. M. MERSINI, *Le recenti modifiche all'istituto del dibattito pubblico introdotte dal d.l. n. 77/2021: l'applicazione concreta e la difficile via della semplificazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, pp. 974 ss., spec. p. 979, nonché F. COSTANTINO, *Dibattito pubblico e dl semplificazioni*, in *Apertacontrada*, 30 giugno 2021.

76 del 2018, che rendono obbligatoria l'attivazione del dibattito pubblico, ed in secondo luogo i termini per la conclusione del dibattito sono ridotti della metà. Inoltre, nel caso in cui il subprocedimento non si concluda nei termini previsti, è consentito l'intervento alla CNDP per l'esercizio dei poteri sostitutivi.

Queste modifiche evidenziano due categorie di indici, una nel senso del rafforzamento e l'altra nel senso del depotenziamento del dibattito pubblico: con riguardo alla prima categoria, sicuramente la riduzione quantitativa delle soglie dimensionali si muove nel solco di valorizzare l'istituto, che viene reso obbligatorio per un numero di opere certamente maggiore rispetto alla disciplina 'ordinaria'; inoltre, la previsione di poteri sostitutivi in capo alla CNDP dovrebbe garantire una piena effettività circa l'operatività dell'istituto, che si realizza con o senza la volontà dell'amministrazione procedente³¹. Con riguardo agli indici che depongono nel senso di un depotenziamento, invece, vanno segnalate sicuramente la riduzione dei termini alla metà, nonché la previsione di un termine di conclusione non superiore a trenta giorni per alcuni dibattiti contenuti nell'allegato IV del d.l. n. 77 del 2021, le quali sembrano collocarsi in una dimensione di 'essenzialità' dell'apporto della collettività, ritenendosi di poter raccogliere le preferenze di quest'ultima in un lasso di tempo estremamente ridotto³².

L'inquadramento della modifica del dibattito pubblico all'interno delle misure di semplificazione procedimentale non sembrerebbe essere così immediato in ragione del fatto che il fine perseguito dal legislatore non emerge, come appena sostenuto, con evidenza. L'idea per cui le riforme che puntano sulla semplificazione procedimentale si caratterizzano per snellire l'iter procedimentale, per eliminare il superfluo e conservare l'essenziale³³, è confermata, sempre nella disciplina emergenziale, dall'articolo 48, co. 2, del d.l. n. 77 del 2021, il quale attribuisce alle stazioni appaltanti la possibilità di utilizzare la procedura negoziata senza bando laddove il ricorso ai termini ordinari delle procedure maggiormente concorrenziali non consentisse la realizzazione delle opere finanziate dal PNRR. Questa, appunto, è una misura di semplificazione in funzione di un risultato ben individuato, che è quello della realizzazione tempestiva dell'infrastruttura strategica che si realizza attraverso il superamento di 'ostacoli' procedurali.

Al contrario, non si comprenderebbe il motivo per il quale la disciplina emergenziale, che genericamente si caratterizza, come si è detto, per un *bypass*

³¹ Favorevole a tale previsione, F. COSTANTINO, *op. cit.*; in termini differenti, cfr. M. MERSINI, *op. cit.*, pp. 982–983, che critica in particolar modo la indefinitezza generale della norma e la scarsa chiarezza in merito ai poteri sostitutivi attribuiti alla Commissione.

³² In tal senso, ancora F. COSTANTINO, *op. cit.*, e M. MERSINI, *op. cit.*, p. 982.

³³ Per una recente ricognizione delle tipologie di semplificazione amministrativa, cfr. F. LIGUORI, *L'azione amministrativa*, Napoli, 2023, spec. pp. 46 ss.

procedimentale, punta paradossalmente sul rafforzamento di un istituto che, per sua natura, ha l'attitudine ad introdurre nella dinamica procedimentale dei potenziali elementi di aggravamento. La risposta, come spesso accade, va rinvenuta nella prassi: ci sono numerosi casi in cui il dibattito pubblico, seguendo lo schema del d.l. n. 77 del 2021, si è spogliato della propria ottica incrementale, volta a garantire l'imparzialità 'attiva' dell'azione amministrativa da rinvenirsi nella completezza dell'istruttoria, e si è invece trasformato in un adempimento procedimentale a funzione meramente legittimante³⁴.

4. Il settore dei contratti pubblici, come è noto, è stato interessato da una modifica strutturale che ha portato all'entrata in vigore di un nuovo Codice – il terzo negli ultimi 17 anni, senza considerare i numerosi “correttivi” – il quale ha recuperato l'istituto del dibattito pubblico, oggi disciplinato dall'articolo 40. Le peculiarità dell'istituto non sono rinvenibili semplicemente nell'introduzione di alcune modifiche, delle quali più in avanti si darà conto, ma nell'aver previsto un duplice e contestuale modello di dibattito pubblico: per un verso, infatti, il dibattito pubblico segue le nuove regole procedurali disciplinate dall'articolo 40, che rimanda ad un d.p.c.m. non ancora entrato in vigore e ad un allegato che mostra evidenti differenze rispetto alla disciplina di cui all'articolo 22 del Codice previgente; per altro verso conferma, per i progetti PNRR e PNC, la validità del dibattito pubblico di cui all'articolo 46 del d.l. n. 77 del 2021, che si fonda invero sulla disciplina prevista dal Codice del 2016 e dal contestuale dpcm n. 76 del 2018.

Detto altrimenti, l'obiettivo di questa parte del contributo non è semplicemente quello di evidenziare le novità rispetto alla precedente costruzione del dibattito pubblico, ma far emergere eventuali aporie di sistema che derivano dalla strana (o, meglio, anomala) convivenza di due modelli.

Se non ci sono dubbi di eventuale sovrapposizione per ciò che attiene alla specialità del dibattito pubblico attivabile per la realizzazione delle opere finanziate dal PNRR, quello che sembra particolarmente interessante accennare è che l'attuale formulazione dell'articolo 40 del Codice dei contratti pubblici fa riferimento ad un medesimo istituto sviluppato, però, lungo due direttrici formalmente diverse; differenze che rischiano di confermarsi ed addirittura acuirsi da un punto di vista sostanziale³⁵.

³⁴ Aspetto su cui v. A. DI MARTINO, M. MERSINI, *op. cit.*, p. 23, ove già era stato segnalato il rischio di un inevitabile (e annunciato) ridimensionamento dell'istituto in ragione della banalizzazione del ruolo della collettività nei processi decisionali complessi.

³⁵ In tal senso, per una prima lettura al nuovo dibattito pubblico, cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dibattito pubblico indietro tutta*, in *Apertacontrada*, 31 gennaio 2023.

Per ciò che attiene agli attori del dibattito pubblico, possono essere evidenziate almeno due grandi differenze tra le due discipline attualmente vigenti. Anzitutto, il nuovo articolo 40 si caratterizza per aver eliminato il riferimento alla CNDP, laddove la disciplina abbreviata di cui al d.l. n. 77 del 2021 ne ha rafforzato il ruolo prevedendo, come detto, la possibilità per la stessa di esercitare poteri sostitutivi. La convivenza di questi due modelli di dibattito pubblico segna una prima evidente aporia di sistema, che palesa anche lo smarrimento del legislatore sulla funzione sottesa al dibattito pubblico: si è detto come il dibattito pubblico costituisca un istituto di partecipazione procedimentale ad aspirazione deliberativa, che implica, tuttavia, la presenza di un soggetto dotato di funzioni arbitrali nella gestione del procedimento e degli interessi ad esso sotteso. Nel caso di specie, tuttavia, ci troviamo, per un verso, dinanzi ad un modello generale (disciplinato dall'articolo 40) che fa a meno della CNDP, rinunciando, di fatto, a far rientrare il dibattito pubblico tra gli istituti di democrazia deliberativa, e, per altro verso, di fronte ad un modello 'speciale ed emergenziale' che paradossalmente valorizza la natura deliberativa.

Ulteriore aspetto dal quale emergono profili contraddittori, attinenti al rapporto tra la disciplina ordinaria e quella emergenziale, è legato ai soggetti abilitati a partecipare al subprocedimento di dibattito pubblico. Il nuovo articolo 40 consente l'intervento – attraverso la presentazione di osservazioni e proposte – nel procedimento esclusivamente ai portatori di interessi diffusi o comitati che, in ragione degli scopi statuari, sono interessati dalla realizzazione dell'infrastruttura. La disposizione ha apportato un correttivo rispetto alla prima formulazione, mai approvata, secondo la quale l'intervento era subordinato non solo ad una rappresentanza degli interessi, per così dire, corporativa, ma anche all'esistenza di un pregiudizio diretto, attuale e concreto subito dalla collettività interessata dalla realizzazione dell'opera: tale misura avrebbe, evidentemente, operato uno stravolgimento concettuale del ruolo della partecipazione al dibattito pubblico, richiamando indirettamente l'articolo 9 della legge n. 241 del 1990 e, quindi, un modello difensivo di partecipazione al procedimento, tutt'altro che vicino alla logica proattiva del coinvolgimento democratico nel dibattito pubblico. Al contrario, nella disciplina emergenziale di cui al d.l. n. 77 del 2021, non è prevista alcuna limitazione soggettiva, a conferma del maggiore (e paradossale) grado di tutela della collettività nella disciplina abbreviata rispetto a quella ordinaria, che valorizzerebbe esclusivamente la partecipazione dei c.d. esperti a discapito dei c.d. dilettanti³⁶.

³⁶ Il riferimento va, in particolare, a F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, 1977, pp. 151 ss.

Una prima e sommaria lettura dell'articolo 40 sembrerebbe palesare anche una ulteriore differenza tra le due discipline, poiché la novella sembrerebbe fare a meno di prevedere un momento di "opzione zero" – in ragione del fatto che l'art. 40, co. 6, del nuovo Codice, dispone espressamente che "*gli esiti del dibattito pubblico sono valutati ai fini della elaborazione del livello successivo di progettazione*" – mentre, invece, tale profilo costituiva un caposaldo della disciplina di cui all'articolo 22 del Codice previgente, secondo il quale la partecipazione sarebbe stata ammessa in un momento precedente all'approvazione del progetto di fattibilità, e cioè quando nulla era stato ancora deliberato con riguardo al 'se' realizzare l'opera. Se così dovesse essere, si tratterebbe di una morte annunciata dell'istituto, che si allontanerebbe sensibilmente dalla funzione di manifestazione *ex ante* delle preferenze della collettività e diventerebbe esclusivamente un adempimento procedimentale privo di natura incrementale. Tuttavia, l'art. 4, co. 1, lett. f), dell'allegato I.6 al Codice dei contratti pubblici, recupera la centralità dell'opzione zero e salva l'utilità dell'istituto, disponendo che il responsabile del dibattito pubblico valuta "*risultati e proposte e sulla base di ciò decide se procedere o meno alla realizzazione dell'opera*". Questo aspetto evidenzia come vi siano non solo, come è stato detto, delle aporie di sistema e delle differenze tra il modello ordinario e quello abbreviato di dibattito pubblico, ma anche delle incongruenze tra la nuova disciplina e l'allegato applicativo dell'articolo 40, che conferma nuovamente come la crisi dell'istituto sia anche il frutto di una scarsa consapevolezza dell'apporto che lo stesso è in grado di offrire ai processi decisionali.

La disciplina 'abbreviata' del dibattito pubblico è evidentemente ispirata, almeno, come dicevamo, sulla carta, alla logica della semplificazione ed indirizzata seguendo una direttrice spesso utilizzata in passato: sacrificare le garanzie partecipative sull'altare di una maggiore tempestività della realizzazione dell'infrastruttura³⁷. Se questa scelta è suscettibile di accoglimento soprattutto ove si tenga conto dell'impianto emergenziale all'interno del quale l'istituto va ad operare, che ha reso necessario individuare un 'risultato-interventi PNRR', sembra utile cercare di cogliere quale sia l'obiettivo della disciplina ordinaria riformata dal legislatore.

Il dibattito pubblico, nella disciplina attuale di cui all'articolo 40, dovrebbe operare, come tutti gli istituti che impongono un notevole margine di discrezionalità, nella prospettiva del risultato. Circa venti anni fa è stato sostenuto come il concetto di risultato avesse esclusivamente rilievo per le discussioni da esso

³⁷ Alcuni pericoli di questa tendenza sono stati sottolineati, *ex multis*, da R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 323 ss.

stimolate, e non nel suo significato giuridico in senso stretto³⁸. Non è certamente questa la sede utile per ricordare come la dottrina abbia cercato (con notevoli risultati) di inquadrare giuridicamente il concetto del risultato³⁹, ma sembra utile, anche al fine di cercare di fornire un bilancio sulla sorte del dibattito pubblico, interrogarsi sulla sussistenza, o meno, di un equilibrio tra il principio del risultato ed il dibattito pubblico.

Nella nuova logica del Codice, la codificazione del principio del risultato è il frutto di una forte ambizione che nutre il legislatore, e cioè dare luogo “senza alcun intralcio di sorta, alla aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici in considerazione dell’opera da realizzare”⁴⁰. Tale aspetto trova una conferma nell’articolo 1, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, il quale, volendo chiarire il perimetro applicativo del risultato, lo declina (anche) all’interno della tempestività dell’azione amministrativa.

Diversi, dunque, sono gli aspetti che possono emergere ove si voglia cercare di rinvenire un equilibrio tra i due termini della questione: è possibile trovare un punto di raccordo tra ‘risultato tempestività’ e dibattito pubblico, che persegue invece un ‘risultato totalità del compendio fattuale’ nell’ambito di un procedimento discrezionale? Quale dei due risultati prevale nell’ambito dell’esercizio del potere discrezionale? Cosa implica la preferenza verso il risultato tempestività in una prospettiva di massima effettività dell’istituto?

La complessità dell’equilibrio da ricercare rende certamente difficile giungere ad una conclusione netta, e nondimeno sembra maggiormente verosimile sostenere come il risultato tempestività si ponga in una posizione di assoluta incompatibilità con le logiche sottese al dibattito pubblico, aspetto che confermerebbe la trasformazione dell’istituto a mero adempimento procedimentale ampiamente *bypassabile* dall’amministrazione. In secondo luogo, la prassi ha spesso confermato come l’amministrazione, ove possibile, ritiene di poter fare a meno della partecipazione della collettività, senza però considerare che le spinte verso una azione amministrativa tempestiva, molto spesso, abbiano condotto paradossalmente ad un rallentamento dell’opera causato dai dissensi dei soggetti interessati dalla stessa. In terzo luogo, la preferenza verso il risultato tempestività conduce, evidentemente, ad uno svilimento, e non solo uno stravolgimento, dell’istituto.

La conclusione muove da una premessa: nonostante il nuovo Codice sia rivolto alla valorizzazione della discrezionalità, alla fiducia per

³⁸ Ci si riferisce a S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941.

³⁹ Per tutti, cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

⁴⁰ Più recentemente, sempre M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 223.

l'amministrazione⁴¹ e al superamento della paura della firma, l'impressione che si ha è che il dibattito pubblico si assesti su un versante radicalmente opposto, e che nonostante la prospettiva del risultato consenta di superare la paura della firma, nel caso del dibattito pubblico non supera affatto la paura di amministrare: concetto da intendersi come attitudine all'esercizio del potere discrezionale volto al raggiungimento di un risultato, che non è sempre (e solo) quello della realizzazione tempestiva dell'opera, che vale soprattutto in una stagione emergenziale, ma che va allargato più in generale al pubblico interesse, valutando cioè le istanze dei soggetti interessati dalla realizzazione dell'infrastruttura strategica.

Per tale ragione, il rilancio non solo formale, ma anche sostanziale, dell'istituto passa certamente da un rinnovamento culturale anche del legislatore (non solo dell'amministrazione), che comprenda le potenzialità degli strumenti di partecipazione procedimentale e di democrazia deliberativa come il dibattito pubblico. In tal senso, vi sono alcuni correttivi di metodo che in questa sede si suggeriscono, e che agiscono su diversi profili del dibattito: in primo luogo, con riguardo agli aspetti legati alla *governance*, il primo punto sul quale sembra necessario apportare degli accorgimenti riguarda la reintroduzione della CNDP nella prospettiva di inserire, nella dialettica tra amministrazione aggiudicatrice e soggetti interessati dalla realizzazione dell'opera, una figura realmente terza ed indipendente che consenta una concreta emersione delle preferenze della collettività; in secondo luogo, sarebbe utile, in una prospettiva che valorizzi le potenzialità dell'istituto, seguire la scia della disciplina emergenziale e ridurre le soglie economiche e dimensionali che rendono obbligatoria l'attivazione del dibattito pubblico; in terzo luogo, sarebbe estremamente utile, soprattutto al fine di affrancare il dibattito pubblico dall'indirizzo di governo, e renderlo concretamente un istituto di matrice esclusivamente procedimentale, eliminare il riferimento che attiene alla discussione degli esiti del dibattito in sede di conferenza di servizi, poiché, come si è detto, questo ultimo riferimento rischia di condurre – e nei procedimenti attinenti alla realizzazione delle grandi opere lo è ancora di più – nella sede politica la discussione che dovrebbe riguardare il bilanciamento tra vari interessi in gioco; infine, affinché il dibattito pubblico realizzi quella vocazione democratica, è necessario svincolare la partecipazione dall'appartenenza ad associazione e gruppi organizzati e ripristinare la partecipazione al subprocedimento del *quavis de populo*, con lo scopo di concretizzare la logica incrementale sottesa all'istituzione nel nostro ordinamento dell'istituto per la realizzazione di opere strategiche.

⁴¹ Su cui, cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023, pp. 271 ss.

Il *Premierato* nella crisi della democrazia rappresentativa*

ANDREA PIRAINO

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'incauto progetto di risolvere la crisi di governabilità del Paese con la sola elezione diretta del *premier* senza rivedere gli equilibri complessivi di sistema – 2. Il necessario contenuto della riforma per un equilibrio dei poteri nel quale alla funzione di governo faccia da contraltare la funzione di controllo – 3. La fine del rapporto fiduciario tra governo e parlamento e la sua trasformazione in relazione funzionale – 4. La necessaria modifica, a fronte del premierato, del vigente bicameralismo perfetto in una camera rappresentativa dell'unità politica della nazione e in un'altra camera rappresentativa del pluralismo delle istituzioni territoriali – 5. Conclusione: la riforma del premierato non può concretizzarsi solo nel rafforzamento della figura del presidente del consiglio ma deve mirare ad un rilancio della democrazia e della partecipazione popolare.

1. Non c'è dubbio che, in particolare a partire dalla cd. 'seconda Repubblica'¹, il funzionamento del nostro sistema costituzionale di governo ha progressivamente, sempre di più, perso capacità di esprimere un indirizzo politico univoco, efficiente ed efficace, in grado di guidare un'azione stabile e soprattutto strategica. Ne costituisce, da ultimo, un esempio eclatante la vicenda della *Via della Seta*, il grande progetto di investimenti lanciato verso il resto del mondo dalla Cina nel settembre 2013 e sottoscritto per il nostro Paese dal I° Governo

* Scritto in onore del professore Aldo Tigano. Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Per quanto riguarda invece l'esperienza costituzionale fino alla crisi di *tangentopoli*, caratterizzata dal preminente ruolo dei partiti politici nel funzionamento delle nostre istituzioni repubblicane, il discorso dovrebbe essere diverso da quello che si svilupperà subito appresso nel testo perché in uno "stato di partiti" la stabilità dei governi nonché la efficienza e la efficacia della loro azione non si possono certo misurare in base alla breve durata della loro esistenza formale e quindi della loro guida da parte dei vari *leaders* che si avvicendano nel ruolo di primo ministro ma si devono valutare considerando la presenza nei governi dei medesimi partiti politici in quanto soggetti *popolari* portatori di fermezza di obiettivi e di continuità di indirizzo politico, circostanza che nei primi quarantacinque anni di vita repubblicana non si può certo dire che abbia determinato una instabilità continua. Comunque, in termini numerici, nei 78 anni di storia repubblicana abbiamo avuto 68 governi e 32 presidenti del consiglio. Dal 1994, invece, si sono succeduti 18 governi con 12 *premier*.

Conte in occasione della visita di stato del *leader* cinese Xi Jinping a Roma nel marzo 2019. Ebbene, a quanto pare, oggi il nostro Governo, a meno di cinque anni da quella data, sembra deciso a non rinnovarne più il *Memorandum* di adesione e purtroppo -senza avanzare alcuna strategia alternativa come potrebbe essere quella del *Global Gateway*, elaborata dall'Unione Europea proprio in risposta alla *Via della Seta* cinese e annunciata dalla presidente della Commissione Ursula von der Leyen in occasione del "discorso sullo stato dell'Unione" pronunciato al Parlamento europeo il 15 settembre 2021- si avventura in proposte (alla Cina) di vecchie politiche di cd. partenariato strategico ("che deve rappresentare un'opportunità per i nostri imprenditori"²) che dimostrano tutta la loro superficialità ed improvvisazione e soprattutto evidenziano l'incapacità di mantenere un indirizzo politico fermo ed univoco in grado di guidare con autorevolezza i nostri rapporti con gli altri *partners* globali³. A questa perdita di capacità di governo e di lungimiranza strategica bisogna, poi, aggiungere la sempre più grave mancanza di credibilità politica dei numerosi governi che si sono succeduti soprattutto in questi ultimi anni e che hanno fatto sì che le speranze delle popolazioni di vedere risolti i loro problemi endemici venissero risposte "in maggioranze di ogni colore e conformazione, in governi politici e tecnici, in leggi elettorali maggioritarie e proporzionali" ma sempre senza ottenere alcun risultato positivo tangibile⁴. Per non dire, infine, dell'effetto della frantumazione istituzionale che nel contesto europeo vanifica ogni azione politica, che richiede continuità temporale e unitarietà di manifestazione e conduzione, e espone il Paese ad una marginalizzazione del suo ruolo. Insomma, stabilità e governabilità non sembrano costituire prerogative dell'attuale nostra "forma di governo" e per questo la presidente del Consiglio dei Ministri, Giorgia Meloni, ha lanciato l'ipotesi di potere arrivare ad affidare al popolo la scelta di chi guiderà

² Così il ministro degli Esteri, Antonio Tajani, in occasione dell'incontro con il suo omologo cinese, Wang Yi, il 4 settembre 2023. In proposito, v. gli artt. di V. PICCOLILLO, *Tajani: "Con Pechino nessuno strappo"* in *Corriere della Sera* del 5 settembre 2023, p. 14 e di M. COCCO, *Equilibrismi e tattica. Ma il governo non ha una strategia sulla Cina*, in *Domani* del 6 settembre 2023, p. 8. Se si vuole si può anche v., del sottoscritto, *Via della Seta: prima sì e poi no, ma sempre senza strategia*, in *Il domani d'Italia* del 19 luglio 2023.

³ Basti pensare che, dopo i contatti avuti con il Governo cinese per informarlo dell'intenzione di abbandonare la "Via della Seta" e le dichiarazioni del ministro Taviani e della stessa *premier* Meloni, il nostro Paese ha dato subito la sua disponibilità ad aderire al nuovo corridoio fra India, Africa, Medio Oriente ed Europa, denominato "Via del Cotone", lanciato dal presidente Narendra Modi, insieme con gli Usa e con il consenso europeo, nel corso dei lavori del G20 svoltisi a New Delhi il 9 e 10 settembre scorsi.

⁴ Al proposito, v. l'appello "*Riforme per un Paese credibile. Non sprecate questa occasione*" lanciato da alcuni studiosi sul *Corriere della Sera* del 5 settembre 2023, p. 34.

il governo⁵ nella convinzione che l'elezione diretta del *premier* sia in grado di cambiare il paradigma della governabilità e ridare all'azione politica i perduti caratteri della stabilità e dell'efficacia.

Il ragionamento, oltre che ampiamente condiviso sia da un vasto schieramento di forze politiche che da esponenti del costituzionalismo, ha anche una sua apparente logicità. Se condotto ad un certo livello di approfondimento, però, esso svela tutta la sua intrinseca fallacia perché non è assolutamente vero “che il problema attuale della forma di governo sia la debolezza dell'esecutivo e, al suo interno, del suo vertice”⁶ e che la instabilità dei governi e la frammentazione delle maggioranze politiche che dovrebbero supportarli sarebbero cancellate da un intervento diretto del mitizzato popolo anche per eleggere il presidente del consiglio. Certo, una modifica dell'attuale forma di governo “che metta al centro l'elettore e le sue preferenze” può dare il senso di una forte svolta innovativa⁷, ma da sola l'elezione diretta dei vertici dell'esecutivo -senza chiarire, come invocava Costantino Mortati sin dai tempi della Costituente, a chi si voglia consegnare *realmente* lo scettro del comando: se ai partiti politici che poi in parlamento fanno e disfano i governi a proprio piacimento o ai cittadini che, mantenendo nelle proprie mani l'indirizzo politico e la composizione della maggioranza, inchiodano alla propria responsabilità di fronte al corpo elettorale chi viene eletto a governare⁸- non è difficile prevedere che accentuerebbe ancora di più la deriva della nostra democrazia rappresentativa, consegnandola ad una definitiva involuzione *leaderistica* che costituisce la base della sua (della democrazia) metamorfosi in *popolocrazia*⁹.

Non solo. Ma l'idea che la crisi di governabilità del nostro sistema istituzionale si possa risolvere con un semplicistico intervento di elezione diretta del *premier* senza rivedere tutto l'assetto organizzativo dei poteri pubblici ricostruendone l'equilibrio spezzato -dalla fine dei partiti politici non più organizzazioni popolari ma raggruppamenti di sodali che controllano ferreamente i centri di potere del

⁵ “Elaborate una proposta sul premierato con l'elezione diretta del Presidente del Consiglio” sembra abbia detto la *premier* durante l'incontro svoltosi a Palazzo Chigi il 1° giugno scorso con il ministro per i rapporti con il Parlamento, Luca Ciriani, e i capigruppo di Fdi alla Camera, Tommaso Foti, e al Senato, Lucio Malan. Cfr. V. P., *La premier a Fdi: in Parlamento con la proposta del premierato in Corriere della Sera*, 1 giugno 2023, p. 6.

⁶ E. GROSSO, *Il metadone della Repubblica. Elezione diretta e verticalizzazione del potere: la grande ossessione semplificatrice in federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023.

⁷ In questo senso, v. L. VIOLINI, *Crisi della democrazia e elezione diretta del premier: un passo verso il superamento della disaffezione al voto? in federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023.

⁸ Lo ricordava di recente G. GUZZETTA, *Riforme istituzionali. Quanto conterà il fattore M in Il Riformista* del 26 maggio 2023.

⁹ Per la descrizione di questa tendenza, v. I. DIAMANTI, M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari- Roma, Laterza, 2018.

sistema pubblico, dalla crisi del parlamento con il suo inutile bicameralismo reso ancora più paritario dalla riduzione dell'età per l'elettorato attivo del Senato e con la sua legge quale originariamente unica fonte della normativa generale ridotta ad atto 'esecutivo' della volontà del governo¹⁰ ed, infine, dall'affermarsi dei nuovi strumenti di comunicazione che indeboliscono lo spirito comunitario, esaltano la personalizzazione del potere e sono di più facile accesso per chi ricopre ruoli governativi- è quanto meno una grossa ingenuità che potrebbe però rivelarsi esiziale ai fini del successo del processo di riforma che si persegue proprio a motivo dei contraccolpi sull'equilibrio generale del sistema¹¹.

Dunque, se si vogliono rafforzare stabilità, governabilità ed efficienza del nostro sistema di governo, non è solo sul consiglio dei ministri e sul suo presidente che bisogna intervenire ma anche sugli organi politico-istituzionali con i quali quest'ultimo è in relazione e poi, soprattutto, sui meccanismi della *rappresentanza* e della *responsabilità* che sono quelli veramente in crisi e che bisogna rivedere se vogliamo far funzionare il motore della democrazia che costituisce il principale tratto distintivo del nostro sistema costituzionale¹².

Ma andiamo con ordine e cominciamo dalla crisi dell'attuale forma di governo parlamentare che la proposta del governo Meloni, al fine, intende risolvere con l'introduzione dell'elezione diretta del *premier*.

2. Dopo aver fatto balenare anche la possibilità di rispondere alla crisi di governabilità del sistema con l'introduzione del *presidenzialismo* o del *semi-presidenzialismo*, la bozza del ddl. predisposto dalla ministro per le riforme istituzionali, Maria Elisabetta Alberti Casellati, infatti, ha virato decisamente verso la soluzione *premierato* ritenuto una forma di governo correttiva ed integrativa dell'attuale governo parlamentare, per via dell'elezione diretta del *premier*, ed assolutamente

¹⁰ Al proposito, ha scritto testualmente A. SIMONCINI, *Sul rafforzamento dell'esecutivo in federalismi.it-paper* del 2023: "mentre le fonti di origine -formalmente e sostanzialmente- parlamentare sono quasi del tutto residuali, ci troviamo dinanzi ad una vera e propria *signoria* -come è stata definita qualche tempo fa- dell'esecutivo, esercitata per il tramite di decreti-legge, decreti legislativi, dpcm e attraverso il penetrante controllo dei diversi procedimenti legislativi, quantomeno in materia finanziaria e di derivazione europea ed internazionale".

¹¹ Sulla necessità di mantenere gli equilibri di sistema nei processi di riforma, cfr. R. DICKMANN, *Riforme ed equilibri costituzionali* e F. SAVASTANO, *Efficacia ed equilibrio: due priorità verso cui orientare la forma di governo*, entrambi in *federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023.

¹² Sottolinea, ad esempio, che "una riforma della forma di governo va inquadrata nel sistema costituzionale complessivo, anzitutto con l'obiettivo di non squilibrarlo e di non produrre una concentrazione eccessiva di poteri decisionali nel raccordo Governo-maggioranza parlamentare" M. OLIVETTI, *Riformare la forma di governo italiana?* in *federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 10.

compatibile con il neo-parlamentarismo di un sistema che continuerebbe ad essere regolato dalla fiducia tra governo e parlamento (con la possibilità, al più, di preservarne quest'ultima con il meccanismo della "sfiducia costruttiva"). Insomma, la debole ed instabile governabilità che manifesta la guida del nostro Paese non è ritenuta l'effetto della caduta di responsabilità del sistema istituzionale divenuto incapace di essere ricettivo delle questioni poste dal basso e di sapere soddisfare le esigenze partecipative della cittadinanza¹³ e né meno della progressiva perdita di ruolo del parlamento imbalsamato nel suo bicameralismo perfetto ed ormai privo di ruolo incisivo sia nell'esercizio della funzione legislativa che in quella di controllo. Piuttosto, secondo la lettura proposta dal disegno di legge di riforma, la crisi di governabilità è ascrivibile all'emersione dell'involuzione della rappresentanza politica che, a causa della crisi dei partiti politici, non riesce più a stabilire un lineare e diretto collegamento fra il voto degli elettori e la ricaduta dello stesso sulla vita degli organi rappresentativi. Basti pensare alle soglie per l'accesso al premio di maggioranza o al turno per il ballottaggio, alla possibilità di una medesima candidatura in una pluralità di circoscrizioni, alla competizione per liste bloccate presentate in collegi elettorali territorialmente molto ampi¹⁴. In sostanza, a tutte quelle situazioni che progressivamente hanno via via indebolito il rapporto tra corpo elettorale ed élites rappresentative. Quindi è solo una svolta verso forme di elezione diretta dei vertici dell'esecutivo che si ritiene possa controbilanciare la sempre maggiore tendenza dell'elettorato ad astenersi e dell'opinione pubblica a considerare lo Stato e le sue istituzioni lontani dai propri interessi!

Come già accennato, non sarebbe di per sé una soluzione propriamente sbagliata ma certo non è sulla base di questi semplici presupposti e di questo modo di leggere la crisi che si può immaginare di rimettere l'elettore o, meglio, il cittadino al centro del sistema per ricostruirne, poi, la struttura e la funzionalità non legandole però alla logica di un nuovo potere sovrano ma ancorandole al principio di sussidiarietà ed al valore di solidarietà (con il correlato precetto dell'art. 11 della Costituzione: "l'Italia ripudia la guerra") che ne dovrebbero costituire il nuovo 'motore'.

Per cercare di rendere tutto ciò quanto più intellegibile possibile, veniamo allora subito alla illustrazione, seppure per rapidissimi cenni, del volano intorno a cui, almeno sino a qualche tempo fa, giravano ancora le principali istituzioni del

¹³ Per la sottolineatura del "basso livello di *responsiveness*" nella nostra forma di governo, v. Lorenza Violini, *Crisi della democrazia e elezione diretta del premier: un passo verso il superamento della disaffezione al voto?*, cit.

¹⁴ Come è noto, la Corte costituzionale con le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, rispettivamente sulla legge n. 270 del 2005 e sulla legge n. 52 del 2015 che regolavano le questioni accennate nel testo, è intervenuta chiedendo al Parlamento di modificarne i contenuti. Cosa che è stata fatta ma soltanto parzialmente con la legge 265 del 2017 (cd. *Rosatellum*).

nostro ordinamento. Si tratta, come noto, dei partiti politici i quali con il proprio ruolo e la propria funzione di rappresentanza sono riusciti nel tempo ad introdurre le masse dei cittadini nel cuore dell'organizzazione dello stato trasformandolo da *stato anti partito* nello *stato dei partiti*¹⁵. Si pensi al *Comitato di Liberazione Nazionale* che si oppose al fascismo e all'occupazione nazista guidando gli italiani "alla lotta e alla resistenza". O alle formazioni politiche che parteciparono all'*Assemblea Costituente* animandone i lavori e sostenendone le scelte più delicate come quelle contenute negli artt. 2, 3, 5, 7, 11 *etc.* O, ancora, ai partiti politici che nel corso della cd. Prima Repubblica sostennero l'intero peso della *governance* nel complesso sistema istituzionale del Paese. Insomma a tutte quelle organizzazioni popolari che nel loro pluralismo riuscivano a rappresentare al meglio gli innumerevoli gruppi sociali e contemporaneamente a raccordarsi e coordinare le varie istituzioni della Repubblica¹⁶.

Come è facile constatare, sulla loro base unitaria poggiava tutta l'impalcatura statale voluta dalla Costituzione la quale, articolata secondo il principio della divisione del potere legislativo – in capo al parlamento – da quello esecutivo affidato all'organo di governo, si reggeva sulla *fiducia* che quest'ultimo godeva da parte del primo e quindi, secondo la logica della forma di governo parlamentare, che voleva il parlamento al vertice del sistema istituzionale in quanto rappresentativo di tutti i vari soggetti politici emergenti nella società e dunque capace di garantire la partecipazione popolare. Insomma, il parlamento con la sua composizione, frutto peraltro di un criterio elettorale di natura proporzionale, finiva coll'essere il *dominus* del sistema ed il titolare ultimo dell'indirizzo politico, della funzione legislativa e di quella di controllo.

¹⁵ Per tutti, v. P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti*, Bologna, il Mulino, (nuova edizione) 1997.

¹⁶ In generale, sul ruolo e le funzioni dei partiti politici, v., fra i moltissimi, P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948; C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana* in Id., *La Costituzione. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; S. GALEOTTI, *Note sui partiti nel diritto italiano* in *Iustitia*, n. 2/1958, p. 257; P. L. ZAMPETTI, *Dallo stato liberale allo stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1965; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano* in Id., *Raccolta di scritti*, III, Milano, Giuffrè, 1972, 355; P. RIDOLA, *Partiti politici* in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 66; S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, X, Torino, Utet, 1995, p. 705; L. MORLINO, *Le tre fasi dei partiti italiani* in L. MORLINO, M. TARCHI (a cura di), *Partiti e caso italiano*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 105; O. MASSARI, *La parabola dei partiti politici in Italia: da costruttori a problema della democrazia* in *Democrazia e diritto*, nn. 3-4/2009, p. 23; M. LUCIANI, *Sul partito politico, oggi* in *Democrazia e diritto*, nn. 3-4/2010, p. 163; P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; S. GAMBINO, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del Paese e attualità* in *Rivista Aic*, n. 2/2013, p. 1; A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitti e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico* in *Nomos*, n. 3/2015, p. 585; M. GORLANI, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Bari, Cacucci Editore, 2017; S. BONFIGLIO, *I partiti e la democrazia*, Bologna, il Mulino, 2021.

Finché questo schema ha retto ed i partiti hanno svolto il loro ruolo di strumenti di partecipazione popolare e di mediazione politica – pur con alcune inevitabili disfunzioni determinate dalle interferenze di fattori esterni, come la “guerra fredda” che impediva al sistema politico di riconoscere pienamente il ruolo e la funzione del Pci, e di fattori interni, come le perenni lotte per la *leadership* all’interno delle maggioranze politiche che formavano i governi e del partito di maggioranza relativa che ne guidava le coalizioni – a differenza di quanto non sia stato sostenuto da un ricorrente indirizzo di pensiero, la forma di governo parlamentare ha positivamente guidato il Paese che sebbene costretto ad una postura rigida per via della *conventio ad excludendum* è stato protagonista, prima, della propria ricostruzione e, poi, di quella stagione di grande sviluppo che gli ha consentito di inserirsi fra le 7 più grandi Nazioni del Mondo.

Sottolineare, quindi, che in questo periodo la *governance* del Paese sia stata debole perché la durata dei governi in carica non riusciva a superare mediamente l’anno di vita è veramente superficiale. Non essendo, infatti, né il governo né il parlamento gli assi portanti del sistema e quindi non potendo essere il rendimento di ognuno di essi o di entrambi a determinare la qualità del funzionamento dell’organizzazione repubblicana è del tutto incomprensibile come si possano imputare loro le disfunzionalità sistemiche, dimenticando o non attribuendo rilievo al fatto che i pilastri su cui si reggeva questo sistema istituzionale, come riconosciuto unanimemente, fossero i partiti politici che a differenza delle formule politiche delle loro alleanze e delle maggioranze cui davano vita garantivano stabilità e continuità intorno alla Dc e agli altri partiti del cd. “arco costituzionale”.

Dunque, almeno in questo lungo periodo dalla prima alla undicesima legislatura, nessuna sostanziale caduta di governabilità può imputarsi al sistema Italia ed anzi bisognerebbe sottolineare che proprio la sua forma di democrazia parlamentare fondata sui partiti costituzionali ha salvato il Paese prima dagli attacchi fascisti condotti con attentati e complotti vari e poi dal terrorismo delle Brigate rosse il cui assalto al cuore dello Stato fu sconfitto in virtù della sostanziale unità che i partiti e le istituzioni da essi governate seppero garantire. Di fronte a questi dati sicuramente inoppugnabili, allora, è non solo privo di spessore storico-giuridico ma anche completamente sbagliato sostenere che la forma di governo parlamentare si sia dimostrata incapace di assicurare una *governance* all’altezza delle grandi decisioni che il Paese si è trovato a dover prendere lungo il proprio cammino. E soprattutto si corre il rischio, se non si marca con chiarezza questo passaggio, di accreditare l’idea che l’attuale problema della instabilità e debolezza del governo sia determinato dalla sua classica forma parlamentare e quindi che sia sufficiente un intervento a questo semplice livello istituzionale come l’introduzione del *premierato* per ridare al sistema una

funzionalità all'altezza delle decisioni che oggi la Repubblica deve assumere, ad esempio, in ordine alla questione del debito pubblico.

Ma veniamo alla crisi degli anni 1992/'93 sotto l'incalzare del fenomeno di 'tangentopoli' e dell'aggressione ai pubblici poteri della mafia. I partiti di governo vengono messi all'angolo e, soprattutto, inizia una generale trasformazione del loro DNA che presto li porterà a diventare docili strumenti di propaganda in mano a *leaders* plebiscitari invece che organizzazioni di rappresentanza e di intermediazione popolare¹⁷. Naturalmente, incidendo con questo mutamento sulla forma di governo parlamentare che presto si incrina nella sua funzionalità poggiante sul *continuum* parlamento-governo e questo, sì, causando incertezza, instabilità, trasformismo. Con l'insorgere poi di alcune tendenze che si sarebbero rivelate via via strutturali come il progressivo capovolgere del rapporto tra parlamento e governo che, pur continuando a fondarsi sulla *fiducia* che quest'ultimo deve godere da parte del primo, ora si costruisce a partire dalla maggioranza che si aggrega intorno al (l'indicato) candidato *premier* e che si proietta in parlamento anche con l'ausilio di cospicui premi di maggioranza di cui le diverse leggi elettorali sono state prodighe; o come l'affermarsi della pretesa del governo con la sua maggioranza di guidare il parlamento e di dettarne l'indirizzo politico, costringendolo a subire non solo la sua iniziativa legislativa con la continua produzione di decreti legge ma anche la sua costante attività normativa con la incessante emanazione di decreti legislativi e quant'altri atti normativi¹⁸; fino alla sostanziale rimozione della più moderna ed attuale funzione di controllo ridotta a sua volta, come del resto la mozione di fiducia, a strumento per ostacolare in qualche modo l'azione del governo. Naturalmente, logorando così il rapporto non solo tra gli organi costituzionali ma anche e soprattutto con il corpo elettorale fino a metterne in discussione il principio di rappresentanza.

¹⁷ Per una rapida informazione su questo processo di trasformazione dei partiti soprattutto a partire dalla crisi dell'inizio degli anni '90 del secolo scorso, v., fra i tanti, M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, Laterza, 2010; Id., *La democrazia del leader*, Roma-Bari, Laterza, 2016; S. BENTIVEGNA, *A colpi di tweet. La politica in prima persona*, Bologna, il Mulino, 2015; S. CURRERI e G. STEGHER, *I partiti politici in Italia in federalismi.it*, n.23/2018; I. DIAMANTI, M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, cit.; G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, III ed., Venezia, Marsilio, 2018, il quale sottolinea che la *personalizzazione* produce facilmente partiti senza società con *leader* inevitabilmente distanti da quest'ultima che così si trasformano in "capi politici" senza partiti "perché i leader, alla ricerca del consenso, sono indotti a enfatizzare anch'essi l'antipolitica".

¹⁸ Come i *dpcm*, anche se formalmente atti amministrativi. Da ricordare, inoltre, che quella che è stata definita la vera e propria "*signoria*" dell'esecutivo è esercitata anche "attraverso il penetrante controllo dei diversi procedimenti legislativi, quantomeno in materia finanziaria e di derivazione europea ed internazionale" (A. SIMONCINI, *Sul rafforzamento dell'esecutivo*, in *federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023).

Dunque, nasce da questa deriva strutturale -che sotto la formale copertura del rapporto fiduciario cela il permanente scontro parlamento-governo e di entrambi questi organi costituzionali con ciò che resta della rappresentanza politica ancora gestita e manovrata dai partiti politici non più popolari ma personali- l'instabilità e la inevitabile insufficienza del governo parlamentare che ormai si ritiene inadeguato alla massa dei problemi che la *governance* attuale deve affrontare e che l'iniziativa del governo vorrebbe cambiare con la riforma del *premierato*.

Ma così, se questo è vero, di fronte alla realtà descritta e alle considerazioni ora cennate, appare chiaro che il cambiamento non può consistere solo nell'elezione diretta del *premier* con o senza il complemento della "sfiducia costruttiva" ma deve riguardare innanzi tutto il riequilibrio dei poteri e delle funzioni non secondo la tradizionale distinzione però tra *legislativo* ed *amministrativo* ma in base alle più attuali esigenze di quella che dovrebbe essere una democrazia *decidente* nella quale alla funzione di governo incardinata nell'organo 'esecutivo' non faccia più da base legittimante la *fiducia* delle camere ma, piuttosto, da contraltare la funzione di controllo che troverebbe la sua allocazione in seno al parlamento non più strutturato in un bicameralismo perfetto.

3. Intanto, a seguito di queste anticipazioni, va detto subito che, stante la sottolineata situazione di maggiore incisività assunta comunque dal governo rispetto al parlamento in ordine alla definizione effettiva dell'indirizzo politico, lo *status* dell'organo esecutivo si è già da tempo modificato acquisendo una posizione di tale forza da essersi trasformato nel soggetto che (l'indirizzo politico) lo elabora, lo decide ed, ultimamente, lo impone all'approvazione della sua maggioranza in parlamento. Insomma, ormai non è più la maggioranza parlamentare che esprime l'esecutivo e ne delinea l'indirizzo politico ma il governo costruito intorno al suo presidente che impone alla maggioranza che lo sostiene le sue scelte¹⁹.

Ne deriva un capovolgimento del ruolo e delle funzioni delle assemblee parlamentari che indebolisce tutto il sistema in una duplice direzione: di squilibrarne il rapporto in favore del governo e di affievolirne la capacità rappresentativa nei confronti dei soggetti politici che lo costituiscono. Con conseguenze sull'impianto della nostra democrazia rappresentativa sempre più devastanti. Basti considerare

¹⁹ Detto diversamente, con le parole di M. OLIVETTI, *op. cit.*, "dagli anni novanta ad oggi i poteri governativi di direzione del lavoro parlamentare -e quindi il rapporto tra il Governo e le due assemblee legislative- si sono nettamente modificati a vantaggio dell'esecutivo, con forme che non sempre appaiono ragionevoli ed equilibrate, anche se non è possibile non apprezzarne il contributo alla governabilità" (p. 9).

la progressiva riduzione della partecipazione al voto e la maggiore distanza della gente dalla politica. Ecco perché l'istituzione del *premierato* con l'elezione diretta del presidente del consiglio, senza la contestuale revisione del principio del rapporto di *fiducia* con il governo nella direzione di una affermazione della piena separazione dei poteri da entrambi gli organi esercitati e la contemporanea instaurazione di un efficace rapporto di *controllo* del parlamento sul governo che arrivi fino alla possibilità, per atti di particolare rilevanza, di adottare la *rimozione* del primo ministro senza il suo (del parlamento) contestuale scioglimento²⁰, è una scelta in un certo senso azzardata che potrebbe innescare un processo dalla deriva *leaderistica* della nostra democrazia con la trasformazione in senso plebiscitario delle elezioni politiche del *premier*.

Le tendenze in questa direzione, certo, non mancano. Non solo nella democrazia italiana ma anche in tutte le democrazie occidentali, le quali divenute sempre più vulnerabili nella loro capacità rappresentativa tendono a sopperire al *deficit* di comunicazione con i tradizionali istituti della democrazia *diretta* che, però, vengono ora declinati in un modo nuovo secondo il quale la dimensione del *potere popolare* prescinde dalla mediazione tra la società e le istituzioni operata dai partiti e dai movimenti politici che sono marginalizzati o, addirittura, cancellati con l'ausilio delle nuove tecnologie. Facendo, cioè, emergere, come cennato, una nuova forma di potere del popolo definita *popolocrazia*²¹: per un verso, democrazia *immediata* che rifiuta ogni intermediazione e, per un altro verso, azione politica che cancella tutti i contropoteri per affermarsi come democrazia *populistica*²². Alla fine, insomma, una formula subdola di "democrazia plebiscitaria", che si basa sul potere personale e autoritario di un capo carismatico in rapporto diretto con la pretesa volontà infallibile del popolo²³.

Quale sia l'effetto di tutto ciò è presto detto: le istituzioni di rappresentanza perdono ogni capacità e forza di intermediazione, che si concreta esclusivamente nel *leader*, e la frattura tra il *demos* ed il *kratos* si approfondisce sempre di più. Con l'ulteriore conseguenza che il rapporto in-mediato del *leader* con le masse si trasforma facilmente in plebiscitarismo che spesso diventa l'anticamera dell'autoritarismo. Cosa che oggi è ulteriormente facilitata dalle nuove tecnologie della

²⁰ Pur nell'ambito del tradizionale rapporto di *fiducia*, sostiene che, a fronte di ipotesi di particolare gravità (come, ad es. "attentati alla Costituzione", quale che sia il contenuto di tale oscura espressione), si dovrebbe a suo avviso consentire al parlamento di sfiduciare il primo ministro senza che si produca automaticamente lo scioglimento dello stesso, M. OLIVETTI, *op. cit.*, p. 8.

²¹ Cfr. I. DIAMANTI, M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, cit., pp. 10 ss.

²² Per approfondire questo passaggio, sia consentito rinviare ad A. PIRAINO, *Verso una nuova forma di democrazia?* in *Lo Stato*, n. 13/2019, in part. pp. 144 ss.

²³ S. CURRERI E G. STEGHER, *I partiti politici in Italia*, cit., p. 11.

comunicazione che relegano il popolo al ruolo di “pubblico” incapace di dialogare e di agire. Al massimo, stimolandolo solo a *re-agire*²⁴.

Il che significa che in questo modo non solo viene alterato in maniera sostanziale il significato della democrazia *rappresentativa* ma anche stravolto quello della cd. democrazia *diretta*, di un tempo andato. Che così vedrebbe la *premiership* del proprio sistema di governo -costruita con l'ausilio delle televisioni, dei *social media* e delle tecnologie *digitali*- trasformarsi in quella che è stata esattamente qualificata come *egocrazia*²⁵. Vale a dire: “potere personale che si impone al popolo”, trasformato in oggetto della propria *leadership* invece che protagonista del suo destino²⁶. Insomma, la figura del *leader* che si trasforma in soggetto monocratico che pretende di imporre la propria volontà ed il proprio volere direttamente, senza mediazione alcuna.

Ora, se quanto appena detto è vero, diventa subito chiaro che in mancanza del ruolo centrale dei partiti politici popolari l'introduzione dell'elezione universale e diretta del presidente del consiglio con il rafforzamento dei suoi poteri, per esempio, di nomina e di revoca dei ministri – soprattutto mantenendosi l'attuale rapporto *fiduciario* con il parlamento o introducendosi il principio della *sfiducia costruttiva*²⁷ o, ancora, optandosi per il meccanismo del *simul stabunt, simul cadent* – finisce per essere una scelta molto rischiosa che può incanalare l'evoluzione del nostro sistema di governo non verso forme *presidenzialistiche* o *semi-presidenzialistiche* ma verso modalità *personalistiche* in cui emerge “l'uomo solo al comando” che pretende di costruire intorno alla propria *premiership* tutto il sistema²⁸.

²⁴ Come scrive N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, (trad.) Bologna, il Mulino, 2020, “Il leader sostituisce i partiti (e anche il suo stesso partito, se ce l'ha) e cementa l'unione con il suo popolo direttamente, affidandosi alla forza persuasiva del suo messaggio e al consenso quotidiano dell'audience. Internet rende questa impresa non soltanto facile, ma alla portata di tutti, e per questa ragione non è azzardato pensare che il populismo sia l'orizzonte della democrazia contemporanea” (p. 9).

²⁵ Vd. P. C. PISSAVINO, *Egocrazia: cos'è in metabasis.it*, n. 10/2010. Più di recente il termine è stato usato nella politica italiana da Nicola Zingaretti che, al momento della sua candidatura alla segreteria del Pd, ha affermato che l'alternativa “non la costruisce un leader da solo ma le persone che si organizzano intorno ad un progetto e se si lascia alle spalle il vizio dell'aver troppe volte fatto prevalere la *egocrazia* (corsivo mio), che ha piegato tante scelte”: cfr. M. OTTAVIANI, *La scommessa di Zingaretti, il segno rosso di Martina in adnkronos*, Roma, 24 novembre 2018.

²⁶ A. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 149.

²⁷ Naturalmente, qui si sorvola circa la contraddizione dell'eventuale applicazione dell'istituto al *premier* eletto direttamente. Come ha sottolineato C. PINELLI, *Stabilità di governo e responsabilità di fronte agli elettori in Federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 3, infatti, “non ha senso, come pure qualcuno sostiene, accompagnarla (la elezione diretta del *premier*) all'istituto della sfiducia costruttiva, che ne presuppone l'elezione parlamentare”.

²⁸ In questo stesso senso, v. G. M. SALERNO, *I principi ispiratori per una revisione della forma di governo parlamentare: la responsabilità e la verticalizzazione, e non la personalizzazione in via elettiva in federalismi.it-paper* dell'11 giugno 2023, il quale sottolinea che “le procedure elettorali rivolte in via diretta ed esclusiva alla designazione popolare di una sola persona in cui si concentreranno

Per evitare un esito così disastroso del tentativo di cambiare la forma di governo parlamentare al fine di far ritrovare governabilità, stabilità ed efficienza al sistema, più complessi della sola elezione diretta del presidente del consiglio devono essere allora gli interventi riformatori a cominciare soprattutto dal non configurare il *premierato* come una forma di governo neo-parlamentare che fondi il suo sistema di organizzazione della Repubblica sul principio di unità del potere sovrano gestito realmente, prima dell'inizio della loro crisi, dai partiti politici sulla base del *continuum* rappresentativo parlamento-governo²⁹.

Con l'elezione universale e diretta del *premier*, infatti, questa sostanziale unitarietà di parlamento e governo sulla quale è fondato il rapporto *fiduciario* si rompe. Per due motivi. Il primo perché il capo del governo così scelto non sarebbe più intermediato nel rapporto che intrattiene con il popolo che lo ha eletto da quegli stessi partiti politici che costituiscono i gruppi parlamentari che formano le camere e la cui composizione oggi è caratterizzata da un crescente "*trasformismo*". Il secondo motivo perché l'elezione diretta di un organo monocratico non determina un rapporto di *rappresentanza* – che altrimenti, come detto, sarebbe totalitaria e trasformerebbe il *premier* in *egoarca* con la pretesa di imporre la propria volontà come espressione dell'intero corpo elettorale – ma di *responsabilità* che si instaura anche con quella parte di cittadinanza che non l'ha votato e che, però, deve essere rispettata nella sua diversità e non deve essere omologata.

Ne deriva, in particolare da quest'ultima circostanza, che il rapporto del parlamento e del governo con il corpo elettorale finisce di poggiare sul medesimo tipo di relazione che non è più per entrambi di *rappresentanza* e quindi che il loro statuto epistemologico non permette di creare tra i due organi un collegamento che risponda ad una medesima logica soggettiva di struttura. In poche parole, che non è più possibile che tra governo e parlamento si instauri un rapporto *fiduciario*. Piuttosto, come si dirà subito appresso, tra i due organi si viene a determinare una relazione *funzionale*. Il che lascia chiaramente intendere che con l'elezione popolare diretta del presidente del consiglio deve essere contemporaneamente modificata la forma di governo parlamentare nella direzione di creare un sistema organizzativo che non segua più la logica *monista* dell'esercizio della medesima funzione

decisivi poteri di indirizzo della collettività sono sempre più spesso oggetto di pressioni, interne ed esterne, non commendevoli in quanto rivolte -manifestamente o subdolamente- a manipolare l'opinione pubblica, anche fornendo informazioni scorrette o addirittura false" (p. 12).

²⁹ Fra coloro di diverso avviso, vd. A. POGGI, *Perché e a che condizioni l'elezione diretta del Presidente del Consiglio può essere utile alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare in federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, la quale afferma "che la strada più coerente con la Costituzione è costituita dalla formula del neo-parlamentarismo consistente nell'elezione diretta del Presidente del Consiglio corredata dalla sfiducia costruttiva" (p. 5).

da parte di entrambi i poteri ma prenda atto, valorizzandolo, del *dualismo* delle funzioni che parlamento, da un lato, e *premier*, dall'altro, esercitano, collegandole tra di loro in modo nuovo, tale da attivare un circuito virtuoso fondato sull'interazione dell'attività di controllo con quella di governo.

Naturalmente qui il discorso avrebbe bisogno di un adeguato approfondimento per illustrare come le funzioni esercitate da governo e parlamento non siano più l'una la continuità dell'altra e non esprimano quindi una sostanziale identità. Inoltre abbiamo accennato alla diversità che caratterizzerebbe i due organi costituzionali legati al corpo elettorale da due distinte relazioni che ne configurano in maniera autonoma la fisionomia. Bisognerebbe ora aggiungere che non avendo più l'attività del governo la natura di azione amministrativa, esecutiva della volontà del parlamento per via della sua indipendente e diretta legittimazione popolare, il suo esercizio si configura come vera e propria *funzione di governo* portatrice di un proprio indirizzo politico distinto da quello del parlamento. Il che implicherebbe che anche l'attività normativa del parlamento assumerebbe una diversa configurazione. Non si caratterizzerebbe più per essere la necessitata posizione *a priori* di regole e modelli di comportamento e di indirizzo che poi l'apparato governativo deve adottare ma per costituire una penetrante attività di *controllo* dell'indirizzo politico del governo effettuata alla luce dei valori e degli interessi popolari di cui le camere sono, alla fine, le vere garanti in virtù della loro rappresentatività politica³⁰.

4. Si instaurerebbe così non solo una diversa, rispetto a quella parlamentare e presidenziale³¹, forma di governo ma addirittura di democrazia che non sarebbe più fondata sul solo principio di rappresentanza ma si articolerebbe anche sul quello di responsabilità. Una democrazia che si trasformerebbe, insomma, da un

³⁰ Più in generale, per una prima ma approfondita analisi di questa evoluzione dei parlamenti da organi prettamente *legislativi* ad ambiti istituzionali baricentrici della funzione di *controllo* negli odierni sistemi politico-rappresentativi, v. P. PICCIACCHIA, *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo. Percorsi e sfide della funzione di controllo*, Napoli, Jovene, 2017 e, soprattutto, M. MALVICINI, *La funzione di controllo del Parlamento nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli Editore, 2022.

³¹ Il modello presidenziale sarebbe altresì lontano da questa forma di *premierato* cennata nel testo perché in quest'ultima la figura del presidente della Repubblica (ed anche delle altre giurisdizioni di garanzia come la corte costituzionale) continua ad esercitare pienamente le funzioni di garanzia e di unità nazionale ad esso attribuite dalla Costituzione (cfr., in questo senso, S. MANGIAMELLI, *Premierato, elezione del PCM e presidenzialismo: due su tre vanno bene in federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 7). L'unico potere che, evidentemente, gli verrebbe sottratto è quello della nomina del presidente del consiglio e, su proposta di questi, dei ministri (art. 92/2 cost.).

sistema di poteri *irresponsabili* in un sistema di poteri *responsabili*. Dove i componenti del governo (il *premier* ed i suoi ministri) non si determinerebbero né secondo l'interpretazione che essi stessi danno dell'interesse generale in base al vecchio principio del divieto di mandato imperativo né secondo l'indirizzo politico dettato dal parlamento al momento del voto di fiducia ma impronterebbero la loro azione di governo al *contratto* stipulato con il popolo tramite il programma presentato dal candidato *premier* in occasione delle elezioni e votato dal corpo elettorale. Il quale, poi, così avrebbe la possibilità di controllarne costantemente l'adempimento ed eventualmente aggiustarne il contenuto attraverso l'attività dei propri rappresentanti contemporaneamente eletti in parlamento ed in costante rapporto e collegamento con le forze politiche che li hanno espressi.

Si tratta, insomma, come è stato accennato, di un vero e proprio cambiamento di paradigma che – delineando ora una nuova modalità di rapporti tra governo e parlamento, da un lato, e corpo elettorale, dall'altro, e tra i suddetti organi costituzionali fra di loro – determina una democrazia dai connotati inediti perché ancora direttamente al principio di responsabilità il sistema di governo con l'elezione diretta del *premier* e mantiene legata al principio della rappresentanza *pluralistica* l'elezione del parlamento. Dando così risposta ai due fondamentali problemi che stanno alla base della invocata riforma del sistema di governo parlamentare. E cioè la sempre più grave disaffezione degli elettori alla partecipazione al voto ed alla vita politica e la sostanziale marginalizzazione del ruolo dei partiti politici.

In altri termini, si realizzerebbe un sistema di democrazia *binaria*, già apprezzato con riferimento ad altri ambiti istituzionali come quelli locali e regionali, in cui l'organo monocratico di governo instaura con il corpo elettorale una relazione di responsabilità che consente al popolo di svolgere un'azione non solo di controllo democratico ma anche di determinazione dell'indirizzo politico governativo³² mentre l'organo collegiale di rappresentanza continuerebbe ad essere eletto direttamente ma con un sistema *proporzionale*, ancorché corretto con lo sbarramento o con il doppio turno, per garantire il collegamento permanente delle istituzioni repubblicane con i partiti politici che lo compongono. Il che significa, oltre alla circostanza che ai fini elettorali non c'è posto per sistemi maggioritari, che in questa prospettiva il parlamento cambia natura e riesce a garantire condizioni strutturali

³² Si chiede G. GUZZETTA, (in) *Riforme istituzionali: quanto conterà il fattore M*, in *il Riformista* del 24 maggio 2023: “Vogliamo un sistema centrato sulle mani libere dei partiti in Parlamento o sulla responsabilità di chi governa di fronte al corpo elettorale?” e la risposta che fornisce è netta: “La responsabilità di chi governa, non la responsabilità di chi fa e disfa i governi senza essere chiamato a rispondere se non ‘a babbo morto’, quando la legislatura si lascia alle spalle tre o quattro maggioranze diverse, con buona pace degli orientamenti elettorali”.

per poter far dispiegare pienamente la democrazia partecipativa e comunitaria che non può prescindere dal ruolo dei partiti e deve salvaguardare le minoranze. Insomma, al pari del presidente del consiglio direttamente eletto, il parlamento rivitalizzato dalla ritrovata rappresentatività del corpo elettorale assume una nuova fisionomia non più improntata alla vecchia logica *potestativa* del rapporto di fiducia ma al nuovo sistema *funzionale* delle relazioni di controllo.

E qui siamo al secondo punto-chiave della riforma, riguardante l'altro (rispetto al governo) attore del sistema: il parlamento, che è assolutamente necessario affrontare per rafforzare la governabilità del Paese e che, se non adeguatamente risolto, rischia di squilibrare tutto il disegno riformatore e di pregiudicarne la funzionalità.

Fondamentale nella riorganizzazione delle dinamiche inerenti la forma di governo parlamentare è, infatti, la modifica del regime di bicameralismo perfetto attualmente vigente nel nostro sistema. E non perché l'esperienza ci ha dimostrato le difficoltà che esso crea all'instaurarsi di un rapporto di fiducia stabile e duraturo nel tempo (della legislatura) tra esecutivo ed assemblee rappresentative: questo profilo, come abbiamo detto, con l'elezione diretta del *premier* ed il connesso governo di legislatura non entra più in gioco. Quel che, invece, resta ed anzi rischia, con l'inedita concentrazione di potere decisionale sull'esecutivo, "di produrre un effetto moltiplicatore parossistico delle funzioni decisionali a scapito delle funzioni di rappresentanza e controllo, senza le quali non vi è regime democratico"³³, è la debolezza della rappresentanza parlamentare acuita, appunto, dal suo bicameralismo perfetto.

Bicameralismo paritario ed espressione dello stesso tipo di rappresentanza politica che non ha più motivazioni per esistere almeno a partire dalla riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione del 2001 ed anche, in prospettiva, con l'introduzione del regionalismo differenziato. Ma è, soprattutto, con la riforma del *premierato*, che la identità di composizione delle due camere diventa una debolezza rappresentativa non più sostenibile e quindi richiede una revisione che ne rafforzi la struttura. Assumendo, le due camere, una diversa rappresentatività: una (la camera dei deputati) della unità politica della nazione, l'altra (il senato della Repubblica) del pluralismo delle istituzioni territoriali³⁴.

³³ A. SIMONCINI, *Sul rafforzamento dell'esecutivo*, cit., p. 4.

³⁴ Per una introduzione al bicameralismo differenziato, v., fra i molti, U. ALLEGRETTI, *Per una camera territoriale: problemi e scelte* in *Le Regioni*, n. 3/1996, p. 425; G. M. SALERNO, *Il Senato tra riforma del bicameralismo e rappresentanza degli enti territoriali* in *Le Regioni*, n. 1/1998, p. m9; F. BERTOLINI, *La riforma della Camera delle autonomie territoriali fra rappresentanza politica e rappresentanza territoriale* in Presidenza Provincia di Roma (a cura di), *Un Senato delle Autonomie per l'Italia federale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 49; S. MANGIAMELI, *La Camera delle*

Circostanza, questa, che concorrerebbe ad assicurare che all'irrobustita stabilità di governo, nel quadro di un suo rafforzato potere di indirizzo e di decisione³⁵, si accompagni un non meno rilevante potenziamento della capacità di controllo e di indirizzo politico del parlamento grazie alla partecipazione delle rappresentanze delle istituzioni territoriali³⁶. In sostanza, il sistema parlamentare che scaturirebbe da una tale modifica sarebbe quello di un bicameralismo asimmetrico certamente più forte di quello attuale perché basato non solo sull'unità politica ma anche sul pluralismo territoriale della Repubblica³⁷. In altre parole, un sistema, come ha scritto Franco Pizzetti, "che, proprio perché basato su un bicameralismo asimmetrico, da un lato, consente di tenere distinte competenze e responsabilità di chi agisce in rappresentanza della nazione e del corpo elettorale e di chi, invece, opera in rappresentanza delle istituzioni territoriali, ma, dall'altro lato, affida anche alle due Camere, rese più forti e non più deboli dalla differenza di rappresentanza, il compito di costituire un elemento di rafforzamento e non di indebolimento del rapporto tra il Parlamento e le altre istituzioni"³⁸.

In sostanza, un sistema complesso basato su una doppia forma di rappresentanza che vede accentuarsi il ruolo del parlamento composto, come da Titolo I

Regioni e delle Autonomie locali: modelli a confronto e proposta in Presidenza Provincia di Roma (a cura di), *Un Senato delle Autonomie per l'Italia federale*, cit., p. 147; C. L. KUSTERMAN, *Il Senato spagnolo, camera di rappresentanza territoriale di uno Stato regionale-autonomistico pre federale. Spunti per la riforma del bicameralismo italiano* in Presidenza Provincia di Roma (a cura di), *Un Senato delle Autonomie per l'Italia federale*, cit., p. 245; S. BONFIGLIO, *Il Senato in Italia. Riforma del bicameralismo e modelli di rappresentanza*, Bari-Roma, Laterza Editore, 2006; P. RIDOLA, *Il nuovo bicameralismo italiano e l'Unione Europea* in AA.VV., *La riforma della Costituzione*, Milano, Corriere della Sera, 2016, p. 42; M. G. RODOMONTE, *Il bicameralismo incompiuto. Democrazia e rappresentanza del pluralismo territoriale in Italia*, Padova, Cedam, 2020; V. DI PORTO, *Il sistema bicamerale alla prova della riduzione dei parlamentari* in *Riv. Trim. Scienza dell'Amm.*, n. 1/2022, p. 1.

³⁵ F. CLEMENTI, *Il presidente del consiglio dei ministri. Mediatore o Decisore?*, Bologna, il Mulino, 2023.

³⁶ Pur in una diversa prospettiva complessiva, sostiene che il potenziamento del ruolo del parlamento e delle regioni "rafforzerebbe allo stesso tempo ... la capacità di controllo e di indirizzo del Parlamento sul Governo e potrebbe superare la criticità rappresentata dal malfunzionamento della *governance* territoriale" A. FERRARA, *Sulla necessità di controbilanciare un'eventuale revisione costituzionale della forma di governo statale con quella della forma di stato regionale* in *federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 3. In questa stessa direzione, R. BIFULCO, *Differenziare il Parlamento*, ivi, p. 4, sottolinea che "una serie spinta delle forze politiche verso una modifica del Senato in modo da renderlo un'efficace camera delle autonomie aiuterebbe non solo a superare le contrapposizioni interne alla maggioranza ... ma soprattutto a riequilibrare il sistema delle relazioni tra centro e periferia, evitando soluzioni che rischiano di lasciare sul campo vincitori e vinti".

³⁷ Cfr., in questo senso, ma con riferimento alla riforma Boschi-Renzi del 2016, F. PIZZETTI, *Dal bicameralismo perfetto al bicameralismo asimmetrico: il nuovo Senato della Repubblica*, relazione tenuta al convegno di Astrid sul tema "Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del Senato", Roma 5 maggio 2016, p. 3. In tema, fra i moltissimi, v., inoltre, B. CARAVITA, *Il bicameralismo asimmetrico nella riforma costituzionale in federalismi.it*, n. 15 del 27 luglio 2016.

³⁸ F. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 3.

sezione I della Costituzione, dalla camera dei deputati e dal senato della Repubblica. Ma con ruolo e funzioni ben diversi rispetto al parlamentarismo classico. A cominciare dal rapporto fiduciario e dalla potestà legislativa, entrambi già in via di superamento ad opera di una certa prassi costituzionale che, a partire dall'indicazione del presidente nella scheda elettorale e dal fenomeno sempre più accentuato dell'abuso dei decreti-legge e dei *maxi-emendamenti* introdotti al momento dell'approvazione delle leggi, ha reso la *fiducia* un atto pilotato della maggioranza politica espressione del presidente che si impone alla rappresentanza eletta in parlamento e il potere legislativo una sbiadita forma di partecipazione alla definizione dell'indirizzo politico, essendosi invertito il rapporto con l'amministrazione³⁹.

Ma non è solo questo profilo parlamentare di natura strutturale a dover cambiare nella prospettiva dell'introduzione del *premierato*. Se possibile, ancora più profonda dovrà essere la riforma dal punto di vista funzionale. Perché, come abbiamo cennato, non potrà continuare ad esistere tra organo di governo ed organo di rappresentanza una relazione basata sulla fiducia. E ciò a causa della diversa connotazione identitaria dei due organi: uno, di responsabilità (il governo) e, l'altro, di rappresentanza (il parlamento) che non consente di poterli allineare in un rapporto continuativo di fiducia sostenuto dalla medesima maggioranza ed invece ne invoca una trasformazione in soggetti istituzionali titolari di due diverse funzioni: una, di governo e, l'altra, di controllo. In sostanza, costruendo tra i due organi non una relazione *a priori*, antecedente cioè l'espletamento delle loro rispettive attività, ma un inedito rapporto *a posteriori* di verifica da parte del parlamento dell'attività svolta dal governo. Fino alla massima conseguenza della rimozione del *premier*, senza il contemporaneo scioglimento delle camere, per reiterate violazioni o del programma di governo approvato con la sua elezione da parte del corpo elettorale o delle specifiche indicazioni dettate dal parlamento in ordine a politiche della massima importanza. In modo tale cioè che, finalmente, per riprendere una vecchia tesi di uno dei primi analisti della crisi delle democrazie occidentali⁴⁰, gli elettori finiscano di essere "insoddisfatti e frustrati dalla mancanza di un controllo efficace su coloro che li governano".

Insomma, sarebbe una svolta 'epocale' capace di riattivare l'interesse alla partecipazione della cittadinanza che non si vedrebbe più aggirata dall'insindacabilità delle decisioni assunte dalla politica e tornerebbe a far valere il suo potere non soltanto di designazione dei titolari degli organi costituzionali ma anche di determinazione degli indirizzi politici.

³⁹ S. MANGIAMELI, *op. cit.*, p. 7. Per analoghe considerazioni, v. anche M. OLIVETTI, *Riformare la forma di governo italiana?*, cit., p. 9.

⁴⁰ Ci si riferisce a C. JULIEN, *Il suicidio delle democrazie*, (trad.) Milano, il Saggiatore, 1973.

5. Naturalmente, stabilito quanto sopra detto, si dovrebbe poi procedere ad una riformattazione della funzione legislativa e di tutta l'attività di programmazione e di indirizzo che oggi fanno registrare un tasso di inefficienza veramente elevato e sono causa di continua instabilità e conflittualità. In questa sede, però, per l'economia del nostro discorso, il ragionamento sulla nuova configurazione dell'attività parlamentare può fermarsi qui, aggiungendo conclusivamente come la vera condizione per una riforma costituzionale che voglia conseguire i suoi obiettivi è che la stessa non sia finalizzata esclusivamente alla governabilità o alla stabilità o a quant'altro ma che rispetti gli equilibri costituzionali. A cominciare, come abbiamo cercato di sottolineare, da quelli tra *premier* e parlamento. Che non possono certamente vedere prevalere il ruolo del governo a discapito di quello parlamentare (oggi) sempre più in difficoltà ad esercitare il potere legislativo e a svolgere la funzione di controllo nei confronti dell'esecutivo, oltre che bloccato in un bicameralismo inefficiente⁴¹.

In conclusione, dunque, l'obiettivo della riforma non può concretizzarsi esclusivamente nel rafforzamento della figura del presidente del consiglio ma deve mirare, oltre ad un rilancio della democrazia e della partecipazione popolare, a rendere efficiente il sistema nel suo complesso in maniera da garantire al governo, questo sì, di attuare il proprio programma in tempi e modi ragionevoli e al passo con gli altri ordinamenti soprattutto europei, ma sotto l'attento controllo di un parlamento ritornato autorevole⁴². Perché non c'è dubbio che nell'attuale configurazione il parlamento manca sicuramente almeno di due requisiti fondamentali: a) il buon funzionamento dell'attività di produzione delle leggi (sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo); b) il rapporto di rappresentatività della società sempre più condizionato da partiti politici diventati autoreferenziali e leaderistici⁴³.

Ma, naturalmente, non è solo nei confronti del potere del parlamento che l'introduzione dell'elezione diretta del *premier* deve essere bilanciata. La sua introduzione deve trovare un contrappeso anche nell'altro vertice monocratico eletto, però, dalle camere: il capo dello stato. A tal fine, per garantire comunque una coesistenza funzionale tra i due organi, la figura del presidente della Repubblica deve

⁴¹ F. SAVASTANO, *Efficacia ed equilibrio: due priorità verso cui orientare la forma di governo*, cit., p. 3.

⁴² V. quanto scrive al proposito F. CLEMENTI, *Per un'innovazione consapevole: rafforzare la premiership senza rigidità sistemiche* in *federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 3, il quale sottolinea come il processo di ammodernamento delle nostre istituzioni di democrazia pluralista veda "nei Governi sempre più i soggetti centrali nelle dinamiche di articolazione dell'indirizzo politico, con Parlamenti sempre più attrezzati ... nelle funzioni di controllo e di valutazione delle politiche pubbliche".

⁴³ Cfr. A. M. NICO, *Alcuni possibili correttivi della forma di governo parlamentare* in *federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023.

essere oggetto di provvedimenti in grado di creare un nuovo equilibrio tra i poteri dello stato, irrobustendone il ruolo di garanzia e di controllo sugli atti governativi di regolazione e programmazione⁴⁴. In modo da consolidare l'equilibrio, come ha ricordato Renzo Dickmann⁴⁵, “tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, tra potere e garanzie del potere”. Insomma, la cessazione della nomina del presidente del consiglio dei ministri e, su proposta di questi, dei ministri, da parte del Presidente della Repubblica non deve costituire per quest'ultimo un ridimensionamento del suo ruolo di garanzia e né meno un condizionamento dell'esercizio delle sue funzioni minori. In modo tale, cioè, che questa riduzione del suo potere più rilevante non faccia diminuire la sua capacità di influenza e di consiglio ed anzi faccia registrare un rafforzamento del suo ruolo di garanzia al posto dell'oggi ipertrofico ruolo di supplenza.

Fatto questo fondamentale cenno al presidente della Repubblica, al fine del mantenimento dell'equilibrio tra i poteri della Repubblica a seguito dell'introduzione dell'elezione diretta del *premier*, potrebbero, anzi, forse dovrebbero richiamarsi altri istituti ed organi da sottoporre a rimodellamento per adeguarne con attenzione l'impatto che la riforma inevitabilmente determinerebbe sul loro specifico funzionamento e su quello complessivo del sistema costituzionale. In questa sede è sufficiente, però, averne fatto cenno per ricordare che non si può prescindere nell'affrontare la riforma dall'intervenire sull'equilibrio sistemico degli organi andando a correggere situazioni patologiche esistenti e, partendo da queste, prefigurare ulteriori rimedi ed interventi⁴⁶.

Il che significa come la proposta di premierato, lanciata dal disegno di legge governativo, se lasciata alla sua schematicità di provvedimento centrato esclusivamente sul rafforzamento del titolare della funzione di governo, è destinata inesorabilmente a finire per risolversi in una sorta di *boomerang* che non gioverebbe né all'efficienza e all'efficacia del sistema né tanto meno alla sua governabilità⁴⁷. Aggravando non solo la crisi della funzionalità istituzionale ma anche quella della democrazia che così farebbe registrare un ulteriore passo verso una sua trasformazione in egocrazia, potere sempre più lontano dal *Popolo*.

⁴⁴ In questo senso, v. anche R. DICKMANN, *Riforme ed equilibri costituzionali in federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 10.

⁴⁵ *op. cit.*, 5.

⁴⁶ F. FABRIZZI, *Forma di governo neoparlamentare e ruolo delle Camere in federalismi.it-paper* del 7 giugno 2023, p. 5, così conclude sul punto: “I sistemi che non funzionano non sono ... quelli incentrati sul Parlamento e neppure quelli presidenziali, o ancora quelli semipresidenziali: i sistemi che non funzionano sono quelli squilibrati”.

⁴⁷ F. SAVASTANO, *op. cit.*, p. 3.

Merito e Costituzione. In ricordo di Beniamino Caravita*

SALVATORE PRISCO

Il merito non è l'amplificazione del vantaggio di chi già parte favorito.

*Merito è dare nuove opportunità a chi non ne ha, perché è giusto
e anche per non far perdere all'Italia talenti preziosi,*

se trovano la possibilità di esprimersi, come a tutti deve essere garantito

(dal discorso di commemorazione di don Lorenzo Milani nel centenario della nascita
da parte del Capo dello Stato Sergio Mattarella. Barbiana, 27 maggio 2023)

Forse è proprio perché la nostra società celebra

l'iniziativa individuale che appare questa esigenza:

negare o nascondere l'influenza di coloro grazie ai quali si è cresciuti

fa sì che la forza e la capacità di un individuo

sembrino qualcosa di totalmente proprio

R. Sennett, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali* (2003)

trad. it., Bologna, 2004, 95

SOMMARIO: 1. I dati costituzionali di base e il problema che essi pongono. – 2. L'eredità del dibattito filosofico, sociologico e politico-economico in argomento e le sue nuove prospettive in un mondo che cambia. – 3. Un approfondimento specifico: merito, valutazione e istituzioni formative nell'attuale riflessione giurpubblicistica italiana. – 4. Meritevolezza degli interessi perseguiti, atipicità della forma contrattuale, causa negoziale concreta nel più recente dibattito giusprivatistico nazionale. – 5. Conclusioni. Per una lettura coesiva della nozione nella "società del rischio" e della precarietà generalizzata, ovvero: e se la cicala e la formica scoprissero la forza della cooperazione solidale?

* Questo saggio apparirà, senza note, negli Scritti in Memoria di Beniamino Caravita. Ringrazio Salvatore Boccagna, Umberto Izzo, Alessandro Morelli e Michela Tuozzo, che ne hanno discusso con me una stesura *in itinere*, restando io l'unico responsabile di quanto qui sostenuto. Esso è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

1. Il ramo dell'amministrazione centrale dello Stato preposto a governare la vita scolastica ha più volte, fin dalla sua istituzione all'epoca del Regno di Sardegna, ossia dal tempo dello Stato liberale ottocentesco a quello sociale, cambiato nome e consistenza, vedendo inoltre ovviamente complicarsi nello Stato delle autonomie territoriali e funzionali costituzionalmente garantite anche la sua struttura organizzativa. Gli sono per esempio state sottratte competenze, nel corso dei tempi recenti, da parte del ministero dei beni culturali ed è stato coinvolto in una vicenda di successivi accoppiamenti e separazioni rispetto a quello dell'Università, tornando da qualche anno ad essere diviso. Non bisogna meravigliarsene, non essendoci settore più manipolabile di questo in relazione all'immagine che ciascun Esecutivo di turno ha – e intende trasmettere – di se stesso, nessuno maggiormente idoneo ad accompagnare e a consolidare il senso dell'identità nazionale, del *Nation building* di volta in volta dominante nella narrazione politica del momento¹.

Col Governo Meloni esso è così diventato il Ministero dell'istruzione *e del merito* (la prima aveva perso l'aggettivo “pubblica” fin dall'art. 49 del decreto legislativo 300/ 1999, al quale fece seguito l'art. 1 della l. 62/ 2000, con cui statuiva che «Il sistema nazionale di istruzione ... è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali»; il termine fu poi reinserito dall'ultimo Governo Prodi e infine stabilmente omissso a partire dal 2008, ex l. 244/2007). Questa scelta ha immediatamente rinfocolato tra fautori e detrattori di un'aggiunta così problematica al mondo della formazione dei giovani un annoso dibattito, che dalle prime reazioni in sede giornalistica si è poi spostato nelle riviste di operatori del settore e più in generale in quelle di cultura².

¹ *Ex plurimis*, per una prima fase, A. G. MANCA, *Struttura ed evoluzione dell'amministrazione della pubblica istruzione nella monarchia costituzionale italiana (1861–1922)*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, vol. 34, Bologna, 2008, pp. 175 ss.; per panorami complessivi G. GENOVESI, *Storia della scuola in Italia dal Settecento a oggi*, 6^a ed. accr., Roma – Bari, 2010; F. DAL PASSO – A. LAURENTI, *La scuola italiana. Le riforme del sistema scolastico dal 1848 ad oggi*, Aprilia, 2017. Per il periodo più recente, G. PIPERATA – L. TRUCCHIA, *Pubblico e privato nell'istruzione: un'analisi alla luce dell'evoluzione del quadro costituzionale e legislativo*, in *Munus*, 3/ 2015, pp. 525 ss.; A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019, pp. 33 ss.; da ultimo, a partire dall'*interim* dei due ministeri assunto da Luigi Berlinguer, L. BENADUSI, *Le riforme del sistema di governo dell'istruzione*, in *Quad. Sociol.*, 15 (1997), pp. 41 ss.; G. COCO, M. DE PAOLA, R. LAGRAVINESE, *Lo stato dell'istruzione in Italia: un quadro sintetico e comparativo dell'evidenza disponibile, in L'Università allo specchio. Questioni e prospettive*, a cura di C. CORSI – A. MAGNIER, Firenze, 2016, pp. 87 ss., che (nonostante il parzialmente diverso, ma concorrente, oggetto del volume) contiene anche un bilancio in chiaroscuro della spesa per l'istruzione nelle regioni italiane e dell'efficacia dei cosiddetti “test PISA” al momento della pubblicazione, tema sul quale si veda oltre.

² Una tempestiva rassegna di opinioni *pro* e *contra* – in sede tanto giornalistica, quanto di interventi sulle sue pagine e con una bibliografia finale di testi sull'argomento – è stata raccolta, sotto il titolo *Dal Ministero della Pubblica Istruzione a quello del Merito*, nella rubrica *Opinioni a confronto* della rivista del CIDI *Insegnare, on line*, 21 ottobre 2022.

L'art. 34 della Costituzione recita, com'è noto:

"La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso".

Il senso complessivo (e complesso) che tale disposizione ha, secondo l'avviso di chi scrive, potrà venire colto solo a lettura ultimata³, nondimeno si può già osservare al riguardo, come primo impatto con essa: i) che *tutti* – senza distinguere dunque fra cittadino e straniero che si trovi legalmente sul territorio nazionale, o in base a elementi diversi – *devono potere studiare*, perché (in un'esegesi sistematica, connessa ai principi del testo di fondazione della Repubblica) siffatto percorso, unitamente alla realizzazione del diritto / dovere al lavoro, integra le condizioni per inverare la pari dignità sociale e consentire perciò a ciascuno di sviluppare un proprio piano di vita e di rendersi così pienamente cittadino in senso sostanziale, ossia attivamente partecipe delle buone sorti della collettività; ii) che pertanto *va necessariamente assicurata ad ognuno un'istruzione protratta per almeno otto anni* (di difficoltà e ricchezza di contenuto con tenore progressivo, beninteso: il precetto non sarebbe cioè soddisfatto se si ripetesse sempre la stessa classe per questo lungo periodo); iii) che la formazione successiva a questa non può essere realisticamente gratuita, attesa l'onerosità dei mezzi materiali per conseguirla, ma – proprio perché per ottenerla occorre generalmente disporre di questi – *chi è capace e merita* (si noti dunque fin d'ora che il concetto appare individuato come qualcosa di ulteriore, rispetto all'abilità intellettuale del singolo, a meno di non supporre

³ Si vedano peraltro fin d'ora, sull'aspetto del tema connesso all'istruzione fuori dalla famiglia, segmento formativo che investe l'età da infantile ad adolescenziale, M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*. Atti del convegno di Roma, 23 – 24 gennaio 2014, a cura di F. Angelini e dello stesso, Napoli, 2014, pp. 147 ss., nonché gli ultimi commenti alla disposizione, a scienza dello scrivente: A. M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione*, in *La Magistratura*, Rivista online a cura dell'ANM, 13 Giugno 2022, con sintetica, ma chiara ricostruzione anche dei lavori preparatori in sede di Assemblea Costituente e rinvii a dottrina e giurisprudenza costituzionale e amministrativa; M. ROSINI, *Capacità, merito e carenza di mezzi. Riflessioni critiche sul diritto allo studio*, in *Diritto all'istruzione e inclusione nelle scuole dopo la pandemia. Quali disuguaglianze, quale autonomia?*, a cura di S. Baroncelli, in *Federalismi.it*, 32/ 2022, pp. 67 ss. Sul dibattito relativo al significato sostanziale del principio per il quale «la scuola è aperta a tutti», come diritto a ricevere un'effettiva istruzione ed educazione anche scolastica (oltre che familiare) e dunque sul progresso decisivo della Costituzione rispetto alla posizione della dottrina di età liberale, o da essa comunque influenzata, che lo esauriva nell'obbligo pubblico di istituire il servizio, ammettendo gli alunni ad iscriversi senza discriminazioni, tra gli altri A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale*, cit., pp. 97 ss.

nell'espressione un'endiadi), *ove ne sia privo, va aiutato mediante la messa a sua disposizione di provvidenze effettive*, funzionali allo scopo di una conclusione del corso legale della disciplina scelta, inteso come «*diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi*». Sui criteri di valutazione del merito, tanto nelle (e delle) singole scuole, quanto nelle (e delle) università, in particolare, si è sviluppata un'importante discussione negli ultimi anni, a proposito della quale si deve rinviare al seguito del presente lavoro.

A parte tale ambito, la nostra Carta fondamentale conosce ulteriori riferimenti espliciti al merito anche a proposito dei titoli (aggettivati al superlativo: «altissimi») che – se posseduti dagli interessati «nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario» – facoltano il Presidente della Repubblica a nominarli senatori a vita, *ex art.* 59, II comma, per un massimo di cinque; analogamente, se sono «insigni» quelli dei designandi – sempreché «professori ordinari di università in materie giuridiche» e «avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le magistrature superiori» – essi sono indicati dal Consiglio Superiore della Magistratura per una possibile chiamata all'ufficio di consiglieri di Cassazione, *ex art.* 107, III comma⁴.

Nemmeno può esservi dubbio, infine, che l'apprezzamento del merito individuale degli aspiranti sia alla base del meccanismo selettivo per il quale «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge» (*art.* 97, IV comma), essendo questo il presupposto qualitativo soggettivo indispensabile a provvederle di vincitori dei medesimi in grado di assicurare oggettivamente a esse, assieme a una corretta organizzazione introdotta «secondo disposizioni di legge», «il buon andamento e l'imparzialità» (*ivi*, II comma). Non sarebbe nemmeno il caso di precisare che, essendo tali obiettivi permanenti, è implicito che anche gli avanzamenti di carriera avvengano in base al medesimo criterio, attraverso valutazioni comparative, che è dunque lo stesso cui ricorrere per attribuire risorse a chi studia meritevolmente, in un quadro in cui il *quantum* disponibile di esse non basta a soddisfare tutte le legittime aspirazioni, posto che «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico», *ex art.* 97, I comma⁵.

⁴ La più recente trattazione del primo profilo, che non si sottrae a suggestioni anche aneddotiche, è di P. ARMAROLI, *I senatori a vita visti da vicino*, Lucca, 2023; circa il secondo, anche quanto a indicazioni comparate e per la scarsa bibliografia precedente, si rimanda a M. E. LA TORRE, *Dalla "Sapienza" alla "Giustizia": esperienza di un "merito insigne" ex art. 106, comma 2, della Costituzione*, in *Giustizia Insieme*, 20 dicembre 2019.

⁵ Per un recente sguardo complessivo M. SALERNO *La valorizzazione del merito nel pubblico impiego: frammenti di un percorso a ostacoli lungo un sentiero senza fine?*, in *Ist. del Fed.*, 2/1 2021, pp. 517

L'accenno appena compiuto al principio di concorrenza implica il rimando, in alcuni autori⁶, alle virtù in tale direzione del mercato, rispetto ad eccessi di regolazione: qui dunque l'esercizio intellettuale è quello di interrogarsi appunto sul "merito" di un istituzione economico-sociale – intesa in forma "disciplinata" e non "selvaggia" o "sommersa", come del resto comporta la sua corretta definizione – la cui espressa menzione non è nemmeno presente nel testo regolatore di base della nostra convivenza⁷, sebbene ne esistano chiari riferimenti impliciti, ad esempio nell'art. 41 e in generale sul presupposto della sua operatività sia orientata l'intera "Costituzione economica" (espressione che si adotta qui in via meramente sintetica, ma dal valore invero dubbio, come si chiarirà meglio nelle conclusioni), benché occorra anche sottolineare che la recente revisione del testo della disposizione ne amplia i limiti⁸.

Tale circostanza ha comunque consentito di accogliere l'impianto concettuale dell'incontro con le differenti premesse ideali dell'Unione Europea senza richiedere eccessive revisioni costituzionali formali (ma talune sì: ad esempio quelle che

ss. Discutono da ultimo questi aspetti S. CASSESE, *Lo Stato che non premia il merito*, in *Corriere della Sera*, 21 aprile 2023 (la tesi è che, invece di prevedere nuove e massicce assunzioni, che detanatalità e ricorso alla telematica rendono quantomeno sovradimensionate rispetto ai servizi da fornire, occorrerebbe retribuire meglio meno dipendenti sempre più qualificati) e P. ZANGRILLO, ministro *pro tempore* del ramo, *Il merito è un valore pubblico*, ivi, in replica adesiva il giorno seguente; il primo dei due ribadisce l'assunto in *Uno Stato poco frugale*, ivi, 27 maggio 2023.

⁶ Sguardi panoramici dettati da tale intento sono ad esempio quelli di G. CORSO, *Il merito nella Costituzione italiana* e di A. POLICE, *I meriti "del" e "nel" Mercato: i limiti dell'eccesso di regolazione*, relazioni al Convegno *Merito e crescita*, Luiss Guido Carli, Roma, 9 giugno 2016, in *Il Merito*, rivista telematica, al sito www.ilmerito.org. *Pratica per lo sviluppo*, ove sono reperibili *ad nomen auctoris*. Si tratta di una prospettiva "liberale" e macrosistemica di indubbio interesse, ma occorre avvicinarla tenendo presente il caveat di E. BAFFI, *Il concetto di merito e l'economia*, in *ApertaContrada*, 24 gennaio 2013, ossia che «Si può ben dire che oggi la crescita economica e quindi il valore del merito inteso come produttività siano fondamentali, ma il progetto particolare di Arrow e Debreu richiedeva anche la soluzione di problemi di redistribuzione. Il fatto che i due teoremi dell'economia del benessere siano stati elaborati forse ha fatto ritenere che essi venissero messi in atto dai vari Paesi, quantomeno il secondo, ma la realtà non è questa. Sintetizzando, si può affermare che in assenza di fallimenti del mercato, i quali possono consistere nelle esternalità, nelle asimmetrie informative, nel potere di mercato e in altre condizioni più complesse, i mercati lasciati a se stessi, cioè lasciati alla conduzione di essi attraverso scelte decentrate, giungono ad una condizione di efficienza economica, cioè di ottimalità paretiana. Ciò significa che non è più possibile migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare quella di altri. Con Arrow e Debreu si arriva a questa fondamentale conclusione: i mercati devono preoccuparsi di garantire la massimizzazione della ricchezza, mentre gli organi politici, attraverso tasse e trasferimenti adeguati, dovrebbero occuparsi della redistribuzione».

⁷ Lo notava già tra gli altri G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1/ 1982, p. 1 ss.

⁸ Si veda da ultimo M. BENVENUTI, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AiC*, 2/ 2023, pp. 59 ss. In precedenza, è significativo nel senso della rilettura "liberista" della disposizione A. COIANTE, *Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, in *Federalismi.it*, 6/ 2020, pp. 143 ss., con ricca bibliografia.

attengono alla revisione dei principi costituzionali sul bilancio, come si è già detto), essendo perlopiù bastata allo scopo una reinterpretazione delle disposizioni di volta in volta coinvolte.

Su altro piano, si è anche sostenuto che la distribuzione interterritoriale interna delle risorse dovrebbe premiare quelle Regioni che abbiano mostrato capacità di amministrarle con una presunta maggiore efficienza rispetto ad altre, essendo perciò titolare a richiedere l'assegnazione di competenze ulteriori rispetto a quelle attuali, nel quadro normativo vigente: è noto come sul punto sia in corso nel nostro Paese un aspro dibattito sulla cosiddetta "autonomia regionale differenziata", *ex art.* 116, comma III. Quelle appena indicate sono senza dubbio prospettive interessanti di allargamento dell'analisi, ma da affrontare semmai in un secondo momento.

È infatti immediatamente percepibile che i riferimenti testuali sopra ricordati della Costituzione al merito attengono alla nozione – evidentemente presupposta nel significato che la parola ha nel linguaggio comune, coi suoi corollari – di possesso in misura superiore alla media di qualità soggettive trasfuse nell'esercizio di comportamenti socialmente apprezzabili *da parte di singole persone fisiche*, in misura graduabile, aprendosi quindi come questioni immediatamente collegate il problema di valutare quanto incida su simili condotte un contesto più ampio favorevole al loro manifestarsi e quello di come misurare il valore in esame⁹.

Si procederà dunque oltre sulla base di questo assunto, tenendo presente come punto comune a tutte le ipotesi elencate che il merito implica in sostanza un premio al talento, sviluppato in un contesto *concorrenziale* aperto a tutti: è dunque questa la caratteristica nella quale si può innestare, ma sul piano logico in un momento successivo, il riferimento al mercato o a certi assunti primati territoriali.

La Costituzione contiene peraltro all'inizio anche l'enunciazione di un principio espresso con molta nettezza, con valore fondativo e preminente su ogni altro, nel senso che – se esso fosse negato o attenuato nella portata – nemmeno avrebbe senso definire «Repubblica democratica» la nostra forma di Stato: quello per il quale «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali di fronte alla legge senza distinzione di (...) condizioni personali e sociali».

⁹ Per una persuasiva analisi delle variabili semantiche (in cui è comunque essenziale che il merito sia riferito a doti intrinseche o a comportamenti apprezzabili), seguo gli svolgimenti di R. BRIGATI, *Il giusto a chi va. Filosofia del merito e della meritocrazia*, Bologna, 2015, pp. 47 ss.; sulle radici etimologiche del termine nel mondo classico, greco e latino, P. CASELLI, *Per una "meritocrazia inclusiva", oltre le disuguaglianze sociali: il ruolo chiave dell'educazione prescolare*, in *Sc. Form.* 1/ 2022 (25), pp. 121 ss. (per le citazioni pp. 122 ss.).

Ne consegue che il merito individuale non può innanzitutto, secondo questo assunto, ritenersi legittimamente collegato a – e derivante da – un particolare rango ereditario, che ad esso vada automaticamente riconosciuto, come accadeva nell'epoca pre-moderna. Giacché se si stanno qui richiamando i dati costituzionali basilari in argomento, si ricordi altresì la XIV disposizione finale della Costituzione sul non riconoscimento dei titoli nobiliari, che dunque non potrebbero ad esempio nemmeno fondare ipoteticamente da soli la premialità sociale di cui si sta ora discutendo, avendo valore semplicemente come cognomi.

In questo senso, la nozione non contraddice in linea astratta un'istanza sociale egualitaria, giacché rappresenta una “posta” della gara della vita potenzialmente aperta alle aspirazioni di ciascuno. Nel concreto dell'esperienza sociale, tuttavia, il merito finisce col risultare disegualmente distribuito negli individui, sia che questo fenomeno si produca in ragione di diversità di doti naturali, sia che le qualità in discorso si acquisiscano o si potenzino coltivandole (in genere, realisticamente, per effetto di entrambi i modi di conseguirlo), né dipende solo da sforzi individuali.

Il punto essenziale è pertanto stabilire *quanta disegualianza possiamo accettare*¹⁰, al fine di volgere poi all'utilità generale l'eccellenza di alcuni individui nei campi in cui essa si manifesta, dunque riconoscendola e premiandola, ma senza penalizzare troppo lo spirito coesivo che deve presiedere allo stare assieme dei consociati: questo intento permette infatti a ciascuno di riconoscersi membro di una medesima comunità politica, economica e sociale, senza che la constatazione di un *vulnus* all'equità che conseguirebbe alla sola ricompensa di alcuni, ove non vi fosse anche una redistribuzione più ampia dei vantaggi, generi tensioni e tendenze dissolutive dell'unità della compagine osservata¹¹.

¹⁰ In corsivo (con un finale punto interrogativo) il titolo di un libro degli economisti C. ARNSPERGER e PH. VAN PARIJS, che reca il sottotitolo *Etica economica e sociale*, trad. it., Bologna, 2003. In un saggio che nella traduzione nella nostra lingua presenta un titolo pressoché analogo, un altro autore si interroga sulla sopravvivenza medesima del mondo di fronte a un capitalismo di mercato globalizzato e finanziarizzato, che lasciato a se stesso sviluppa tendenze distruttrici dell'ambiente e precarizzazione del lavoro umano, per l'avanzare dell'automazione che lo sostituisce: così C. CROUCH, *Quanto capitalismo può sopportare una società*, trad. it., Roma-Bari 2014.

¹¹ Si è al riguardo osservato, nelle *Considerazioni conclusive* di un densissimo convegno dedicato appunto alla tematica nei suoi diversi profili che, se «un certo livello di disegualianza è inevitabile (le retribuzioni dei lavoratori anziani sono maggiori di quelle dei lavoratori giovani, ed è impossibile stabilire a partire da quale soglia tale disegualianza sia eccessiva), le politiche “egualitarie”, attingendo risorse dalle imposte, deprimono la crescita. Dunque, dal punto di vista politico il tema della disegualianza è irrilevante, *purché sia assicurata la mobilità sociale* (corsivo non testuale): quando è garantita l'ascesa dei “meritevoli”, la disegualianza è l'incentivo necessario allo sviluppo», peraltro – questa aggiunta è immediatamente successiva, come chiosa critica di tale assunto – «il tema (...) è trattato», in base a siffatto modo di ragionare, «secondo una linea di deformazione ideologica, in contrasto con le risultanze della ricerca empirica, poiché, come risulta anche dagli studi del FMI,

Si comprende perciò il motivo della dedica di queste pagine al ricordo di Beniamino Caravita. Tra le tante manifestazioni del suo pionieristico impegno su molti versanti del diritto costituzionale e più ampiamente pubblico (come ad esempio la redazione e pubblicazione di uno dei primi manuali organici sul diritto dell'ambiente – che ha percorso un dibattito attualissimo nel mondo, che quanto al nostro testo costituzionale ci è ora imposto dalla revisione degli artt. 9 e 41 – o l'aver dato vita a quella straordinaria impresa collettiva che lo ha reso benemerito tra gli studiosi italiani costituita dalla rivista elettronica *Federalismi.it*, che fondò e diresse fino alla scomparsa e che per la natura del progetto e la veste per l'epoca assai innovativa era stata inizialmente accolta con scetticismo) spicca infatti il tema del suo libro d'esordio, poi sintetizzato e aggiornato nella voce *ad hoc* di un commentario costituzionale¹². A vent'anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione, egli copriva anche qui un vuoto: se non erano in precedenza mancati contributi in argomento, questa era la prima elaborazione monografica in materia dedicata specificamente al profilo sostanziale dell'uguaglianza. Siffatta constatazione beninteso non significa che chi scrive intenda attribuire a lui, col quale dialoga idealmente nel presente lavoro, un'identità di vedute con le proprie variazioni sul tema, che ovviamente vanno ascritte solo a me stesso.

2. Per comodità di esposizione, si analizzerà di seguito innanzitutto la discussione filosofica e sociologica in tema, quindi si accennerà a quella fra gli economisti. Non sarebbe nemmeno il caso di precisare che le varie prospettive in realtà si co-implicano: il primo ambito di ricerca attiene alla giustificabilità *morale* del merito, il secondo alla sua legittimazione come criterio di *efficienza*, che però è indirettamente anche di *specifica moralità* del mercato, perché – secondo i

l'eccessiva disuguaglianza, lungi dal promuoverla, frena la crescita; la mobilità sociale ristagna e recede (in Italia la mobilità intergenerazionale è decisamente verso il basso) e dunque non può essere il motore di alcunché: la disuguaglianza genera solo altra disuguaglianza». La nota apposta in questo passaggio all'aggettivo «meritevoli» precisa del resto, con ancora più calzante rilievo, che «l'idea di «merito» in senso naturalistico e di competizione «darwiniana» si palesa «estranea all'ispirazione della Costituzione italiana, che impone di ponderare le posizioni originarie di vantaggio alla luce dei principi personalista e di eguaglianza sostanziale»: così S. STAIANO, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Campobasso, 19 – 20 giugno 2015, a cura di M. DELLA MORTE, Napoli, 2016, pp. 413 ss. (p. 415 per la citazione). Si ricordi in proposito il fulminante e beffardo aforisma di A. FRANCE: «La legge, nella sua maestosa equità, proibisce ai ricchi così come ai poveri di dormire sotto i ponti, mendicare per le strade e rubare il pane» (*Il Giglio rosso*).

¹² Il riferimento è ovviamente a B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984 e all'analisi *ad locum* nel *Commentario breve della Costituzione*, a cura di V. CRISAFULLI e L. PALADIN, Padova, 1990, pp. 29 ss. (mentre nella seconda ed., a cura di S. BARTOLE e R. BIN, ivi, 2008, il commento è di G. P. DOLSO, pp. 33 ss.)

sostenitori di tale ordine di idee – un mercato inefficiente è esposto a corruzione e ad extracosti “in nero” da espungere.

È stata notata la singolarità per cui, «se da un lato i giudizi di merito sono diffusi, radicati e svariati nel linguaggio ordinario, più di quanto non lo siano giudizi che fanno appello ad altre nozioni morali, dall’altro la filosofia politica e morale dell’ultimo mezzo secolo, e la teoria liberale in particolare, si sono mostrate per lo più scettiche circa la sua rilevanza come valore fondamentale o come principio di giustizia distributiva»¹³.

Al fine di ricostruire, seppure per cenni, lo sviluppo del dibattito in tema, occorre innanzitutto approfondire un’osservazione già avanzata altrove da chi scrive¹⁴.

Nella speculazione classica greca e romana *merito* e *dignità* si definivano con lo stesso vocabolo, rispettivamente ἀξιος e *dignitas*, erano insomma facce, profili, del medesimo concetto¹⁵. Lo scrivente aveva ricordato con altri che esso veniva concepito come variabile nel tempo, perché consisteva nella stima pubblica che un soggetto riceveva dai suoi simili per quanto aveva fatto a vantaggio della propria comunità, sicché a lui erano pertanto riservate le cariche pubbliche – del che vi è un’eco nell’espressione della nostra lingua “dignitari” – e che tale riconoscimento poteva ovviamente aumentare o diminuire in rapporto alla dinamica degli eventi¹⁶.

¹³ Così S. OLSARETTI, *Merito e giustizia*, ne *Il Politico*, 1/ 2002, pp. 121 ss. (la cit. all’inizio).

¹⁴ Mi permetto per questa parte il rinvio a S. PRISCO, *La dignità nel dibattito biopolitico e biogiuridico*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, IV, Napoli, pp. 3443 ss. e alla nota bibliografica finale, in *parte qua*.

¹⁵ *Scapulae lexicon greco-latinum*, Basileae, MDCV, *sub voce* ἀξιος, p. 171, che ha come prima corrispondenza appunto *dignitas*, *meritum*. Si noti infatti che – secondo A. LE MOLI, *Le ragioni della norma. Merito, responsabilità, giustizia in Platone e Nietzsche*, in *δρμος – Ricerche di Storia Antica*, 9/2017, pp. 367 ss. (p. 368 per la citazione), che rinvia per questa consapevolezza ad A. W. H. ADKINS, *Merit and Responsibility: a Study in Greek Values*, Oxford, 1960 – nel contesto greco arcaico «i termini indicanti la positività dei valori, come “virtù” (*aretē*) e “buono” (*agathon*), fanno riferimento ad un ambito operativo caratterizzato dalla competizione e non dalla collaborazione. Le virtù collaborative [da Adkins dette “minori” o “pacifiche” (*quiet*)], ovvero quelle che corrispondono alla moderazione e alla misura (come ad esempio *sophrosyne* o *dikaiosyne*) non sarebbero inizialmente incluse nel novero di ciò che concorre a definire qualcosa (un comportamento, un’azione) o qualcuno come *agathon*». Significative sul punto anche le frasi che nel saggio seguono: «Il criterio della classificazione delle virtù e dei valori in seno ad una società competitiva è invece il risultato concreto dell’azione, il suo successo come pratica per salvaguardare l’onorabilità personale di fronte agli altri e, in questo modo, l’integrità sociale nel suo complesso», per cui «La dimensione dell’intenzione non ha alcun ruolo per valutare la riuscita di un’azione e, di conseguenza, non si può ancora interpretare questo scenario come espressione di un universo di tipo morale. *La modificazione semantica che ha luogo nell’epoca successiva riguarda la possibilità di trasformare l’universo valoriale includendovi le virtù minori*» (corsivo nostro).

¹⁶ Per la diversa valutazione recata dalla sensibilità attuale, secondo la quale la dignità è valore assoluto, sottratto al bilanciamento con altri perché semmai bilancia essa stessa, di cui sono titolari perfino i defunti – nel cui interesse essa è tutelabile dagli eredi – e che va protetta da compressioni anche nelle istituzioni segreganti, come carcere, ospedale, scuola, che tendono (se lasciate alle

Le cose incominciano a cambiare col pensiero stoico e comportano col cristianesimo una decisiva correzione, in senso universalistico, dell'ottica particolaristica precedente: l'eguaglianza di fronte alla comune sorte mortale in Seneca¹⁷ diventa, nel secondo, l'identica condizione di figli di Dio, dotati di libero arbitrio. La matrice concettuale di quello che oggi è comunemente inteso come il laico "principio di autodeterminazione" dei comportamenti è dunque, alle origini, religiosa¹⁸.

Nella società medievale e poi rinascimentale – ma anche ben oltre, ad esempio ancora nella Francia dell'*Ancien Régime* – il merito non era in realtà tematizzato come problema, perché (come si è appena anticipato) era pacifica l'ereditarietà, connessa al rango, di onori e cariche pubbliche, che ne costituivano in concreto il caratterizzante contenuto premiale¹⁹.

Sarà l'età dell'egemonia della borghesia come "classe generale" a farlo ripensare come distinzione che si acquista, attraverso un'operosità che produce profitto a chi è capace di esprimerla e poi ne trasmette il frutto agli eredi: cessa insomma l'ereditarietà del rango, ma si palesa quella del denaro e – in entrambi i casi – la distinzione sociale collegata a ciascuna fase²⁰ e tale trasformazione delle relazioni giova a tutta la società, anche a quella parte di essa non ancora organizzata e soggettivizzata politicamente. Nella fase matura dell'età borghese, poi, il

rispettive dinamiche interne) ad attenuarla o a negarla, si veda G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AiC*, 14 marzo 2008.

¹⁷ Si allude al testo molto noto di SENECA, *Ep. Luc.*, XLVII: «Con piacere ho saputo da coloro che vengono da te che tu vivi familiarmente con i tuoi schiavi: questo si addice alla tua saggezza, questo alla tua educazione. "Sono schiavi" Anzi, uomini. "Sono schiavi". Anzi, compagni di vita. "Sono schiavi" Anzi, umili amici. "Sono schiavi" Anzi, compagni di schiavitù, se terrai presente che altrettanto è concesso alla sorte nei confronti di entrambi». Peraltro, per una lettura critica che contestualizza la lettera, M. VITELLI, *Seneca sulla schiavitù. Tra slancio umanitario e difesa dell'esistente*, in *Mosaico*, III, 2016, pp. 1 ss.

¹⁸ Anche il passo che segue è notissimo: «Non ti abbiamo dato, o Adamo, una dimora certa, né un sembiante proprio, né una prerogativa peculiare affinché avessi e possedessi come desideri e come senti la dimora, il sembiante, le prerogative che tu da te stesso avrai scelto. La natura agli altri esseri, una volta definita, è costretta entro le leggi da noi dettate. Nel tuo caso sarai tu, non costretto da alcuna limitazione, secondo il tuo arbitrio, nella cui mano ti ho posto, a decidere su di essa. Ti ho posto in mezzo al mondo, perché di qui potessi più facilmente guardare attorno a quanto è nel mondo. Non ti abbiamo fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché come libero, straordinario plasmatore e scultore di te stesso, tu ti possa foggare da te stesso nella forma che avrai preferito. Potrai degenerare negli esseri inferiori, che sono i bruti; potrai rigenerarti, secondo la tua decisione, negli esseri superiori, che sono divini». Così G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, V, 18–23.

¹⁹ Per seguire lo sviluppo del concetto nelle varie fasi della modernità, R. BRIGATTI, *Op. cit.*, 67 ss., nonché G. BALOSSINO, *Meritocrazia: mito, storia e futuro*, ne *Il Mulino*, 1/ 2023, pp. 185 ss., che recensisce J. LYTTLER, *Against meritocracy. Culture power and myths of mobility*, New York, 2018, M. J. SANDEL, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e perdenti*, trad. it., Milano, 2021 e A. WOOLDRIDGE, *The aristocracy of talent. How meritocracy made modern world*, Dublin, 2021.

²⁰ Così S. CINGARI, *La meritocrazia*, Roma, 2020, pp. 9 ss.

complicarsi della dialettica sociale – per l'emersione di nuove forze, l'estensione dei diritti politici, la comparsa delle organizzazioni dei lavoratori – non travolge il merito, ma semmai lo rafforza, estendendone il riconoscimento a parti della società da cui esso era escluso: è così di questo periodo la comparsa dell'espressione "aristocrazia operaia"²¹.

Il merito acquisito e non ereditato diventa insomma prima un progresso rispetto al precedente sistema cetuale²², poi – in linea di fatto – il contrassegno della società di libero mercato, del capitalismo concorrenziale e perciò dei suoi conflitti e valori, anche se perfino Paesi dominati da regimi con differenti ispirazioni assiologiche e strutture politico-economiche, quando si costituiranno, proveranno a raccogliere, adattandola, l'istanza efficientistica²³.

La radice teologico-religiosa che prima si richiamava contribuirà in particolare, nello sviluppo storico del capitalismo statunitense, a fare ritenere chi ha avuto successo sociale – contrassegno visibile e anticipazione della Grazia che salva – come il benedetto da Dio e, se per alcuni modi di vedere questa concezione farà sorgere l'obbligo morale di rendere alla comunità parte dei benefici guadagnati in vita, secondo un diverso modo di sentire spingerà a coltivare una visione egoistico-individualistica del loro godimento²⁴.

Prima di proseguire, occorre peraltro registrare lo slittamento terminologico che interviene a un certo punto, attirando sul concetto (giacché in tal modo per alcuni si introduce una discontinuità con il suo senso originario, che solo a prima vista sembra semplicemente arricchirne la portata) non più una generale e in fondo ovvia condivisione del suo pregio, che prende atto del beneficio generale che il merito di alcuni produce per la società sulla quale ricadono i suoi effetti pratici, bensì diffidenza.

Con l'aggettivo "ovvia" s'intende chiarire, sia detto incidentalmente, che chi scrive non disconosce affatto la differenza e il peso specifico dei talenti umani nelle

²¹ L. CENNI, *Aristocrazia operaia*, a cura di G. A. Pautasso, nuova ed. dell'originale (1914), Milano, 2019; l'autore fu un anarchico futurista e antibolscevico.

²² Così, nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, l'art. 6, con riguardo all'accesso alle cariche pubbliche.

²³ Si vedano, a titolo di esempio, R. LENHART, *Lenin, i contadini e Taylor*, trad. it., Roma, 1977; D. A. BELL, *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia*, trad. it., Roma, 2029; quanto all'opposto versante politico-ideale, C. BARNAO, *Nazismo e managerial science. Una relazione pericolosa*, in *Ordines*, 1/2021, pp. 342 ss.

²⁴ Sulla radice teologica della nozione, è naturalmente classico M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Milano, 1991; si vedano anche, di recente, L. BRUNI, *La civiltà della cicogna. Un'indagine storico-teologica alle radici della meritocrazia*, Pecetto Torinese, 2022; M. J. SANDEL, *La tirannia del merito* ..., cit., ed. spec., Milano, 2023, in part. pp. 38 ss., laddove si traccia *Una breve storia morale del merito*.

diverse attività: tra molti calciatori di buono od ottimo livello, di campioni come Maradona ce n'è stato solo uno e, fra i musicisti del suo tempo, non tutti erano Mozart. Il lettore potrà naturalmente cambiare o integrare le esemplificazioni *ad nutum*, ma si osservi altresì che esse indicano rispettivamente un'affermazione partita da un ambiente urbano e sociale poverissimo, come la periferia di Buenos Aires e una coltivata *ad hoc* da un padre violinista, ossia sottolineano che caratteristiche talentuose particolari possono palesarsi in una persona tanto a dispetto del contesto di origine, quanto venendo da esso assecondate²⁵. In quale senso il talento coltivato possa essere anche socialmente, oltre che per il possessore, di vantaggio e quindi vada – secondo lo scrivente – incoraggiato a manifestarsi, giacché “bene comune”, emergerà continuando la lettura.

Nasce comunque dal segnalato mutamento terminologico, riprendendo il filo del discorso, una polarizzazione nel dibattito tra quanti accolgono questa variante semantica con favore verso il fenomeno a cui rimanda e coloro che invece lo deprecano: si allude alla parola *meritocrazia*, di cui conosciamo precisamente la circostanza della nascita, a partire dalla quale viene sempre più impiegato²⁶.

²⁵ Il presente lavoro non è pertanto diretto contro il merito in sé, ma contro la fallacia della sua misurazione quantitativa e nei confronti – come s'intenderà meglio proseguendo la lettura – dell'idea di una formazione scolastica degli adolescenti diretta a costruire loro competenze immediatamente proiettate all'occupabilità. A scuola va piuttosto perseguita (attraverso quella che il suo autore N. ORDINE definisce con bella immagine *L'utilità dell'inutile. Un manifesto*, Milano, 2020) l'apertura alla libera ricerca e seria strutturazione della personalità di ciascuno, nella quale inoculare quella curiosità intellettuale che metterà ciascuno in grado di darsi in seguito profittevolmente anche a un'attività pratica, ma conservando sempre autonomia di giudizio. Naturalmente il discorso è un poco diverso per gli istituti tecnico-professionali, ma solo in parte, giacché non si vede per quale motivo anche i giovani che le frequentano non debbano ad esempio venire opportunamente stimolati ad apprezzare un testo letterario, una corrente filosofica, un'opera pittorica o di scultura e via altro dicendo: scindere nettamente e con artificiosità i percorsi educativi tra quelli solo teorici e quelli unicamente pratici significa in entrambi i casi ghettilizzare.

²⁶ In realtà, a seconda degli autori e dei campi disciplinari, l'uso dei due termini è ambivalente. Il concetto sottostante a “meritocrazia” è per esempio da ultimo avversato e il premio al “merito” invece approvato da parte di L. RICOLFI, *La rivoluzione del merito*, Milano, 2023, mentre all'opposto il filosofo analitico M. SANTAMBROGIO non esita a denunciare *tout court* quello che definisce *Il complotto contro il merito*, Roma – Bari, 2008 e sua volta mentre la recensione del libro ridolfiano da parte di A. PANEBIANCO viene intitolata *Il merito e i suoi nemici*, in *Corriere della Sera*, 6 settembre 2023. In letteratura si rinvengono poi esperti di economia aziendale e taluni economisti i quali si rammaricano che l'Italia non incentivi la “meritocrazia”, così cadendo in fenomeni patologici come il familismo, il clientelismo, il corporativismo nell'attribuzione di incarichi pubblici. La prima testimonianza della parola “meritocrazia”, in ogni caso, è in A. FOX, *Class and equality*, in *Socialist Commentary*, may 1956, pp. 11 ss., al quale segue il più famoso M. YOUNG, *The rise of meritocracy. An Essay on Education and Equality* (1958), cit., trad. it. *L'avvento della democrazia*, Milano, 1962, romanzo distopico sui rischi di una società programmata intorno al concetto di premiare i migliori in ogni campo. Per lui è possibile tradurre la nozione in una formula matematica: $M=IQ+E$, in cui M è appunto il merito, IQ il quoziente di intelligenza, E l'impegno personale. L'autore reinterveniva sul tema (*Down with meritocracy*, in *The Guardian*, 29 giugno 2001), opponendosi all'uso apologetico

In tale nuova parola non c'è infatti più la mera presa d'atto che le abilità sono disegualmente distribuite, sia pure non necessariamente più per eredità familiare e privilegio sociale, ma in base a tendenze personali e in ragione dell'impegno dei singoli nel conseguirle e alimentarle.

La fondazione di una posizione di potere sociale e di supremazia politica che si riconnette all'eccellenza incomincia – di più – a venire giustificata e da mera casualità connessa alla “lotteria della vita”, come la definisce Rawls, diventa un criterio di giustizia per distinguere fra gli uomini. L'elemento di *κράτος*, che della parola composta è uno dei due elementi, per alcuni non è cioè motivo di scandalo, significando un'ovvia egemonia sociale ed economica dei suoi fortunati possessori e la via maestra per assicurare un “governo dei competenti”, mentre per altri identifica quella che ai loro occhi è una patologia della democrazia simmetrica a quella del “governo del salsicciaio”, per dirla con Aristofane²⁷, ossia un assetto ispirato a una mentalità devastante, come il populismo.

Chi apprezza la “filosofia” sottostante al termine di cui si sta ora discutendo non si meraviglia insomma affatto che i meritevoli rivestano ruoli di primazia nella società, chi l'avversa teme proprio questo aspetto, denunciando in esso il segno verbale di un'ideologia in cui l'antica aristocrazia di nascita è sostituita da una delle opere, ma si rimane comunque all'interno di un assetto inegualitario delle relazioni umane. *Nulla quaestio*, in fondo, se il merito individuale fosse

del termine – si veda in *Daily Telegraph*, 25 ottobre 1997, all'atto di assumere la guida del governo, il *meritocracy speech* di Tony Blair – e dunque distorto, rispetto alle intenzioni con cui egli aveva originariamente scritto, nell'ambito delle discussioni sul possibile incontro tra socialismo e liberalismo, teorizzato all'epoca da A. GIDDENS, *La terza via. Manifesto per la rifondazione della socialdemocrazia*, trad. it., Milano 1999, che si svolsero in seno al laburismo inglese: gli autori sopra citati nell'immediato secondo dopoguerra avevano appunto contestato il partito e il governo “da sinistra”. Young aveva appunto contribuito a scriverne il programma, ma poi fece autocritica e ne uscì, in un'ottica di opposizione al disegno di pianificazione burocratica, che pretendeva di attribuire ai ragazzini premi e vantaggi certo non più per nascita, ma in ragione di test di intelligenza somministrati a scuola molto precocemente, con ciò non risolvendo peraltro il problema della discriminazione di classe che si era inteso in tal modo correggere. In Italia, una prospettiva di valorizzazione meritocratica dei talenti, però temperata e corretta in senso solidaristico verso le fragilità sociali, si ritrova chiaramente all'epoca in C. MARTELLI, *Per un'alleanza riformista fra il merito e il bisogno*, intervento in origine svolto al Convegno programmatico di Rimini del partito socialista nel 1982, ripubblicato in *Mondoperaio*, 3/ 2009, pp. 81 ss., con nota di E. MORANDO, *La maggioranza riformista*; più recentemente, sempre in tale ordine di idee, si veda J. M. DANIELS, *Le socialisme de l'excellence. Combattre les rentes et promouvoir les talents*, Paris, 2011. Per ricostruzioni in tema, R. BRIGATI, *Il giusto a chi va*, cit., p. 80; S. CINGARI, *Op. cit.*, pp. 23 ss.; M. BOARELLI, *Contro l'ideologia del merito*, Roma – Bari, 2019, pp. 3 ss. I due ultimi saggi segnalano un ulteriore romanzo in tema, ossia K. VONNEGUT, *Piano meccanico*, trad. it. dall'originale del 1952, Milano, 1994 (del quale esistono da noi traduzioni precedenti anche con altri titoli: *Distruggete le macchine!* e *La società della camicia stregata*).

²⁷ Sulle radici greco-classiche del ricorrente dibattito sul ruolo dei “competenti” (e quindi dei soli “meritevoli”) per un governo democratico efficiente, G. MOSCONI, *Democrazia e buon governo. Cinque tesi democratiche nella Grecia del V secolo a. C.*, Milano, 2021.

effettivamente scorporabile dal contesto familiare e sociale che lo permette e inoltre misurabile con precisione, ma i critici sono assai dubbiosi che questo sia davvero possibile, anzi non lo credono affatto²⁸.

Risulta chiaro come le posizioni al riguardo siano molto distanti e spesso argomentate da entrambe le schiere attraverso toni da *pamphlet*, da requisitoria o da arringa difensiva, con scarsa disposizione d'animo a considerare le obiezioni altrui, per superarle in modo razionale o per tenere conto di una parte di esse che apparisse condivisibile anche in un'ottica diversa. La ricerca di una mediazione è in sostanza ardua, sebbene proprio un tale intento traspaia nella posizione di chi propone di disinnescare la carica che può apparire proterva della parola attraverso la sua sostituzione con un'altra che faccia risaltare nel concetto il carattere di *servizio*, ossia di portatori di un'utilità generale che i meritevoli assumono verso i loro consociati, caricandosi non di un *potere*, ma di una *responsabilità*: chi più ha avuto è onerato dell'obbligo (non solo morale, ma ricostruibile come oggetto di una pretesa istituzionalizzata dall'ordinamento, ad esempio attraverso la contribuzione alle spese pubbliche proporzionale alle proprie ricchezze e al principio di progressività del prelievo fiscale a suo carico e addirittura con una contribuzione straordinaria in situazioni di emergenza economica) di "restituire" alla collettività una parte del vantaggio acquisito²⁹.

Avvertendo che questa variazione verbale è senz'altro opportuna, se sinceramente rivolta a costruire un nuovo modello relazionale, insomma se non è il

²⁸ Ad es. M. DURU-BELLAT, *Le Mérite contre la justice*, Paris, 2009; F. DUBET, *Les places et les chances*, Paris, 2010; R. BRIGATI, *Op. cit.*; C. BARONE, *Le trappole della meritocrazia*, Bologna, 2019; M. BOARELLI, *Op. cit.*; S. CINGARI, *Op. cit.*; da ultimo, presso di noi, una visione critica è anche quella di T. GROPPi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, 2021, spec. pp. 37 ss., pp. 55 ss., che riprende tematicamente e amplia, quanto alla sostanza della tesi, il proprio *Disuguaglianze e immobilità sociale: quel che la Costituzione ha da dire*, ora in ID., *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, pp. 419 ss.; M. SANDEL, *Op. cit.*; D. MARKOVITS, *The Meritocracy trap: how America's foundational myth feeds inequality, dismantles the middle class, and devours the elite*, London, 2019; sul carattere mistificatorio del "Sogno americano" come ideologia dell'affermazione individuale – dipendente solo dal duro lavoro – espressione dell'orientamento meritocratico di quella società – e del fallimento sociale come responsabilità di chi non ha saputo ben competere nella gara della vita, si vedano ora incisivamente N. CHOMSKY – M. WATERSTONE, *Le conseguenze del capitalismo*, trad.it, Milano, 2022, pp. 25 ss., ove in particolare questi svolgimenti appartengono al secondo coautore. Gli ultimi tre contributi richiamati hanno in effetti presente la situazione statunitense e si collocano in chiara critica di ideologie favorevoli al capitalismo finanziario e alla globalizzazione economica, ma è interessante osservare come posizioni analoghe siano attestate – come si può constatare vede dal titolo dello studio ricordato di seguito – anche nella letteratura europea in argomento e perfino in chi non condivide assunti di egualitarismo radicale e invece si attesta sulla formula dell'eguaglianza "dei punti di partenza" o "delle opportunità", come ad es. P. BARROTTA, *I demeriti del merito. Una critica liberale della meritocrazia*, Soveria Mannelli, 1999.

²⁹ S. ZAMAGNI propone "meritorietà", *Meritocrazia e meritorietà*, in www.disuguaglianzesociali.it; L. BENADUSI, "meritismo", in ID. – L. GIANCOLA, *Equità e merito nella scuola. Teorie, indagini empiriche, politiche*, nuova ed., Milano, 2021, p. 16. Per l'uso di "meritevolezza" nel nostro diritto civile si veda il § 4.

travestimento di un fenomeno per velarne ipocritamente l'effettiva natura, si rinvia alle conclusioni per illustrare meglio tale punto.

Se ora si esamina brevemente lo sviluppo del dibattito sul tema fra gli economisti³⁰, può notarsi come il cuore del loro ragionamento proceda in tutti dalla presa d'atto dell'esaurirsi delle fasi storiche fondate sull'economia agraria e poi della fabbrica fordista, per l'affermarsi di società basate sulle economie terziarizzate dei servizi. L'investimento sulla conoscenza necessario a tale modello richiede addetti – se umani, il che nell'epoca della diffusione robotica non è scontato – dalle cognizioni più sofisticate di quelli ai quali prima era domandato essenzialmente il possesso di forza fisica da applicare ai processi produttivi, ancora peraltro residualmente impiegate e invece sforzi intellettuali.

In tale contesto si valorizza la nozione di “capitale umano”, che comprende le «conoscenze, abilità, competenze e altri attributi degli individui che facilitano la creazione di benessere personale, sociale ed economico»³¹.

Il concetto è antico, già presente in Adam Schmitt, ma (senza che qui rilevi tracciarne nei particolari la storia teorica³²) è stato rinverdito in tempi recenti dalla

³⁰ *Ex plurimis*, in tempi recenti, P. CIPOLLONE – I. VISCO, *Il merito nella società della conoscenza*, ne *Il Mulino*, 1/ 2007, pp. 21 ss.; R. ABRAVANEL, *Meritocrazia. Quattro proposte per valorizzare il talento e rendere il nostro Paese più ricco e più giusto*, con pref. di F. Giavazzi, Milano, 2008; L. CODOGNO – G. GALLI, *Crescita economica e meritocrazia. Perché l'Italia spreca i suoi talenti e non cresce*, Bologna, 2022; C. COTTARELLI, *All'inferno e ritorno. Per la nostra rinascita sociale ed economica*, Milano, 2021. L'Autore, eletto senatore indipendente in Lombardia alle ultime elezioni politiche per il Partito Democratico, ha progressivamente mostrato disagio per le posizioni del partito che non condivideva e segnatamente sullo scarso peso attribuito, negli attuali aggiornamenti delle opzioni di valore, proprio al merito: si veda *Id.*, *Se non si premia il merito la macchina dello Stato continuerà a non funzionare*, in *Repubblica, Affari&Finanza*, 20 marzo 2023, fino a dimettersi dall'Assemblea, avendolo preannunciato con una lettera pubblicata dal quotidiano in data 8 maggio 2023, sotto il titolo *Nel Pd non c'è spazio per il merito e le idee liberali*. Per un confronto tra questa posizione e quella critica verso il concetto del filosofo statunitense che ha rilanciato col suo libro il dibattito e è il quale si veda *supra*, in nota, F. RIGOTTI, *Cottarelli e Sandel / La tirannia del merito*, in *Doppiozero.com*, 11 aprile 2021.

³¹ La definizione tra virgolette è dell'Unione Europea (la si legga in G. VITTADINI, *Introduzione* a J. HECKMAN – T. KAUTZ, *Formazione e valutazione del capitale umano. L'importanza dei «character skills» nell'apprendimento scolastico*, Bologna, 2016, pp. 7 ss.), che ricostruisce la concettualizzazione mostrando il progressivo abbandono di una sua misurazione unicamente quantitativa, ad esempio in ragione del numero di ore dedicate alla formazione, in favore della valorizzazione di fattori emotivi ed empatici nella valutazione del suo accrescimento, mentre P. CIPOLLONE – I. VISCO, *Op. cit.*, precisano opportunamente che il suo rilievo consiste nell'impegno per accrescerlo, assimilato a un investimento e non nell'adagiarsi nell'impiego di eventuali doti naturali, avvicinato al godimento di una rendita e inoltre che «valorizzare il merito» non equivale, comunque, a richiedere un'organizzazione sociale esclusivamente fondata su un sistema “meritocratico”. Se questo costituisce uno strumento importante per consentire alla società di avvicinarsi il più possibile all'uso efficiente delle risorse produttive (senza nascondere “sotto terra”, ricordando la parabola, il talento di cui si dispone), non esclude affatto il momento redistributivo, anzi lo rafforza spingendo a quella “uguaglianza delle opportunità”, spesso invocata, ma assai poco messa in pratica» (*ivi*, 21 per la citazione).

³² Una suggestiva ricostruzione non apologetica è quella di P. DARDOT e C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, trad. it., nuova edizione, Roma, 2019, che

Scuola economica di Chicago, ispirata al neo-liberismo, che nello specifico si fonda sull'idea della concorrenza da introdurre come virtù in ogni ambito dell'esperienza collettiva: in base ad essa, infatti, ognuno potrà farsi "imprenditore di se stesso" ed emergeranno alla fine, in tutti i campi, "i migliori". Questo esito – nello spirito dell'idea così argomentata – comporterà una successiva ricaduta di tale eccellenza nel progresso sociale complessivo. È la teoria della cosiddetta "economia dello sgocciolamento" (*trickle-down economics*): l'immagine suggerisce una strategia di politica economica, ossia che – se il carico fiscale sui ceti abbienti viene alleggerito – la ricaduta positiva sarà quella di comportare inevitabilmente che da tale situazione venga prodotto un "percolamento" vantaggioso per l'intero corpo sociale, in ragione della maggiore propensione a investire e a spendere dei più ricchi e quindi della dinamizzazione economica che investirà, "a cascata", tanto il ceto medio, quanto fasce di popolazione povere e marginali³³.

La discussione sul tema qui indagato si è inoltre, nell'ultimo trentennio, incrociata – sotto un profilo diverso, ma alla fine convergente – con la spinta ad una maggiore efficienza delle prestazioni degli apparati pubblici che ha perciò investito la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione, con particolare riguardo alla riorganizzazione del pubblico impiego, all'erogazione di prestazioni sanitarie, al sistema formativo fornito dalla scuola e dall'università (sul quale specificamente si ritornerà per il nostro Paese nel paragrafo seguente), nonché al modo di rendere giustizia, secondo i principî della corrente culturale, sviluppatasi nell'area anglosassone e da qui irradiatasi fuori di essa, denominata del *new public management*.

In tutti questi casi, l'interrogativo sul merito individuale degli operatori dei servizi pubblici si è tradotto nella ricerca di tecniche per migliorare le prestazioni fornite dalle strutture di riferimento, conseguendone – ove si fosse ottenuto un

assumono – sulla base di suggestioni chiaramente foucaultiane – come ormai compiuta una mutazione antropologica, che ha portato alla costruzione di un modello di comportamento in forza del quale si perseguono tali valori senza nemmeno bisogno di essere costretti dall'esterno a osservarli, bensì in via di autodisciplina spontanea, da parte di soggetti persuasi per primi della loro razionalità e desiderabilità. In termini analogamente orientati le riflessioni critiche di R. CICCARELLI, *Capitale disumano*, Roma, 2018 e di P. MALTESE, *Precarietà, flessibilità e teoria del capitale umano*, in *Ricerche di Pedagogia e Didattica – Journal of Theories and Research in Education*, 2018, pp. 193 ss., il quale ricorda (pp. 208 ss.) alcune alternative al modello di governamentalità neoliberale, specificamente per la scuola, che sono state avanzate: J. MASSCHELEIN e M. SIMONS, *In defense of the school. A public issue*, Leuven, 2013, i quali ritengono che la scuola «pur essendo evidentemente implicata nei processi di riproduzione delle disuguaglianze sociali, costituirebbe, comunque, uno spazio da preservare in quanto in essa verrebbe disattivato il tempo ordinario» e M. BALDACCI, sul quale ci sembra più utile ritornare nel paragrafo che segue.

³³ In chiave critica di tale nozione (che era alla base della politica economica di Reagan ed è in genere cara a economisti e politici conservatori) si legga J. E. STIGLITZ, *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia*, trad.it., Torino, 2004.

effettivo conseguimento degli obiettivi prefissati – vantaggi per l’utenza e naturalmente premi anche per coloro che avessero posto in essere strategie gestionali rivelatesi a consuntivo “virtuose”. Il *leit-motiv* del movimento riformatore richiamato è stato insomma che si dovessero valutare i vantaggi ricevuti dai cittadini, visti come consumatori e utenti, da parte degli enti erogatori di prestazioni, in termini di miglioramenti delle *performances* istituzionali ad essi fornite. Per ottenere questo risultato sono stati all’uopo applicati criteri di misurazione del complesso dei servizi che lo sviluppo dello Stato sociale in Europa era venuto storicamente attraendo alla sfera del “pubblico”, nati in origine nell’ambito dell’azienda privata. Si è inoltre talora proceduto, allo scopo, alla loro cosiddetta “esternalizzazione” a gestori privati, al duplice scopo di risparmiare sui relativi costi di finanziamento e del conseguimento di risultati più soddisfacenti, attraverso l’introduzione di una concorrenza fra gli erogatori. La valorizzazione del merito (di singoli e di strutture pubbliche) come risultato dell’efficienza riorganizzatrice si è intrecciata insomma con la motivazione economica di tagliare la spesa di prestazioni pubbliche divenute troppo onerose.

Va peraltro anche segnalata una più recente linea di resistenza a siffatta concezione, sotto forma di una tendenza “antiproduttivistica” e anti-meritocratica che sta diffondendosi tra una parte dei giovani occidentali, approfonditasi con la pandemia da Covid 19 e che mostra caratteristiche nuove rispetto al passato: non cioè di rifiuto – da parte dei suoi portatori – dell’idea di merito perché ideologicamente inegualitaria, ma proprio di ripulsa della visione secondo la quale vivere consiste nel realizzare se stessi attraverso il lavoro, come valore centrale e produttivo di senso dell’esistenza umana, con l’effetto di osservare dunque l’emergere di una gioventù disinteressata – o forse piuttosto disillusa – anche rispetto al convincimento che nella competizione esistenziale vada assicurata l’eguaglianza (almeno) dei punti di partenza, delle opportunità e che sia comunque possibile riuscire a conseguire tale intento³⁴.

3. Concentrandosi ora sul cruciale settore della formazione, in ragione del mutamento di denominazione del ministero che si occupa del suo segmento

³⁴ Si veda ad esempio R. BRIGATI, *Op. cit.*, pp. 148 ss. Si distinguono in particolare, secondo alcune indagini, il fenomeno della *Great Resignation*, ossia le dimissioni di massa da un posto di lavoro insoddisfacente e quello della *Quiet Quitting*, o «abbandono silenzioso», vale a dire la decisione di svolgere «le attività strettamente necessarie della propria mansione, previste all’interno dell’orario lavorativo, per assicurarsi lo stipendio ed evitare il licenziamento», dopo avere effettuato un personale bilancio di vita (*work-life balance*), che porta a preferire altre esigenze al forte impegno sul lavoro. Desumo la notizia da *Corriere.it / Economia*, 24 luglio 2023.

scolastico dal quale si era partiti, pressoché tutti gli studiosi impegnatisi da noi sul tema³⁵ hanno collocato l'esame della meritevolezza dei comportamenti individuali dei soggetti coinvolti all'interno di un quadro assiologico costituzionale personalista e solidarista, in cui scuola e università non possono essere intesi come un servizio pubblico (anche integrando la dimensione propriamente pubblica e quella privata) simile agli altri e in particolare riconducibile a logiche di funzionamento "aziendale".

Pur nella consapevolezza di quanto sia arduo cogliere una versione del merito per così dire "depurata" dall'influenza favorevole di un contesto familiare e ambientale che ne consenta l'emersione e misurarla con criteri oggettivi, essi non si sono mostrati in assoluto e perlopiù contrari a valorizzarla, ma beninteso sempre che ne sia fornita, alla luce della premessa di valore appena ricordata, un'"interpretazione costituzionalmente sostenibile", come si esprime un'autorevole dottrina.

Si è insomma ben colta nella letteratura giuspubblicistica, anche in questo campo, la diversità del contesto culturale e sociale del nostro Paese da quello liberal-liberista e iperconcorrenziale statunitense, che ha ispirato ai suoi scrittori i più recenti contributi critici al dibattito che si sono sopra ricordati, ancorché (per l'attuale rilettura del nostro originario assetto costituzionale determinata dalla successiva adesione all'Unione Europea, che al tempo della scrittura della Carta fondamentale era solo prefigurata come possibilità di un futuro ingresso

³⁵ *Ex plurimis* e senza pretese di completezza, limitandosi solo alla letteratura più recente (che richiama i precedenti bibliografici) e citandola in ordine alfabetico dei cognomi degli autori e/o dei curatori, ovvero delle intitolazioni, C. ACOCCELLA, *La Scuola nella Costituzione italiana: diritti, funzioni e servizi. Riflessioni a partire da un recente volume di Roberta Calvano*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/ 2020, pp. 456 ss.; F. ANGELINI, *La scuola nella Costituzione: bilancio e letture prospettiche*, in *Riv. Dir. Cost.*, 3/ 2021, pp. 11 ss.; M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, cit.; ID., "La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale, in *Le dimensioni europee dei diritti sociali*, a cura di P. BILANCIA, Torino, 2019, pp. 141 ss.; R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019; Q. CAMERLENGO, *Per una interpretazione costituzionalmente sostenibile del merito*, in *Federalismi.it*, 13/ 2022, pp. 16 ss.; *Costituzione e istruzione*, a cura di G. MATUCCI E F. RIGANO, Milano, 2016; G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*; F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, entrambi in *La dis-eguaglianza...*, cit., rispettivamente 11 ss. e pp. 57 ss.; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole. Riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio Costituzionale*, 3/ 2020, pp. 410 ss.; ID., *I tanti significati del luogo scuola: uno sguardo costituzionale*, in *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, a cura dello stesso, Macerata, 2020, pp. 13 ss. (si veda comunque l'intero volume); *Lineamenti di legislazione scolastica per l'inclusione*, a cura di L. BUSCEMA e altri, Torino, 2022; A. M. POGGI, *Per un "diverso" Stato sociale...*, cit.; se lo si voglia, S. PRISCO, *La didattica universitaria a distanza. "Filosofia", opportunità, limiti e rischi*, in *Dialoghi in emergenza*, a cura di F. NIOLA E M. TUOZZO, Napoli, 2020, pp. IX ss. e spec. pp. XVI ss.; E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, *La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione italiana*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1/ 2016, pp. 1 ss.; M. SALERNO, *Contributo...*, cit., pp. 61 ss.

in unioni sovranazionali) l'impianto assiologico di base abbia finito in concreto per subire comunque l'impatto con le suggestioni ideali oggi dominanti, nonché con leggi ad esse conseguenti, che lo hanno conformato in termini lontani dall'ispirazione iniziale³⁶.

Resta il fatto che esiste una grande distanza tra il merito *della e nella* scuola calato in un modello – per così dire – “umanistico classico” e una sua lettura che ambienta tale valore nell'ambito della “scuola azienda”, figlia della “razionalità neoliberalista”³⁷: in un caso l'intento dell'educazione scolastica è sì quello di dotare chi la frequenta come discente delle necessarie competenze di base, materia per materia (il cui livello di acquisizione si ritiene oggi di accertare tramite le discusse “prove Invalsi”³⁸), ma per giungere a valorizzare il senso critico e lo sviluppo individuale della personalità di ciascuno e, nei docenti, la dedizione a tale fondamentale obiettivo, a cui è funzionale la promozione – in entrambe le categorie di soggetti – di sforzi cooperativi; nell'altro quello di promuovere la ricerca dell'efficienza del sistema, con l'intento di collegarlo al mercato del lavoro e perciò di spronare alla competitività interna fra gli attori – utenti.

³⁶ M. BENVENUTI, “La scuola è aperta a tutti”? ..., cit., all'inizio.

³⁷ Sui due modelli M. BALDACCI, *La scuola e l'istruzione fra capitale umano e principio educativo fondato sulla Costituzione*, relazione al convegno “Istruzione: diritto universale incondizionato e risorsa sociale”, Roma, 2 marzo 2023, al momento inedita a stampa, il cui testo è reperibile (assieme alla registrazione video dell'evento) sul sito della FLC CGIL. Per un utile confronto comparato, su scala europea allargata, tra i sistemi formativi scolastici per gli istituti superiori francese, tedesco, britannico e italiano, si legga altresì – benché ormai datato, per quanto riguarda il nostro a Paese – *Alla ricerca dell'eccellenza. Le politiche per l'eccellenza nell'istruzione superiore in quattro Paesi europei*, a cura di F. CORRADI, Milano, 2009, studio decisamente orientato alla valorizzazione di un'idea aziendalistico-concorrenziale nell'istruzione.

³⁸ *Ex plurimis*, M. COCCONI, *Gli ingredienti necessari per la ricetta di una «buona» autonomia scolastica*, in *Ist. Fed.*, 3/ 2015, 647 ss., che esamina l'impianto della riforma introdotta con la l. 107/2015, c. d. della “buona scuola”, che a sua volta sviluppa linee di programmazione pluriennale, di rafforzamento dell'organico e dell'attribuzione di un ruolo guida del dirigente della struttura già previste dall'art. 21 della l. 59/1997. Autonomia e valutazione si pongono tra loro, nel sistema, in rapporto di implicazione reciproca e di proporzionalità diretta: sul c.d. *texting* – articolato in procedimenti autovalutativi, interni, esterni e, salendo di scala, in valutazione didattica, di istituto, di sistema – si possono leggere ad esempio, in un'ampia letteratura sintonica con le nuove tendenze, G. ALLULLI, *Autonomia e valutazione*, Fondazione Agnelli, *Working Papers* 7/ 2008; M. FALANGA, *La valutazione del personale docente, delle Istituzioni scolastiche e l'autovalutazione: considerazioni di carattere giuridico*, ivi, 53/ 2014 e in genere i materiali commissionati dalla Fondazione e quelli (anche giornalistici) pubblicati nel suo sito a partire da tale anno; più di recente A. DECATALDO – M. FIORE, *Valutare l'istruzione*, Roma, 2018. In contrario, osservando che la valutazione delle competenze scolastiche attraverso i test PISA e INVALSI, «persegue finalità non proprio educative, bensì legate allo sviluppo economico in un mondo sempre più globalizzato» e che «la nuova *vision* contribuisce ad erodere la forza del canone (tradizionale, n.d.r.) nel momento in cui le competenze oggetto di rilevazione non fanno riferimento ad esso (...)», in quanto «portatrice di un'idea di utilità – la formazione delle risorse umane per il sistema produttivo – valida nel breve periodo, ma che, proprio per questo motivo, è destinata rapidamente all'obsolescenza», V. BONAZZA, *Valutazione e scuola. Ideologia, senso comune e cultura della ricerca*, Roma, 2019, pp. 56 ss. (corsivi testuali). Egualmente critici G. CARO-SOTTI – R. LATEMPA, *Contro il binomio autonomia – valutazione*, in *Roars*, 6 aprile 2021.

In breve, l'idea della formazione varia a seconda del punto di vista con cui si guarda ad essa: da un lato si mira a plasmare persone educate all'esercizio di una cittadinanza consapevole e partecipata alle sorti della comunità³⁹, dall'altro ad addestrare produttori e consumatori informati e flessibili che – quand'anche, sul mercato del lavoro, al quale vengono proiettati come finalità essenziale, si trovassero a conoscere momenti di precarietà e bassa fortuna – siano in grado di non scoraggiarsi, per essere stati comunque dotati del *know-how* di base (e della capacità di implementarlo continuamente in autonomia) che li metta in grado di reimpiegarsi proficuamente nelle mutevoli contingenze dell'offerta di lavoro, attingendo al "capitale umano" individualmente procuratosi, di cui si è sopra parlato.

In relazione ai due diversi orientamenti, varia anche il senso del "merito" da premiare: nel primo caso il concetto ha una portata, per così dire, inclusiva, nel secondo è l'effetto di un meccanismo selettivo. Solo uno di essi è tuttavia davvero coerente con il disegno in termini della Costituzione, in cui la scuola è (come si disse in un memorabile discorso a un convegno di docenti⁴⁰) "un organo costituzionale", destinato – e strumentale – a favorire quello che usualmente si definisce come "l'ascensore sociale".

La visione appena ricordata è di stupefacente modernità e attualità, a più di settant'anni dalla sua enunciazione, tanto più se riletta in un tempo in cui proprio la scuola è uno dei terreni di confronto più duro a proposito di pretese ad attrarre competenze regionali ordinarie, ma differenziate, il che dimostra la lungimiranza della Costituzione e di uno (con altri) dei suoi autori, che al tempo stesso – in questo caso – fu tra i suoi primi interpreti:

- i) difesa della scuola pubblica e tuttavia riconoscimento del ruolo anche di quella privata e perfino di quella domestica (alla quale è documentato che abbiano fatto ricorso per i figli minori famiglie abbienti durante la pandemia), in nome della libertà costituzionalmente garantita di fedi, culture, organizzazioni e dinamiche delle famiglie secondo visioni antropologiche loro particolari, ma in guisa tale che «per aversi una scuola privata buona bisogna che quella dello

³⁹ Per tutti V. ATRIPALDI, in *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., 21 ss., che appunto connette l'art. 33 e l'art. 9, I comma nell'obiettivo di una formazione critica dei cittadini, che li sottragga per quanto possibile al rischio di subire manipolazioni da parte dei detentori del potere per il tramite di un sistema dell'informazione compiacente verso di loro, vedendo in questa condizione la legittimazione della democrazia, che deve mantenersi vigilante anche nei confronti di tendenze apatiche di ripiegamento nell'individualismo intimista, invece che nella partecipazione alla vita collettiva e già *Id.*, *Diritto allo studio*, Napoli, 1975.

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *Difendiamo la scuola democratica*, discorso pronunciato al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale, Roma, 11 febbraio 1950, in *Scuola democratica*, suppl. al n. 2/1950, pp. 1 ss., ora in *Id.*, *Per la scuola*, con intr. di T. DE MAURO, Palermo 2008, pp. 83 ss.

Stato sia ottima»: dunque nessuno sconto sulla qualità di quest'ultima, che va mantenuta elevata (e adeguatamente finanziata) perché, abbassandola, si potrebbe per vie non dichiarate raggiungere invece il predominio di quella privata di livello;

- ii) scuola pubblica di qualità come garante di un pluralismo culturale ricondotto al suo interno, che quella privata (statutariamente o di fatto “di tendenza”) non assicura, essendo per tale ragione la prima la sede istituzionale della formazione condotta all'insegna del dialogo e nel confronto e che perciò prepara buoni cittadini critici: «la scuola democratica è una scuola che ha un carattere unitario, è la scuola di tutti, crea cittadini, non crea né cattolici, né protestanti, né marxisti»;
- iii) necessaria vigilanza perché non vi si installino peraltro egemonie di parte, ma le idee, i metodi di insegnamento, le sperimentazioni possano circolarvi adagio di ciascuno; tuttavia, «rendiamoci ben conto che, mentre la scuola pubblica è espressione di unità, di coesione, di uguaglianza civica, la scuola privata è espressione di varietà, che può voler dire eterogeneità di correnti decentratrici, che lo Stato deve impedire che divengano correnti disgregatrici».

Ecco dunque trovato un antiveggente, modernissimo e lucido “manifesto per il *vero* merito”, che beninteso si rivela essere – assunti i ricordati presupposti funzionali – il risultato di uno sforzo collettivo di quanti operano nella scuola (va ribadito: pubblica, preferibilmente, ma anche di qualità). La distinzione individuale di allievi e professori certo vi si manifesta, ma a ben vedere come riflesso ed effetto di un impegno pedagogico e organizzativo orientato a promuovere tra gli attori che in diversi ruoli vivono nell'istituzione e a loro volta la fanno vivere la cultura non già della concorrenza, ma – come si anticipava – quella della cooperazione nella operatività quotidiana degli istituti⁴¹.

L'autore, figlio di un tempo di “guerra fredda”, pone come si nota il problema del rapporto tra scuola pubblica e privata nei termini di un confronto tra ideologie che fanno riferimento ai due grandi blocchi che allora si contendevano il mondo; ritiene corretta perciò l'opzione costituzionale secondo la quale privati possano aprire e alimentare proprie realtà formative, collegandola a esigenze di famiglie e gruppi che lo desiderino, ma «senza oneri per lo Stato», secondo la formula dell'art.

⁴¹ Sviluppa un analogo ordine di idee P. CASELLI, *Per una “meritocrazia inclusiva”, oltre le disuguaglianze sociali: il ruolo-chiave dell'educazione prescolare*, in *Studi sulla Formazione*, 1/ 2022, pp. 121 ss., a cui va rinviato – oltre che per la pregevole ricostruzione storico-filosofica – anche per le valutazioni e i dati sulle “povertà educative” (al plurale) aggravatesi durante la pandemia e per il richiamo all'azione specifica di organismi dell'Unione Europea in materia di educazione precoce, come da titolo.

33, comma III (un *leitmotiv* dell'epoca, rimasto a lungo connotativo del pensiero "laico", giacché la scuola non statale era essenzialmente quella cattolica; la formula ha poi conosciuto anche interpretazioni diverse, all'insegna del principio di sussidiarietà); concepisce chiaramente la competizione, ma non all'interno della singola scuola o classe, bensì fra modelli, rispetto ai quali si schiera per quello che garantisce il confronto delle idee – richiamando qui adesivamente il pensiero di Guido Calogero – piuttosto che privilegiare la loro omogeneità; è dunque favorevole alla valutazione, ma nelle sue parole un indizio di come l'avrebbe forse pensata, se fosse vissuto oggi, lo si coglie: posto che il fine ultimo della formazione è quello di condurre chi ne fruisce ad acquisire una cittadinanza critica, ad aprirsi a stimoli culturali che poi dovranno accompagnare, rinnovandosi continuamente, l'intera vita di ciascuno, allora essa si costruisce anche nella «solidarietà politica, economica e sociale», che dai principi si riverbera altresì nell'entità comunitaria scolastica⁴².

⁴² Il modello calamandreiano sarà come noto ripreso – quanto alla centralità del ruolo dello Stato nella definizione dell'orizzonte complessivo di senso dell'istruzione scolastica – da un classico svolgimento sul tema (V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1969, 6, pp. 54 ss.), mentre ben diverso sarà l'accento che un'altra egualmente autorevole ricostruzione, pubblicata in apertura di quel decennio, aveva posto sulla declinazione sociocentrica dell'istruzione (U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, Istruzione, Scuola*, in *Giur. Cost.*, 1961, pp. 361 ss.); sarebbe tuttavia ingiusto non ricordare la preoccupazione anche del Maestro fiorentino, richiamata nel testo per un'eventuale distorsione ideologica della "scuola di Stato": anch'egli avrebbe dunque ragionevolmente potuto sottoscrivere l'affermazione del secondo studioso appena richiamato che «non spetta allo Stato istruire, ma è la scuola come tale ad istruire», benché al primo spetti di istituire quelle pubbliche (Cost., art. 33, II comma) e inoltre di organizzarle, dotandole pertanto dei mezzi materiali e dei docenti. Il modello costituzionale del settore oggi vigente nel suo complesso si fa in effetti carico di esigenze solo in apparenza contrastanti, percepite in passato dal dibattito dottrinale come più conflittuali di quanto non siano in realtà, giacché a ben vedere esse sono complementari e da perseguire in una logica di "leale collaborazione": nell'ambito di «norme generali sull'istruzione» riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (Cost., art. 33, II comma e 117, II comma, lettera n) – come del resto lo sono anche tutte quelle che hanno ad oggetto la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio dello Stato» (Cost., art. 117, II comma, lettera m) – hanno altresì rispettivamente un ruolo la potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni, ripartita tra principi e dettaglio e l'autonomia organizzativa delle scuole (Cost., 117, III comma), anche private (Cost., art. 33, III comma), ossia della "comunità scolastica" come "formazione sociale" (A. PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Foro It.*, 1975, V, pp. 221 ss.), che può riempire anche residui spazi bianchi – quanto alla previsione di integrazioni programmatiche aperte all'insegnamento delle tradizioni locali, ma escludendone ogni applicazione "dissociativa" – rispetto ai livelli di regolazione appena indicati. In definitiva un sistema elastico, in cui vanno composti vari interessi e nel quale la garanzia di unitarietà e qualità finale di erogazione del servizio che lo Stato assume e quelle del pluralismo (che si articola a sua volta tra le esigenze provenienti dai territori regionali e i bisogni specifici che devono censire e soddisfare le strutture scolastiche, il che significa anche prevedere un ruolo per le famiglie che sono chiamate a cooperare in funzione partecipativa al loro funzionamento) sono reciprocamente limitati e stimoli al tempo stesso. Si vedano *ex plurimis*, M. COCCONI, *L'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche fra riforma del Titolo V, riordino del sistema formativo e coordinamento comunitario*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2003; A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003; P. G. RINALDI, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 61 ss.

Le linee tracciate nel risalente dibattito italiano in tema, del quale questo non è l'unico picco, non potevano naturalmente comprendere al loro interno tutti gli sviluppi che il futuro avrebbe dischiuso. Soprattutto, la conoscenza critica per la crescita individuale, che i diversi contributi auspicavano venisse in ciascuno formata negli anni in cui la personalità umana si struttura, era qualcosa di diverso da quella propria dell'attuale "società della conoscenza" (*Knowledge Society*), della quale si è in precedenza fatto un cenno che è necessario ora approfondire.

In quest'ultimo sfondo, affermatosi negli anni della globalizzazione neoliberista, la scuola è infatti subordinata anch'essa alle ragioni dell'economia, che – come pure si era anticipato – ha oggi necessità di lavoratori più sofisticati dei precedenti, data l'epoca della diffusione dell'automazione, della informazione e della tecnologia: figure flessibili nell'adattarsi ai cambi di scenario, in grado di mutare più volte nella vita lavoro e luogo del suo svolgimento, allenare perciò ad imparare, ma per tale ragione non orientate tanto alla cultura critica, quanto piuttosto all'acquisizione di competenze funzionali, operative: da qui anche l'istanza di *lifelong learning*. La presenza di agenzie e tecniche di misurazione continua delle prestazioni – la cui ottimalizzazione costituisce appunto la scala del merito – è implicita in tale sistema⁴³.

Questo processo che incomincia oggi fin dalla scuola ha naturalmente investito anche le università, in cui (per tutto l'Ottocento e larga parte del Novecento) la formazione impartita era identificata in Occidente nel modello di un'entità fortemente autonoma, funzionale a creare – nella libertà della propria ricerca, nonché auto-valutandosi e auto-riproducendosi quanto al ceto che vi opera e la governa – le *élites* borghesi; ciascuna comunità così formata si alimentava per così dire di se stessa, rinnovando in tale modo radici antichissime, ossia le consorterie medievali dei *clerici vagantes*: se lo Stato e il mercato sono istituzioni della modernità, i più antichi e classici Atenei precedevano entrambe nel tempo, avendo origini

⁴³ Per tutti, basti rinviare a *Riforme e processi educativi nell'età della Knowledge Society: prospettive e limiti del modello culturale fondato sulle "competenze chiave"*, a cura di A. CIRILLO e E. GREMIGNI, Issue 1/ 2019 della Riv. Trim. Sc. Amm. e ivi spec. G. PASTORE, *Il lato oscuro della Knowledge Society: elementi per una lettura critica dei processi di mutamento nelle società contemporanee*. Per la descrizione esemplificativa di un'applicazione di strategie aziendali all'organizzazione della formazione universitaria (nello specifico relativo al piano di sviluppo della Sapienza per gli anni 2007 / 2012) si vedano M. BOLOGNANI – G. CATALANO, *Strategie competitive e università*, in *Sviluppo e Organizzazione*, 222, Luglio – Agosto 2007, pp. 1 ss.: non a caso gli autori sono docenti universitari di ingegneria. Per una trattazione della tematica sintonica con tale opzione, si veda ad es. U. COMITE, *Il processo di aziendalizzazione nelle università. Criticità e prospettive future*, Milano, Iv ed., 2015. Per recenti panorami storici, il primo dei quali circoscritto agli anni successivi alla Costituzione, si veda L. POMANTE, *L'Università della Repubblica (1946–1980). Quarant'anni di storia dell'istruzione superiore in Italia*, Bologna, 2022 e infine, a più ampio raggio cronologico, si rinviene su Radio Radicale la registrazione audio-video del convegno della Fondazione Roma Sapienza *L'Università da riformare: dall'Università d'élite all'Università di massa*, Roma, 8 settembre 2023.

negli *studia* canonistici e laici e fecondavano le vicende degli ordinamenti statali, alimentandole con uomini (in senso letterale: le donne ne erano escluse) e idee, fino ad essere da essi inglobati, ma sempre rivendicando gelosamente statuti di autonomia⁴⁴.

Com'è stato osservato, «[I] cambiamenti della struttura produttiva avvenuti a partire dagli anni '60 e proseguiti nel decennio successivo con la maggiore richiesta di lavoratori a medio–alta qualificazione, rappresentano quindi, uno dei fattori determinanti dell'uscita del sistema universitario italiano dal modello elitista e del suo approdo a un modello di università di massa (...)».

Nel primo, «funzione primaria è di formare le menti e il carattere della classe dirigente; al contrario, nel modello di massa l'università diviene il luogo dove ci si forma per un'ampia gamma di ruoli tecnici ed economici». Tale «maggior bisogno di professionalizzazione derivante dalla crescente complessità e specializzazione dell'economia moderna» è «uno dei fattori base per l'espansione dell'università. Questo processo ha consentito l'accesso di nuove e sempre più ampie porzioni di popolazione che, vedono l'istruzione come un bene “privato”, necessario per il successo nella carriera lavorativa (...). inoltre si sviluppano e consolidano le teorie che fanno parte del filone di ricerche sul capitale umano, con aspettative ottimistiche sul rendimento economico dell'istruzione, con la conseguente propensione degli individui e delle famiglie a prolungare il periodo di studi e a guardare alla laurea come a un'affidabile promessa di mobilità sociale ascendente. L'idea diffusa è che bisogna sostenere una società della conoscenza, in cui il sapere diventa una risorsa per la produzione e lo sviluppo del sistema economico di un Paese»⁴⁵.

Questa tendenza implica l'ingresso in campo della valutazione dei “prodotti” della ricerca universitaria (la denominazione, come si vede, è analoga a quella di merci più o meno attraenti per il consumatore, esposte sugli scaffali di un supermercato), nelle diverse forme di monografie, saggi, articoli, relazioni a convegni e

⁴⁴ Per un recente panorama dell'esperienza cronologicamente più lontana. P. Rosso, *Le università nell'Italia medievale. Cultura, società e politica (secoli XII–XV)*, Roma, 2021; di particolare efficacia, nel delineare lo sviluppo storico dei rapporti tra strutture e dinamiche politico–economiche nazionali, da un lato e l'organizzazione e i caratteri dei modelli comparati dell'insegnamento universitario, dall'altro J. – L. DE MEULEMEESTER, *Les systèmes en réforme: les universités Vers une convergence des modèles? Une réflexion à la lumière des expériences européennes de réforme des systèmes d'enseignement supérieur*, in *Pyramides*, 14 / 2007, pp. 31 ss.; ID., *Quels modèles d'université pour quel type de motivation des acteurs? Une vue évolutionniste*, ivi, 21 / 2011, pp. 261 ss.; si vedano ulteriormente M. C. PIEVATOLO, *L'università e le sue crisi: una riflessione storica*, in *ROARS*, 26 Febbraio 2013 e, per l'Italia, i profili storici sul succedersi delle riforme recenti di M. VAIRA, *La costruzione della riforma universitaria e dell'autonomia didattica. Idee, norme, pratiche, attori*, Milano, 2011 e la discussione delle proposte riformatrici contenuta in G. CAPANO, M. REGINI, M. TURRI, *Salvare l'università italiana. Oltre i miti e i tabù*, Bologna, 2017.

⁴⁵ Così S. COLARUSSO – O. GIANCOLA, *Università e nuove forme di valutazione. Strategie individuali, produzione scientifica, effetti istituzionali*, Roma, 2020, p. 7.

seminari, oltre che di contributi alla loro organizzazione e della presenza degli autori in comunità di studiosi ad accesso non automatico. Tenzialmente, si tratta di criteri quantitativi dai quali si fa dipendere la qualità della ricerca, in quanto attività individuale o di gruppo: un'inferenza peraltro non corretta, giacché la seconda si valuta, laddove la quantità si misura (nei settori bibliometrici infatti è fondamentale il numero delle citazioni riportate da parte dei colleghi) e a questa logica è coerente anche la pubblicità data alle classifiche periodiche (*rankings*) delle migliori università, ossia quelle che garantiscono ragionevolmente occupabilità, opportunità di lavori soddisfacenti e di redditi elevati. Naturalmente, l'attendibilità di dette graduatorie dipende da come venga formato il paniere di tali indici di riferimento e molto importanti per costruirle sono ad esempio anche i servizi collaterali offerti agli studenti, come residenze, mense, trasporti, biblioteche. Siccome gli atenei collocati in alto ricevono finanziamenti privati e quote premiali di finanziamento pubblico, si crea così un circolo vizioso (o per altri virtuoso) che in tal modo si autoalimenta nel confermare le distanze tra le "eccellenti" e le altre, pur dirette alla medesima funzione.

Si noti che peraltro – come sanno bene gli operatori universitari – né nella valutazione delle università, né nei concorsi per le posizioni docenti vi è modo di apprezzare la qualità anche della didattica, mentre la pubblicazione nelle riviste di maggiore prestigio (quelle di "classe A"), indispensabile alla carriera, è subordinata al superamento di un vaglio effettuato da parte di valutazioni per lo più anonime, "tra pari", di "prodotti" vicendevolmente anonimizzati dei loro autori (il c. d. sistema "a doppio cieco"): occasioni di giudizi spesso apodittici, che non aprono mai a un dialogo costruttivo – sia pure tra soggetti reciprocamente ignoti nelle loro identità – volto a migliorare e a costruire *in contraddittorio* il buon esito finale dei lavori, ma che si atteggiavano come *diktat* dei *referees*⁴⁶.

In breve, sembra da condividere il severo giudizio di uno studioso che, prendendo atto dell'ormai ampia diffusione di un "modèle américain" delle università, registra realisticamente che «[L]e mouvement actuel de réformes académiques, bien qu'inévitable, marque une profonde rupture avec les développements antérieurs. Officiellement rendues autonomes, les institutions académiques sont devenues les outils de politiques économiques et sociales issues de l'extérieur, avec des répercussions claires (et négatives) sur la motivation de, à tout le moins, la partie de l'ancienne génération des académiques qui a gardé la foi en l'ancienne ethos humboldtienne»⁴⁷.

⁴⁶ Ancora S. COLARUSSO – O. GIANCOLA, *op. cit.*, pp. 28 ss.

⁴⁷ J. DE MEULEMEESTER, *Quels modèles d'université...*, cit. Sulla situazione dopo il processo di riforma recato organicamente dalla l. 240/ 2010, sono illuminanti i ripetuti contributi di R.

4. Si consenta, prima di proseguire, un *caveat* al lettore: chi scrive non è professionalmente un civilista. Tuttavia, nell'ottica della fondamentale unità dell'ordinamento giuridico, non può restare senza significato per un giuspubblicista, che fin qui ha provato a discorrere di "merito" alla luce del dettato costituzionale e dei relativi sviluppi interpretativi, la circostanza che di "meritevolezza degli interessi" si occupi anche (anzi da prima) questo ramo del diritto.

Com'è noto, l'art. 1322 del codice civile, recita, sotto la rubrica *Autonomia contrattuale*:

"Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [e dalle norme corporative. / Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

L'art. 1343, a sua volta, scolpisce, sotto *Causa illecita*, che: «La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume».

Si è osservato che «[I]l bettiano controllo di meritevolezza dei contratti (...) non lo si può spiegare fuori di una mentalità in cui il fastidio per l'individualismo

CALVANO, dei quali si richiamano – a parte la monografia *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, 2012, che documenta esaurientemente come i principi costituzionali del settore siano stati traditi dalla torsione aziendalistica ed economicistica ad esso impressa dal "modello di Lisbona" e da quanto ne è seguito, recepito appunto dalla "legge Gelmini" – *L'organizzazione del sistema universitario in Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., pp. 441 ss. (e in questo volume si veda anche F. RIMOLI, *Università, ricerca, cultura: considerazioni brevi su una lunga agonia*, pp. 429 ss.), *I soggetti della riforma universitaria e la Costituzione*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICOZZA e A. POLICE, Torino 2013, pp. 61 ss. e *I professori universitari tra riforma strisciante dello stato giuridico e processi di valutazione. "Sorvegliare e punire"?*, in *Rivista AiC*, 1/ 2018, pp. 1 ss. L'espressione foucaultiana tra virgolette ritorna, adattata al mondo accademico, anche nel titolo del brillante pamphlet di V. PINTO, *Valutare e punire*, 2^a ed. accr., Napoli, 2029. In tema di critica al sistema "anvuriano" di valutazione del "merito" dei "prodotti scientifici" (ovviamente ben altro dall'elementare constatazione che è inevitabile vivere autovalutandosi e valutando uomini e cose), acute considerazioni e riferimenti bibliografici in E. MAURO, *In merito all'arte di valutare il merito senza entrare nel merito*, in *ROARS*, 25 Ottobre 2015; ID., *I «pesci», il «pavone» e l'«arte» di 'valutare' la 'qualità' della ricerca scientifica*, in *Palaver* (5), 1/ 2016, pp. 201 ss., nonché M. RAMAJOLI, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, pp. 313 ss. Che invece in particolare i giuristi (com'è professionalmente chi scrive e com'è stato l'onorato) debbano essere, rinnovando la formazione proposta agli studenti, innanzitutto «intellettuali consapevoli, capaci di offrire al mondo del lavoro e delle istituzioni un sapere consapevole del fecondo distacco fra le strutture economiche e sociali e la loro qualificazione giuridica» (corsivo nostro), che beninteso non significa astrattezza, ma distacco critico, è ad esempio l'opinione di E. CONTE, *Educare il giurista. Le sfide del terzo millennio e le tentazioni della conservazione accademica*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. PASCIUTA e L. LOSCHIAVO, Roma, 2018, pp. 115 ss., p. 122 per la citazione, che fa seguire all'assunto esemplificazioni di possibili pratiche virtuose.

è persistente e il sociale è misura di tutte le cose. Era, del resto, la mentalità che per reazione al liberalismo si andava affermando nei primi decenni del secolo XX in certi settori. In duplice modo: in versioni di sinistra (si pensi al sindacalismo con i suoi scopi di costruzione dello Stato sociale) e in versioni di destra (si pensi alla Carta della Reggenza del Carnaro e allo squadrismo sansepolcrista)⁴⁸.

Sarebbe ultroneo e anche presuntuoso che un giuspubblicista pretendesse di discutere a fondo il dibattito sul punto tra autorevoli colleghi di altro settore disciplinare e in particolare il rapporto della meritevolezza con le diverse concezioni della causa negoziale⁴⁹. Ci si limiterà perciò a rammentare soltanto che la Costituzione alimenta di nuova linfa il dibattito che era nato tra i giuristi sotto il regime politico e giuridico precedente⁵⁰: non nasce certo solo con essa, infatti, la discussione sulla funzione sociale della proprietà e la proiezione all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata, riconosciuta libera sì, ma che comunque «non può svolgersi in contrasto» con essa, «o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» e, con recentissima integrazione premessa a tali beni della vita, anche «alla salute, all'ambiente»⁵¹.

Proprio il richiamo alla sostenibilità ambientale di ogni attività antropica (nuova acquisizione di principio anche della nostra Costituzione, con l'intervenuta integrazione anche dell'art. 9⁵²) sembra la strada attraverso la quale l'Unione Europea può giungere a riconoscere quei limiti all'attività economica privata che la sua originaria «filosofia» liberista le aveva impedito di considerare⁵³. La solidarietà non va cioè avvertita solo da e verso le persone fisiche, ma da queste nei

⁴⁸ A. GENTILI, *La meritevolezza di tutela: da Emilio Betti a oggi*, in *Storia Metodo Cultura*, 1/ 2022, pp. 289 ss., la citazione all'inizio. Si aggiunga per l'esame della concezione bettiana F. PIRAINO, voce *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. Dir., I tematici. Contratto*, Milano, 2021, spec. pp. 670 ss.

⁴⁹ Su cui ancora F. PIRAINO, *op. loc. supra cit.*, pp. 675 ss.

⁵⁰ Si vedano per esempio G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*. Atti dell'incontro di studio di Roma, 9 ottobre 2015, a cura di F. MACARIO e M. N. MILETTI, Roma, 2017, pp. 151 ss. e T. BEGGIO, *Funzione sociale e meritevolezza del diritto privato. Scienza giuridica, politica e ideologia tra la fine dell'Ottocento e il primo Novecento*, in *Storia Metodo Cultura*, cit., pp. 365 ss., a proposito di giuristi liberali non propensi verso il socialismo, ma che risentivano di quell'atmosfera, che riflettevano sul modo di riequilibrare prestazioni sinallagmatiche sperequate, a tutela del contraente debole,

⁵¹ Per la ricostruzione dei precedenti storici al riguardo, della discussione *de jure condito* intrattenuta tra i civilisti e per la proiezione verso il futuro della stessa, si legga sempre *La funzione sociale* ..., cit. e spec. S. PATTI, *La funzione sociale nella 'civiltà italiana' dell'ultimo secolo*, pp. 23 ss.; A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, pp. 33 ss., nonché P. RESCIGNO, *Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale*, pp. 209 ss.

⁵² Seguo in tema un'implicazione possibile del pregevole saggio di R. FATTIBENE, *Una lettura ecocentrica del novellato articolo 9 della Costituzione*, in *Nomos*, 2/ 2022, pp. 1 ss.

⁵³ Sul punto A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *La funzione sociale* ..., cit., pp. 189 ss.

confronti dell'ambiente, delle quali esse sono una parte, né solo verso le vite umane presenti, ma verso quelle future e come rispetto degli animali non umani.

Taluna più recente dottrina civilistica – sul presupposto di una possibile distinguibilità della meritevolezza negoziale dalla liceità della causa, a lungo negata, come anche dell'accoglimento della configurazione concreta e non già solo astratta di questa – ha suggerito che la mancanza della prima, se certo non fa divenire il contratto illecito⁵⁴, tuttavia almeno consente su di esso «un giudizio (...) di razionalità complessiva e di rilevanza sociale come forma generalizzabile di organizzazione dei rapporti socio-economici», con la conseguenza che un vaglio negativo sotto tale profilo «dovrebbe mettere capo a un rimedio distinto da quello legato all'illiceità»; non per derivarne invalidità e dunque inefficacia, si aggiunge, ma per inibire il «ricorso al sistema dei rimedi predisposto dall'ordinamento statuale e della loro attuazione forzata». È evidente che *dominus* di siffatto controllo sarebbe in concreto il giudice e qui allora il costituzionalista risente alle proprie orecchie una melodia – per alcuni una cacofonia – che gli è già ben nota, circa l'approdo di tale ricostruzione, in definitiva, a un ruolo espansivo della giurisdizione, che si situa ben oltre il consueto e fisiologico modello dei rapporti fra le funzioni dello Stato, come, se non erriamo, sembra di vedere nel trascorrere della nozione di causa dall'astratto al concreto si può vedere l'eco di una interpretazione per principi e in ultima analisi consegnata all'intervento di quello di ragionevolezza, che è tra le tecniche consuete del proprio bagaglio di strumenti operativi⁵⁵.

In generale – e per concludere un'incursione in campo altrui ritornando a un terreno più consueto per chi scrive – questo sguardo al dibattito civilistico *in parte qua* porta a ritenere l'articolazione interna coerente con le conclusioni dei

⁵⁴ Infatti, «Secondo la giurisprudenza, l'immeritevolezza non sarebbe né inidoneità del tipo, né illiceità della causa, ma conseguirebbe alla violazione dei principi costituzionali (si richiamano, di volta in volta, gli artt. 2, 4, 38, 41, 47 Cost.), in punto di solidarietà e non prevaricazione tra i contraenti e quindi di non arbitrario e irragionevole squilibrio delle prestazioni. V'è però divergenza sulla sanzione perché si ricorre alla inefficacia assoluta da agiuridicità... o alla nullità, anche della singola clausola, ma non da illiceità, perché la legge sarebbe formalmente rispettata»: F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2019, p. 822 (corsivo nostro). Ossia «la liceità è bensì condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche a un'esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione d'interesse sociale»: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Camerino – Napoli, 1994, specie p. 193 (corsivi invece testuali). Ricostruiscono tra gli altri il complesso delle interpretazioni dell'art. 1322, Il comma, V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e meritevolezza: alcune questioni e amplius* F. PIRAINO, *La meritevolezza degli interessi. Genesi, evoluzione, concetto e applicazioni*, entrambi in *Storia, Metodo Cultura*, cit., rispettivamente pp. 3 ss. e 89 ss. e ivi anche, sul rapporto tra causa e meritevolezza, T. DALLA MASSARA, *La causa come segno della meritevolezza: la parola, l'idea e la "cosa"*, pp. 27 ss.; S. POLIDORI, *Meritevolezza e liceità dell'atto di autonomia: ricadute attuali di una questione antica*, pp. 175 ss.

⁵⁵ Un forte *rappel à l'ordre* è ora quello di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023.

costituzionalisti, tanto a proposito dell'espressione "Costituzione economica" (dovendosi preferire il riferirsi ai riflessi dei principi fondamentali in materia economica), quanto circa l'assunto che il modello costituzionale dei rapporti economici – di sicura influenza cattolico–sociale – è sicuramente alla base liberalcapitalista, ma la considerazione delle libertà che riconosce e dei limiti che esso al tempo stesso prevede alle prime deve farlo definire ad economia mista, influenzato dal fattore sociale⁵⁶.

5. Giunti al termine del viaggio che ci si era prefissati di compiere, si proverà ora a riannodare i fili del ragionamento.

Il concetto di merito individuale è sballottato tra Scilla e Cariddi, in due direzioni opposte: per alcuni è ingannevole, ossia non esiste, o comunque – il che è ai fini pratici lo stesso – non è oggettivamente misurabile, per l'impossibilità di separare in limpidezza gli sforzi individuali di chi se ne vanta possessore dal condizionamento dell'ambiente sociale nell'esserselo procurato; secondo altri, al contrario, può ben essere oggetto di valutazione e ha in ogni caso l'utile funzione di stimolare lo sviluppo economico: ci sono i premi della lotteria – non solo quello massimo, giacché se ne annoverano anche di consolazione – e c'è la gara (non da indire, perché essa è piuttosto permanente, come è la vita concreta nel suo divenire) alla quale si partecipa, entrando in gioco.

Una visione realistica del tema non può negare nessuno degli aspetti proposti dalle varie facce che la nozione mostra all'osservatore, né trascurare alcuno degli argomenti addotti a illuminarle: non la differenza di doti naturali, eventualmente incrementabili con l'allenamento, per restare alla metafora della competizione; nemmeno però l'influenza di fattori esterni, familiari e in genere socio–ambientali e nemmeno quella della capricciosa Fortuna nel produrne l'avvio e/o l'accrescimento; né infine la sua funzionalizzazione alla conquista di posizioni appetite nella vita collettiva, visione che è certo possibile contrastare radicalmente, ma solo rischiando di procurare a chi intenda farlo la frustrazione di Sisifo o di don

⁵⁶ Discute con ampiezza entrambi i punti Q. CAMERLENGO, *Costituzione, economia società*, Bari, 2017, richiamando tra gli altri anche M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale* in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, pp. 274 ss. e L. CASSETTI, voce *Costituzione economica*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, II, Milano, 2006, pp. 1638 ss., nonché intitolando appunto l'ultimo capitolo appunto *La vocazione sociale della Costituzione e il fattore economico*, pp. 267 ss., con ampio ragguaglio della giurisprudenza costituzionale. Correttamente, si ricorda qui che dunque «non è la società a doversi adattare all'attecchimento della concorrenza, ma è la concorrenza a dover assumere modalità operative compatibili con un assetto informato ai principi costituzionali di matrice sociale» (p. 292): una bussola a nostro parere applicabile anche corrette direzioni applicative della nozione che le presenti pagine hanno provato a esplorare.

Chisciotte: l'anima e la coscienza di sé quale brillante analista che ben vede i problemi e "non la beve" sono salve, ma troppo forte è il vento contrario alimentato dal pensiero oggi dominante perché la navicella di un'efficace strategia comportamentale rivolta a correggere la rotta "in direzione ostinata e contraria" riesca ad avanzare.

A condurre verso un cammino riformatore, illuminati dall'*ethos* costituzionale, possono servire le favole, come suggerisce proprio a questo riguardo un'acuta dottrina⁵⁷: posto che la natura umana è un legno storto, si può tuttavia provare a trasformare i vizi privati dell'alveare⁵⁸ in pubbliche virtù, se si prova a spostare l'asse della visione. Come ci ha suggerito Marcel Proust ne *La Prigioniera*, «Il solo vero viaggio, il solo bagno di giovinezza, non sarebbe quello di andare verso nuovi paesaggi, ma di avere occhi diversi».

Sarà allora possibile incontrare, lungo questa suggestione metodologica, anche non la solita e classica versione del racconto della cicala imprevidente, che canta in estate dimentica di apprestare provvidenze per la brutta stagione e dell'avara formica che le nega l'aiuto richiesto per sopravvivere ai rigori invernali, ma quella sua rivisitazione a noi contemporanea in cui la seconda accetta invece di compiere un gesto di solidarietà, in riconoscimento dell'aver goduto di quel canto, che l'aveva accompagnata alleviandone la fatica di accumulare provviste⁵⁹.

⁵⁷ M. SABBIONETI, *La rivincita della meritevolezza: una fiaba giuridica della postmodernità*, in *Storia Metodo Cultura*, cit., pp. 247 ss.

⁵⁸ B. MANDEVILLE, *La favola delle api. Ovvero vizi privati, pubblici benefici con un saggio sulla carità e le scuole di carità e un'indagine sulla natura della società*, trad. it., a cura di T. MAGRI, Roma – Bari, 2002.

⁵⁹ Per alcuni esempi, A. PORZIA, *Le diverse versioni della cicala e della formica: da Esopo a Trilussa*, in *La Città immaginaria.com*, 21 Luglio 2022. In aggiunta, eccone poi altri, come la rivisitazione di G. PREZZOLINI: «La cicala, v'hanno detto, è l'immagine del poeta, del pensatore, che non fa nulla tutto il giorno, non lavora con le braccia, non sta al banco di nessuna bottega, non produce nulla che si possa mangiare. Di tratto in tratto, se gli salta l'estro, prende un pezzo di carta e scarabocchia qualche cosa, buona per passare il tempo. Ma questa non è che l'apparenza. In realtà il poeta e il pensatore fanno vivere tutti quelli che lavorano, con le braccia o no; perché mentre sembrano oziare, le loro menti fatiche si affaticano intorno alle ragioni e alle armonie di questa nostra vita, e scoprendole danno a tutti la ragione, di faticare, di soffrire e di vivere. Quanta gioia c'è ora nel canto della cicala, dacché la vedete non più oziosa, ma anzi, spensieratamente lavoratrice e donatrice! Quanta gioia nel poeta di comunicare con il cielo e con gli uomini e d'aprir loro un orizzonte più vasto! Cari ragazzi, questa è la storia della cicala e della formica moderne. Ma non è poi detto che non sia stata la storia della cicala e della formica di tutti i tempi, storia che i nostri vecchi non sapevano vedere e osservare», in *Primavera*, 4, aprile 1912, 269. Qui le versioni in rima di G. RODARI: «*Alla formica*. Chiedo scusa alla favola antica/ se non sto con l'avara formica./ Io sto dalla parte della cicala/ che il più bel canto non vende, regala»; *Rivoluzione* Ho visto una formica / in un giorno freddo e triste / donare alla cicala / metà delle sue provviste. / Tutto cambia: le nuvole, / le favole, le persone.... / La formica si fa generosa.... / È una rivoluzione», in *Filastrocche in cielo e in terra*, Torino, 1960. Riporto infine la versione del narratore contemporaneo M. PIQUEMAL: «Quell'anno la formica sentì che sarebbe stato un inverno rigido, così durante la bella stagione, lavorò duramente per farsi delle belle provviste. Nel cuore dell'estate faceva un caldo insopportabile e la formica era quasi sul punto di scoraggiarsi.

In breve, il “merito meritevole” è quello di chi – possedendolo – si fa carico delle altrui difficoltà, guarda a chi resta indietro e lo sovviene. Solo così esso non traveste il privilegio e realizza una reale mobilità sociale. Si tratta di un atteggiamento eticamente orientato, certo (sia che la solidarietà sociale trovi radici in un’etica oblativa, sia che venga guidata da ansie metafisiche, sia infine che individui una condotta ispirata all’ “egoismo presbite” di chi è sollecito verso gli altri perché ne spera un contraccambio nel caso di proprio eventuale bisogno)⁶⁰, ma che è altresì giuridicamente vincolante, come confidiamo che si evinca chiaramente dai riferimenti sparsi nel testo.

Fortunatamente la sua amica cicala cantava: questo le dava coraggio e sollevava le sue pene. Quando arrivò, l’inverno fu effettivamente terribile, con burrasche e un vento glaciale. La formica pensò allora alla sua amica cicala, che non era stata previdente come lei: invece di raccogliere provviste, aveva cantato per la felicità di tutti. Qualcuno del villaggio diceva che era una scervellata. Se ora moriva di fame, peggio per lei! Ma la formica non nutriva tanto rancore. La cicala aveva una voce talmente bella che sarebbe stato un crimine non farne godere tutta la comunità. La formica allora raccolse un grande sacco di provviste e, dopo una piccola pausa, lo portò all’amica. Per ringraziarla, la cicala cantò, solo per lei, una delle sue canzoni più belle!». Si rinvia per gli ultimi due autori al sito www.leparoleleggere.it.

⁶⁰ Le citazioni bibliografiche sarebbero qui di ampiezza improponibile. Si veda per tutti R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010 e la letteratura richiamata dall’autore.

Limite al rinnovo dei mandati degli organi direttivi delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate e principio di proporzionalità. Un motivo in più a sostegno della natura mista delle federazioni sportive*

GIOVANNI SERGIO

SOMMARIO: 1. Il limite al rinnovo dei mandati negli organi apicali delle federazioni sportive quale principio ordinatore degli organi a composizione elettiva. Un inquadramento d'insieme – 2. I profili giuridici al vaglio della Consulta e i problemi posti dal Collegio rimettente in ordine al rinnovo delle cariche elettive – 3. La natura giustiziale degli organi di giustizia sportiva in punto di legittimazione nel richiedere l'intervento incidentale della Corte costituzionale – 4. Le principali problematiche correlate alla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali: il problema della diretta impugnazione delle norme federali di organizzazione – 5. Il rapporto intercorrente tra il principio di proporzionalità e il divieto definitivo di accesso alle cariche direttive federali – 6. Considerazioni conclusive.

1. La problematica affrontata dalla Consulta ha origini antiche ed è afferente all'annosa questione relativa ai limiti del rinnovo dei mandati tra gli organi apicali delle federazioni sportive e delle discipline sportive associate. Trattasi di una questione risalente nel tempo e che ha ragion d'essere nell'evitare che in un certo organo, che è sintesi di un centro di potere, possano consolidarsi rendite di posizione. Al contempo, la necessità di avvalersi delle persone che in concreto hanno più esperienza in un particolare settore esclude la possibilità di adottare misure che *in nuce* definiscono la possibilità di divenire parte dell'organo a nomina elettiva.

Le origini di tale *modus operandi* sono antichissime e si rinvencono finanche nel VI sec. a.c.

Basti pensare che già nella legge costituzionale di *Dreiros* si era stabilito una regola essenziale in cui si vietava al *Cosmo* (magistrato cretese) di ricoprire nuovamente la carica già svolta per un periodo di almeno dieci anni¹. L'idea della

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

limitazione in un popolo fortemente liberista quale quello greco fu un pensiero costante che si esprime anche in altri istituti giuridici *illo tempore* vigenti. È il caso di rammentare il fenomeno dell'ostracismo, ossia di quella fattispecie consistente nell'esiliare taluni soggetti dalla *polis* ateniese per la durata di 10 anni – a seguito di una votazione di almeno 6.000 cittadini – in quanto ritenuti dalla maggioranza come possibili elementi di disturbo a una compiuta realizzazione della democrazia in considerazione delle particolari ricchezze e poteri da loro accumulati nella propria vita². Da ultimo, il divieto voluto da Clistene di inibire l'accesso alla *Boulè* – ossia al consiglio rappresentativo della comunità – a coloro i quali avessero già ricoperto una simile carica per più di due volte nella vita.

L'idea della limitazione del potere, che successivamente maturerà nelle principali elaborazioni giuridiche ottocentesche che hanno preceduto le prime codificazioni³, trova nel diritto pubblico attuale una pluralità d'istituti riconducibili sia alle forme di Governo, sia alle forme di Stato.

Con specifico riferimento a quest'ultime, non può non evidenziarsi quanto dettato dall'art. 51, co. 1 e 2, TUEL, che vieta ai sindaci e ai presidenti di provincia di ricoprire nuovamente la medesima carica già ricoperta per due mandati consecutivi e, nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, per tre mandati consecutivi⁴.

Anche la Carta costituzionale sembra aver dato rilevanza a tale principio.

¹ v. J. P. VERNANT, *Le origini del pensiero greco*, Roma, 1993, pp. 19 ss.; G. CUNIBERTI, 'Durata e quorum dell'ostracismo ateniese', in F. COSTABILE, *Studi interdisciplinari sul mondo antico*, vol. I, Roma 2004, pp. 117 ss.; M. GALDI, *Il contributo della Grecia antica al Diritto Pubblico dei moderni*, in *Rassegna di studi e ricerche pubblicistiche*, Salerno, 2015, pp. 15 ss.

² Il dato storico è descritto nelle *Storie* di Erodoto e nella *Costituzione* degli Ateniesi di Aristotele.

³ Montesquieu, con specifico riferimento alle leggi relative alla natura dell'aristocrazia, sosteneva che "In ogni carica pubblica, bisogna compensare la grandezza del potere con la brevità della sua durata. La maggior parte dei legislatori ha fissato un anno come termine: un periodo più lungo sarebbe pericoloso; uno più breve, contrario alla natura delle cose" (v. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, (a cura) di Domenico Felice, Cap. III, Libro II, Bologna, 2012, pp. 5 ss.

⁴ Al riguardo la Corte costituzionale (sentenza numero 60 del 6 aprile 2023) ha evidenziato che "In generale, come afferma la giurisprudenza di legittimità (in relazione al divieto del terzo mandato consecutivo per i comuni con popolazione non inferiore a cinquemila abitanti), il limite in parola ha lo scopo di tutelare «il diritto di voto dei cittadini, che viene in questo modo garantito nella sua libertà, e l'imparzialità dell'amministrazione, impedendo la permanenza per periodi troppo lunghi nell'esercizio del potere di gestione degli enti locali, che possono dar luogo ad anomale espressioni di clientelismo» (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 26 marzo 2015, n. 6128; in termini, vedi anche sezione prima civile, sentenza 6 dicembre 2007, n. 25497); serve a «favorire il ricambio ai vertici dell'amministrazione locale ed evitare la soggettivizzazione dell'uso del potere dell'amministratore locale» (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 12 febbraio 2008, n. 3383, e 20 maggio 2006, n. 11895), o, ancora, a «evitare fenomeni di sclerotizzazione della situazione politico amministrativa locale» (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 9 ottobre 2007, n. 21100)".

In termini, l'art. 122 della Costituzione, nel disciplinare il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente della Giunta regionale, dei componenti della Giunta regionale e dei consiglieri regionali, stabilisce che è la legge regionale a indicare la durata degli organi elettivi, nei limiti dei principi fondamentali dettati dalla legge della Repubblica⁵. In tal senso viene introdotta indirettamente una sorta di materia concorrente come quelle enucleate dall'art. 117, co. 3, Cost., la cui legge cornice è rappresentata dalla L. n. 165/2004⁶.

Una normativa analoga, volta anche in questo caso a limitare il numero dei mandati consecutivi negli organi apicali, si può rinvenire anche nell'ordinamento sportivo e, precisamente, nell'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999⁷ – aggiornata con modifica giusto D.L. 75 del 2023 – in virtù del quale è ammesso il terzo mandato consecutivo nel solo caso in cui gli eletti abbiano conseguito un numero pari ad almeno i due terzi dei voti validamente espressi.

Ogni legislazione sin qui dettata, dalla più risalente a quella da ultimo affrontata, ci permette di asserire che le norme volte a limitare il perdurare di taluni soggetti in un certo organo di potere non sono di per sé misure lesive del principio di *autodichia*, nei pubblici poteri, e della volontà degli associati, nel caso delle federazioni sportive e delle discipline sportive associate. Di converso, la limitazione è il mezzo attraverso cui favorire la rotazione e il ricambio generazionale ed evitare che un certo organo, espressione di un potere dalla rilevanza pubblica, possa essere oggetto di meccanismi arbitrari atti a limitarne il pluralismo.

A questo scopo, assume pregnanza il ruolo assunto dal principio di proporzionalità e, per l'effetto, il ruolo decisivo della Corte costituzionale, dato il necessario innestarsi della limitazione ai mandati consecutivi su altri principi di rilevanza

⁵ In ordine a tale tematica autorevole dottrina ha avuto modo di rappresentare che l'ammissibilità di norme di dettaglio è fatta salva dalla Carta costituzionale in nome sia del principio di continuità, sia dall'esigenza di salvaguardare un carattere unitario di norme volto a garantire un livello essenziale delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m). cfr. M. P. GORLERO, S. CATALANO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, ed. II, Milano, 2018, p. 194; F. BENELLI, *Interesse nazionale, istanze unitarie e potestà legislativa regionale: dalla supremazia alla leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5, 2006, pp. 933 ss.; B. CARAVITA, *Una vicenda piccola, una questione importante: alcune riflessioni in ordine ad un recente rinvio presidenziale*, in *www.federalismi.it*, 2002.

⁶ Il cui art. 2, co. 1, lettera f) espressamente prevede la “non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, sulla base della normativa regionale adottata in materia”.

⁷ Tale disciplina involge il riordino del Comitato olimpico nazionale italiano, in attuazione dell'art. 11 della L. n. 59 del 1997. È indicato l'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999 attualmente vigente a seguito della sopraggiunta modificazione avvenuta con D.L. n. 75 del 2023, L. di conversione n. 112 del 2023. La previgente normativa, al vaglio della Consulta, espressamente stabiliva che: “Gli statuti delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate prevedono le procedure per l'elezione del presidente e dei membri degli organi direttivi, promuovendo le pari opportunità tra donne e uomini. Il presidente e i membri degli organi direttivi restano in carica quattro anni e non possono svolgere più di tre mandati”.

costituzionale come, nel caso al vaglio della Consulta, la libertà di associazione e di autorganizzazione degli organi federali sportivi e delle discipline associate a composizione elettiva⁸.

2. Il Tribunale amministrativo per il Lazio, sez. I *ter*, con sentenza non definitiva n. 23 del 2023 ha rimesso al vaglio della Consulta la questione afferente alla legittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999 (*ante* abrogazione), nella parte in cui inibiva la candidatura a cariche direttive all'interno delle federazioni sportive nazionali a chi avesse già ricoperto precedentemente cariche analoghe, per un periodo di tre mandati.

Nel dettaglio, la portata programmatica dell'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999 aveva determinato un processo di osmosi dei regolamenti federali sulla scorta dell'art. 6, co. 1 e 2, della L. n. 8 del 2018, con la conseguente applicazione in sede regolamentare di una norma applicativa del principio di limite al rinnovo dei mandati per le cariche apicali delle federazioni sportive, adottata volontariamente dal singolo ente o, in mancanza, da un commissario *ad acta* a tal uopo nominato.

Il caso posto all'attenzione della Consulta trae origine dalla comunicazione con cui il Presidente della Federazione italiana Tennis e Padel⁹ respingeva la candidatura del ricorrente in ragione del superamento del prefato limite di tre mandati, ai sensi dell'art. 54, co. 2, dello statuto FITP, precetto applicativo del vincolo imposto dal legislatore con l'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999. Secondo il

⁸ In considerazione della particolare ampiezza della tematica riconducibile alla libertà di associazione, valga sottolineare che in questa sede per essa deve intendersi quella libertà del singolo di associarsi con più soggetti al fine di realizzare un certo fine comune a una data collettività. In questo senso, la libertà di associazione costituisce uno degli aspetti fondamentali del pluralismo sociale ed è, a sua volta, una specificazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. La propria valenza elastica emerge chiaramente nella Carta costituzionale dove è possibile individuare quale suo precipitato il principio di libertà di associazioni in confessioni religiose (artt. 7 e 20 Cost.), di libertà di associazione sindacale (art. 39 Cost.) e di libertà di costituzione di partiti politici (art. 49 Cost.). In tale solco è possibile intendere l'effettiva distinzione tra il diritto di riunione e il diritto associazione, essendo la materiale compresenza di più persone in un certo luogo un requisito del solo diritto di riunione, posto che, di converso, ciò che rileva per l'associazione è il vincolo giuridico esistente tra gli associati che si sintetizza nel fine sociale per cui è costituito un certo ente giuridico. Sul tema, in dottrina, si veda F. RIGANÒ, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo Settore*, in *Diritto costituzionale*, 2/2021, pp. 137 ss.; T. FROSINI, *La dimensione costituzionale dello sport*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2/2021, pp. 240 ss.; F. CLEMENTI, *Lo "statuto generale" della libertà di associazione in prospettiva comparata: l'esperienza dei Paesi europei e dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2017, pp. 879 ss.; M. G. NACCI, *La libertà di associazione tra tutela multilivello dei diritti e limiti imposti dalla sicurezza interna ed internazionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2018, pp. 15 ss.

⁹ D'ora in avanti, FITP.

direttivo del Comitato regionale Toscana¹⁰ della FITP, per come disposto *ex professo* dall'art. 54 dello statuto federale, il richiedente non era nelle possibilità di divenire consigliere di tale Comitato, avendo già svolto sette mandati in qualità di presidente della FITP.

Impugnata la decisione adottata dal Presidente del C.R. Toscana innanzi agli organi di giustizia sportiva, questi rigettavano le richieste formulate dall'escluso. A sostegno delle rispettive decisioni, la Corte di Appello della FITP (decisione n. 7 del 17 dicembre 2020) e il Collegio di Garanzia del CONI (pronuncia n. 63 del 27 aprile 2021) assumevano che la censura di incostituzionalità dell'art. 16 del D.Lgs. n. 242 del 1999 non doveva essere condivisa essenzialmente sulla scorta di due ragioni: 1) La non necessaria natura privatistica della FITP, in quanto, la valenza pubblica di tale soggetto emergeva dalla natura e rilevanza di interesse generali delle attività svolte, essendo realizzati i compiti di cui all'art. 23, co. 1, Statuto CONI che, in concreto, sono idonei a soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 2, par. 1, punto 4, lettera a) della direttiva 2014/24; 2) L'impossibilità di adire la Corte costituzionale sul punto in considerazione della propria natura giustiziale, oltre che alla luce di quanto dettato dall'art. 39, co. 6 e 7, del Codice di Giustizia sportiva del CONI¹¹.

La decisione n. 63 del 27 aprile 2021 adottata dal Collegio di Garanzia presso il CONI, sez. III, veniva impugnata innanzi al Tribunale amministrativo per il Lazio, per non aver il Collegio di Garanzia del Coni disapplicato l'art. 54, co. 2, della FITP, dato il contrasto con norme di rango europeo (artt. 11 CEDU e 12 Carta di Nizza), e per non aver instaurato il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, nonostante la rituale eccezione di parte¹².

Precisamente il rimettente¹³, riconoscendo all'art. 16, co. 2, della D.Lgs. n. 242 del 1999, un fine senz'altro in sé non lesivo e consistente nell'evitare rendite di posizione da parte di coloro che compongono gli organi direttivi delle singole

¹⁰ Di seguito indicato come, C.R. Toscana.

¹¹ cfr. Collegio di Garanzia del CONI, I sez., 9 luglio 2021, n. 603; Corte costituzionale, n. 160 del 25 giugno 2019; *Id.*, 11 febbraio 2011, n. 49.

¹² In particolare, questi invocava l'intervento della Corte costituzionale in considerazione della presunta illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, Cost., oltre che delle relative norme applicative dei singoli statuti federali quali, ad esempio, l'art. 54 della FITP, nella parte in cui s'inibiva ai soggetti che avessero già svolto la carica di presidente o di organo direttivi per un massimo di tre mandati la possibilità di divenire nuovamente parte di organi apicali di una federazione sportiva nazionale.

¹³ Sulla non manifesta infondatezza della censurata incostituzionalità della norma, si riporta pedissequamente quanto indicato dalla decisione in commento, al paragrafo 1.2.: "Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente si sofferma innanzitutto sulla natura giuridica della FITP, che qualifica come associazione di diritto privato, sulla base dell'art. 15, comma 2, del d.lgs. n. 242 del 1999 («Le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato») e della sentenza del Consiglio di Stato, sezione

federazioni da più lungo corso – così da favorire il ricambio generazionale e da promuovere la partecipazione alla vita attiva dell'ente – assumeva che la definitiva incandidabilità di taluni soggetti non fosse il modo migliore per garantire il risultato sperato con la norma. Secondo il ragionamento del Tar Lazio, la non temporaneità della misura interdittiva avrebbe determinato, da un lato, una minore platea di soggetti potenzialmente interessati, nonostante l'esperienza maturata, a partecipare alla vita associativa, e dall'altro, avrebbe comportato una rilevante compressione della libertà di associazione, tenuto conto della veste privatistica propria alle singole federazioni sportive.

A fronte di siffatte considerazioni, veniva assunta la violazione degli artt. 2 e 18 Cost. e, con riferimento agli artt. 11 CEDU e 12 Carta di Nizza, l'art. 117, co. 1, Cost. Precisamente, il Tribunale amministrativo riteneva che la norma in questione fosse viziata da non proporzionalità e inadeguatezza, posto che tale misura non sarebbe *“la meno restrittiva dei diritti fra quelli possibili”*, assumendo che il divieto temporaneo ai mandati consecutivi sarebbe *ex se* sufficiente a favorire il ricambio generazionale ed evitare casi di clientelismo.

quinta, 15 luglio 2021, n. 5348. Osserva poi che la norma censurata «rende l'interessato interdetto in via definitiva dalla possibilità di far parte degli organi direttivi della FIT», impedendogli di prendere parte all'attività gestionale e di indirizzo dell'associazione. La norma in questione si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3 e 18 Cost., prevedendo una misura sproporzionata ed irragionevole rispetto agli obiettivi che il legislatore si era prefissato, «soprattutto se si tratta di incidere su un'associazione di diritto privato che contribuisce allo sviluppo della personalità dell'individuo nell'ambito di una formazione sociale come la Federazione sportiva». Il rimettente riconosce che la ratio dell'art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 242 del 1999 consiste «nell'evitare “rendite di posizione” da parte di coloro che siedono negli organi direttivi delle Federazioni, in modo da favorire un ricambio all'interno degli organi di rappresentanza, ciò nell'intento di promuovere una maggiore partecipazione alla vita associativa». La «definitiva incandidabilità» sancita dalla norma censurata non supererebbe, tuttavia, il test di proporzionalità, in quanto la misura prescelta non sarebbe la «meno restrittiva dei diritti» fra quelle possibili. Tale misura «restrittiva e definitiva» determinerebbe una rilevante compressione della libertà di associazione dell'individuo, che, in maniera sproporzionata ed irragionevole, verrebbe «escluso definitivamente dalla vita attiva dell'associazione di riferimento». Inoltre, la norma de qua renderebbe difficile reperire candidati per ricoprire le cariche elettive, con conseguente rischio per il funzionamento stesso dell'associazione. Ciò si tradurrebbe nella violazione dell'art. 3 Cost., «a maggior ragione se rapportata ai richiamati artt. 2 e 18 della Cost. (e, quindi, anche all'art. 117, comma 1, Cost. con riferimento ad art. 11 CEDU, e all'art. 12 Carta di Nizza)». Il rimettente osserva che, nella maggior parte dei casi, le norme limitative dei mandati (anche nell'ambito di organismi pubblici) fanno riferimento ai mandati svolti consecutivamente, ma non inibiscono mai in via definitiva l'elettorato passivo degli interessati (è richiamata la sentenza n. 173 del 2019 di questa Corte). Un divieto riferito ai mandati consecutivi sarebbe sufficiente a favorire il fisiologico ricambio all'interno dell'organo, a evitare il rischio di «cristallizzazione della rappresentanza» e a garantire condizioni di eguaglianza per l'accesso alle cariche elettive. Ciò dovrebbe valere a maggior ragione per le associazioni private, dato che, in base agli artt. 41 e 42 Cost., le restrizioni della libertà di iniziativa privata non dovrebbero mai «sfociare nell'arbitrarietà e nell'incongruenza» delle misure adottate per assicurare l'utilità sociale. La misura introdotta sarebbe dunque sproporzionata perché lo stesso obiettivo avrebbe potuto essere conseguito con misure non definitive. La norma censurata violerebbe poi gli artt. 2 e 48 Cost. in quanto limiterebbe il diritto di elettorato passivo, avente carattere inviolabile nell'ambito di un ente privato in cui si esplica la personalità».

A ulteriore sostegno di tale ragionamento, il Tribunale amministrativo regionale edulcorava la natura privatistica delle federazioni sportive che, in ossequio ai principi di cui agli artt. 18, 41 e 42 della Carta costituzionale, dovrebbe disincentivare tutte quelle misure che incidentalmente determinano una diminuzione della portata del principio di libertà di riunione e associazione.

Costituitasi in giudizio, la FITP – resistente nel giudizio *a quo* – chiedeva l'accoglimento della questione sollevata, avendo questi dovuto adeguare il proprio statuto all'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1990 in considerazione dell'intervento del commissario *ad acta* che, con decreto del 20 giugno 2019, aveva modificato l'art. 54, co. 2, dello Statuto FITP¹⁴.

Il ricorrente, nel sostenere l'irragionevolezza della norma di relazione motivo di esclusione, evidenziava come violato il principio di eguaglianza sostanziale, venendo applicate per le sole federazioni sportive nazionali norme definitive di incandidabilità, nonostante la propria natura di soggetti privati, così determinando un'irragionevole disparità di trattamento tra gli iscritti alle federazioni e gli iscritti alle altre associazioni private senza fine di lucro.

A suffragio di tale censura, al fine di sottolineare l'irragionevolezza della questione, il ricorrente ribadiva che la FITP aveva adottato un diniego alla propria candidatura (quindi un atto autoritativo) in discriminare anche al fine teleologico di cui alla norma, avendo occupato cariche direttive dodici anni prima rispetto all'attuale candidatura. Conseguentemente, la medesima concludeva asserendo che il divieto censurato non produrrebbe alcun beneficio ai fini del ricambio delle cariche posto che l'interessato non partecipava attivamente alla vita della FITP ormai da lungo corso, anche facendo leva sul pur legittimo fine di evitare rendite di posizione, *ratio* della norma impugnata.

3. Da uno studio complessivo delle decisioni che hanno interessato la questione giuridica successivamente decisa dalla Consulta, veniva assunto il principio per il quale la natura giustiziale degli organi sportivi¹⁵ impedisse agli stessi di

¹⁴ Siffatta constatazione, rende inequivocabile il ruolo svolto dal CONI rispetto alla possibilità di organizzazione delle federazioni sportive nazionale e discipline sportive associate. Si riporta, per praticità, in via analitica l'art. 54, co. 2: "Il presidente federale, i presidenti regionali e provinciali, i componenti del consiglio federale e dei consigli regionali e provinciali della FITP non possono svolgere più di tre mandati".

¹⁵ Sulla natura giustiziale delle federazioni sportive v. A. M. MARZOCCO, *Sul contributo per l'accesso ai servizi di giustizia sportiva esofederale ed endofederale*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2/2022, pp. 315 ss.; A. MAIETTA, *Profili civilistici e tutela giustiziale nel diritto sportivo*, II, Milano, pp. 159 ss., 2022; F. F. TUCCARI, *Considerazioni in tema di giustizia sportiva*, in *Società e Diritti*, VII, n. 13, 2022.

interessare in via incidentale la Corte costituzionale. Nel dettaglio, assume pregnanza un particolare passaggio della pronuncia adottata dalla Corte d'appello federale (n. 7 del 17 dicembre 2020) che, argomentando sulla base di quanto dettato dall'art. 39, co. 6 e 7, del Codice di Giustizia Sportiva del CONI¹⁶, concludeva nel senso di non essere nelle possibilità di adire la Consulta, dato il proprio grado di autonomia rispetto alla giurisdizione ordinaria.

E ancora, a sostegno delle proprie ragioni, il giudice sportivo sottolineava che il suo giudicato non fosse una zona franca dal controllo di costituzionalità, alla luce della vagliabilità della norma nazionale (*recte*: legge ordinaria foriera dei principi da applicarsi in sede regolamentare e statutaria federale) ad opera del giudice amministrativo, a seguito di impugnazione.

Preliminarmente valga sottolineare che il giudice d'appello sportivo motivava l'omessa disapplicazione in considerazione dei particolari effetti a cascata sulle superiori normative nazionali, trattandosi la norma federale in questione di una fonte normativa d'attuazione dei principi generali indicati in legge ordinaria ed espressione del principio di democraticità interna agli enti, di trasparenza e di pari opportunità, a prescindere della veste privata e dell'autonomia gestionale propria alle federazioni sportive.

In termini, assume rilievo quanto sostenuto da autorevole giurisprudenza¹⁷ in ordine alla natura delle carte federali delle associazioni sportive. Secondo tale ricostruzione, i regolamenti federali sono da includersi nel novero degli atti di autonomia organizzativa contrattuale e non di norme di diritto, con la conseguenza che non è possibile denunciarne un vizio riconducibile alla violazione di legge.

¹⁶ Art. 39, co. 6 e 7, Codice di Giustizia sportiva del CONI: "6. Fuori dei limiti di cui ai precedenti commi, gli organi di giustizia non sono soggetti all'autorità di altra sentenza, che non costituisca cosa giudicata tra le stesse parti; essi conoscono di ogni questione pregiudiziale o incidentale, pur quando riservata per legge all'Autorità giudiziaria, la cui risoluzione sia rilevante per pronunciare sull'oggetto della domanda, incluse le questioni relative alla capacità di stare in giudizio e all'incidente di falso. 7. In nessun caso è ammessa la sospensione del procedimento salvo che, per legge, debba essere decisa con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale di merito e la relativa causa sia stata già proposta davanti all'Autorità giudiziaria". Siffatte normative di relazione riconoscono ai soli organi di giustizia sportiva ogni questione pregiudiziale o incidentale alla questione al vaglio dell'organo di giustizia sportiva (anche se di competenza del giudice ordinario) e inibiscono la facoltà di sospendere il giudizio, salvo che non sia già pendente un giudizio di merito pregiudiziale.

¹⁷ v. Corte di cassazione, sez. III, 9 agosto 2023, n. 24284: "...il Regolamento agenti FIGC — insieme con le altre "carte federali" delle federazioni sportive nazionali, aventi natura di associazioni con personalità giuridica di diritto privato — rappresenta un atto di autonomia organizzativa contrattuale (cfr. Cass. n. 17067 del 3/08/2007; Cass. Sez. U. n. 2725 del 12/05/1979): pertanto, non assumendo il rango di "norma di diritto", non è possibile denunciarne la violazione o falsa applicazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ." (in tale solco, v. anche Corte cass., sez. III, 3 agosto 20007, n. 17067; *Id.*, SS.UU., 12 maggio 1929, n. 2725).

A questo punto, fondamentale è il ruolo assunto dalle leggi ordinarie che si pongono come norme di relazione atte a regimentare i profili attuativi delle normative regolamentari e statutarie delle federazioni e delle discipline sportive associate. Per l'effetto, le possibili antinomie tra norme federali, leggi ordinarie e leggi costituzionali sono agilmente superabili attraverso il criterio della gerarchia delle fonti di cui all'art. 12 delle preleggi oppure attraverso l'impugnazione della decisione adottata dal giudice sportivo innanzi agli organi giudiziari statali, ad esclusione delle materie riservate alla sola giurisdizione degli organi sportivi.

In questo ultimo caso poco spazio di manovra lascia l'art. 39, co. 6, Codice Giustizia Sportiva del CONI nella parte in cui attrae le norme incidentali alla questione sportiva nell'ambito di operatività del solo giudice federale, *a fortiori* ove si consideri che la sospensione pregiudiziale del processo sportivo è ammessa nel solo caso di pendenza di un giudizio di merito.

Emergono *ictu oculi* dei problemi di non poco rilievo.

Dapprima, occorre rilevare che tale inquadramento non tiene conto di quanto dettato dall'art. 1, co. 2, della L. n. 280 del 2003 in virtù del quale è cristallizzato il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, ad eccezione dei casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con lo stesso ordinamento sportivo. Tale disposizione mal si concilia con l'art. 2, co. 1, lettera a)¹⁸ della medesima normativa, posto che in tale sede il legislatore ha riconosciuto che le norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle relative articolazioni sono da ricondursi sotto l'egida degli organi federali in via esclusiva¹⁹.

In questo senso, non s'intende come un'eventuale norma organizzativa, soggetta alla sola giurisdizione dell'organo sportivo, possa essere vagliata in punto di costituzionalità, laddove essa sia il solo frutto della volontà degli associati. Ne discende che l'incidente di costituzionalità sarebbe escluso tanto dall'art. 39, co. 7, del Codice di Giustizia Sportiva del CONI – vista l'assenza di un potere di sospensione attribuibile al giudice sportivo in considerazione della particolare natura del

¹⁸ Art. 2, co. 1, lettera a) stabilisce che: "In applicazione dei principi di cui all'articolo 1, è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive".

¹⁹ Art. 3, co. 1, L. n. 280 del 2003: "Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In ogni caso è fatto salvo quanto eventualmente stabilito dalle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui all'articolo 2, comma 2, nonché quelle inserite nei contratti di cui all'articolo 4 della legge 23 marzo 1981, n. 91".

giudizio di legittimità costituzionale – quanto dall'impossibilità per il giudice statale (*recte*: giudice amministrativo) di rimettere alla Suprema Corte una presunta illegittimità di una norma organizzativa federale non agganciata a una norma ordinaria, alla luce di quanto espressamente stabilito dall'art. 134 Cost.

Trattasi di un evidente caso di vuoto di tutela costituzionale.

Inoltre, a tutto concedere, non può revocarsi in dubbio che siffatto approccio impone che l'incostituzionalità di una norma organizzativa d'attuazione di una legge ordinaria sarebbe incidentalmente al vaglio della Corte costituzionale nel solo caso in cui venga adito il giudice amministrativo. Così ragionando, l'impugnativa al giudice ordinario risulterebbe una preconditione per il possibile accesso al giudizio di costituzionalità su di una norma ordinaria, non potendo il giudice sportivo rimettere d'ufficio la questione alla Consulta per le ragioni sopra esposte, come soventemente avviene nella prassi giudiziaria a prescindere dall'eccezione di parte²⁰.

Evidentemente, il principio di accesso alla giustizia ne risulterebbe stressato, essendo subordinato alla sola perizia della parte processuale.

Per altro aspetto, sembrerebbe che la propria qualificazione di organo giustiziale escluderebbe al giudice sportivo in radice di sollevare questione di illegittimità costituzionale. Ovviamente non è data la possibilità al giudice di dichiarare l'incostituzionalità della norma, evidentemente illegittima per difetto di attribuzione sarebbe una tale pronuncia, ma potrebbe in astratto disapplicare la norma in parola ritenuta contraria ai principi costituzionali auspicando l'impugnativa²¹.

Del resto, una tale soluzione supererebbe anche le problematiche correlate a un giudizio di costituzionalità subordinato alla facoltà del privato di impugnare il giudizio definitosi in ambito sportivo. Diversamente, la pregiudiziale sportiva non lascerebbe alcun margine di giudizio al giudice sportivo diverso dalla disapplicazione²².

²⁰ Art. 1, L. cost. n. 1 del 1948: "La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione".

²¹ Questa soluzione pare non essere condivisa in giurisprudenza (cfr. *ex multis* Corte cost., 14 giugno 1990, n. 285; *Id.*, 29 dicembre 1966, n. 127), sebbene quanto di recente sottolineato dalla Consulta con riferimento alla possibilità di disapplicare una norma ritenuta incostituzionale nel caso di esercizio di un potere cautelare volto ad evitare un "pregiudizio irreparabile" (v. Corte cost., 6 luglio 2023, n. 137).

²² Circa il tema della decisione sportiva soggetta a impugnativa innanzi al giudice statale si v. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10606 secondo cui "Erronea sarebbe poi l'interpretazione fornita dal primo giudice della disciplina normativa di cui al d.l. n. 220/2003: vero è che quest'ultima disciplina ha previsto il ricorso al giudice amministrativo solo previo esaurimento dei gradi della giustizia sportiva; ma ciò non vuol dire che sia precluso il ricorso alla giustizia amministrativa per i provvedimenti definitivi, cioè non più suscettibili di revisione da parte del giudice sportivo. E tale

Di certo, in tale solco sarebbe auspicabile una revisione dell'art. 39, co. 6 e 7 del Codice di Giustizia Sportiva del CONI con riferimento alla possibilità per gli organi di giustizia sportiva di adire la Corte costituzionale in via incidentale. Siffatta scelta legislativa, al contempo, da un lato avvicinerebbe tali organi a quelli della giustizia ordinaria, dall'altro eviterebbe che la probabile incostituzionalità di una norma organizzativa non fosse vagliata dalla Consulta solo in presenza di un'impugnativa innanzi al giudice ordinario, nei casi in cui ciò sia in astratto possibile.

Altra risoluzione potrebbe essere l'estensione alla giustizia amministrativa, in via principale, di quelle norme federali a carattere organizzativo attualmente riservate alla sola giustizia sportiva ai sensi dell'art. 2, co. 1, della L. n. 280 del 2003. Questa soluzione di fatto collegherebbe le norme di organizzazione di una federazione, soggette al controllo del CONI (il quale può spingersi finanche alla nomina di un commissario ad acta), alle norme regolamentari direttamente lesive frutto degli organi con funzioni legislative delle autonomie locali, con la conseguente immediata impugnazione di esse a prescindere dall'adozione di un atto di attuazione. Tale ricostruzione sarebbe peraltro in linea, fermo restando la variazione dell'art. 2 in ordine alla riserva di giurisdizione sportiva, con la struttura a forma libera data alle federazioni sportive nazionali e alle discipline sportive auspicata dai giudici comunitari²³.

Ulteriore problematica correlata alla natura giustiziale degli organi di natura sportiva è quella riconducibile alla norma di organizzazione non attuativa di una norma ordinaria, ma frutto esclusivamente di una scelta di autodeterminazione dei soggetti. In questo senso, il controllo di legittimità sarebbe *in nuce* escluso per due ordini di ragioni: a) data l'impossibilità degli organi federali di adire la Consulta in considerazione della propria natura giustiziale, così da escludere anche l'ipotesi residuale di sospensione della fattispecie auspicata dal ricorrente nel giudizio definitosi con la pronuncia in esame; b) in considerazione della limitazione legislativa di cui all'art. 134 Cost., che abilita il vaglio della Corte costituzionale ai soli casi espressamente riconducibili a leggi o atti aventi forza di legge dello Stato o delle Regioni.

In questo solco, volendo includere l'ente federale nel novero dei soggetti privati che esercitano funzioni pubbliche, l'eventuale illegittimità dell'atto adottato potrebbe essere scrutinato nel caso di violazione di legge, dell'ordine pubblico e del buon costume, previo espletamento, in ogni caso, della facoltà di impugnazione.

natura avrebbe la decisione di rinvio alla che è stata impugnata in primo grado innanzi al TAR, tra l'altro per l'asserita erroneità delle ragioni dello stesso rinvio, disposto dal Collegio di Garanzia dello Sport per mancata evocazione dei contraddittori necessario"

²³ v. paragrafo successivo.

Onde evitare tale prospettazione – che diviene prassi, data la normativa di settore – assume pregnanza quanto stabilito dalla giurisprudenza pretoria in ordine all'immediata impugnazione delle norme regolamentari direttamente lesive delle situazioni giuridiche soggettive del privato, da applicarsi in via analogica anche per le norme federali sportive²⁴. Un tale inquadramento risolverebbe la problematica afferente alla natura giustiziale degli organi di giustizia, venendo riconosciuto al privato la possibilità di agire direttamente innanzi al Tar per provocare in via incidentale l'intervento della Corte costituzionale.

A questo punto, di assoluta pregnanza è il ruolo assunto dalla veste giuridica della federazione sportiva, per il cui approfondimento si rimanda al successivo paragrafo.

4. La disamina in commento non può prescindere da uno studio sulla natura delle federazioni sportive nazionali²⁵, dato il dibattito che ha interessato la giurisprudenza nazionale e le Corti Europee²⁶. In particolare, dalla lettura delle pronunce dei giudici sportivi che hanno interessato il caso di specie prima

²⁴ *Ex multis*, Tar Lombardia, Milano, 26 gennaio 2022, n. 170, par. 8.2.3.; Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9406; *Id.*, 6 settembre 2010, n. 6463; *Id.*, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1448.

²⁵ Per tutti v. P. SANDULLI, M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo. Il sistema di giustizia sportiva della Federcalcio*, Milano, 2015, pp. 47 ss.; F.P. LUIO, *Giustizia sportiva*, Milano, 1975; F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. dir. sport.*, 1993, 2, pp. 327 ss.; L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, voce, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2009, pp. 491 ss.; F. CARDARELLI, *Il nuovo sistema della giustizia sportiva*, in *Il libro dell'anno del diritto–2015*, in www.treccani.it; M.R. SPASIANO, *La giustizia sportiva*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2020, pp. 600 ss.; M. SANINO, *Giustizia sportiva*, Padova, 2022; F. MODUGNO, *Giustizia e sport: problemi generali*, in *Riv. dir. sport.*, 2, 1993, pp. 327 ss.; P. SANDULLI, *Osservazioni, a prima lettura, sulle conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia circa la natura delle federazioni sportive (rese il primo ottobre 2020 nelle cause riunite C-155/19 e C-156/19)*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2/2020, pp. 341–349 ss.; I. STICCHI, *La natura giuridica delle federazioni sportive. The game must go on!* Nota sulle Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona, presentate il 1. ottobre 2020, nelle cause riunite C-155/19 e C-156/19: Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) e al., in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2/2020, pp. 183 ss.; S. CUSTERI, *La natura giuridica delle federazioni sportive nazionali, enti pubblici o associazioni di diritto privato?* in *Amministrativamente*, 3–4/2015, 4; P. PIZZA, *L'attività delle federazioni sportive tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 12/2002, pp. 3255 ss.; F.P. LUIO, *Natura giuridica delle federazioni sportive nazionali e questioni di giurisdizione*, in *Giustizia civile* 11/1980, 1, pp. 2545 ss.

²⁶ cfr. G. GRECO, *La federazione italiana gioco calcio è un organismo di diritto pubblico? Il vaglio della Corte di giustizia*, in www.federalismi.it, 15/2021, pp. 54 ss.; S. PAPA, *Le federazioni sportive: natura privata e profili pubblicistici alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 10/2021, pp. 214 ss.; P. SANDULLI, *La natura giuridica delle federazioni sportive ed il loro ruolo nell'elenco ISTAT [Istituto nazionale di statistica]*, in *Judicium*, 4/2020, pp. 553 ss.; A. SAPORITO, *Le federazioni sportive. Natura giuridica e discipline applicabili*, in www.ambiente-diritto.it, 4/2020, pp. 290 ss.; G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 4/2016, pp. 264 ss.

dell'intervento del Tribunale amministrativo si evince che la norma ordinaria si assume non essere inficiata da illegittimità costituzionale data la natura pubblica delle federazioni sportive, considerate come organi del CONI e, per l'effetto, soggette a un ampio regime di auto-organizzazione comunque non correlato al principio di libera associazione

In questa sede risulta necessario analizzare il lungo percorso dottrinale, conclusosi con la nota sentenza adottata dalla CGUE, sez. IV, del 3 febbraio 2021, n. 62019 (cause riunite C-115/19 e C-156/19), con la quale il massimo organo comunitario ha avuto modo di prendere posizione rispetto alla veste giuridica da attribuire alle federazioni sportive a seguito di un ampio confronto tra la tesi sulla natura pubblicistica²⁷ e privatistica delle federazioni sportive²⁸.

Per i fautori della prima, la natura pubblicistica delle federazioni sportive era in via principale da rinvenirsi nell'ambito oggettivo delle attività svolte, essendo esercitate attività di interesse generale a beneficio della collettività, con la conseguente possibilità di regolamentare in via autonoma il settore, finanche adottando provvedimenti dal carattere prettamente autoritativi come quelli al vaglio della Consulta²⁹. Tra l'altro, siffatta lettura assume una rilevanza sempre più attuale dato che, con la riforma dell'art. 33 della Carta costituzionale, lo svolgimento dell'attività sportiva ha assunto una rilevanza esplicita costituzionale, dapprima diffusamente ricondotta solo in via mediata alla tutela della salute. A sostegno di tale orientamento, una parte della dottrina muoveva le proprie considerazioni

²⁷ *Inter alia*, v. A. MITROTTI, *Sulla natura giuridica della FIGC come organismo di diritto pubblico*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2/2018, pp. 132 ss.; L. CARBONE, *Federazioni sportive e giurisdizione del giudice amministrativo*, in *il Corriere giuridico*, 6/2001, pp. 740 ss.; G. PISANI, *In tema di riconducibilità della Federazione Italiana Giuoco Calcio alla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2018, pp. 1126 ss.

²⁸ *ex multis* v. A. NICODEMO, *La Federazione Italiana Giuoco Calcio non è organismo di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1/2022, pp. 230 ss.; G. VIDIRI, *Autonomia dell'ordinamento sportivo: natura privata delle federazioni e riparto della giurisdizione*, in *Giustizia civile*, 7-8/2011, 1, pp. 1759 ss.; A. AVERARDI, *Autonomia privata ed esercizio di funzioni pubbliche. Sul problema della qualificazione delle federazioni sportive come organismi di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2/2018, pp. 503 ss.; G. ANDREOTTI, *A proposito delle federazioni sportive nazionali come associazioni di diritto privato. Delibere assembleari ed erronea proclamazione del risultato da parte del presidente di assemblea. Il caso dell'elezione del presidente del comitato regionale FISI Alto Adige*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1/2019, pp. 179 ss.

²⁹ Al riguardo, valga sottolineare quanto sostenuto da autorevole (e risalente) orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 1973, n. 80) attraverso cui si asseriva che, con la legge istitutiva del CONI, veniva riconosciuta natura pubblica alle federazioni sportive, godendo questa di un potere regolamentare autonomo e della potestà di emanare provvedimenti idonei a produrre modificazioni nelle posizioni soggettive dei soci. In dottrina, si evidenziano i contributi di I. SCOTTO, *Il Coni e le Federazioni Sportive*, in *Riv. dir. sportivo*, 1954, pp. 341 ss.; G. ADDOBATI, *Natura Giuridica delle Federazioni sportive nazionali nell'organizzazione del CONI – Riflessi Pubblicistici*, in *Regione e comunità locali*, n. 4-5, 1976, pp. 335 ss.; G. ALPA, *L'ordinamento sportivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, pp. 321 ss.

anche dal particolare controllo esercitato dal CONI in ordine all'approvazione dei bilanci preventivi e consultivi delle federazioni, che potevano anche determinare il commissariamento dell'ente³⁰. Trattasi di un'attività di vigilanza che in concreto inibiva una libera iniziativa economica dell'ente, con conseguente effetto diretto in punto di organizzazione, dato il preventivo controllo in ordine alle voci di spesa necessarie per lo svolgimento delle attività sportive.

Da ultimo, il dato letterale imponeva di ricondurre le federazioni nel novero dei soggetti pubblici. Invero, l'art. 5 della L. n. 426 del 1942 era chiaro nel qualificare le federazioni sportive come "organi del CONI" – così da connotarne la natura pubblicistica – dato il loro ruolo essenzialmente operativo nei singoli settori suddivisi sulla scorta delle attività in concreto esercitate.

I fautori della tesi privatistica³¹, facendo leva su di una diversa interpretazione dell'art. 5 della L. n. 426 del 1942, sostenevano l'autonomia delle federazioni sportive rispetto al CONI. Secondo tale ricostruzione³², se da un lato le attività sportive organizzate dalle singole federazioni circrivano l'ambito oggettivo di organizzazione delle attività federali, dall'altro il CONI esercitava un'attività di controllo sulle stesse comunque esterno. La differenza sostanziale tra attività gestionale e attività di vigilanza imponeva una connaturale autonomia tra i due organi che ne impossibilitava una sovrapposizione analogica. In tale senso milita anche l'autarchia che caratterizza le federazioni sportive, essendo composte da organi elettivi nominati dai soli soggetti che hanno manifestato la volontà di aggregarsi alla federazione di riferimento, in ossequio al principio di libera organizzazione di cui all'art. 18 Cost.

Siffatta impostazione appare essere fatta propria anche dal legislatore come risulta da una piana lettura degli artt. 14 e 15, co. 2, della L. n. 91 del 1981. Invero, se da un lato l'art. 14 non qualifica più le federazioni come "organi" ma, al contempo, ne rimarca l'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione rispetto al CONI, fermo restando lo svolgimento in capo a questi delle funzioni di vigilanza e controllo, dall'altro l'art. 15 espressamente menziona le federazioni sportive come soggetti aventi natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato.

³⁰ Cfr. G. FIDONE, *Sul rapporto tra Coni e Federazioni sportive e sulla loro qualificazione come organismi di diritto pubblico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5/2021, 2, pp. 950 ss.; R. DE NAPOLI, *I poteri autoritativi delle Federazioni sportive: la natura amministrativa della loro attività e la conseguente competenza del giudice amministrativo alla soluzione delle controversie*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2018, pp. 9 ss.

³¹ V. G. FISCHIONE, *La non configurabilità delle Federazioni Sportive Nazionali in termini di organismo di diritto pubblico*, in *www.GiustAmm.it*, 5/2018, pp. 7 ss.

³² Tra i cui esponenti si ricordano G. MORBIDELLI, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Diritto amministrativo*, 1993, pp. 336 ss.; A. DE SILVESTRI, *Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport*, in *Rivista diritto dello sport*, 1992, pp. 283 ss.

Al netto della citata normativa, proclive ai fautori della tesi privatistica, in dottrina si è sviluppata un'ulteriore impostazione che prende il nome di “tesi mista”³³ e che deriva dal carattere promiscuo delle attività svolte dalle federazioni sportive. Tale interpretazione qualificava le federazioni sportive quali organi “indiretti” del CONI, in quanto soggetti privati abilitati al contempo ad emanare atti aventi natura pubblicistica nello svolgimento delle attività istituzionalmente proprie di un soggetto pubblico, quali le disposizioni regolamentari funzionali all'organizzazione dell'ente, e atti a carattere prettamente gestionali quali, ad esempio, le sanzioni disciplinari per violazione del codice sportivo di condotta.

In considerazione della particolare valenza di ogni singolo orientamento sin qui delineato, si è reso necessario l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁴ che si è espressa sull'annosa questione circa la natura giuridica delle federazioni sportive, affrontando anche il rapporto intercorrente tra il CONI e la FIGC con riferimento all'esercizio del potere di vigilanza del primo sul secondo.

I profili posti all'attenzione della Suprema Corte Europea interessavano l'esatta applicazione dell'art. 2, par. 1, punto 4, lett. a), della direttiva n. 24 del 2014. Nel dettaglio, è possibile riassumere le questioni poste al vaglio delle CGUE riportando i principali nodi controversi al vaglio dell'organo di giustizia dell'UE: a) se a un ente con personalità giuridica di diritto privato dovesse attribuirsi rilevanza pubblica limitatamente alle attività pubbliche (tassativamente definite dal diritto nazionale, v. art. 15, co.1, D.Lgs. n. 242 del 1999), a prescindere dal fatto che gode di alcune voci economiche di autofinanziamento; b) se il potere di vigilanza esercitato dal CONI sulle singole federazioni ai sensi dell'art. 23, co. 1, statuto CONI, fosse un requisito sufficiente per cristallizzare il parametro dell'influenza pubblica dominante.

Con specifico riferimento alla prima questione, nell'inquadrare i criteri atti a qualificare gli organismi di diritto pubblico³⁵, la CGUE ha avuto modo di chiarire che a prescindere dalla veste giuridica assunta da un ente, le federazioni sportive possono svolgere legittimamente attività di interesse generale nonostante la propria natura di ente privatistico, purché non abbiano carattere industriale

³³ v. F. FRACCHIA, *Sport (ad vocem)*, in *Digesto disciplina pubblica*, XIV, Torino, pp. 471 ss.; S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, I, Milano, 2003, pp. 939 ss.; G. NAPOLITANO, *La riforma del Coni e delle federazioni sportive*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2000, pp. 118 ss.; L. GIACOMARRO, *Federazioni sportive e CONI: natura dei soggetti e dei relativi atti*, in *Dir. e giusta*, 2003, pp. 24 ss.

³⁴ v. CGUE, sez. IV, 3 febbraio 2021, n. 62019 (cause riunite C-115 e 156 del 2019).

³⁵ Ovvero: natura non industriale o commerciale dell'attività svolta; che l'attività sia finanziata maggiormente dallo Stato, dalle autorità regionali o locali; che la gestione sia svolta sotto l'attività di vigilanza designato dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico. cfr. CGUE, 12 dicembre 2002, C-470 del 1999.

e commerciale. In particolare, quando un soggetto svolga compiti a carattere pubblico tassativamente definiti dal diritto nazionale per soddisfare esigenze di interesse generale aventi natura non industriale o commerciale, la veste giuridica (pubblica o privata) è del tutto inconferente, potendo l'attività sportiva essere svolta tanto da un ente pubblico, quanto da un'associazione privata, a patto che non svolga attività con finalità di lucro.

In ordine al tipo di vigilanza idonea a soddisfare il requisito dell'influenza pubblica dominante, la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di affermare che essa si sostanzia nella possibilità dei pubblici poteri di influire sulle decisioni dell'ente su cui il potere di vigilanza è esercitato, per lo meno equivalente a quello riconducibile al finanziamento maggioritario ad opera di un organismo pubblico o a quello di un organismo di diritto pubblico i cui componenti del comparto amministrativo-direzionale siano designati dallo Stato. Sulla base di tale argomentazione, la Corte ha rilevato come il controllo esercitato dal CONI nei confronti delle federazioni stesse non sia in grado *ex se* di influire sulle decisioni assunte dal soggetto in questione in un dato settore operativo, rimarcando ulteriormente la veste non pubblica delle federazioni e, per l'effetto, la tutela quali associazioni di diritto privato che esercitano attività di interesse generale.

Ad ogni modo, il tema da ultimo affrontato non è di certo nuovo in sede europea³⁶.

Basti considerare che poco meno di due anni prima rispetto alla decisione sopra rappresentata, il medesimo organo³⁷ si era espresso sul particolare rapporto di vigilanza tra il CONI e alcune federazioni sportive nazionali (FIG e FISE), principiando che per evitare di inserire in maniera apodittica le federazioni sportive nel novero degli organismi pubblici o privati, occorre verificare in concreto il ruolo di vigilanza svolta nel CONI e se questo comporti una pressione sull'attività di gestione svolta nella singole federazioni. Detto altrimenti, nel considerare quale possibilità che i contributi pubblici possano considerarsi emolumenti aventi natura pubblicistica nonostante la propria provenienza privata, occorre valutare se tali flussi economici siano soggetti a un controllo del CONI tale da incidere sulla politica generale o sul singolo programma delle federazioni, a prescindere dagli aspetti formali riconducibile al *modus* di espletamento delle singole attività.

³⁶ P. SANDULLI, *La natura giuridica delle federazioni sportive italiane e il rapporto col CONI alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE dell'11 settembre 2019, cause riunite C-612/17 e C-613/17 FIG e FISE contro Istat e Ministero dell'Economia e delle finanze*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport* 3/2019, pp. 131 ss.

³⁷ v. CGUE, II sezione, 11 settembre 2019, n. 62017 (C-612 e 613 del 2017).

In considerazione di quanto sin qui esposto, se da un punto di visto teleologico è possibile asserire che l'attività svolta sia tesa a soddisfare interessi generali e non sia connotata da finalità commerciale o industriale, dall'altro è da escludere che essa sia soggetta a un controllo di vigilanza tale da ingenerare pressioni sulle decisioni assunte dalla singola federazione. Ciò basta ad escludere una qualificazione delle federazioni quali organismo di diritto pubblico e, di conseguenza, l'applicazione anche per le federazioni sportive della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.

Siffatto approdo ermeneutico, non condiviso da parte della dottrina e giurisprudenza³⁸ ha assoluta rilevanza con riguardo alla pronuncia in commento. Pur prendendo atto dell'art. 2, co. 1, L. n. 280 del 2003 (di cui ci si auspica l'abrogazione), la veste pubblica della federazione sportiva avrebbe quale effetto quello di permettere al privato direttamente leso dalla norma sub-primaria di procedere direttamente con la relativa impugnazione, in maniera non dissimile a quanto avviene negli atti regolamentari comunali con cui si arreca un danno al privato a prescindere dall'esistenza di un atto amministrativo d'attuazione³⁹. Essendo riconosciuta in sede europea una rilevanza privatistica alle federazioni sportive, salvo che non si dimostri l'esistenza di un rapporto con l'organo di controllo e vigilanza di riferimento tale da imbrigliare le capacità di scelta del singolo ente federale, la questione si pone con riguardo alla lesione del diritto di libera associazione dei componenti della federazione e, ancora prima, della possibilità degli associati di prevedere norme regolamentari potenzialmente lesive dei principi costituzionali. Siffatta normativa di settore, frutto di scelte privatistiche degli aderenti nel rispetto di principio di autodeterminazione, non sarebbe vagliabile dalla Consulta, data

³⁸ Su questo aspetto l'Anac, con delibera n. 367 del 27 luglio del 2022, ha chiarito che, nel caso in cui non risultasse prevalente il finanziamento pubblico e non risultasse una influenza pubblica dominante esercitata dal Coni, le Federazioni Sportive non sarebbero assoggettate al Codice (degli appalti pubblici) nell'utilizzo delle proprie risorse e nell'affidamento di incarichi di appalto o acquisto di beni e di servizi, comportandosi come un ente ordinario di diritto privato. In dottrina: S. BASTIANON, *La montagna e il topolino: anche dopo la sentenza della Corte di Giustizia l'effettiva natura delle federazioni sportive nazionali resta incerta*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 3/2020, pp. 121 ss.; A. GIORDANO, *Sull'obbligo della pubblica gara per le federazioni sportive*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3/2020, pp. 711 ss.; S. BASTIANON, *L'incerta natura delle Federazioni Sportive nazionali: associazioni di diritto privato o organismi di diritto pubblico? Alla Corte di Giustizia l'ardua sentenza*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 1/2019, pp. 149 ss.; E. LUBRANO, *La sottoposizione dell'attività delle federazioni sportive al Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), tra certezze (apparenti) e perplessità (consistenti) ancora da definire*, in *www.GiustAmm.it*, 3/2018, pp. 12 ss.; V. LANDI, *Federazioni sportive nazionali e procedure di evidenza pubblica*, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 1/2003, pp. 125 ss.

³⁹ Con riferimento alla portata direttamente lesiva dei regolamenti adottati dalla P.A., se immediatamente lesivi, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1159; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 4 aprile 2019, n. 213; Tar Liguria, Genova, 7 aprile 2011, n. 565; Tar Lombardia, Milano, 13 maggio 2011, n. 1239.

la natura organizzativa della norma e del carattere sub-primario della stessa, nonostante il processo di osmosi dettato dalla normativa sul riordino del CONI che, con riferimento alle norme di autorganizzazione, può spingersi finanche alla nomina di un commissario *ad acta*. Evidente, in questo caso, è l'ingerenza del CONI sulle scelte organizzative delle federazioni e discipline sportive associate, con il conseguente inquadramento delle stesse nel novero degli organi pubblici.

5. Il nodo controverso della questione al vaglio della Corte costituzionale interessa il principio di proporzionalità quale criterio di ragionevolezza della norma oggetto del sindacato di legittimità costituzionale.

In particolare, la Corte osserva che, sebbene la garanzia costituzionale non precluda qualsivoglia intervento legislativo limitativo dell'autonomia organizzativa dell'ente, il vaglio di legittimità può interessare il modo in cui il limite normativo infirma il diritto di libera associazione, con la conseguente illegittimità costituzionale di quella norma che sia irragionevole e non proporzionale in sede di bilanciamento operato in concreto con altri diritti di pari rango.

Preliminarmente, valga sottolineare che è *ius receptum* il principio in virtù del quale, in presenza di una questione che verte su di un ipotetico bilanciamento tra due diritti, il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del test di proporzionalità il cui fine è quello di valutare se la norma oggetto di scrutinio sia necessaria e idonea a perseguire gli obiettivi voluti dal legislatore con la relativa positivizzazione, quale misura meno restrittiva dei diritti implicati e, al contempo, adeguata nel pervenire al fine per cui la norma. Superato il vaglio di non irragionevolezza nel fine, la norma giuridica si presta ad essere adeguata nel momento in cui riesce a raggiungere il proprio obiettivo incidendo in maniera minima rispetto al diritto costituzionale coinvolto nel bilanciamento che si presta ad essere recessivo. In particolare, la pronuncia in commento osserva che “*occorre verificare se la norma censurata abbia introdotto, fra le misure idonee a soddisfarlo, la meno restrittiva degli interessi coinvolti*” e, a tal fine, svolge il cd. test di proporzionalità della norma attraverso un giudizio che tiene conto di due dati: la legittimità e l'adeguatezza del fine, tenuto conto degli interessi coinvolti.

Sulla scorta dell'insegnamento di autorevole dottrina⁴⁰, siffatti criteri si pongono quali strumenti indispensabili nell'individuare l'adeguatezza della norma e,

⁴⁰ V. G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, pp. 286 ss.; M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza*, pp. 246 ss.

di fatto, sono stati utilizzati anche per la risoluzione di controversie diverse rispetto alla questione afferente al profilo dell'asserita negativa incidenza del divieto del terzo mandato consecutivo sulla sfera di autonomia di un soggetto pubblico.

Per intendere la portata del principio di proporzionalità, giova rammentare taluni arresti giurisprudenziali che di recente si sono avvalsi di questa figura, i cui estremi spaziano dalla giurisdizione ordinaria (civile e penale) a quella amministrativa.

È il caso di ricordare la sentenza adottata dalla Corte costituzionale con decisione n. 20 del 21 febbraio 2019⁴¹.

In quella sede, la Consulta ha avuto modo di approfondire il rapporto intercorrente tra l'obbligo di pubblicazione, diffusione e trasparenza dei dati dei dirigenti pubblici (D.Lgs. n. 33 del 2013) e i compensi da questi ricevuti per le proprie prestazioni e servizi erogati. Nel dirimere il rapporto tra l'obbligo di pubblicazione e il diritto alla privacy dei singoli dirigenti a non vedere diffusi i propri dati reddituali e patrimoniali, facendo leva sul noto principio a tenore del quale nelle operazioni di bilanciamento non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango⁴², la Consulta si è espressa dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 33 del 2013 assumendo, da un lato, la violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui si equiparava il ruolo dirigenziali ai funzionari politici, e dall'altro sottolineando che alla indiscutibile compressione del diritto alla protezione dei dati personali non corrispondeva, *prima facie*, un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione.

Senonché, anche il tema di cui si discute è già stato al vaglio della Corte costituzionale, come emerge in particolare dalla sentenza n. 173 del 10 luglio 2019, sebbene in quella sede ad essere censurato era il divieto di rielezione per il terzo mandato consecutivo degli organi elettivi dei consigli degli ordini circondariali forensi di cui all'art. 3, comma 3, secondo periodo, della legge 12 luglio 2017, n.

⁴¹v. Per una ricostruzione storico dello sviluppo della tematica dell'accesso agli atti v. par. 1.2. della sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019.

⁴² In questo senso cfr. Corte costituzionale, 17 giugno 2023, n. 143, par. 7: "L'operazione normativa considerata viene, di conseguenza, a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Nel caso in esame, per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini".

113, ritenuto in contrasto tanto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, quanto con l'art. 51⁴³ della Carta costituzionale.

Tuttavia, in quella sede la Consulta ha rigettato la censurata illegittimità costituzionale della norma in questione facendo leva sul fatto che nel contemporaneo degli interessi il legislatore, se da un lato limita la libertà di associarsi in capo a chi voglia esercitare la professione forense, dall'altro contempera l'autonomia in modo da garantire che qualunque iscritto ad un'associazione privata possa accedere in condizioni di effettiva parità alle cariche sociali. Il carattere temporaneo dell'impedimento appare preordinato a evitare la formazione di gruppi di potere interni idonei anche solo ad ostacolare il ricambio generazionale delle cariche elettive.

6. Basta riportare un estratto della pronuncia in commento per evidenziare il ruolo assorbito dal principio di proporzionalità con riferimento ai limiti al rinnovo dei mandati degli organi direttivi delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate:

“... la drasticità di una misura quale il divieto definitivo e irreversibile ricoprire cariche direttive un'associazione privata (le strutture territoriali delle federazioni sportive e delle discipline sportive associate, nel caso della norma censurata) per avere già ricoperto in passato le medesime cariche per un determinato periodo, si risolve in una compressione oltre il necessario degli interessi indicati, determinandone il contrasto col principio di proporzionalità. L'obiettivo perseguito dalla norma, di favorire il ricambio e limitare rendite di posizione, può infatti – e dunque deve – essere perseguito in modi che limitano nei termini di quanto strettamente necessario il sacrificio dell'interesse dell'aspirante candidato che abbia in precedenza rivestito cariche direttive”.

⁴³ Si riporta un breve *obiter dictum* della sentenza n. 113 adottata dalla Corte costituzionale in data 12 luglio 2012: “Una tale prospettazione (non coerente alla evocazione dell'art. 51 Cost. con riguardo alle elezioni di organi di mere associazioni di diritto privato) è, comunque, in contrasto con le numerose funzioni pubblicistiche di vigilanza e rappresentanza esterna, sottese alla regolamentazione ordinistica delle professioni, tra le quali: la tutela dell'indipendenza e del decoro professionale degli iscritti; la tenuta degli albi; l'approvazione dei regolamenti interni; il controllo dell'efficace esercizio del tirocinio forense; l'organizzazione di corsi e scuole di specializzazione; la vigilanza sulla condotta degli iscritti; la costituzione di camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie; la vigilanza sulla corretta applicazione nel circondario delle norme dell'ordinamento giudiziario. Funzioni, queste ed altre, di pari rilievo istituzionale, il cui insieme conferisce, appunto, ai predetti ordini forensi il carattere di enti di diritto pubblico a carattere associativo, che devono, come tali, sottostare alle esigenze di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.”

Emerge chiaramente che le norme organizzative volte a limitare il rinnovo dei mandati negli organi elettivi sono espressione di un principio di diritto consolidato nella tradizione giuridica occidentale, il cui precipuo fine è quello di evitare che un determinato centro di potere possa essere soggetto a rendite di posizione atte a limitare il pluralismo.

In questo senso, di assoluto rilievo è la locuzione della misura più idonea a salvaguardare gli interessi coinvolti, che si pone quale principio ordinatore del diritto costituzionale, i cui effetti si riverberano sui giudici di legittimità, i quali si sforzano di dirimere contrasti tra principi di rilevanza costituzionale attraverso la ricerca del giusto mezzo.

E ancora, la presente pronuncia assume ulteriore significato ove si consideri che la Consulta affronta la legittimità costituzionale dell'art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999, nonostante l'intervenuta modifica in pendenza di giudizio di tale norma di relazione operata dall'art. 39 *bis* del D.L. n. 75 del 2023 (L. conv. n. 112/2023). Tale circostanza evidenzia la volontà della Consulta di stabilire in via pretoria un particolare principio che connota la proporzionalità e l'adeguatezza che deve caratterizzare ogni disciplina settoriale atta a regolare il divieto di rinnovo del mandato alle cariche elettive, pubblico o privata che sia⁴⁴.

Tuttavia, dalle copiose censure mosse nei paragrafi che precedono, emerge un quadro giuridico afferente alla natura giuridica delle federazioni sportive e delle discipline associate ancora molto dubbio, soprattutto tenuto conto di quel dibattito che ha coinvolto i fautori della natura privatistica e pubblicistica di tali organi. Di certo, alla luce della sentenza adottata dalla CGUE, sez. IV, del 3 febbraio 2021, n. 62019 (in cause riunite C-115/19 e C-156/19), non può non evidenziarsi che la dottrina che si è avvicinata alla risoluzione della difficile questione riconducibile alla natura delle federazioni sportive è quella che delinea gli organi delle federazioni sportive come organi indiretti del CONI. La tesi mista si è mostrata maggiormente flessibile ad adeguarsi al principio sostanziale ivi enucleato, che tiene conto delle attività svolte e del controllo esercitato dal CONI per individuare la natura pubblica o privata.

⁴⁴ In particolare, il paragrafo 7 della pronuncia in commento così recita: "Accertata l'illegittimità costituzionale, per le ragioni esposte, della norma censurata (art. 16, comma 2, ultimo periodo, del d.lgs. n. 242 del 1999), occorre osservare come, nel testo modificato attualmente vigente (risultante dall'art. 39 bis del d.l. n. 75 del 2023, come convertito), essa non stabilisca più il divieto di candidatura oltre il terzo mandato per le cariche direttive nelle strutture territoriali delle federazioni sportive nazionali e delle DSA, ma estende ai presidenti e ai membri degli organi direttivi delle strutture territoriali delle federazioni e delle DSA la disciplina attualmente posta dall'art. 16, comma 2, che non contiene più il divieto censurato dal rimettente".

Sennonché, proprio sulla scorta di tale principio è possibile prendere posizione sulla natura pubblica o privata con riguardo alla capacità di autorganizzazione che connotano le singole federazioni nazionali e le discipline sportive associate. Vero è che tali soggetti possono autonomamente organizzarsi, ma i limiti attorno ai quali è possibile esprimere la volontà dei soggetti aderenti, in ossequio al principio di democraticità interna, vengono dettati dal CONI, come emerge chiaramente con riferimento al divieto dei mandati di cui al previgente art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999. Nel caso di specie, pertanto, è palese il controllo esercitato dal CONI, potendo l'autonomia privata avere spazio nei soli settori non interessati dalla disciplina per il riordino del CONI, di cui all'art. 11 della L. n. 59 del 1997. Ne discende che bisogna distinguere opportunamente le scelte organizzative vincolate dalla normativa nazionale, da quelle che conservano una certa sacca di discrezionalità espressione del principio di autorganizzazione. A valle di tale ragionamento, dato che il controllo di vigilanza stabilito dal CONI *ex ante* impone una volontà del singolo soggetta al dettame legislativo, emerge chiaramente la natura pubblica delle federazioni sportive nazionali e delle discipline associate, la cui volontà organizzativa è espressione del principio di autonomia negoziale, ma ha carattere meramente residuale.

Siffatta evidenza – che impone di rispettare il seguente parametro: norma nazionale = norma organizzativa federale vincolata in quanto di attuazione = federazione sportiva quale organo pubblico – permette di osservare la portata mobile del confine stabilito dal massimo organo comunitario con la pronuncia del 2021 e, di guisa, dare veste pubblica alle federazioni sportive nazionali con riferimento alle norme di organizzazione interne vincolate da una norma nazionale.

Il caso di specie offre una sponda in tal senso.

L'illegittimità costituzionale della norma è affiorata in quanto l'art. 54 dello statuto della FITP era norma di attuazione del novellato art. 16, co. 2, del D.Lgs. n. 242 del 1999. Applicando tale ragionamento a monte, non avendo la possibilità di discostarsi dalla norma nazionale lo statuto federale dato il controllo di vigilanza svolto dal CONI, è possibile asserire che era immediatamente impugnabile anche l'art. 54 FITP, trattandosi di una mera norma di attuazione del precetto nazionale. Sulla scorta di tale ragionamento, la veste pubblica della FITP si estenderebbe anche alla natura degli organi di giustizia sportiva, i quali potrebbero chiamare in causa la Consulta anche in via autonoma, se non fosse per quanto dettato dall'art. 2 L. 280 del 2003 che impone una riserva di giurisdizione assoluta al giudice sportivo delle questioni afferenti alle norme organizzative interne.

In questo senso, una modificazione di tale ultima norma di relazione appare auspicabile posto che le norme di organizzazione delle singole federazioni, quando non derivano da una concreta volontà degli associati alla luce del limite legale,

sono espressione di un ente la cui veste è pubblica dato il controllo esercitato *ex ante* dal CONI.

In questo senso, in via principale la pronuncia ricostruisce il tema del rispetto del principio di proporzionalità delle norme che limitano l'eleggibilità di un certo soggetto a cariche apicali in via definitiva tenendo conto del controllo esercitato dal CONI sull'organizzazione interna degli organi federali e i relativi effetti sulla giustizia sportiva.

Questa riflessione permette di approfondire un ulteriore argomento che ha a oggetto norme di organizzazioni federali non derivanti da norme nazionali, dal carattere libero e frutto dell'approvazione degli aderenti. In questo senso, per come già sopra rappresentato, emerge un vuoto di tutela costituzionale. Del resto, l'art. 2 L. n. 280 del 2003, precetta la non impugnabilità innanzi al giudice amministrativo delle norme afferenti alle organizzazioni interne delle singole federazioni o delle discipline sportive associate. Discende che non è ammessa impugnativa al giudice statale e, per l'effetto, non è ammesso un controllo di legittimità costituzionale di tali decisioni data l'asserita natura giustiziale degli organi sportivi federali.

Anche per tali ragioni risulta essere inevitabile una modifica del succitato art. 2 che renda, per lo meno, assimilabile il giudice sportivo al giudice nazionale, riconoscendogli la possibilità di adire in via incidentale la Consulta anche con riguardo a tali norme di organizzazione, così da far convivere la relativa giurisdizione esclusiva con il controllo di legittimità costituzionale.

DIRITTO COMPARATO E STRANIERO

Una rilettura aggiornata su forma e formazione del Governo in Spagna (guardando al progetto italiano di riforma costituzionale)*

DANIELE CAMONI

SOMMARIO: 1. Premessa: ritorno al futuro (2015–2023). La “nuova” forma di governo spagnola. – 2. Il ruolo del Sovrano nel procedimento di nomina del *Presidente del Gobierno*. – 3. Conclusioni: quali possibili spunti spagnoli per la (ri) forma di Governo italiana?

1. Le elezioni del 23 luglio 2023 in Spagna hanno consegnato alle dinamiche parlamentari della XV Legislatura (inaugurata il 17 agosto 2023) numerosi spunti di riflessione costituzionale, alcuni dei quali vanno oltre le circostanze contingenti. Partendo dalla cornice istituzionale, è indubbio che questa tornata elettorale si inserisce nel quadro delle nuove dinamiche “fattuali” della forma di governo spagnola, simbolicamente inaugurate dalle elezioni del 20 dicembre 2015¹, proseguite nella doppia convocazione del 2019² e da ultimo cristallizzate nelle elezioni del 2023.

A titolo introduttivo, valgono i seguenti dati. Dal 1977 – all’indomani della fine del regime franchista – al 2015, si sono celebrate undici elezioni, le quali hanno prodotto maggioranze assolute monopartitiche in cinque occasioni (1982, 1986, 1989 *de facto*³, 2000 e 2011) e maggioranze relative molto ampie negli altri casi⁴.

Dal 2015 al 2023 si sono susseguite altre cinque convocazioni elettorali, in un arco di tempo inferiore (otto anni contro i trentaquattro precedenti, quindi con

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ V. R.L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, n. 109, pp. 63 ss.

² Sulla continuità di tali elezioni rispetto a quelle del 2015, sia consentito rinviare a D. CAMONI, *Continuità e discontinuità nell’evoluzione del parlamentarismo spagnolo nel prisma del diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2020, n. 2, pp. 283 ss. Da ultimo, cfr. G. NAGLIERI, *Dal bipartitismo imperfetto al bipolarismo necessario. La legislatura di coalizione e il riassetto della forma di governo spagnola*, in *DPCE Online*, 2023, n. 1, pp. 243 ss.

³ Il PSOE ottenne 175 deputati su 350. Tuttavia, la politica di *abstentionism* dei quattro deputati baschi di *Herri Batasuna* garantì che la metà esatta dei seggi superasse la maggioranza assoluta “di fatto”.

⁴ A fronte di una maggioranza assoluta presso il *Congreso de los Diputados* (unica Camera che esprime il rapporto di fiducia con il *Presidente del Gobierno*: art. 99.3 CE) di 176 deputati, le maggioranze relative hanno oscillato tra i 169 deputati del *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE) nel 2008 e i 156 del *Partido Popular* (PP) nel 1996.

una frequenza ben più elevata) e sempre con maggioranze relative alquanto deboli⁵.

In parallelo, tra le elezioni del 1979 e quelle del 2011 (incluse), il Capo dello Stato (Juan Carlos I) ha celebrato consultazioni per individuare il candidato alla Presidenza del Governo in dieci occasioni (*ex art.* 99.1 CE), le stesse alle quali ha partecipato il suo successore (Felipe VI) a partire dalle elezioni del 2015. L'elemento numerico è quindi espressione di un importante cambiamento in corso e rappresenta la premessa necessaria per una riflessione sulla forma di governo intesa nella dimensione sostanziale degli svolgimenti politici⁶. In questo senso, le sue evoluzioni possono essere colte solo attraverso una considerazione "intrecciata" di quattro fattori: le disposizioni costituzionali formali; la prassi applicativa delle stesse; la legislazione elettorale e, soprattutto, il sistema dei partiti⁷.

Come sopra ricordato, il modello parlamentare spagnolo trova uno spartiacque decisivo nelle elezioni del 2015, le quali rappresentano il venir meno della "certezza maggioritaria" sulla quale si era fondata – sin dal 1982 – la stabilità e continuità di tale tipologia di parlamentarismo, vale a dire lo schema di bipartitismo (quasi) perfetto rappresentato da PSOE e PP⁸.

Questo mutamento strutturale si è tradotto – a Costituzione e legge elettorale invariate – in un'ingente perdita di voti per entrambi i partiti (anticipata dalle elezioni regionali e municipali del 24 maggio 2015)⁹ e nella nascita di nuove formazioni politiche (*Ciudadanos* e *Podemos* e, dal 2019, *Vóxx*)¹⁰, nonché nell'allontanamento, sempre più marcato, dall'orizzonte di maggioranze assolute "monocolori"

⁵ 123 deputati nel 2015 (PP); 137 nel 2016 (PP); 123 nell'aprile 2019 (PSOE); 120 nel novembre 2019 (PSOE) e 137 nel 2023 (PP).

⁶ V. S. GAMBINO, *Relaciones entre sistema electoral, formato de partidos y forma de gobierno en la experiencia parlamentaria española*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2009, n. 146, pp. 11 ss.

⁷ Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, 1970, p. 638, secondo cui «le forme di governo dello stato democratico non possono più essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal sistema di partiti; in effetti, questo è esplicitamente o implicitamente presupposto dalle norme costituzionali vigenti». Sulla necessità di distinguere tra sistema politico e forma di governo – v. M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali III*, 2010, p. 566.

⁸ V. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *La formación de Gobierno en el nuevo contexto multipartido. Crónica política y legislativa del año 2016*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, n. 109, pp. 206 ss. e *El agotamiento del bipartidismo: Crónica política y legislativa del año 2015*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n. 106, pp. 205 ss.

⁹ Rispetto alle elezioni del 2011, il PP perse 63 seggi (da 186 a 123) e il PSOE 20 (da 110 a 90), quest'ultimo confermando la crisi apertasi con le precedenti elezioni dello stesso 2011, quando aveva ceduto ulteriori 59 seggi rispetto al 2008.

¹⁰ V. L. FERRARO, *Le elezioni politiche del 2019 in Spagna e la formazione del nuovo esecutivo di coalizione: nuove prospettive per la forma di governo spagnola?*, in *Nomos*, 2020, n. 1, pp. 12 ss. Sulla dimensione sub-nazionale, J. M^a BILBAO UBILLOS, *Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: los Parlamentos autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015*, in *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2017, n. 42 e P. BIGLINO CAMPOS, *Mayorías, minorías y partidos políticos en las Comunidades Autónomas. Aires de cambio*, in *Cuadernos de Alzate*, 2016, n. 48–49, pp. 155 ss.

e dall'esigenza di accordi di coalizione e appoggi non solo puntuali con le forze politiche di stampo nazionalista o indipendentista per la formazione del Governo.

In tal modo, l'immagine di una forma di governo parlamentare di taglio presidenziale¹¹ – caratterizzato da una “sostanziale” elezione diretta del *Presidente del Gobierno*, Governi “di legislatura” e predominio del potere esecutivo (incarnato nella figura presidenziale e nella potenza delle sue funzioni) su quello legislativo – ha ceduto il passo alla più articolata e “incerta” natura dei regimi parlamentari, ove si affermano le complessità delle negoziazioni assembleari tra partiti, le complicazioni di governo e l'instabilità degli Esecutivi.

Si registra, così, un certo (ri)equilibrio di fatto tra i due poteri, nel quale le difficoltà per la formazione di nuovi Governi – sfociate nel doppio scioglimento anticipato delle *Cortes Generales* e la ripetizione ravvicinata di elezioni (2015/2016 e 2019) – si contrappongono ad una forma di governo un tempo solida come nelle migliori stagioni del *Westminster model* britannico e dell'iper-razionalizzato sistema della Germania¹².

2. Sul piano della forma di governo parlamentare in senso stretto – in relazione alla creazione di un rapporto fiduciario e al ruolo del Capo dello Stato quale organo di garanzia costituzionale – i cambiamenti del contesto socio-politico hanno trovato un riflesso nel momento “genetico” del procedimento di formazione del Governo, determinando altresì una rinnovata attenzione circa le funzioni del Sovrano. In particolare, l'esercizio dei poteri di quest'ultimo si iscrive nel contesto della Costituzione democratica del 1978 e della corrispondente forma di governo monarchico-parlamentare¹³, declinata in termini di rapporto fiduciario tra il *Congreso de los Diputados* e il singolo *Presidente del Gobierno*.

Il Sovrano è così sottratto da qualsiasi attività di decisione politica, spettando ad esso il ruolo “nobile” di «árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones»¹⁴. Tale funzione, pertanto, si pone quale «mero residuo formal de una función efectivamente desempeñada por el mismo en el pasado, la cual se encuentra,

¹¹ Cfr. R.L. BLANCO VALDÉS, *Il parlamentarismo presidenzialista spagnolo*, in A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007, pp. 97 ss.

¹² Sul rapporto tra parlamentarismo e razionalizzazione, v. M. FRAU, *L'attualità del parlamentarismo razionalizzato*, in *Nomos*, 2016, n. 3.

¹³ V. M. ARAGÓN REYES, *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Madrid, 1990.

¹⁴ Art. 56.1 CE. V.J. TAJADURA TEJADA, *La jefatura del Estado como “poder neutral” en los regímenes parlamentarios de Italia y España*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2020, n. 1, pp. 46 ss.

hoy, sin embargo, carente del contenido, de la 'potestas' que en su día tuvo asociada, al haberla perdido el monarca, inevitablemente, al producirse un cambio trascendental en el paradigma jurídico-constitucional explicativo de la misma»¹⁵.

Con riferimento alla nomina del *Presidente del Gobierno*, essa si snoda secondo un triplice ordine di passaggi. In primo luogo, il Sovrano propone un candidato alla Presidenza, dopo aver consultato i rappresentanti dei gruppi politici con rappresentanza presso il *Congreso*. La prassi consolidata vuole che tali incontri si susseguano secondo una successione inversamente proporzionale al numero di seggi ottenuti: in primo luogo saranno ricevuti i partiti con minor rappresentazione parlamentare e, per ultimo, il partito vincitore delle elezioni.

In seconda battuta, il candidato esporrà il suo programma di governo dinanzi alla sola Camera bassa e chiederà la sua fiducia. Sulla natura del potere regio di proposizione di un candidato alla Presidenza del Governo – soggetto a controfirma del Presidente del *Congreso* (art. 64.1 CE)¹⁶ – la scelta del Sovrano è caratterizzata da una discrezionalità molto limitata, quando non assente: in questo senso, i principi fondanti della forma di governo parlamentare gli impongono di tenere conto degli equilibri politici in campo, delle indicazioni dei partiti e dell'obiettivo finale di individuare un candidato che possa godere della fiducia del *Congreso*¹⁷.

Infine, si svolgerà il procedimento di elezione vera e propria. È richiesta una maggioranza assoluta dei componenti in prima votazione e, in caso negativo, una maggioranza semplice in quelle successive; ove non si riesca ad investire un nuovo Presidente entro due mesi dalla prima votazione, le *Cortes Generales* devono intendersi sciolte.

Fino alle elezioni del 20 dicembre 2015, il ruolo del Sovrano nel procedimento di investitura non aveva suscitato particolare interesse, giacché lo scenario politico *de facto* bipartitico e la presenza di maggioranze assolute (o quasi) in capo al partito vincitore imponevano al Capo dello Stato di formalizzare la volontà popolare attraverso la nomina del *leader* del partito più votato, in quanto tale indirettamente eletto Primo Ministro dal corpo elettorale¹⁸.

¹⁵ J.M.^a PORRAS RAMÍREZ, *La Corona y la propuesta de candidato a Presidente del Gobierno: nuevas prácticas y viejas normas*, in *Revista de Derecho Político*, 2017, n. 40, p. 229. Dello stesso A., v. anche *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, 1995.

¹⁶ Sul ruolo di quest'ultimo, v. I. TORRES MUÑOZ, *El referendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del gobierno*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1995, n. 88, pp. 159 ss.

¹⁷ Cfr. A. BAR CENDÓN, *El Presidente del Gobierno en España: encuadre constitucional y práctica política*, Madrid, 1983, p. 151. L. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 7^a ed., Madrid, 1993, p. 241, ha parlato di un «facultad discrecional [...] vinculada en una Monarquía parlamentaria por situaciones de hecho».

¹⁸ Secondo E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid, 2003, p. 351, «lo único que resta por hacer al Monarca es proponer

A partire da questo momento, tuttavia, il Sovrano si è ritrovato ad essere involontario protagonista della prima grande crisi costituzionale: lo scenario parlamentare si è fatto più frastagliato e complesso rispetto alle elezioni precedenti, con i partiti che sino ad allora avevano dominato la vita politica spagnola molto lontani dalla soglia della maggioranza assoluta ed incapaci di conformare anche solo una maggioranza relativa finalizzata alla formazione del Governo.

Seguendo la regola non scritta secondo cui la prima mossa per costituire un nuovo Esecutivo compete al *leader* del partito che ha vinto le elezioni, Felipe VI propose a Mariano Rajoy (Presidente del PP e *Presidente del Gobierno* in carica) di presentarsi al *Congreso* quale candidato alla Presidenza. Quest'ultimo, tuttavia, declinò la proposta, in quanto i gruppi parlamentari che rappresentavano la maggioranza dei deputati avevano manifestato l'intenzione di votare contro la sua investitura, escludendo anche una possibile astensione. Il Sovrano propose quindi la candidatura a Pedro Sánchez – Segretario del secondo partito più votato (PSOE) – il quale accettò, pur essendo anch'egli consapevole di non godere degli appoggi necessari. La situazione di stallo condusse infine al primo scioglimento anticipato per impossibilità di riuscire ad eleggere un Presidente nella storia spagnola ed alla celebrazione di nuove elezioni (26 giugno 2016).

L'*impasse* rivela tutta la sua complessità: come uscire da un *cul-de-sac* nella quale nessun candidato riesca a raccogliere attorno a sé una maggioranza necessaria per essere investito Presidente? Il dettato costituzionale, infatti, non contempla la possibilità che non vi siano “pretendenti” alla Presidenza: ciononostante, non prevede neanche meccanismi che permettano di superare l'eventuale stasi del sistema.

In primo luogo, si consideri che la finestra bimestrale entro cui deve intervenire l'investitura inizia a correre solo dal fallimento della prima votazione: tuttavia, il problema risiede proprio nella necessità che essa si celebri, con il rischio di perpetuare *ad infinitum* le fasi della formazione del Governo e di un *Gobierno en funciones* limitato nelle sue normali attività.

Non potendo il Presidente uscente recidere il nodo gordiano attraverso lo scioglimento anticipato¹⁹, l'unica alternativa praticabile sembrerebbe imporre

al candidato que le soliciten los representantes del pueblo. Si ellos no aclaran el contenido de la propuesta, la única opción objetiva es proponer al candidato con mayor número de votos en el Congreso de los Diputados».

¹⁹ Cfr. art. 21.4.a), *Ley 59/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno*. Tuttavia, secondo F. SANTAO-LALLA LÓPEZ, *Artículo 115*, in M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (a cura di), *Comentarios a la Constitución española*, vol. II, Madrid, 2018, p. 627, «no se comprende muy bien esta prohibición, pues precisamente a un Gobierno de este tipo puede que no le quepa otra alternativa que la de provocar nuevas elecciones. Esta limitación introduce rigidez donde se requiere flexibilidad».

– anche per ragioni di cortesia istituzionale – l'accettazione della proposta del Sovrano²⁰.

Problemi paralleli sono sorti con riferimento alle elezioni del 2023²¹. A seguito delle consultazioni celebrate dal Sovrano con i partiti politici – eccetto le formazioni separatiste di JxCat, ERC, *EH Bildu* e BNG, le quali hanno rifiutato l'invito – essi hanno manifestato la propria posizione circa l'investitura di un determinato candidato alla Presidenza. In particolare, PP, *Vox*, UPN e CC – 172 seggi in totale – hanno espresso la propria preferenza per Alberto Núñez Feijóo (Presidente del PP); PSOE e *Sumar* – 152 seggi – hanno invece dichiarato il loro appoggio a Sánchez (Presidente del Governo *en funciones*). Per quanto riguarda i restanti partiti indipendentisti, questi hanno a più riprese dimostrato di non essere disposti a fornire il loro appoggio (espresso o implicito) a un Governo di centro-destra presieduto da Feijóo, senza però aver allo stesso tempo manifestato un sostegno esplicito ad un Esecutivo guidato da Sánchez.

Inoltre, sia Feijóo che Sánchez hanno richiesto al Sovrano di essere proposti quali candidati alla Presidenza del Governo: il primo, in quanto vincitore delle elezioni e dotato di un maggior numero di appoggi parlamentari, il secondo, poiché potenzialmente in grado di coagulare attorno a sé una maggioranza (assoluta) con l'insieme variegato dei partiti nazionalisti/indipendentisti.

A fronte di tale situazione inedita, le attenzioni sono state rivolte al ruolo del Sovrano e all'esistenza di eventuali profili di discrezionalità circa la scelta del “primo” candidato alla Presidenza. Detta questione – unita alla forte conflittualità tra i partiti e alla rilevanza mediatica di uno scenario politico complicato – ha fatto sì che la Casa Reale pubblicasse un (altrettanto) inedito comunicato stampa, nel quale il Capo dello Stato svolgeva alcune “considerazioni” rispetto alla decisione adottata²².

²⁰ Il procedimento di investitura, infatti, «ni persigue someter al ganador de los comicios, por el mero hecho de serlo, a un debate y a una votación que tiene perdida de antemano, ni tiene tampoco por finalidad ofrecer a quien no ha ganado los comicios la oportunidad de forzar un debate televisado al que no podría acceder de otra manera» (R.L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente*, cit., pp. 89–90).

²¹ Raggruppando i deputati eletti presso il *Congreso* secondo criteri di affinità politica, il blocco di centro-destra ha ottenuto 171 seggi – 137 il PP, 33 *Vox* e 1 *Unión del Pueblo Navarro* (UPN) – e quello di centro-sinistra 152 seggi – 121 il PSOE e 31 *Sumar*. I restanti 27 seggi sono stati conquistati da formazioni di impronta nazionalista e/o indipendentista, quali *Junts per Catalunya*/JxCat ed *Esquerra Republicana de Catalunya*/ERC (7 a testa), *EH Bildu* e *Partido Nacionalista Vasco*/PNV (6 e 5), *Bloque Nacionalista Galego*/BNG e *Coalición Canaria*/CC (1 a testa).

²² Cfr. il *Comunicado de la casa de S.M. el Rey una vez finalizada la ronda de consultas de los días 21 y 22 de agosto* (22 agosto 2023).

In primo luogo, è stato osservato che, salva l'eccezione breve della XI Legislatura (13 gennaio–19 luglio 2016) in tutte le elezioni generali svoltesi dall'entrata in vigore della Costituzione, il *leader* del partito che ha ottenuto il maggior numero di seggi è sempre stato il primo a essere proposto dal Sovrano come candidato alla Presidenza del Governo. Tale pratica è diventata una consuetudine nel corso degli anni.

In seconda battuta, il Sovrano ha affermato che nel corso delle consultazioni con i gruppi parlamentari non era stata rinvenuta l'esistenza di una maggioranza sufficiente per l'investitura di alcun candidato: in caso contrario, ciò avrebbe fatto decadere la consuetudine di proporre alla Presidenza il *leader* del partito di maggioranza relativa. In questo modo, egli ha preso atto – in quanto Capo di Stato di una Monarchia parlamentare e privo di margini di discrezionalità politica – degli equilibri esistenti all'interno del *Congreso* al momento delle consultazioni, limitandosi a constatare che il candidato della coalizione di centro–destra (Feijóo) poteva contare su un numero superiore di appoggi rispetto a quello di centro–sinistra (Sánchez).

Il riferimento alla consuetudine secondo cui il Sovrano indica “in automatico” il *leader* del partito che ha ottenuto più voti non appare allora del tutto corretto. È vero che, salvo il caso della menzionata rinuncia di Rajoy, il Capo dello Stato ha sempre proposto un candidato che, all'indomani delle consultazioni, godeva di un numero di appoggi superiore alla maggioranza assoluta – in grado di essere investito in prima votazione – ovvero disponeva di una maggioranza relativa (frutto della vittoria alle elezioni o di un accordo post–elettorale) superiore all'insieme dei voti contrari.

Tuttavia – guardando al contesto attuale – è evidente che, laddove Sánchez avesse manifestato al Sovrano l'esistenza di un accordo di investitura con JxCat, ERC, *EH Bildu*, PNV e BNG (il che non è accaduto, in quel momento specifico), il Capo dello Stato avrebbe dovuto indicare il Segretario generale del PSOE come candidato, a prescindere dal fatto che egli non era il *leader* del partito che aveva vinto le elezioni: al di là dell'affermazione e superamento di eventuali consuetudini, infatti, lo impongono la matematica e le normali regole di funzionamento delle forme di governo parlamentari. Da ultimo, la mancata investitura di Feijóo ha portato il Sovrano a proporre la candidatura a Sánchez, eletto Presidente il 16 novembre 2023, a seguito di diversi accordi bilaterali con i partiti indipendentisti.

In tutti i procedimenti di investitura, il Sovrano ha quindi interpretato alla perfezione il proprio ruolo costituzionale, assumendo l'unica decisione possibile ai sensi dell'art. 99.1 CE e senza incidere rispetto a dinamiche politiche la cui soluzione è rimessa (e non potrebbe essere altrimenti) al negoziato tra i partiti ed alla decisione del *Congreso*.

Quali che siano le possibili modifiche sul punto²³, occorre in ogni caso evitare che il Sovrano si trasformi in un decisore capace di determinare la nascita o meno di un Governo²⁴. Sul versante più “estremo” di un processo riformatore, si potrebbe ipotizzare di ricorrere alla soluzione di assoluta neutralità che caratterizza il ruolo costituzionale del Sovrano di Svezia²⁵, privando il Capo dello Stato di ogni competenza (anche formale) e demandando la conduzione del procedimento di investitura al Presidente dell’Assemblea elettiva²⁶.

Laddove, invece, si voglia incidere solo sugli indici sostanziali, potrebbe introdursi una cornice temporale definita tra il giorno della costituzione delle *Cortes Generales* e quello della proposizione del candidato alla Presidenza, vincolando le forze politiche alla ricerca di un compromesso in tempi ragionevolmente certi²⁷.

Nel caso nessun candidato consegua i numeri sufficienti per un’investitura, potrebbe praticarsi uno schema analogo a quello previsto, a livello regionale, dal Regolamento dell’Assemblea legislativa della *Comunidad Autónoma* di Madrid²⁸: si procederà in ogni caso a stabilire una data per l’investitura e, qualora entro la stessa risulti impossibile proporre un candidato, decorrerà il “cronometro” che separa l’elezione di un nuovo Presidente dallo scioglimento anticipato. In alternativa, potrebbero esplorarsi la possibilità di implementare il modello di investitura vigente per l’elezione del Presidente asturiano e del *Lehendakari* basco²⁹ – il quale, permettendo candidature multiple, garantisce in ogni caso l’investitura del candidato più votato³⁰ – o quella del Presidente di Castilla La–Mancha, secondo cui, laddove non si raggiunga entro due mesi nemmeno la maggioranza semplice, è eletto il candidato del partito che ha ottenuto più seggi³¹.

Da ultimo, è stata anche proposta l’ipotesi secondo cui, in assenza di un candidato, l’individuazione di un “aspirante” alla Presidenza ricada nella figura del *Presidente*

²³ V. G.M. TERUEL LOZANO, *La regulación constitucional de la investidura de Presidente del Gobierno ante un nuevo escenario político*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 2017, n. 25, pp. 22 ss.

²⁴ Per J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, n. 109, p. 55, «la función del Rey no es mediar entre los grupos políticos y operar como muniñidor de acuerdos, sino exclusivamente la de constatar respaldos y pactos [...], de modo que el resultado de la consulta nunca pueda ser atribuido a una intervención determinante del monarca».

²⁵ V. *Instrument of Government* (1974), Cap. VI, artt. 2–4.

²⁶ D. GIMÉNEZ GLUCK, *El bloqueo, evitable, de la formación del gobierno: una propuesta de reforma del procedimiento de investidura*, in *Revista de Derecho Político*, 2017, n. 99, pp. 318 ss.

²⁷ Cfr. R.L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente*, cit., pp. 92–93.

²⁸ Art. 182.3.

²⁹ Cfr. art. 3, *Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias* e art. 5, *Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno*.

³⁰ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ, *La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, n. 109, p. 115.

³¹ Art. 14.5, *Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla–La Mancha*.

en funciones «como una función suya inherente al cargo y a los exclusivos efectos de facilitar la disolución de las Cámaras y la convocatoria de elecciones»³².

3. La versione “originaria” della forma di governo spagnola e le sue recenti evoluzioni suggeriscono di provare a ragionare circa la possibilità di un confronto con quella italiana, anche nella prospettiva “in sottofondo” di una riforma costituzionale diretta ad una modifica strutturale della forma di governo disegnata dalla Costituzione del 1948³³.

In una dimensione di omogeneità costituzionale riferibile «alla individuazione di elementi identificanti comuni a[gli] [...] istituti oggetto di raffronto»³⁴, le linee di interesse per una possibile comparazione sembrano essere due: I) la dimensione strutturale della forma di governo parlamentare, così come disegnata nelle rispettive Costituzioni; II) il quadro specifico di alcune prerogative sostanziali del vertice del potere esecutivo.

Sul primo piano, il parlamentarismo spagnolo è più razionalizzato in Costituzione rispetto a quello italiano³⁵: lo dimostrano la presenza di un rapporto di fiducia tra una sola Camera – in un modello bicamerale a doppia elezione popolare – e il solo *Presidente del Gobierno*; la previsione di una maggioranza assoluta (seppur in prima votazione) per l’elezione del vertice dell’Esecutivo³⁶ e la disciplina della mozione di sfiducia costruttiva (da votarsi a maggioranza assoluta e con limiti alla sua riproposizione)³⁷.

Nel caso dell’Italia, invece, questi profili di irrigidimento formale sono assenti, avendo i Costituenti scelto, sulla scia dell’ordine del giorno Perassi, «di affidare la disciplina della formazione del governo e dei rapporti tra governo e Parlamento a poche norme a matrice aperta»³⁸. Al contrario, è ben noto che il vincolo fiduciario

³² A. TORRES DEL MORAL, *Lecciones de la pasada (no) investidura*, in *El Mundo*, 22 luglio 2016.

³³ Cfr. il disegno di legge costituzionale n. 935, comunicato alla Presidenza del Senato il 15 novembre 2023.

³⁴ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 11^a ed., Padova, 2022, p. 46.

³⁵ A. FERNÁNDEZ MIRANDA, *Sobre la forma de gobierno: ¿un exceso de racionalización?*, in F. J. GARCÍA ROCA, E. ALBERTÍ (a cura di), *Treinta años de Constitución*, Valencia, 2010, pp. 847 ss.

³⁶ Nel merito, occorre evidenziare l’esistenza – in capo ai partiti che di volta in volta hanno vinto le elezioni (e, quindi, hanno guidato il Governo, salva l’eccezione del 2023) di una “vocazione maggioritaria”, dimostrata il fatto che, nel periodo 1978–2008, tutti i Presidenti (eccetto Calvo–Sotelo, subentrato nel 1981 al dimissionario Suárez) sono stati eletti in prima votazione a maggioranza assoluta, anche quando quest’ultima era carente (1979, 1993, 1996 e 2004).

³⁷ Tale mozione deve essere presentata da almeno un decimo dei deputati e, in caso di insuccesso, non potranno essere proposte mozioni analoghe nel corso della stessa sessione parlamentare (art. 113 CE). Ai sensi dell’art. 73.1 CE, le sessioni si svolgono da settembre a dicembre e da febbraio a giugno.

³⁸ E. GROSSO, *Partiti politici e regolazione della forma di governo* (versione provvisoria), relazione

coinvolge l'intero Governo, si instaura separatamente – e a maggioranza semplice – con entrambe le Camere e può essere “spezzato” con un numero di voti negativi superiore a quelli favorevoli.

Anche con riferimento al secondo gruppo di questioni, il modello costituzionale spagnolo rivela l'esistenza di un *Presidente del Gobierno* ben più forte rispetto al Presidente del Consiglio italiano: tra i profili di rilievo, emergono il già citato rapporto di fiducia individuale con la Camera bassa – qui rilevante nella misura in cui il *Presidente del Gobierno* (una volta eletto dal *Congreso*) nomina i Ministri, senza bisogno di “conferma” parlamentare – il potere di revoca dei Ministri e quello di scioglimento anticipato delle Camere.

L'assenza di questi elementi nel modello italiano³⁹ è confermata, *a contrario*, dal fatto che la linea comune di tendenza che sembra animare lo spirito della riforma costituzionale risiede nella pretesa di un rafforzamento della stabilità del Governo, dalla quale dovrebbe derivare, di riflesso, un irrobustimento dei suoi poteri concreti⁴⁰.

A titolo di riflessione generale (oltre il testo della riforma in discussione), un semplice trapianto delle descritte prerogative spagnole non garantirebbe per forza una maggior solidità del Governo in Italia. Eccettuata una revisione che attribuisca al Presidente del Consiglio il potere di revoca dei Ministri, infatti, da una parte un'attribuzione del potere di scioglimento in capo al vertice dell'Esecutivo andrebbe attentamente ponderata nel sistema dei rapporti con il Presidente della Repubblica (soprattutto qualora lo si voglia inserire nel quadro di una forma di governo parlamentare o in un'altra diversa) e senza trascurare il ruolo decisivo dallo stesso giocato nella frequente successione di crisi che hanno animato l'intera storia repubblicana.

Dall'altra, il vorticoso succedersi di crisi di governo extra-parlamentari dimostra che l'introduzione del meccanismo della sfiducia costruttiva sarebbe poco più che un abbellimento costituzionale privo di utilità pratica, poiché «qualsiasi cura muova nella direzione di rendere più ardui gli strumenti di rimozione del

al XXXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, 27 ottobre 2023, p. 11.

³⁹ Sulla possibilità di ricondurre implicitamente il potere di revoca dei Ministri in quello espresso di nomina, v. A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Firenze, 1951, pp. 152 ss.

⁴⁰ Per un commento *ex ante* (in previsione della presentazione del progetto di riforma), G. PIRRUZZELLA, A. POGGI, F. FABRIZZI, V. TONDI DELLA MURA, F. VARI (a cura di), *Riforme istituzionali e forme di governo*, Torino, 2023. Sul testo del disegno di legge, F. FURLAN, *Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di Regione* e A. RUGGERI, *La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria*, in *Consulta online*, 2023, n. III, pp. 1020 ss. e 1009 ss.

Governo non può che restare inattiva, in un Paese in cui non si è mai avuta [...] una vera e propria crisi parlamentare»⁴¹.

Tale distinzione tra le forme di governo «in quanto form[e]»⁴², tuttavia, permette di cogliere in modo ideale il fatto che il diverso funzionamento dei parlamentarismi spagnolo (almeno sino al 2015) e italiano, nonché il mutamento delle dinamiche del primo non risiede nella presenza o assenza di congegni costituzionali “astratti” sui rapporti formali tra poteri, bensì nello sviluppo concreto del sistema dei partiti⁴³.

Come è stato ricordato con riferimento al modello (parlamentare) del Cancellierato tedesco – tradizionale emblema di stabilità nel diritto comparato – infatti, il fulcro della sua razionalizzazione sostanziale «sta nei partiti e, più precisamente, nella legge sui partiti»⁴⁴. Nel caso italiano, invece, qualsiasi tentativo di (dichiarata) razionalizzazione della forma di governo italiana non ha mai toccato il sistema partitico. Senza bisogno di alterare il formale modello parlamentare, le soluzioni riformatrici su questo profilo potrebbero essere diverse, a tutti i livelli del sistema delle fonti.

Sul piano costituzionale, si potrebbe ragionare circa l'introduzione di una clausola anti-defezione dei membri delle Assemblee rappresentative, sulla scia dell'art. 160.1.c) Cost. portoghese, il quale prevede la decadenza dal mandato per il parlamentare che si iscriva ad un partito diverso da quello con il quale egli si è presentato alle elezioni⁴⁵.

Sullo stesso livello normativo – ed in combinato disposto con la cornice della legislazione ordinaria – è stata suggerita una riforma “integrativa” dell'art. 49 Cost., in forza della quale il revisore costituzionale dovrebbe demandare al legislatore l'adozione di una legge rinforzata che disciplini «lo statuto, l'organizzazione e le procedure decisionali dei partiti e il loro finanziamento»⁴⁶.

Inoltre, non sembra neppure superfluo un intervento in materia di regolamenti parlamentari – in alternativa e/o completamento della menzionata clausola anti-defezione – con l'obiettivo di limitare fenomeni di trasformismo e una prassi

⁴¹ R. BIN, *Il processo del lunedì: metafore, paradossi e teorie nel dibattito sulle riforme costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1993, n. 1, p. 132.

⁴² M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 67.

⁴³ Da ultimo, S. STAIANO, *Democrazia dei partiti e forma di governo*, in *Quad. cost.*, 2023, n. 2, p. 296, discorre di un «formante partitico della forma di governo parlamentare italiana». Sul caso spagnolo, v. S. CURRERI, *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*, Firenze, 2005.

⁴⁴ R. BIN, *Riforme costituzionali per rafforzare l'esecutivo. Qualche riflessione*, in *Federalismi.it* (FOCUS – Riforme istituzionali e forma di governo), 7 giugno 2023, p. 4.

⁴⁵ Per un'analisi comparata, R. ORRÙ, *Divieto di mandato imperativo e anti-defection laws: spunti di diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, n. 4, pp. 1097 ss.

⁴⁶ R. BIN, *Riforme costituzionali per rafforzare l'esecutivo*, cit., p. 4.

interna alle Camere nelle quali la corrispondenza tra il risultato elettorale e la sua declinazione sotto forma di gruppi parlamentari appare sempre più tenue⁴⁷.

Al contrario, il progetto di riforma costituzionale a disposizione disegna una forma di governo che non ha paragoni nel diritto comparato (salvo, per certi aspetti, il modello c.d. neoparlamentare introdotto in Israele nel 1992 e revocato senza rimpianti nel 2001)⁴⁸ e che, nel tentativo di una iper-razionalizzazione – quanto non imbalsamazione – delle forme, contiene numerose incoerenze e criticità.

In questo senso, la riforma prevede innanzitutto che il Presidente del Consiglio sia eletto dal corpo elettorale⁴⁹ ma che, allo stesso tempo, egli continui ad essere legato da un vincolo fiduciario ad entrambe le Camere (attraverso le mozioni di fiducia iniziale e di sfiducia). Tale schema a doppia legittimazione appare in evidente contraddizione con qualsiasi modello che preveda l'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo, non avendo alcun senso costituzionale che un Primo Ministro di derivazione popolare debba veder “confermata” la sua elezione dalle Camere – pena il loro scioglimento – e, soprattutto, che lo stesso possa essere sfiduciato da un organo che non lo ha eletto.

In secondo luogo, la costituzionalizzazione di un premio di maggioranza “fisso” (55% dei seggi in entrambe le Camere) alle liste e candidati collegati al Presidente del Consiglio dei Ministri – in assenza di una soglia minima di voti validi o di un secondo turno di ballottaggio tra i due candidati-Presidenti più votati⁵⁰ – sembra rompere l'equilibrio, sancito dalla Corte costituzionale, del bilanciamento tra i principi costituzionali (supremi?)⁵¹ «della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obbiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese»⁵².

⁴⁷ In questo senso, si è rivelata insufficiente la riforma del Regolamento del Senato del 20 dicembre 2017. Se, per un verso, essa contiene disposizioni formalmente volte a contrastare i fenomeni di *transfuguismo* e dei c.d. partiti parlamentari (nati in Parlamento in corso di legislatura, senza però essersi prima presentati alle elezioni), per l'altro il perimetro applicativo e il quadro delle tante eccezioni – di diritto o di prassi – previste rendono tali innovazioni poco più che armi spuntate. V. G. LAURI, *La riforma organica del Regolamento del Senato a (quasi) un anno di applicazione: spunti e prospettive tra non più e non ancora*, in *Federalismi.it*, 2019, n. speciale 3, pp. 87 ss.

⁴⁸ V. E. OTTOLENGHI, *Sopravvivere senza governare: l'elezione diretta del primo ministro in Israele*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2002, n. 2, pp. 239 ss.

⁴⁹ Sulla questione, già F. CLEMENTI, *L'elezione diretta del Primo ministro: l'origine francese, il caso israeliano, il dibattito in Italia*, in *Quad. cost.*, 2000, n. 3, pp. 579 ss.

⁵⁰ Come previsto dalla legge 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. *Italicum*), art. 1.f).

⁵¹ In questi termini, cfr. D. DE PRETIS, *Audizione*, I Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, 4 dicembre 2023, p. 7 e M. CARTABIA, *Audizione*, I Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, 28 novembre 2023, § 5.1.

⁵² Corte cost., sent. 9 febbraio 2017, n. 35, cons. dir. 6. Sul punto, con riferimento ad un premio di maggioranza analogo e privo di soglia minima – configurato dalla legge 21 dicembre 2005, n. 270

Inoltre, ad una lettura più profonda, il meccanismo che lega l'elezione diretta del Presidente del Consiglio e quella contestuale delle Camere sembra sottendere una prospettiva ben più ampia della semplice istituzionalizzazione di una nuova forma di governo.

In un'epoca storica nella quale la disaffezione nei confronti dei partiti politici è sempre più forte⁵³, l'idea strisciante (venata di un certo populismo) che anima la riforma non pare estranea all'obiettivo di una disintermediazione del modello della «Repubblica dei partiti»⁵⁴ – percepito come lento, inefficace e dannoso – in favore di un *leader* carismatico eletto dal popolo e capace di decisioni “immediate”⁵⁵: del resto, le elezioni di Camera dei Deputati e Senato sono concepite in termini del tutto ancillari a quella del Presidente del Consiglio, essendo il voto in favore di quest'ultimo a determinare (attraverso la quota automatica del 55% dei seggi) il risultato parlamentare dei partiti che lo sostengono⁵⁶.

In parallelo, si tenga presente che l'attribuzione di tale quota di seggi al partito/coalizione legato al neo eletto Presidente del Consiglio potrebbe ripercuotersi anche su alcuni meccanismi di garanzia costituzionale: in questo modo, infatti, si attribuisce in modo stabile ad una maggioranza (più o meno “artificiale”) il potere di eleggere da sola il Presidente della Repubblica e di riformare la Costituzione – essendo sufficiente la maggioranza assoluta – oltre ad assegnarle una posizione fortemente dominante nella scelta dei membri del Consiglio Superiore della Magistratura e della Corte costituzionale di nomina parlamentare⁵⁷.

(c.d. *Porcellum*), Corte cost., sent. 13 gennaio 2014, n. 1, cons. dir. 3.1, già aveva rilevato l'esistenza di una «illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali», con l'effetto che «l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto».

⁵³ A titolo di esempio, basti ricordare che, dalle elezioni politiche del 2006 a quelle del 2022, la percentuale dei votanti è calata di quasi venti punti, passando dall'84% ca. (2006) al 64% ca. (2022).

⁵⁴ V. P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945–1996*, Bologna, 2021. Sulla «generale tendenza alla disintermediazione o comunque all'alterazione profonda della mediazione pluralistica», M. LUCIANI, *Questioni generali della forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, 2024, n. 1, p. 2.

⁵⁵ Riassumibile icasticamente nelle parole del Presidente del Consiglio Meloni a sostegno della riforma (10 novembre 2023): «Volete contare e decidere o stare a guardare mentre i partiti decidono per voi?». Sul «mito della politica istantanea», A. CAMPATI, *La «democrazia immediata»: prospettive a confronto*, in *Teoria politica*, 2020, n. 10, p. 298.

⁵⁶ Come ha ricordato S. STAIANO, *Splendori ideologici e miserie pratiche del revisionismo costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (La Lettera 12/2022 – Sul revisionismo costituzionale), «i partiti, incapaci di definire efficacemente il formante legge elettorale e di regolare convenzionalmente in modo stabile i loro rapporti, si dispongono piuttosto a rimodellare la disciplina costituzionale. E giungono a impregnare di un singolare antiparlamentarismo autolesivo la loro azione revisionista».

⁵⁷ Cfr. A. RUGGERI, op. cit., p. 1012. In questo senso, la quota del 55% si avvicina pericolosamente a quella del 60% (tre quinti), prevista come soglia minima dagli artt. 22, legge 24 marzo

Infine, in caso di intervenuta sfiducia è disposto che il Presidente della Repubblica può conferire l'incarico di formare Governo «al Presidente del Consiglio dimissionario o a un altro parlamentare che è stato candidato in collegamento al Presidente eletto, per attuare le dichiarazioni relative all'indirizzo politico e agli impegni programmatici su cui il Governo del Presidente eletto ha ottenuto la fiducia». Su questo punto, è possibile riscontrare tre grandi problematiche.

In primo luogo, la scelta di mantenere una centralità decisionale del Parlamento rispetto alla continuità del Governo (invero incoerente, vista la *voluntas legislatoris* di un Presidente del Consiglio che si vuole espressione del corpo elettorale) è subito degradata nel momento in cui si impone al Capo dello Stato di indicare come nuovo Presidente del Consiglio quello appena sfiduciato o un deputato/senatore appartenente ad una maggioranza parlamentare che, a rigor di logica, non esiste più, essendo stato sfiduciato il Presidente del Consiglio che essa aveva “confermato”⁵⁸.

A seguire, se, da una parte, nel caso di intervenuta sfiducia sembra ritornarsi alla forma di governo parlamentare – con un Presidente del Consiglio eletto “sostanzialmente” dalle Camere⁵⁹ – dall'altra l'illusione è spezzata fin da subito con riferimento al ruolo del Presidente della Repubblica. Quest'ultimo, infatti, si vede imposta la nomina di un Presidente del Consiglio che potrebbe non avere la maggioranza dei voti in Parlamento, bensì che diviene tale per il solo fatto di appartenere al partito/coalizione del Presidente del Consiglio uscente. In tal modo, la rigidità del nuovo modello obbliga il Presidente della Repubblica ad una scelta che rischia di essere “suicida”, poiché l'assenza di una maggioranza parlamentare “in entrata” – che il Capo dello Stato non può più accertare – impone lo scioglimento obbligato delle Camere.

Il nuovo Presidente del Consiglio sarà inoltre costretto a governare sulla base del programma di governo con il quale è stato eletto il suo predecessore. Ferme restando le incertezze circa gli effetti di un eventuale scostamento dallo stesso, l'incoerenza diventa qui massima, dovendo il Presidente del Consiglio “subentrante”

1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura) e 3, legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2 (Modificazione dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale) per l'elezione dei rispettivi componenti.

⁵⁸ L'unica ipotesi in cui avrebbe senso discorrere di continuità della maggioranza assembleare potrebbe essere quella di una sfiducia “alla britannica”, nella quale è il gruppo parlamentare maggioritario a decidere la sostituzione del “proprio” Primo Ministro in favore di un *takeover Prime Minister* (Thatcher con Major nel 1990 e Blair con Brown nel 2007), il che però sembra contrastare con l'approvazione di una sfiducia “formale” (parlamentare).

⁵⁹ Per G. AZZARITI, *Audizioni informali ddl 935 e 830*, I Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, 5 dicembre 2023, p. 4, si tratta di una «bizzarra riesumazione della forma di governo parlamentare, dopo averne decretato la morte con l'elezione diretta».

chiedere la fiducia di una (presumibilmente) diversa maggioranza parlamentare sulla base di una piattaforma programmatica che non è sua e che ha appena subito la censura formale di quello stesso Parlamento.

Infine, la riforma incide in modo significativo anche sul potere di scioglimento delle Camere. È noto che, nella attuale forma di governo, esso integra un «atto duumvirale»⁶⁰ o complesso, in forza del quale la fine anticipata della Legislatura è subordinata all'impossibilità – dimessosi o sfiduciato il Presidente del Consiglio in carica – di conformare una nuova maggioranza in Parlamento.

Nel testo della riforma, da una parte è previsto che le dimissioni o sfiducia del Presidente del Consiglio di elezione popolare impongono al Presidente della Repubblica la nomina “obbligata” dello stesso o di un altro candidato della coalizione: l'esercizio di un potere di scioglimento è quindi eliminato in questa fase di crisi. Dall'altra, il nuovo Presidente del Consiglio si vede però attribuito *de facto* tale potere, essendo previsto che «negli altri casi di cessazione dalla carica del Presidente del Consiglio subentrante, il Presidente della Repubblica procede allo scioglimento delle Camere».

In altre parole, il potere di scioglimento è qui esercitato in forma indiretta, per mezzo di eventuali dimissioni del vertice dell'Esecutivo, privando il Presidente della Repubblica di qualsiasi competenza, ferma peraltro restando la prerogativa – ed è, questo, il vero problema – nelle mani del Presidente del Consiglio subentrante (di elezione parlamentare) ma non in quelle del Presidente legittimato dal corpo elettorale.

In conclusione, sia guardando ai nuovi sviluppi della forma di governo spagnola – tramontata la stagione di un parlamentarismo a lungo ammirato come esempio di stabilità e linearità – sia soprattutto considerando criticamente il progetto italiano di revisione costituzionale, è più che mai importante «non fossilizzar[s]i negli stereotipi» e «non mitizzare assetti [...], dietro ai quali si celano le contraddizioni di una semplificazione soltanto artificiale»⁶¹.

Qualsiasi riforma dovrebbe quindi prendere atto in partenza della «centralità del dato “fattuale” e, dunque, dell'importanza di osservare gli accadimenti e la prassi»⁶², modellando, a partire da questi ultimi, schemi formali che ad essi possano adattarsi, anziché pretendere di ingabbiare a forza i fatti (politici) all'interno di modelli disegnati *a priori*, salvo poi stupirsi – alla prova dei fatti, è proprio il caso di dire – che qualcosa non ha funzionato come si era immaginato.

⁶⁰ L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, 1958, p. 197.

⁶¹ E. GROSSO, *Il metadone della Repubblica. Elezione diretta e verticalizzazione del potere: la grande ossessione semplificatrice*, in *Federalismi.it* (FOCUS – Riforme istituzionali e forma di governo), cit., p. 11.

⁶² A. D'ANDREA, *Relazione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 4, p. 242.

La Costituzione svizzera del 1848, laboratorio del costituzionalismo europeo*

GIORGIO GRASSO

1. Il compleanno di un testo costituzionale, come quello della Costituzione svizzera del 12 settembre 1848, un compleanno “rotondo” di ben 175 anni, di “una storia incredibile”, come ricordano i due video promozionali in cui intervengono in particolare le due consigliere federali Elisabeth Baume–Schneider¹ e Karin Keller–Sutter², può essere celebrato sotto almeno tre diverse angolazioni.

In primo luogo, quando si festeggia un compleanno di una persona, si pensa al giorno in cui questa è nata, a chi c’era a vivere e ad accompagnare quello speciale momento e a quanto è stato riportato di quel frangente, di anno in anno, di generazione in generazione, e, allora, riferendomi alla Costituzione federale svizzera del 1848 dovrò dare conto, certamente, delle vicende che hanno portato alla sua approvazione: la genesi di quella Costituzione, insomma⁴.

La circostanza, poi, che sia un costituzionalista italiano a intervenire permette di guardare a quell’anniversario anche da un punto di vista strettamente comparatistico, basato, nella vicenda che ci occupa, su un rapido raffronto tra la Costituzione federale del 1848 e il coevo Statuto Albertino, che sarà la prima Costituzione italiana (del Regno d’Italia, in particolare): Costituzione votata, l’una, Costituzione “ottriata” la seconda, Costituzione rigida la prima, seppur potenzialmente oggetto di una revisione totale, Costituzione flessibile la seconda⁴.

Infine, sempre quando si festeggia il compleanno di una persona, si cerca di guardare al presente e ai compleanni futuri; riflettendo su un testo costituzionale,

*Il testo riproduce, con l’aggiunta dei riferimenti bibliografici materialmente utilizzati per la sua stesura, la relazione orale svolta dall’Autore il 14 settembre 2023, a Lugano nella sala del Palazzo Civico, in occasione della Commemorazione dei 175 anni della Costituzione federale del 1848. Il video integrale dell’evento è disponibile su <https://www.youtube.com/watch?v=GZ6TomGwua8&t=1130s>. Esso è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Vedi il video su <https://www.youtube.com/watch?v=Ij1oHKZL6WE>.

² Vedi il video su <https://www.youtube.com/watch?v=0oHI3l7x5RM>.

³ Vedine gli svolgimenti ai paragrafi 2 e 3.

⁴ Vedi il paragrafo 4.

questo implica interrogarsi su che cosa esso possa ancora rappresentare, dopo quasi due secoli, per il Paese che lo ha adottato: nel nostro caso, si tratta allora di collocare la Costituzione del 1848 nella Svizzera della contemporaneità⁵.

2. Come nasce una Costituzione? L'impianto teorico del tema è, evidentemente, quello dell'instaurazione del nuovo ordine costituzionale rappresentato dalla Costituzione federale del 1848, ricordando che una guerra, generalmente persa, o una guerra civile o una rivoluzione rappresentano i fatti politici costituenti l'avvento di una nuova Costituzione.

Rispetto alla nascita della Costituzione svizzera del 1848 si deve tornare indietro nel tempo, almeno, alle vicende che portarono nel 1830 e nel 1831 – per primo fu il Canton Ticino – all'adozione in undici diversi Cantoni di nuove Costituzioni di impronta liberale, le c.d. Costituzioni della “Rigenerazione”, per poi proseguire ricordando il Concordato dei Sette (tra i Cantoni rigenerati) e la Lega di Sarnen (tra i Cantoni cattolici) del 1832, che già violavano il Patto federale del 1815, che vietava ogni alleanza separata, nonché la divisione tra Basilea città e Basilea campagna del 1833 (e la mancata separazione, invece, del Cantone di Svitto, nella contrapposizione tra i distretti esterni e l'antico Paese di Svitto), in cui si manifestò quella fase della “Rigenerazione” che vide prevalere, sulla frattura religiosa, gli attriti tra le città e la campagna⁶.

In quel decennio, un primo importante tentativo di adozione di una nuova Costituzione, quello del progetto di Pellegrino Rossi, che fissava tra l'altro la Capitale della Confederazione a Lucerna e che pure la Dieta⁷ stessa avrebbe modificato in senso più moderato, prima di sottometterlo al voto, venne respinto nel 1833 dalla maggioranza dei Cantoni.

Ma soprattutto, negli anni immediatamente precedenti all'approvazione della Costituzione del 1848, vanno menzionati i profondi contrasti che si svilupparono, a partire dal 1840, tra i diversi Cantoni svizzeri: tensioni confessionali, certo, ma ancor più tensioni politiche tra un mondo conservatore, legato alla tradizione, che voleva mantenere tra i Cantoni soltanto i deboli legami tipici di una Confederazione, quelli del Patto del 1815, e un mondo nuovo, di matrice liberale/radicale,

⁵ Vedi i paragrafi 5 e 6.

⁶ Una ricostruzione dettagliata di questi eventi (e di quelli che saranno successivamente elencati nel presente paragrafo) è in R. PAHUD DE MORTANGE, *Histoire du droit suisse*, Zürich, 2023, pp. 195–203 e in O. MEUWLY, *Une brève histoire constitutionnelle de la Suisse*, Neuchâtel, 2023, pp. 34–45.

⁷ La Dieta, che riuniva, in base al Patto del 1815, i delegati di tutti i 22 Cantoni – che votavano in base alle istruzioni ricevute dai rispettivi governi cantonali –, costituiva l'organo deliberativo fondamentale di un assetto tipicamente confederale.

che voleva dare più forza allo Stato nazionale, centralizzando alcune competenze e assicurando tra l'altro la libertà economica, di stabilimento, di domicilio⁸.

È in tale prospettiva che si collocano, su posizioni contrapposte, la decisione del Cantone di Argovia del 1841 di sopprimere otto conventi cattolici e quella del Cantone di Lucerna del 1844 di affidare ai Gesuiti l'insegnamento secondario, la direzione del seminario (e della facoltà di teologia) e la cura delle anime, cui seguì la reazione di Cantoni come Berna, Soletta, lo stesso Argovia e Basilea Campagna che inviarono corpi franchi per ribaltare il governo conservatore di Lucerna. Erano i presagi del *Sonderbund*, l'alleanza difensiva separata dei Cantoni cattolici di Friburgo, Lucerna, Svitto, Untervaldo, Uri, Vallese e Zugo, che si formò nel 1845, violando il divieto del Patto del 1815. Nel 1846 non vi fu la maggioranza nella Dieta per sciogliere il *Sonderbund*, maggioranza che, con la variazione del posizionamento politico di alcuni delegati dei Cantoni, si trovò, invece, nel 1847, ponendo il generale Guillaume-Henri Dufour a capo di un'armata federale che in poche settimane avrebbe portato alla sconfitta dei Cantoni secessionisti nel novembre del 1847 e alla fine di quella che la dottrina elvetica non teme di qualificare come una vera e propria guerra civile⁹. La circostanza che a guidare l'esercito dei Cantoni ribelli fosse un generale grigionese protestante, Johann Ulrich Von Salis-Soglio, ben testimonia che le ragioni dello scontro non erano solo di natura religiosa.

3. Concluso il conflitto, le forze liberali/radicali vincitrici, che avevano ottenuto la dissoluzione del *Sonderbund*, ambivano a riformare anche il Patto confederale del 1815, “per rinforzare i poteri della Confederazione e allargare gli spazi economici e commerciali al di là delle frontiere cantonali”¹⁰. Si trattava di un processo che non era visto, però, di buon occhio dalle potenze della Restaurazione europea: Francia, Prussia, Austria, Russia, che sembrarono minacciare addirittura un intervento militare, ma gli eventi del 1848 in Europa costrinsero questi Paesi a occuparsi delle cose di casa propria, senza poter troppo guardare alle vicende elvetiche. Come è stato scritto, con grande efficacia, “le barricate parigine del febbraio del 1848 restituirono alla Svizzera la sua libertà d'azione”¹¹.

⁸ Così anche, con parole molto nette, F. LOMBARDI, *Intervento* orale, Lugano, Palazzo Civico, 14 settembre 2023, in occasione della Commemorazione dei 175 anni della Costituzione federale del 1848, che evidenzia come si trattò di una guerra, “piccola per fortuna, tra due visioni del mondo, della società, dell'economia, della crescita, del progresso, all'interno della Svizzera”.

⁹ Vedi R. PAHUD DE MORTANGE, *Histoire du droit suisse*, cit., p. 202. Di “orrore di una guerra civile” ha parlato R. DE ROSA, *Intervento* orale, Lugano, Palazzo Civico, 14 settembre 2023, in occasione della citata Commemorazione dei 175 anni della Costituzione federale del 1848.

¹⁰ Così ancora R. PAHUD DE MORTANGE, *Histoire du droit suisse*, cit., p. 202.

¹¹ La citazione è in W.A. RAPPARD, *La Constitution fédérale de Suisse. 1848–1948. Ses origines*,

La Dieta, che aveva già istituito, ad agosto del 1847, prima dello scoppio della guerra del *Sonderbund*, una Commissione consultiva per redigere un nuovo testo costituzionale, composta da 14 membri, rappresentanti dei Cantoni guidati da forze radicali-liberali, integrò nel febbraio del 1848 tale Commissione, portandola a 23 membri, così che tutti i Cantoni erano rappresentati, ad eccezione di Appenzello Interno e Neuchâtel. A capo della Commissione venne scelto il bernese Ulrich Ochsenbein, futuro consigliere federale, eleggendosi poi due redattori/relatori, uno di lingua tedesca, Johan Konrad Kern di Turgovia, e uno di lingua francese, Daniel-Henri Druet di Vaud. I componenti della Commissione provenivano integralmente dal mondo radicale-liberale¹², erano persone che nel loro Cantone avevano svolto importanti ruoli politici e/o che avevano partecipato alla campagna militare, appena terminata, con molti giuristi, ma anche con commercianti e due medici¹³. Sei di loro saranno futuri consiglieri federali, eletti dall'Assemblea federale, che si costituirà nel novembre del 1848, a seguito dell'entrata in vigore della nuova Costituzione: il già citato Ochsenbein, il vodese Daniel-Henri Druet, a sua volta menzionato, il solettese Martin Munzinger, lo zurighese Jonas Furrer, il primo presidente della Confederazione elvetica, il sangallese Wilhelm Matthias Naeff, l'argoviese Friedrich Frey-Herosé.

È il colonello Giacomo Luvini-Perseghini a rappresentare il Canton Ticino, lo stesso che, qualche mese dopo, a novembre del 1848, in uno dei primi giorni di riunione della nuova Assemblea federale, ferirà gravemente a duello il colonnello zurighese Benz, come ha ricordato Martin Candinas, presidente del Consiglio nazionale per il biennio 2022-2023, in un video promozionale dedicato all'anniversario della Costituzione federale, per sottolineare l'eccezionalità di quel momento e l'avvio assai complicato dei lavori dell'organo parlamentare¹⁴.

Ma tornando alla Commissione, in soli 51 giorni, tra il 17 febbraio e l'8 aprile 1848, operando a ritmo serrato, venne steso il progetto di Costituzione. Per ricostruire i lavori della Commissione e le discussioni che si svolsero al suo interno più che i resoconti ufficiali, molto astratti, si è scritto¹⁵, rarefatti e da cui non emergono le posizioni assunte dai singoli commissari, anche perché la Commissione

son élaboration, son évolution, Neuchâtel, 1948, p. 117, opera fondamentale per la ricostruzione di tutto il percorso che portò all'approvazione della Costituzione del 1848.

¹² Non a caso sul sito Internet del PLR, il Partito liberale radicale, si trovano in lingua tedesca le biografie di tutti i "padri costituenti" della Costituzione del 1848. Vedi: <https://www.fdp.ch/parteil/portraet-vision/175-jahre-bundesverfassung>.

¹³ Vedi in particolare W.A. RAPPARD, *La Constitution fédérale de Suisse. 1848-1948*, cit., pp. 108-111.

¹⁴ Vedi il video su https://www.youtube.com/watch?v=7C2_8NDv9wI.

¹⁵ Si veda l'intervista a R. HOLENSTEIN, dal titolo *Die Geburtshelfer der Verfassung*, in <https://schweizermonat.ch/die-geburtshelfer-der-verfassung/#>.

aveva deciso di lavorare a porte chiuse, per impedire che eventuali indiscrezioni riportanti i nomi dei diversi interventori nuocessero al raggiungimento dell'obiettivo finale, sono soprattutto utili i verbali privati che, quasi quotidianamente e in segreto, i singoli commissari redigevano per i rispettivi governi cantonali. Ai due verbali conosciuti da tempo, quelli dei citati Furrer e Frey–Herosé, utilizzati ampiamente, per esempio, nel poderoso volume di Rappard, devono aggiungersene altri quattordici, rinvenuti grazie a una meticolosa, recente, ricerca del già citato Rolf Holenstein, che ha pubblicato nel 2018 un denso volume monografico, basato su questi verbali e rapporti segreti¹⁶.

Di quell'intenso dibattito, è utile ricordare per cenni la discussione che portò all'introduzione del modello bicamerale, imitando quello degli Stati Uniti d'America.

Il presidente Ochsenbein, a cui anche una risalente dottrina italiana ha dedicato un breve profilo biografico¹⁷, aveva “una visione chiara, se non rigida, di ciò che doveva essere fatto” e una “volontà ferrea di raggiungere un risultato utile”: la revisione del Patto del 1815, che “era stata all'ordine del giorno della Dieta federale, anno dopo anno, senza mai giungere a una conclusione”¹⁸. In tale prospettiva Ochsenbein era strenuamente favorevole al sistema bicamerale, ma a parte il delegato ginevrino Louis Rilliet–Constant altre posizioni sembravano prevalere: dal monocameralismo – che nelle correnti radicali più estreme corrispondeva a un accentramento che, aspirando a costituire una repubblica unitaria, avrebbe posto fine all'autonomia cantonale –, alla conservazione di uno *status quo*, basato su un fragile assetto confederale. La bilancia penderà definitivamente dalla parte del bicameralismo grazie all'intervento decisivo del delegato di Svitto, il medico Melchior Diethelm, il 22 marzo del 1848: egli, pur inizialmente scettico verso il modello statunitense, intuì che esso era il solo mezzo che poteva salvaguardare le prerogative dei Cantoni, contro la centralizzazione che buona parte dei rappresentanti dei Cantoni vincitori della guerra del *Sonderbund* volevano¹⁹. La distribuzione tra i delegati più influenti, da parte di Diethelm, dell'opuscolo che Ignaz Paul Vital Troxler, grande medico, filosofo, pedagogo e pubblicista svizzero dell'epoca (non membro però della Commissione), aveva dedicato agli Stati Uniti

¹⁶ R. HOLENSTEIN, *Stunde null. Die Neuerfindung der Schweiz im Jahr 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfindern*, Basel, 2018.

¹⁷ Quello di M. MENGHINI, *Ochsenbein, Ulrich*, in *Enciclopedia italiana* (1935), ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/ulrich-ochsenbein_%28Enciclopedia-Italiana%29/.

¹⁸ Le citazioni sono tratte dall'intervista a R. HOLENSTEIN, *Die Geburtshelfer der Verfassung*, cit.

¹⁹ Ciò che accadde in quel frangente è sinteticamente ricordato da O. MEUWLY, *Une brève histoire constitutionnelle de la Suisse*, cit., pp. 50–51.

d'America e alla possibilità che quella Costituzione potesse rappresentare un modello per la riforma federale svizzera²⁰, contribuì a orientare la decisione²¹.

Tra l'8 aprile del 1848, giorno in cui il progetto viene approvato dalla Commissione, e il 27 giugno successivo, data in cui la Dieta approverà il testo definitivo con una maggioranza di tredici cantoni e mezzo²², il progetto comincia intanto a circolare, per essere discusso, a livello cantonale. Il dibattito che si svolse in Canton Ticino è emblematico un po' di ciò che accadde in tutta la Svizzera. Il Parlamento ticinese, il Gran consiglio, ricevette il testo alla fine del mese di maggio, accompagnato da un messaggio di approvazione da parte del Governo cantonale, il Consiglio di Stato. In Gran consiglio la discussione portò ad approvare il progetto il 19 giugno, con una serie di integrazioni e condizioni, che la Dieta però non avrebbe accettato, tanto che nel voto del 27 giugno il Canton Ticino, rappresentato da Giovanni Jauch, venne a esprimersi contro²³.

A questo punto, a seguito dell'approvazione della Dieta, il testo doveva tornare ai Cantoni, perché ciascuno si pronunciasse sulla nuova Costituzione, “a quel modo che è prescritto dalla Costituzione cantonale, o – dove la Costituzione nulla prescrive su ciò – a quel modo che verrà stabilito dalla suprema Autorità del rispettivo Cantone”²⁴.

La vicenda ticinese va, in proposito, ancora brevemente menzionata. In Gran consiglio, alla fine di agosto del 1848, si andarono a contrapporre “due concezioni estreme, che già si erano delineate rispetto agli avvenimenti degli anni avanti”²⁵, quelli del conflitto del *Sonderbund*, tra chi voleva superare il vecchio Patto del 1815²⁶ e chi temeva le conseguenze della creazione di un autentico Stato federale.

²⁰ *Die Verfassung der Vereinigten Staaten Nordamerikas als Musterbild der Schweizerischen Bundesreform*, con prefazione e spiegazioni di Ignaz Paul Vital Troxler, Sciaffusa, 1847.

²¹ Ancora O. MEUWLY, *Une brève histoire constitutionnelle de la Suisse*, cit., p. 51, che sulla figura di Troxler ha scritto una breve biografia: O. MEUWLY, *Troxler, inventeur de la Suisse moderne*, Gollion (Vaud), 2021.

²² Esplicitamente contro il progetto si pronunciarono Appenzello Interno, Obvaldo, Nidvaldo, Svitto e Uri, mentre per varie ragioni i delegati di Appenzello Esterno, Basilea Città, Berna, Neuchâtel, Ticino e Vaud non lo votarono: vedi W.A. RAPPARD, *La Constitution fédérale de Suisse. 1848–1948*, cit., p. 120.

²³ Il dibattito è ricostruito interamente da M. AGLIATI, *Il Gran consiglio ticinese di fronte alla Costituzione federale del 1848*, reperibile in https://www4.ti.ch/fileadmin/DECS/DS/Rivista_scuola_ticinese/ST_n.94/ST_94_Agliati_Gran_Consiglio_ticinese_di_frente_a_costituzione_federale_1848.pdf.

²⁴ Si veda l'art. 1 delle Disposizioni transitorie della Costituzione del 1848, nella versione riportata in *Costituzione federale della Confederazione Svizzera [1848]*, Macerata, 2008.

²⁵ Così M. AGLIATI, *Il Gran consiglio ticinese di fronte alla Costituzione federale del 1848*, cit., p. 9, che rileva anche che, nel momento in cui il Parlamento ticinese stava esaminando il testo del progetto, già si profilava un'accettazione da parte della maggioranza degli altri Cantoni.

²⁶ Tra chi si pronunciò a favore del progetto va ricordato Stefano Franscini, che sarà il settimo membro del primo Consiglio federale, quello formatosi nel novembre del 1848, con un intervento

Ciò che soprattutto preoccupava questi ultimi erano le disposizioni riguardanti la centralizzazione delle poste e l'abolizione dei dazi, per gli evidenti danni economici che il Cantone avrebbe subito. Con grande fatica si venne ad approvare, infine, il progetto, con una accettazione condizionata, proprio rispetto alla possibilità che “la Confederazione volesse percepire nuovi diritti d'importazione e d'esportazione al confine ticinese”, dovendo in quel caso riscattare il dazio d'entrata e di uscita dal Canton Ticino mediante indennizzo²⁷. Su quel testo si pronunciò il popolo, che il 3 settembre 1848 respinse comunque il progetto, con 4.266 no e 1.652 sì²⁸, su una popolazione del Cantone che, in base ai dati del censimento del 1850, cioè solo due anni dopo lo scrutinio, sarebbe stata di 117.759 abitanti²⁹.

A parte il voto ticinese, per il quale la Dieta, peraltro, riterrà anche i voti favorevoli equivalenti a un rigetto, trattandosi di una votazione condizionata³⁰, andando a sommare i risultati, Cantone per Cantone, quindici Cantoni e mezzo approvarono la Costituzione, sei Cantoni e mezzo la respinsero³¹. In questo conteggio favorevole non mancò qualche inevitabile forzatura: i Cantoni del *Sonderbund*, intanto, erano occupati militarmente (con qualche analogia con ciò che sarebbe accaduto in Italia, quasi cent'anni dopo, in occasione del *referendum* istituzionale del 2–3 giugno del 1946); a Lucerna, in realtà, prevalsero le astensioni, che vennero però computate su decisione del governo cantonale come voti positivi; a Friburgo, non si espresse il popolo, ma il Parlamento, il *Grand Conseil*; nei Grigioni, infine, l'approvazione fu data dalla maggioranza dei comuni giurisdizionali.

Il voto popolare fu il seguente: su poco più di 437 mila aventi diritto al voto, un quinto dell'allora popolazione svizzera, più della metà (241.642 persone) partecipò al voto, 169.743 votarono a favore, 71.899 votarono contro³².

di grande respiro rivolto a valorizzare, in fondo, lo stesso motto svizzero “uno per tutti, tutti per uno”, inciso sotto la cupola del Palazzo federale a Berna: “Il Patto federale è un patto di famiglia: tutti gli svizzeri amatori sinceri della loro patria cercheranno che sia sanzionato tanto per il comune interno vantaggio quanto per la difesa della libertà in faccia allo straniero; a raggiungere questi eminenti scopi è necessario che tutti i Cantoni offrano il loro contingente di sacrifici, non di nude parole” (il passo è riportato in M. AGLIATI, *Il Gran consiglio ticinese di fronte alla Costituzione federale del 1848*, cit., p. 11).

²⁷ Ancora M. AGLIATI, *Il Gran consiglio ticinese di fronte alla Costituzione federale del 1848*, cit., p. 13.

²⁸ Sempre M. AGLIATI, *Il Gran consiglio ticinese di fronte alla Costituzione federale del 1848*, cit., p. 13.

²⁹ Il dato è riportato alla voce Ticino (Cantone), in <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/007394/2022-10-24/>.

³⁰ Vedi W.A. RAPPARD, *La Constitution fédérale de Suisse. 1848–1948*, cit., p. 125.

³¹ Si trattava di gran parte dei Cantoni che avevano dato vita al *Sonderbund*: Nidvaldo, Obvaldo, Svitto, Uri, Zugo e Vallese, a cui si aggiunsero il Ticino appunto e Appenzello Interno.

³² Vedi W.A. RAPPARD, *La Constitution fédérale de Suisse. 1848–1948*, cit., p. 125, che ricorda anche che, nei Cantoni dove si votò con la *Landsgemeinde* (Appenzello Interno e Appenzello Esterno, Glarona, Obvaldo, Nidvaldo e Uri), il conteggio risultò peraltro approssimativo. Vedi

Le potenze straniere (Francia, Austria e Prussia), che avevano concorso alla costituzione del Patto del 1815, con una nota indirizzata alla Dieta già nel gennaio 1848, avevano dichiarato che qualsiasi modifica del Patto (e quindi anche la nuova Costituzione) avrebbe richiesto l'unanimità di tutti i Cantoni. Ma la Dieta, anche con una vera e propria rottura costituzionale rispetto alle regole del Patto del 1815, "dall'esame accurato dei processi verbali sulla votazione eseguita in tutti i Cantoni", che evidenziavano che "la grande maggioranza dei cittadini attivi, come la gran maggioranza dei ventidue Cantoni", avevano approvato la Costituzione, con il decreto del 12 settembre 1848, dichiarò la Costituzione "solennemente accettata e riconosciuta come legge fondamentale della Confederazione Svizzera"³³.

4. Il 1848, anno così importante per la Confederazione elvetica, è anche quello della concessione dello Statuto Albertino, che con l'unificazione nazionale del 1861 diventerà la prima costituzione del Regno d'Italia. Anche pochi cenni di confronto tra i due testi costituzionali mostrano l'esistenza di insuperabili differenze, già nel procedimento di formazione, frutto l'uno del lavoro di un Consiglio di conferenza, formato dai ministri del Re e da alcuni alti dignitari dello Stato – e i cui verbali pur dimostrerebbero che esso fu ben più di un testo dinastico arretrato, per i legami e le comunicazioni che si svilupparono tra i ministri che redassero materialmente il testo e una certa classe dirigente liberale³⁴ –, l'altro del ricco dibattito sopra ricordato che coinvolse la commissione che redasse il progetto, la Dieta che l'approvò, gli organi cantonali esecutivi e assembleari che lo presero in esame, il popolo che, infine, l'accettò con una larga maggioranza.

Ma il numero di cittadini svizzeri che partecipò a quell'esercizio del potere sovrano³⁵, così raro nella temperie ottocentesca, fa sovvenire una Costituzione italiana, quasi coeva, anch'essa votata e destinata a durare pochi giorni: la

anche, per un ulteriore resoconto, la voce *Costituzione federale*, in <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009811/2023-06-29/>.

³³ Anche il decreto di accettazione è riportato in *Costituzione federale della Confederazione Svizzera [1848]*, cit.

³⁴ Cfr. in proposito S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, 2ª ed., Torino, 2017, pp. 2–3.

³⁵ A proposito di questa percentuale dei votanti, in controtendenza rispetto all'enorme lavoro svolto dalla Commissione, si può citare, però, un'ironica frase di Friedrich Engels, allora corrispondente a Zurigo della *Neue Rheinische Zeitung*: "si parla più dei berretti dei soldati e della lunghezza delle code dei cavalli per la futura armata federale che dei principi..." (vedila riportata nell'intervista allo storico Hans-Ulrich Jost, in <https://www.letemps.ch/culture/1848-suisse-faisait-ladmiration-peuples-europeens>).

Costituzione della Repubblica Romana del 1849, approvata da un'Assemblea costituente, che era stata eletta da 250 mila cittadini, un terzo degli aventi diritto e corrispondenti a un decimo della popolazione dei territori su cui insisteva lo Stato pontificio³⁶. Una cifra superiore, cosa da non scordare mai, a quella dei cittadini italiani che votarono nelle elezioni della prima Camera dei deputati del Regno d'Italia³⁷...

La flessibilità dello Statuto Albertino, “Legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia”, contrasta poi con la rigidità della Costituzione svizzera del 1848, che pure sarà oggetto della revisione totale del 1874, lungo una traiettoria che impone di interrogarsi sull'esistenza di effettivi limiti alla revisione costituzionale, analoghi a quelli che, passando a comparare i testi delle tre Costituzioni svizzere (del 1848, del 1874 e del 1999) con la Costituzione italiana del 1948, contraddistinguono quest'ultima³⁸.

Ma, tornando al raffronto con lo Statuto Albertino, se vi è un elemento comune con la Costituzione svizzera del 1848, è la circostanza di essere entrambe Costituzioni “brevi”, dal punto di vista della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, costruite quindi esclusivamente sul principio di eguaglianza formale³⁹ e non, come le Costituzioni democratico-sociali del Novecento, a partire da quella italiana, anche sul principio di uguaglianza sostanziale.

Solo una scorsa fugace alle disposizioni della Costituzione del 1848 in tema di libertà prova questa affermazione: il suffragio universale e il connesso esercizio dei diritti politici, riconosciuto a ogni cittadino svizzero di sesso maschile⁴⁰, “negli affari federali e cantonali in quel Cantone nel quale è domiciliato” dell'art. 42; la

³⁶ Tale numero di elettori è riportato in esordio al testo della Costituzione, nel sito: https://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p2_Vol1_2.pdf.

³⁷ Gli aventi diritto al voto erano 418.696, corrispondenti all'1,92% della popolazione (vedi https://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p1_Vol1_7.pdf), e parteciparono allo scrutinio il 57,2% di essi, (https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fseriestoriche.istat.it%2Ffileadmin%2Fdocumenti%2FTavola_9.1.xls), pari quindi a 239.494 cittadini.

³⁸ Per qualche primo spunto si veda G. GRASSO, *Da Berna a Budapest: appunti su revisioni costituzionali (totali e parziali) e tenuta dell'unità politica e di senso delle Costituzioni democratiche*, in *DPCE-online*, 1/2019, pp. 96 ss. e spec. 100–101.

³⁹ Vedi rispettivamente l'art. 4 della Costituzione svizzera del 1848 e l'art. 24 dello Statuto Albertino.

⁴⁰ Il mancato riconoscimento dei diritti politici alle donne, pur non sancito espressamente nel testo costituzionale e in assenza, nei lavori della Commissione costituita dalla Dieta, di qualsiasi proposta che si riferisse al loro coinvolgimento nella vita politica, si impose come una condizione di fatto di una società nella quale l'illuminismo borghese emergente teneva le donne fuori dalla vita pubblica: vedi almeno le rapide osservazioni di B. STUDER, *L'esclusione delle donne dalla vita politica nel 1848*, in <https://www.parlament.ch/it/%C3%BCber-das-parlament/donne-politiche/conquista-dei-pari-diritti/1848-interview-brigitte-studer>.

libertà di stampa dell'art. 45; la libertà di associazione dell'art. 46; il diritto di petizione dell'art. 47; il diritto al giudice naturale precostituito per legge (il "proprio giudice costituzionale"), con il divieto di creare "verun tribunale eccezionale", dell'art. 53; il divieto della pena di morte per i delitti politici dell'art. 54.

Un discorso a parte è quello della libertà religiosa, con la garanzia del "libero esercizio del culto" delle sole "Confessioni cristiane riconosciute su tutto il territorio della Confederazione", secondo quanto disponeva l'art. 44, con una evidente discriminazione rivolta a colpire in modo particolare gli ebrei⁴¹, anche di nazionalità svizzera, e che si estende al "diritto di libero domicilio su tutto il territorio", garantito, infatti, dall'art. 41 esclusivamente "a tutti gli Svizzeri, appartenenti ad una delle confessioni cristiane", nei confronti dei quali i Cantoni avevano inoltre l'obbligo di ritenerli "eguali ai cittadini del proprio Cantone, così nella legislazione come nella procedura giudiziaria", secondo il disposto dell'art. 48.

5. Cosa rimane oggi, dopo le due già citate revisioni totali del 1874 e del 1999, dei principi della Costituzione del 1848 e quali delle "colonne portanti" del sistema costituzionale svizzero, come le ha definite efficacemente Olivier Meuwly⁴², sono rimaste da allora?

Il federalismo, certamente, a partire dall'art. 3 del testo costituzionale del 1848 e dall'affermazione della clausola dei poteri residui che assegna ai Cantoni l'esercizio di "tutti i diritti, che non sono devoluti all'Autorità federale"; il principio della milizia, del c.d. cittadino-soldato, con il divieto di mantenere truppe permanenti (art. 13) e l'obbligatorietà per ogni cittadino svizzero del servizio militare (art. 18); il principio di neutralità dell'art. 90, comma 9, la cui protezione è affidata al Consiglio federale, insieme alla "sicurezza esterna della Svizzera" e al

⁴¹ Nell'intervista già citata a R. HOLENSTEIN, *Die Geburtshelfer der Verfassung*, cit., si sottolinea che, peraltro, Ulrich Ochsenbein aveva cercato di opporsi alle discriminazioni contro gli ebrei, riguardo alla libertà di stabilimento. Anche i rappresentanti dei cantoni di Ginevra, Neuchâtel, Vaud e Argovia votarono contro, come è ricordato da P. SÜESS, *Negata la libertà di domicilio agli ebrei*, in <https://www.1848-parl.ch/it/costituzione-federale/kapitel/negata-la-liberta-di-domicilio-agli-ebrei.php>, in cui si spiegano sinteticamente le ragioni della previsione in una Costituzione, "a quel tempo tra le più avanzate in Europa", di una contraddizione così stridente, che sarà eliminata solo con la revisione costituzionale del 1866, conseguenza dell'approvazione di un accordo commerciale con la Francia che, garantendo la libertà di stabilimento agli ebrei francesi, spinse a eliminare l'odiosa discriminazione degli ebrei svizzeri in questo campo, rispetto a cattolici e protestanti: un miglior trattamento dei cristiani rispetto agli ebrei poteva essere tollerato, nella coscienza dell'epoca (e la Costituzione del 1848 ne era un'esemplificazione), ma non che gli ebrei francesi fossero in una condizione migliore di quelli svizzeri.

⁴² O. MEUWLY, *Une brève histoire constitutionnelle de la Suisse*, cit., pp. 113–114.

“mantenimento della sua indipendenza”, e che era già stato riconosciuto peraltro dal Trattato di Parigi del 1815.

E poi, a far da contorno a questi tre primi pilastri, l'assenza del controllo di costituzionalità sulle legge federali, nel nome del primato dell'Assemblea federale, che sarà confermato nel 1874, trasformando il Tribunale federale in un'istituzione permanente; il principio per cui la cittadinanza svizzera si acquisisce diventando cittadino di un Cantone, e non viceversa; soprattutto quella singolarissima forma di governo, che i costituzionalisti italiani qualificano come “direttoriale”⁴³, basata sulla collegialità del Consiglio federale, e i cui membri sono eletti però dall'Assemblea federale separatamente, sull'impossibilità per quest'ultima di promuovere un voto di censura nei confronti del Consiglio federale che rimane in carica per tre anni (quattro a seguito della revisione costituzionale del 1931) e sulla corrispondente assenza del potere di scioglimento dell'Assemblea da parte del Governo federale.

Tra i fondamenti del sistema svizzero manca soltanto, in quella prima Costituzione, la democrazia diretta: la Costituzione del 1848, infatti, è improntata a livello federale sulla democrazia rappresentativa, anche se in ambito cantonale si erano già sviluppati sia nei Cantoni guidati dalle forze radicali, sia nei Cantoni cattolici-conservatori, importanti diritti popolari, come il diritto di veto sulle leggi approvate dal Parlamento (a San Gallo, Basilea Campagna, Lucerna) e il diritto di petizione.

Sarà la Costituzione del 1874 a riconoscere il *referendum* sulle leggi e la successiva revisione costituzionale del 1891 a introdurre l'iniziativa popolare per la revisione parziale della Costituzione stessa.

Quest'ultimo passaggio (dell'assenza della democrazia diretta nel testo che ha dato origine a questo intervento) può sembrare un po' paradossale, se si pensa che la Svizzera è considerata, da decenni, il Paese nel quale gli istituti di democrazia diretta sono massimamente coltivati: e non è un caso che organismi internazionali come *Varieties of Democracy*, che misurano annualmente lo stato della democrazia nel mondo, collochino la Confederazione elvetica sistematicamente al primo posto, quanto all'indicatore del *ranking* riguardante la partecipazione politica dei cittadini⁴⁴.

⁴³ Basti qui citare tra gli autori novecenteschi C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, pp. 340 e 349–351; ma A. BRUNIALTI, *Le forme di governo*, in *Biblioteca di Scienze Politiche. Scelta Collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze Politiche*, II, Torino, 1886, CI e CIII, già considerando il testo della Costituzione del 1874, parla più genericamente di una democrazia parlamentare repubblicana, come gli Stati Uniti d'America e la Francia della “Terza Repubblica”.

⁴⁴ Si veda esemplarmente il *Report 2023*, in https://v-dem.net/documents/30/V-dem_democracyreport2023_highres.pdf, p. 44.

Ma come ben ha evidenziato, tra gli altri, Maria Paola Viviani Schlein, “molto dello spirito più autenticamente svizzero e più vicino al patrimonio pre-moderno dei Cantoni era ancora latente nel testo quarantottesco”⁴⁵, cosa che non ha impedito, però, una sua evoluzione con l’introduzione di strumenti di partecipazione popolare che avrebbero arginato “lo strapotere del gruppo liberale radicale dominante”⁴⁶, garantendo le istanze e i diritti di chi non aveva votato la Costituzione del 1848 e assicurando via via l’ingresso nelle istituzioni rappresentative – e in particolare nel Consiglio federale – delle altre formazioni politico-partitiche che ancora oggi lo compongono⁴⁷, nella variabilità delle regole convenzionali che completano il funzionamento di quella forma di governo, a partire dalla nota formula magica inaugurata nel 1959.

6. Una Costituzione rappresentativa della Svizzera intera, allora, riguardandola a 175 anni di distanza o una Costituzione dei vincitori sui vinti, come poteva apparire originariamente il testo del 1848⁴⁹?

Lo storico Sacha Zala in una recente intervista, resa proprio nell’anniversario della Costituzione del 1848, ha enfatizzato la scelta compiuta nel 1891 di individuare nel 1° agosto del 1291 la data della stipula del Patto del Grütli, tra i tre Cantoni “primitivi”, sconfitti nella guerra del *Sonderbund*: Uri, Svitto e Untervaldo. “I perdenti del *Sonderbund* – egli scrive – diventavano i vincitori del 1291. Le lancette della nascita della Svizzera venivano così catapultate 600 anni indietro, in un passato immaginario e remoto, in un tempo nel quale non c’era ancora la differenza tra cattolici e protestanti”⁴⁹.

Anche alla luce di questo condivisibile rilievo e guardando in prospettiva il testo del 1848, si può ben dire che esso è riuscito in fondo a “mettere insieme vincitori e vinti”⁵⁰, così da essere, davvero, 175 anni dopo, la Costituzione di tutti gli svizzeri.

⁴⁵ Così M.P. VIVIANI SCHLEIN, *L'avvento dello Stato federale in Svizzera*, in *Costituzione federale della Confederazione Svizzera [1848]*, cit., p. LXIV.

⁴⁶ Così ancora M.P. VIVIANI SCHLEIN, *L'avvento dello Stato federale in Svizzera*, cit., p. LX, che sottolinea anche l’importanza della riforma costituzionale del 1918, che ha previsto l’elezione proporzionale del Consiglio nazionale.

⁴⁷ Nel 1891 viene eletto in Consiglio federale l’esponente del Partito popolare democratico Joseph Zemp, nel 1929 sarà la volta del primo consigliere federale dell’Unione democratica di centro, Rudolf Minger, nel 1943, infine, nel pieno del secondo Conflitto mondiale, sarà eletto il primo consigliere federale socialista, Ernst Nobs.

⁴⁸ Basti pensare all’art. 58 e al divieto di ammettere “in nessuna parte della Svizzera né i Gesuiti, né le società ad essi affiliate”.

⁴⁹ S. ZALA, *Una carta che si adatta nel tempo in cerca di equilibrio democratico*, in *Corriere del Ticino*, 12 settembre 2023, in <https://www.cdt.ch/news/una-carta-che-si-adatta-nel-tempo-in-cerca-di-equilibrio-democratico-327129>.

⁵⁰ Così ora F. LOMBARDI, *Intervento orale*, cit.

Il diritto all'istruzione nel sistema italiano e statunitense: un'analisi comparata*

DAMIANO FUSCHI e MARTINA IEMMA¹

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Accesso al diritto allo studio: diritto universale o mediato da parametri? – 3. L'origine del diritto allo studio in Italia – 4. Il diritto allo studio nella Costituzione italiana – 5. Diritto allo studio e principio meritocratico nell'ordinamento italiano – 6. Le origini dei sistemi di educazione negli Stati Uniti d'America – 7. Il diritto all'istruzione può diventare un valore costituzionale negli Stati Uniti? – 8. La Giurisprudenza della Corte suprema – 9. Conclusioni.

1. Il diritto all'istruzione si inserisce nel quadro dei diritti sociali, categoria affermata al superamento dello Stato liberale². Mentre quest'ultimo garantiva i diritti di libertà individuale e si ispirava al principio del non intervento nei rapporti economico-sociali, lo Stato sociale si è configurato in modo da tutelare gli individui che, nell'epoca precedente, avevano visto comprimere la possibilità di fruire di quei diritti garantiti dalle costituzioni ma sprovvisti di copertura economica, e di soddisfare alcuni fondamentali bisogni³; in particolare lo Stato sociale ha assicurato la gestione pubblica e l'erogazione secondo criteri universalistici dell'istruzione e dell'assistenza sanitaria; prestazioni che in precedenza erano rimesse all'iniziativa privata (si veda ad esempio l'esperienza istitutiva delle casse di mutuo soccorso in tema di assistenza sanitaria) e quindi, alle regole economiche del mercato⁴.

Questa evoluzione si realizza mediante l'ampliamento del catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti tramite l'inserimento di una nuova categoria, quella dei «diritti sociali», tra i quali il diritto alla salute, il diritto all'assistenza, il diritto all'istruzione⁵.

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ I Paragrafi 3, 4 e 5 sono a cura di Martina Iemma, i Paragrafi 2, 6, 7 e 8 sono a cura di Damiano Fuschi. Premessa e Conclusioni sono il frutto del lavoro congiunto dei due Autori.

² Sul tema si veda, *ex multis*, P. CARETTI – G. T. BARBIERI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, G. Giappichelli Editore, 2017; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 31/3 (2000), pp. 367–406.

³ A. ROCCELLA, *Il diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano*, in *Il Politico* (1990), pp. 467–486.

⁴ P. CARETTI – G. T. BARBIERI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, cit.

⁵ A. ROCCELLA, *Il diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano*, cit.

Seguendo l'obiettivo di fornire una prospettiva dell'attuazione del diritto all'istruzione in diversi ordinamenti, si può far riferimento alla Costituzione di Weimar che, per quanto concerne l'attuazione di un diritto universale all'istruzione, già nel 1919 stabiliva all'art. 145 la gratuità dell'istruzione e dei mezzi di apprendimento nelle scuole popolari e complementari⁶.

Il principio universalistico del diritto all'istruzione è presente anche nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'O.N.U. nel 1948, la quale stabilisce all'art. 26 c.1 che «l'educazione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L'istruzione elementare è obbligatoria. L'istruzione tecnica e professionale deve essere generalizzata; l'accesso all'istruzione superiore deve essere aperta in piena eguaglianza a tutti sulla base del merito». Anche il Protocollo addizionale del 1952 alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ha stabilito (art. 2) che «nessuno può vedersi rifiutato il diritto all'istruzione»⁷.

Il presente contributo intende offrire una prospettiva comparata sul diritto all'istruzione prendendo a riferimento due modelli distanti per impostazione e tradizione in materia di diritti scolastici.

2. Come è già stato brevemente accennato, il diritto allo studio e all'istruzione si inserisce storicamente nell'epoca in cui si assiste al passaggio dal modello dello Stato liberale a quello dello Stato sociale.

L'affermarsi del secondo modello porterà a profondi mutamenti nella concezione e nell'organizzazione dei modelli scolastici da parte delle pubbliche istituzioni. Il presente studio analizzerà, nella prima parte, l'evoluzione di questo diritto nel sistema italiano, occupandosi in particolare di come si debbano usare dei parametri di merito per affermare una scala valoriale per la distribuzione delle risorse economiche che consentano di fruire del servizio scolastico; risorse, quelle economiche, che per definizione sono scarse e, pertanto, non sufficienti per soddisfare in maniera universale tutti i richiedenti. Nel dettaglio del lavoro si vedrà come in sistemi come quello italiano il diritto allo studio assume un carattere universale mediato dall'età. Essendo l'istruzione obbligatoria e garantita dalla Costituzione fino ad una determinata età, questa sarà gratuita per tutti fino a quel momento, superata questa soglia ci saranno dei parametri per cui lo studio sarà ancora gratuito o finanziato in parte o per intero dal soggetto richiedente.

⁶ P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista Aic*, 2 (2014).

⁷ ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, «Retrieved June», 28 (1948).

Vediamo quindi come il sistema italiano ha posto in essere un diritto esteso e inclusivo che porta alla quasi gratuità dell'intero ciclo di istruzione fino alle scuole superiori e che consente l'accesso ad università pubbliche di indubbio prestigio in modo gratuito (se la famiglia di origine ha un reddito al di sotto di una determinata soglia fissata per legge) oppure con un determinato contributo annuo per le famiglie che superano la fascia di reddito più alto.

Oltre ai parametri qui accennati è importante focalizzarsi sul concetto di merito e su come questo si intrecci con la fruizione del diritto allo studio che nel nostro ordinamento assume un carattere universale e costituzionalmente garantito.

Diverso è il contesto negli Stati Uniti d'America. Non ravvisando una chiara disposizione riferita all'istruzione nella Costituzione federale non si può connettere questa fattispecie a parametri di merito. Pertanto, lo scopo di questo contributo è quello di focalizzarsi, per il sistema statunitense, sulle modalità e possibilità di accesso al sistema scolastico. Mentre nel contesto italiano l'accesso all'istruzione è poco influenzato dal contesto economico e sociale, nel sistema degli Stati Uniti sono molteplici i fattori che concorrono alla possibilità di accedere ad una istruzione di base, tra cui situazione economica, appartenenza a determinati gruppi sociali, etnici o religiosi. Una digressione sul concetto di merito negli Stati Uniti comporterebbe una analisi che esulerebbe dall'analisi giuridica perseguita in questo contributo. Tuttavia, è utile riportare alcune precisazioni.

Nel suo senso originario, il concetto di meritocrazia si riferisce a una società in cui molte delle opportunità che maggiormente influiscono sulla qualità della vita delle persone dipendono dalle loro capacità e dalle azioni che tali capacità influenzano.⁸ Ciò vale non solo per l'opportunità di assumere un lavoro o un incarico, ma anche per l'opportunità di sviluppare capacità innate. Considerato che, in linea di principio, una quota maggiore della ricchezza destinata all'istruzione e alla formazione sarà utilizzata per educare e formare persone naturalmente dotate, si dovrebbe riuscire a parametrizzare queste caratteristiche in età precoce in modo tale da creare un sistema virtuoso. Ciò comporta diversi rischi, tra cui, in modo evidente quello di sovvertire il principio di uguaglianza.⁹ L'argomentazione consequenziale a questo tipo di categorizzazione sarebbe quella secondo cui le persone più dotate e meglio istruite contribuirebbero in maniera più evidente al progresso e al benessere della società. In una società del genere, le persone con le stesse capacità naturali avrebbero pari opportunità.¹⁰ Nasce così l'abitudine di

⁸ N. RIVA, *Rawls, il merito e la meritocrazia*, in *BIBLIOTECA DELLA LIBERTÀ*, 48/206/207 (2013), pp. 23–38.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

coniugare meritocrazia e pari opportunità. Al contrario, persone con abilità naturali diverse avranno opportunità disuguali. Una società meritocratica sarà una società altamente stratificata, idealmente caratterizzata da un'ampia mobilità sociale, ma questa potrà essere garantita solo se i fattori sociali determinano l'effettiva mobilità sociale e solo se esistono i mezzi per sfruttare le capacità innate delle persone fin dalla tenera. L'ideale della meritocrazia si fonda su una serie di premesse controverse. Essere in grado di identificare le persone con maggior talento naturale, ad esempio, è un aspetto controverso e legato a determinati modelli di società.

Un aspetto interessante a cui far solo riferimento è quello esposto da Sandel: in una società con derive sempre più populiste (l'Autore si rifà al modello statunitense) esiste il rischio tangibile dell'avvento di una "tirannia del merito"¹¹ che lascerebbe emergere il proprio "lato oscuro"¹² generando, irrimediabilmente, profonde fratture sociali tra i vincitori del parametro di merito imposto in quel dato modello e i perdenti che, non necessariamente non saranno persone dotate, ma spesso non trovano una collocazione nei modelli dominanti di un dato periodo storico¹³.

3. Ripercorrendo brevemente l'evoluzione del diritto allo studio in Italia, occorre innanzitutto ricordare che lo Statuto albertino del 1848, quale carta costituzionale liberale, enunciava solo diritti di libertà individuali o libertà negative e non riconosceva invece i c.d. diritti sociali: le libertà positive nacquero solo successivamente con l'avvento della Costituzione, che sancì l'uguaglianza sostanziale e l'obbligo per la Repubblica di rimuovere gli ostacoli economici e sociali che impediscono il pieno sviluppo della persona¹⁴.

Anche il diritto allo studio, inteso come diritto soggettivo, trovò concreta affermazione solo nel 1948¹⁵ e, a partire da quel momento, l'organizzazione del sistema dell'istruzione si fonda proprio sul legame che intercorre tra l'uguaglianza sostanziale¹⁶ e il diritto all'istruzione e allo studio.

Tornando allo Statuto albertino, nonostante la quasi contemporanea istituzione del relativo Ministero nell'ottobre del 1847, esso non conteneva nessuna

¹¹ M. J. SANDEL, *The tyranny of merit: What's become of the common good?*, Penguin UK, 2020.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Enunciata all'art. 3, co. 2 della Costituzione: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

¹⁵ Cfr. A. M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione*, disponibile all'indirizzo <https://lamagistratura.it/primo-piano/lart-34-della-costituzione/>, 13 giugno 2022.

¹⁶ *Ibidem*.

disposizione specifica relativa al diritto allo studio, né tantomeno alla scuola in generale. In mancanza di una legge che disciplinasse organicamente la materia dell'istruzione pubblica, nel 1859 il ministro Casati presentò al Re una proposta di legge che intendeva fornire un minimo livello di istruzione alla popolazione analfabeta¹⁷. Così, a partire dalla legge Casati del 1859 e fino alla riforma Gentile del 1923, rimase in vigore un modello strutturato per “scuole parallele”, che prevedeva percorsi scolastici differenziati in base alla fascia sociale degli studenti¹⁸: da un lato, per gli studenti in condizioni economico-sociali elevate era previsto un percorso accessibile previo superamento di rigidi esami di selezione, che avrebbe permesso di raggiungere elevati livelli di studio; dall'altro lato, gli studenti appartenenti alle classi medie e subalterne potevano accedere solo ad una formazione di base e ad una preparazione tecnico-professionale¹⁹, mentre le classi meno abbienti avevano accesso alla sola istruzione elementare.

All'epoca dello Stato liberale la scuola non veniva concepita come uno strumento finalizzato al progresso socio-economico della società, ma piuttosto come un mezzo volto ad indirizzare l'*élite* verso il governo e preparare il ceto medio ad essere impiegato nel sistema produttivo del Paese²⁰. Lo studio veniva visto come qualcosa di utile alla promozione sociale e molta più importanza e centralità era data all'educazione al lavoro ed al rispetto dei valori tradizionali²¹. In quel periodo si diffuse inoltre la distinzione tra il concetto di “istruzione” e quello di “educazione”, identificando quest'ultima come lo strumento di trasmissione di valori politico-religiosi comuni utili anche alle classi subalterne²². A tal proposito si ricorda la famosa massima che nel 1894 scrisse l'allora ministro dell'istruzione Guido Baccelli: «Istruire il popolo quanto basta, educarlo più che si può»²³. Lo scopo dell'istruzione pubblica doveva essere quello di contribuire alla conservazione dello *status quo* politico e sociale²⁴, educando a quei valori che chi era al potere non intendeva mettere in discussione²⁵.

¹⁷ Cfr. F. DE GREGORIO, *La scolarizzazione in Italia dallo Statuto albertino alla legge Coppino*, disponibile all'indirizzo <http://www.italialaica.it/news/articoli/22938>, 28 dicembre 2010.

¹⁸ Cfr. F. MIDIRI e P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto allo studio e il merito*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2021, p. 168.

¹⁹ V. G. GENOVESI, *Storia della scuola in Italia dal Settecento ad oggi*, Bari, 2012, pp. 106 ss.

²⁰ Cfr. F. MIDIRI e P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata»*, cit., p. 170.

²¹ V. F. SUSI, *Scuola, società, politica, democrazia*, Roma, 2012; M. RIPOLI, *Pinocchio e l'obbligo scolastico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 030, n. 002, 2000.

²² Cfr. F. MIDIRI e P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata»*, cit., p. 170.

²³ Massima riportata e approfondita da A. AVANZINI in <http://dbe.editricebibliografica.it/cgi-bin/dbe/Scheda?127>.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. R. PISANI, *L'istruzione elementare nel Regno d'Italia. Dalla legge Casati alla Legge Daneo-Credaro: come la scolarizzazione favorì non solo l'istruzione, ma anche la partecipazione da parte del popolo alla vita civile e politica italiana*, 2018, reperibile in http://www.storico.org/belle_epoque/istruzioneelementare_regnoitalia.html.

Con l'avvento del fascismo, la differenziazione dei percorsi di studio e la selezione degli studenti diventò ancora più rigida. Nel 1923 la riforma Gentile limitò l'accesso all'Università e lo concesse solo agli studenti in possesso di diploma classico o scientifico (quest'ultimo inoltre non permetteva l'accesso a tutte le facoltà), consentendo di fatto il raggiungimento dei più alti livelli di studio solo agli studenti che potevano permettersi di affrontare quel percorso scolastico. Come scrisse Charnitzky, il liceo classico venne istituito come scuola d'*élite* e, «per liberare [...] il ginnasio–liceo classico dal peso degli “incapaci” e degli “inadatti” e per assicurarne lo status elitario di scuola dei ceti superiori, Gentile trasformò il percorso che conduceva alla maturità in una specie di via crucis, difficilmente praticabile senza il sostegno morale e materiale che potevano offrire solo le famiglie dell'alta borghesia o della borghesia intellettuale»²⁶. Il modello scolastico così concepito era logicamente incompatibile con l'idea di un diritto allo studio “universale” che permettesse a tutti di accedere ai più alti gradi di istruzione²⁷.

4. La legge Casati del 1859 non prevedeva particolari aiuti per gli studenti e riservava l'accesso all'istruzione solo ai ceti più abbienti. Solo successivamente, con la riforma Gentile del 1923, vennero introdotti per la prima volta dei meccanismi di carattere premiale, con cui si esoneravano dal pagamento delle tasse scolastiche gli studenti particolarmente meritevoli che si trovassero in condizioni disagiate²⁸. Entrò così in gioco il concetto di “merito”, impiegato per distinguere gli aventi dai non aventi diritto ad accedere ai sistemi premiali. Nel 1933, il Testo Unico delle leggi sull'istruzione superiore (R.D. n. 1592/1933) dettò invece una disciplina organica in materia di esenzione dal pagamento delle tasse universitarie, individuando i soggetti beneficiari.

Come anticipato, il diritto allo studio trovò finalmente specifica disciplina con l'avvento della Costituzione e in particolare con gli articoli 33 e 34, che affermano rispettivamente il diritto/libertà di insegnamento e il diritto/dovere all'istruzione. A tal riguardo, la discussione dell'Assemblea costituente ebbe ad oggetto tre questioni principali: il decentramento dell'istruzione alle Regioni; l'estensione dei benefici agli alunni delle scuole non statali; il significato di “capaci e meritevoli”²⁹.

²⁶ Cfr. J. CHARNITZKY, *Fascismo e scuola. La politica scolastica del regime (1922–1943)*, traduzione italiana di Laura Sergio Bürge. Revisione di Ina Pizzuto, Scandicci, La Nuova Italia, 1996.

²⁷ Cfr. F. MIDIRI e P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata»*, cit., p. 171.

²⁸ V. R. BIN e F. BENELLI, *Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 5, 2002, p. 820.

²⁹ Cfr. A. M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione*, cit.

Per quanto riguarda il secondo punto, la questione dell'estensione dei benefici non trovò alcun riferimento nel primo testo dell'art. 34 discusso dall'Assemblea costituente³⁰ e fu solo nelle sedute successive che si iniziò a discutere sulle modalità di accesso ai benefici e soprattutto sulla loro possibile estensione anche agli alunni di scuole non statali³¹.

Molto dibattuta in sede costituente fu invece l'interpretazione dei termini "capaci e meritevoli": Colonnetti e Malagugini proposero di concedere "solo" ai capaci e meritevoli la possibilità di raggiungere i gradi più alti degli studi con l'aiuto pubblico, ma tale proposta venne respinta a favore dell'idea per cui quella parte della Costituzione dovesse intendersi come un "programma" che il legislatore avrebbe dovuto sviluppare secondo le diverse fasi storiche e scelte politiche³².

Un ampio dibattito dottrinale ebbe inoltre ad oggetto l'affermazione per cui "la scuola è aperta a tutti": vi era chi la intendeva come meramente programmatica e come semplice diritto di iscrizione senza discriminazioni³³ e chi invece la interpretava come precettiva e come diritto soggettivo alle prestazioni del sistema scolastico, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale³⁴. Quest'ultima tesi può essere ritenuta preferibile se si considera che l'accesso al sistema scolastico come diritto soggettivo lo si può ricavare anche da altre due norme costituzionali³⁵: l'art. 33 co. 2, che incarica la Repubblica di «istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi», e l'art. 34 co. 3 e 4, che garantisce ai capaci e meritevoli di «raggiungere i più alti gradi degli studi» attraverso «borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze».

Con specifico riferimento al diritto allo studio, invece, una lettura più restrittiva ne individua la specifica costituzionalizzazione non negli artt. 33 e 34, bensì solo negli ultimi due commi dell'art. 34³⁶. Entrambe le letture possono ritenersi corrette, in ragione del fatto che né l'art. 33 né l'art. 34 forniscono una definizione

³⁰ Testo dell'art. 34 alla prima discussione dell'Assemblea costituente: «La scuola è aperta al popolo. Ogni cittadino ha diritto a tutti i gradi di istruzione, senza altra condizione che quella dell'attitudine e del profitto. La Repubblica detta le norme le quali, mediante borse di studio, sussidi alle famiglie ed altre provvidenze, garantiscono ai più capaci e meritevoli l'esercizio di tale diritto. L'insegnamento primario e post-elementare, da impartire in otto anni, è obbligatorio e gratuito, almeno fino al quattordicesimo anno di età».

³¹ Cfr. A. M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione*, cit.

³² *Ibidem*.

³³ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studio (diritto allo)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1993, vol. XXX, p. 5.

³⁴ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 98; V. anche A. M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione*, cit.

³⁵ Cfr. A. M. POGGI, *L'art. 34 della Costituzione*, cit.

³⁶ Cfr. M. E. BUCALO, *Il diritto allo studio nelle legislazioni regionali. Riflessioni a partire dalla legge regionale siciliana n. 10 del 20 giugno 2019*, rielaborazione di un intervento svolto al III Convegno di studi di Diritti regionali, su La legge regionale, tenutosi presso l'Università degli Studi di Catania il 14 dicembre 2018, p. 6.

chiara del diritto allo studio, pur attribuendogli un'ampia tutela.

Inoltre, per dare concreta attuazione al «diritto dell'uomo alla istruzione ed educazione», i Costituenti sottolinearono l'aspetto attinente ai mezzi economici necessari: se il diritto allo studio «restasse tutto astratto, benché costituzionalmente garantito, non avrebbe in realtà alcun significato»³⁷. I Costituenti affermarono quindi il diritto del fanciullo a ricevere gratuitamente dallo Stato l'istruzione per almeno otto anni e, per i meritevoli e bisognosi, «tutta la cultura e la formazione, fino ai gradi più alti». Ciò si tradusse nell'art. 34 della Costituzione e nella previsione per cui, superata la scuola dell'obbligo, il diritto a godere dei più alti gradi di studi è costituzionalmente garantito solo ai «capaci e meritevoli», mentre per gli altri l'accesso non costituisce un diritto ma solo una possibilità assoggettata alle scelte organizzative dell'ordinamento³⁸.

Scendendo più nel dettaglio, si può fare una distinzione tra “diritto all'istruzione”, individuato nella pretesa di ottenere la prestazione scolastica obbligatoria e gratuita per almeno otto anni, e “diritto allo studio”, riferito invece alla garanzia per i capaci e meritevoli anche se privi di mezzi di ricevere l'istruzione superiore facoltativa³⁹. Da ciò si ricava l'idea per cui alla base del diritto all'istruzione vi sarebbe il principio dell'universalità, mentre il diritto allo studio farebbe capo al principio di selettività⁴⁰. Quest'ultimo pone alcuni problemi, in particolare con riferimento alla corretta individuazione degli studenti più “meritevoli”: cosa si intende per «capaci e meritevoli»? Innanzitutto, i “meritevoli” devono trovarsi in specifiche situazioni obiettive fissate dalla legge e, nel dibattito della Costituente, il merito è sempre stato inteso come risultante dal “profitto”, non ritenendo sufficiente la semplice capacità intellettuale dello studente⁴¹. Inoltre, sia il diritto allo studio sia il diritto all'istruzione sono strettamente correlati al principio di uguaglianza sostanziale, che si può riassumere evocando la suggestione per cui lo Stato non deve garantire che tutti arrivino al traguardo nello stesso momento ma che alla partenza siano tutti nelle stesse condizioni. Ciò si ravvisa, in particolare, nell'impegno della Repubblica, ex art. 3 Cost., a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

³⁷ Commissione per la Costituzione, I sottocommissione, Relazioni, reperibile in <http://archivio.camera.it/resources/atc04/pdf/CD1700000387.pdf>.

³⁸ Cfr. A. POGGI, *Per un "diverso" stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, 2019, p. 117.

³⁹ Cfr. A. MELONCELLI, *Osservazioni sul cosiddetto diritto all'istruzione*, in *Atti del convegno internazionale di diritto scolastico*, Milano, 1972, p. 245.

⁴⁰ Cfr. A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 710; v. anche M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Vol. 29, Torino, 2020, p. 62.

⁴¹ Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 65.

Se da un lato la costituzionalizzazione del diritto allo studio gli ha riconosciuto piena e primaria dignità, dall'altro lato non gli ha garantito piena ed immediata effettività⁴². Con specifico riferimento al diritto allo studio universitario, l'effettiva istituzione delle Regioni negli anni '70 ed il trasferimento alle stesse delle funzioni in materia di assistenza universitaria ha consentito alla previsione costituzionale di trovare finalmente un seguito normativo, anche se differenziato da Regione a Regione. Solo negli anni '70, con l'effettiva istituzione delle Regioni ed il trasferimento alle stesse delle funzioni in materia di assistenza universitaria, la previsione costituzionale ha finalmente trovato un seguito normativo, anche se non unitario ma differenziato da Regione a Regione⁴³. L'uniformità normativa è stata raggiunta solo con la legge quadro n. 390/1991 recante "norme sul diritto agli studi universitari", le cui finalità erano espressamente quelle di attuare gli articoli 3 e 34 della Costituzione, rimuovendo «gli ostacoli di ordine economico e sociale che di fatto limitano l'uguaglianza dei cittadini nell'accesso all'istruzione superiore» e, in particolare, consentendo «ai capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi»⁴⁴. A tal fine la legge ha specificamente disciplinato i ruoli dello Stato, delle Regioni e dell'Università: al primo ha affidato l'indirizzo, il coordinamento e la programmazione degli interventi in materia di diritto agli studi universitari; alle Regioni gli interventi necessari per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale per la concreta realizzazione del diritto agli studi universitari; e infine alle Università l'organizzazione dei propri servizi, compresi quelli di orientamento e tutorato, in modo da rendere effettivo e proficuo lo studio universitario⁴⁵. La legge ha colto la crescente domanda di servizi universitari, come quelli tipici del diritto allo studio (borse, alloggi ecc.), creando un sistema che poneva al centro gli interventi e le competenze regionali, collocandoli però nel più ampio quadro generale disegnato da norme e interventi statali e dalle prerogative degli Atenei⁴⁶. La visione del legislatore era ancora piuttosto centralista e partiva dall'idea per cui i livelli di competenza muovessero dall'alto (Stato) verso il basso (Regioni ed Università) e individuava come unici erogatori dei servizi gli organismi regionali di gestione. Pertanto, nonostante il pluralismo normativo e istituzionale auspicato dalla legge e dalla Costituzione, il potere di controllo, fissazione di

⁴² V. R. BIN e F. BENELLI, *Il diritto allo studio universitario: prima e dopo la riforma costituzionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 5, 2002, p. 821.

⁴³ Sul rapporto tra Università e Regioni, v. A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora...*, Pubblicazioni del dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale, Studi di diritto pubblico 85, Giuffrè, 2016, p. 175 ss.

⁴⁴ Art. 1 Legge 2 dicembre 1991, n. 390

⁴⁵ Art. 3 legge n. 390/1991.

⁴⁶ Cfr. M. ROSBOCH, *Il diritto allo studio universitario dalla Costituzione all'epoca delle autonomie*, in E. GENTA, *Il diritto allo studio universitario. Radici e prospettive*, 2003, p. 89.

vincoli e riparto di risorse resta in capo allo Stato, mentre l'intervento autonomo delle Università e dei soggetti privati resta subordinato alle Regioni⁴⁷.

La legge 390/1991 è sicuramente una legge di rilievo, che da un lato ha consentito risultati soddisfacenti, mentre dall'altro non ha totalmente risolto le complesse esigenze provenienti dagli studenti e dal mondo accademico⁴⁸.

La riforma costituzionale del titolo V del 2001 ha interamente modificato il quadro delle attribuzioni in materia, distribuendo anche ad altri livelli dell'ordinamento, in particolare alle Regioni, agli enti locali e alle stesse scuole, compiti che prima erano di esclusiva competenza statale. L'art. 117, al co. 2 lett. n) inserisce le "norme generali in tema di istruzione" tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, lasciando alle Regioni competenza concorrente. La *ratio* era quella di attribuire allo Stato un ruolo "unificante" e dare alle Regioni uno spazio normativo di attuazione⁴⁹. L'articolo non fa invece espressa menzione del diritto allo studio, ma in quanto diritto sociale resta assoggettato alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni da parte dello Stato, mentre alle Regioni spetta la competenza legislativa residuale secondo il co. 4.

5. Il diritto allo studio così come inteso dall'art. 34 della Costituzione non rimanda solo all'aspetto della selezione dei «capaci e meritevoli», ma rafforza anche il principio meritocratico, specificando che i benefici previsti (borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze) «devono essere attribuiti per concorso». I Costituenti intendevano richiamare così anche il principio dell'imparzialità dell'amministrazione ex art. 97 e dell'effettiva uguaglianza delle condizioni tra i candidati, riferendosi ad uno strumento di selezione (il concorso) che affonda le sue radici sul principio del merito⁵⁰. La previsione di un concorso trova giustificazione nella natura delle provvidenze, costituite da denaro pubblico, la cui erogazione è soggetta a verifica mediante una valutazione comparativa delle situazioni di merito e reddito⁵¹. Comparativa, e non individuale, in quanto l'assegnazione dei benefici deve avvenire sulla base di una valutazione delle posizioni dei singoli il più obiettiva possibile, per premiare i «più meritevoli» e garantire l'effettiva uguaglianza nel godimento del diritto in questione⁵².

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Idem*, p. 91.

⁴⁹ Cfr. M. E. BUCALO, *Il diritto allo studio nelle legislazioni regionali*, cit., p. 13.

⁵⁰ Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 69.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 70; sul punto v. anche U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, nota 67.

⁵² Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 70.

Diffusa è inoltre l'idea per cui la selezione dei «più meritevoli» prevista dall'art. 34 Cost. non debba necessariamente possedere tutte le caratteristiche previste per i concorsi indetti per accedere agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 97, come ad esempio la previsione di una valutazione non solo di titoli ma anche dei risultati di prove appositamente predisposte⁵³. Ciò significa che il concorso per l'attribuzione di borse di studio può valutare la “meritevolezza” del beneficio sulla base dell'intero curriculum del candidato e non solo del risultato di una singola prova d'esame⁵⁴.

Come anticipato, la riforma del titolo V della Costituzione ha sostanzialmente attribuito la materia del diritto allo studio universitario alle Regioni, lasciando a queste ultime la disciplina dei requisiti economici necessari per poter essere ritenuti “privi di mezzi” ed essere ammessi alla selezione del beneficio secondo criteri di merito⁵⁵. Tuttavia, la competenza legislativa regionale relativa al raggiungimento di specifici obiettivi di giustizia distributiva trova un limite nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale⁵⁶. In particolare, l'art. 5 della legge n. 240 del 2010 ha delegato il Governo a revisionare la normativa di principio in materia affinché, ai sensi dell'art. 3 Cost., rimuovesse gli ostacoli economici e sociali che limitano l'accesso all'istruzione superiore e, ai sensi dell'art. 117 Cost., definisse i livelli essenziali delle prestazioni. Questa delega ha trovato attuazione con il d.lgs. n. 68 del 2012, che ha introdotto un sistema integrato di strumenti e servizi per la garanzia del diritto allo studio e invitava le Regioni ad attivare e disciplinare tutti gli interventi che garantissero il diritto allo studio, fatta salva la competenza dello Stato in materia di LEP⁵⁷.

Per quanto riguarda in particolare l'individuazione degli studenti “meritevoli”, occorre soffermarsi sul d.lgs. n. 68/2012 e in particolare sull'art. 7 (“Definizione dei livelli essenziali delle prestazioni”), il cui comma 4 stabilisce che la borsa di studio sia «attribuita per concorso agli studenti che si iscrivono, entro il termine previsto dai bandi, ai corsi e che risultino idonei al loro conseguimento». Il successivo art. 8 (“Requisiti di eleggibilità per l'accesso dei LEP”) prevede che i requisiti di eleggibilità per l'accesso alle borse di studio siano definiti, con riferimento ai criteri relativi al merito e alla condizione economica degli studenti, dallo stesso

⁵³ *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁶ *Op. ult. cit.*, p. 73; vedi anche A. POGGI, *Per un «diverso» stato sociale*, cit., p. 226.

⁵⁷ Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 73.

decreto che, con cadenza triennale, è chiamato a fissare l'importo delle borse ex art. 7, comma 7 dello stesso d.lgs.

Le condizioni economiche sono invece individuate sulla base, da un lato, della situazione economica del territorio in cui ha sede l'Università e, dall'altro, dell'Indicatore della situazione economica equivalente (ISEE)⁵⁸. La condizione economica di ciascuno studente deve essere anche tenuta in conto dalle Università in materia di contributi corrisposti dagli studenti iscritti ai corsi di laurea. Inoltre, nei limiti delle proprie disponibilità e considerando la condizione economica dello studente, le Università possono autonomamente estendere anche ad altre categorie di studenti indicati dalla normativa la concessione di esoneri totali o parziali della tassa di iscrizione e dei contributi universitari⁵⁹. In ogni caso, le Università sono tenute a concedere un esonero totale dalla tassa di iscrizione e dai contributi universitari agli studenti idonei al conseguimento della borsa di studio ed agli studenti con disabilità⁶⁰.

Questa disciplina è andata incontro ad alcune critiche, a partire dalla stessa previsione di una prova concorsuale, che parte della dottrina ha ritenuto incompatibile con un diritto come quello allo studio, il cui scopo è quello di ottenere la piena realizzazione della persona e soddisfare tutti i capaci e meritevoli privi di mezzi, che senza un aiuto non avrebbero la possibilità materiale di proseguire normalmente gli studi⁶¹. Inoltre, il criterio del merito diventa indispensabile nella garanzia del diritto allo studio quando si ha a che fare con misure restrittive quantitative che limitano l'accesso ad un corso di laurea o percorso di studi: in questi casi il merito diventa uno strumento di selezione molto incisivo, perché può legittimare l'esclusione di un determinato soggetto da un certo percorso, negandogli fin dall'origine il diritto di mettersi alla prova e raggiungere un certo titolo di studio⁶².

L'art. 34 Cost., affermando il diritto dei capaci e meritevoli di raggiungere i gradi più alti degli studi, sostanzialmente riconosce la possibilità di accedere all'istruzione superiore in condizioni di parità con altri candidati, non ne assicura invece l'accesso vero e proprio⁶³. Esempi di applicazione del principio meritocratico in Italia possono essere individuati nelle varie forme di selezione previste per l'accesso agli studi universitari, in relazione alle quali la legge n. 341 del 1990 aveva conferito al Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁹ *Op. ult. cit.*, p. 75 e nota 38.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. R. PALADINI e E. VISCO, *L'assistenza scolastica universitaria e la legge 14 febbraio 1963 n. 80 sul cosiddetto assegno di studio universitario*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1965, p. 96.

⁶² Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 79.

⁶³ *Ibidem*.

il potere di stabilire i «criteri generali per la regolazione dell'accesso alle scuole di specializzazione ed ai corsi universitari»⁶⁴ per i quali fosse prevista una limitazione nelle iscrizioni. Ciò ha attribuito al Ministro il potere di decidere il numero massimo di iscrizioni a certi corsi universitari: questo ha naturalmente sollevato dei dubbi sulla possibile violazione del principio di autonomia universitaria previsto ex art. 33, c.6 Cost. e sul rischio di incidere sul contenuto incompressibile del diritto allo studio⁶⁵. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo l'intervento legislativo⁶⁶, anche in considerazione degli obblighi europei, come ad esempio le direttive che disciplinano il reciproco riconoscimento dei titoli di studio universitari negli Stati membri.

Più che la questione delle legittimità dell'introduzione del numero chiuso, ciò che interessa è l'individuazione dei criteri necessari per selezionare gli studenti «meritevoli» di essere ammessi a determinati corsi universitari. Infatti, è proprio la modalità di selezione all'ingresso che solleva maggiori dubbi di costituzionalità rispetto ai principi di cui agli articoli 33 e 34 della Costituzione: la Corte costituzionale ha affermato che il diritto allo studio, in un ordinamento in cui «la scuola è aperta a tutti», se da un lato garantisce la gratuità dell'istruzione inferiore, dall'altro assicura anche l'accesso, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai «gradi più alti degli studi» (art. 34, co. 3): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento⁶⁷. Di conseguenza, il legislatore «può regolare l'accesso agli studi, anche orientandolo e variamente incentivandolo o limitandolo in relazione a requisiti di capacità e di merito, sempre in condizioni di eguaglianza, e anche in vista di obiettivi di utilità sociale»⁶⁸.

In sintesi, la prospettiva del Costituente italiano era quella di garantire ai cittadini uguali condizioni di partenza (accesso alla scuola, al pubblico impiego ecc.), per poi concedere, in base alle naturali differenze tra gli individui, possibilità di sviluppo differenti in base alle caratteristiche di ognuno.

6. La Costituzione degli Stati Uniti d'America non prevede esplicitamente una indicazione sul diritto all'istruzione⁶⁹; inoltre, anche la Corte Suprema, nel

⁶⁴ La specificazione «universitari» venne aggiunta con la legge n. 127 del 1997.

⁶⁵ Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 80.

⁶⁶ Corte cost., 27 novembre 1998, n. 38, par. 4 e 5 del considerato in diritto.

⁶⁷ Cfr. M. SALERNO, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, cit., p. 85.

⁶⁸ Corte cost., 29 maggio 2002, n. 219, par. 3 del considerato in diritto.

⁶⁹ Prima del 1960, solo il Wyoming e la Carolina del Nord avevano accolto l'istruzione come diritto fondamentale nelle proprie carte costituzionali. Nel 1960, il Maryland ha aggiunto l'istruzione

corso degli anni, non ha tracciato un chiaro filone giurisprudenziale in cui il diritto in essere sia stato elevato al rango di tutela costituzionale con una accezione ampia come quella ravvisabile nel testo costituzionale italiano⁷⁰. Tuttavia, la stessa Corte non ha mai precluso la possibilità che possa esistere almeno un diritto minimo all'istruzione, nelle parole della Corte un “*quantum of education*”⁷¹. In maniera netta e decisa, invece, sono stati tutelati i diritti negativi all'istruzione nei termini di non interferenza da parte del governo sul modello educativo scelto⁷². Gli ultimi cinquant'anni hanno visto un massiccio aumento del ruolo federale nell'istruzione pubblica negli Stati Uniti e un marcato aumento della tensione tra il governo federale e gli Stati per quanto riguarda il controllo sull'istruzione⁷³.

Considerate le crisi sistemiche contemporanee e la difficoltà di sostenere anche finanziariamente il *welfare state*, in questo contesto si registra una convergenza ideologica tra le varie parti politiche nel sostenere i programmi scolastici. Negli ultimi anni, il Governo federale ha approvato politiche scolastiche per miliardi di dollari, i programmi attuati più importanti sono stati il c.d. “Race to the Top”, il Fondo di incentivazione per gli insegnanti e il Fondo per l'innovazione. Questi nuovi programmi, e altri ancora, si aggiungono alla storica implementazione della legge sull'istruzione elementare e secondaria, nota come *No Child Left Behind Act*, avvenuta tra il 2002 e il 2015. Evidenziare l'ingente impegno economico preso nei confronti dell'attuazione di politiche educative negli Stati Uniti è utile evidenziare una contraddizione di fondo che si rintraccia in quel filone interpretativo letterale della Costituzione⁷⁴. Nel tentativo di fare appello agli elettori con richiami ai valori tradizionali degli Stati Uniti e dei suoi fondatori, i candidati, non solo quelli conservatori, hanno espresso la necessità di un rinnovato impegno nei confronti della Costituzione e dei valori in essa contenuti⁷⁵.

Questi due concetti sono qui riportati per ravvisare uno scollamento tra due aspetti dello stato che hanno sempre più rilevanza. Infatti, da un lato, diversi

alla sua Dichiarazione dei diritti. Da allora, diversi Stati, tra cui California, Connecticut, Washington, West Virginia, Mississippi, Oklahoma, Wisconsin e Kentucky, hanno riconosciuto il diritto a un'istruzione di qualità nelle loro costituzioni statali.

⁷⁰ D. CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzienti in prospettiva comparata*, in *pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale/Università degli studi di Milano, facoltà di giurisprudenza*, 107 (2023).

⁷¹ Cfr. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

⁷² J. E. HAUBENREICH, *Education and the Constitution*, in *Peabody Journal of Education*, 87/4 (2012), pp. 436–454.

⁷³ S. FOREMAN-MURRAY, *Drafting the tools for progress: A comparative look at a constitutional right to education*, in *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 21 (2012), pp. 135.

⁷⁴ G. SORENSON, *Religion and American public education: Conservative religious agendas and the US Constitution*, in *Education and Urban Society*, 28/3 (1996), pp. 293–307.

⁷⁵ J. E. HAUBENREICH, *Education and the Constitution*, cit.

politici, partiti politici e giudici della Corte Suprema interpretano la Costituzione in modo letterale; dall'altro, l'interesse e la spesa per l'istruzione da parte del Governo federale hanno raggiunto i massimi storici, senza che la Costituzione federale stessa menzioni l'istruzione⁷⁶. Considerato l'ingente impegno economico del Governo federale in campo educativo, anche gli Stati si sono adeguati investendo molto in questo settore. Solo nell'ultimo decennio, Stati come il Tennessee, il Wisconsin, l'Indiana e New York hanno approvato leggi senza precedenti su questioni come i programmi di studio, la contrattazione collettiva degli insegnanti, le valutazioni degli insegnanti, i sistemi di gestione dei dati scolastici, l'erogazione di voucher da utilizzare per il materiale didattico, etc.⁷⁷.

Dov'è dunque l'istruzione nella Costituzione americana? Il Governo federale ha un ruolo da svolgere? Come può farlo? Dalla metà del XX secolo, il Governo federale è intervenuto in maniera sempre più ampia nella definizione dei modelli educativi, con notevole sostegno e pochissime critiche da parte dell'opinione pubblica, del Congresso, del Presidente o dei Tribunali. Eppure, il problema amministrativo e giuridico rimane: la legittimità costituzionale per tali interventi sembra essere scarsa, se non addirittura inesistente. Nel senso più letterale della Costituzione, gli Stati rimangono i soggetti competenti per disciplinare la materia istruzione. Sebbene esistano numerose spiegazioni plausibili sul perché l'istruzione non sia stata inclusa nella Costituzione o nella Carta dei Diritti, non tutte sono esaustive. Ad esempio, l'Ordinanza del Nord-Ovest del 1787, approvata dal Congresso della Confederazione, afferma che, poiché “la religione, la morale e la conoscenza [sono] necessarie al buon governo e alla felicità dell'umanità, le scuole e i mezzi di istruzione saranno sempre incoraggiati”. Questa clausola è tra quelle che l'Ordinanza richiedeva a tutti i nuovi territori annessi di includere nelle loro Costituzioni come prerequisito per diventare uno Stato degli Stati Uniti d'America. I membri del Congresso della Confederazione (molti dei quali avrebbero poi redatto la Costituzione e la Carta dei Diritti) incoraggiavano un modello di istruzione con esplicite garanzie⁷⁸. Il fatto che questa clausola esista all'interno dell'Ordinanza fornisce anche un sostegno all'idea che l'istruzione potesse essere vista come una prerogativa dello Stato. Altre clausole poste all'interno dell'Ordinanza del nord-ovest, invece, appaiono in seguito come diritti nella Carta dei Diritti della Costituzione e, per questo motivo, molti studiosi

⁷⁶ D. CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzienti in prospettiva comparata*, cit.

⁷⁷ R. S. NATOW, *Understanding higher education bill success in the United States Congress*, in *The Review of Higher Education* (2022).

⁷⁸ D. C. NORTH – A. RUTTEN, *The Northwest Ordinance in historical perspective*, in *Essays on the Economy of the Old Northwest* (1987), pp. 19–31.

concordano sul fatto che la Carta dei Diritti si origini, in gran parte, dall'Ordinanza del nord-ovest. Perché l'istruzione è stata inserita nell'Ordinanza del nord-ovest, ma non nella Carta dei Diritti o nella Costituzione vera e propria? Molti dei *framers*, tra cui anche Thomas Jefferson, che fu uno dei più attivi sostenitori dei diritti connessi all'istruzione, Benjamin Franklin, John Adams, James Madison, Benjamin Rush e Noah Webster scrissero e parlarono dell'importanza dell'istruzione nella nuova Repubblica. Anche George Washington, il primo Presidente, destinò una grande somma nel suo testamento per fondare una Università pubblica⁷⁹. Dato il continuo, e spesso conflittuale, dibattito nazionale sul ruolo dell'istruzione nella società americana, persiste la domanda sulla necessità o meno di avere una clausola esplicita relativa al diritto allo studio e, se in via ermeneutica, si può trovare una copertura costituzionale a questa materia. Si è a lungo discusso se i Padri fondatori degli Stati Uniti potessero anche solo immaginare un sistema educativo nazionale. I primi leader americani potrebbero non aver avuto il tempo e la capacità di sviluppare un sistema educativo federale. La tendenza dell'epoca potrebbe essere stata quella di lasciare l'istruzione al dominio della famiglia, come generalmente accadeva in quell'epoca. Come sottolinea lo storico Moroney⁸⁰, è importante considerare che la Costituzione degli Stati Uniti si afferma in un periodo in cui l'istruzione è fortemente legata alla religione e non ha un carattere universale. Tuttavia, i riferimenti ad un modello di istruzione universale e nazionale erano presenti nella narrativa dell'epoca, dimostrando che un sistema di istruzione nazionale e universale era possibile.

Tra gli esempi più noti di tali legislazioni vi sono la Legge scolastica del Massachusetts del 1642 e la Legge "*Ye Olde Deluder Satan*" del 1647 (in inglese moderno si fa riferimento a questo testo come "*Old Satan Deluder Act*")⁸¹. In realtà, fino

⁷⁹ R. F. BUTTS, *Public education in the United States: From revolution to reform*, Holt, Rinehart and Winston New York, 1978.

⁸⁰ S. MORONEY, *Birth of a canon: The historiography of early republican educational thought*, in *History of Education Quarterly*, 39/4 (1999), pp. 476–491.

⁸¹ Il "*Ye Olde Deluder Satan*" è un atto legislativo approvato nel Massachusetts nel 1642 e poi nel Connecticut nel 1647. Questa legge, conosciuta come la prima legge sull'istruzione pubblica in America, richiedeva che ogni città con più di cinquanta famiglie avviasse una scuola locale per insegnare a tutti i bambini a leggere, in particolare la Bibbia. L'obiettivo era prevenire che "quel vecchio ingannatore, Satana" impedisse "agli uomini la conoscenza delle Scritture", come aveva fatto in Europa per i secoli precedenti.

La legge stabiliva che l'istruzione di base era una responsabilità pubblica o comunitaria, che lo stato poteva richiedere alle comunità di raccogliere e spendere fondi locali per le scuole, che la responsabilità quotidiana per il funzionamento delle scuole risiedeva a livello locale, e che le scuole dovevano essere organizzate in diversi livelli, separando l'istruzione elementare da quella secondaria.

La legge, inoltre, richiedeva che ogni città con 50 o più famiglie assumesse e mantenesse un insegnante per istruire tutti i bambini nella lettura e nella scrittura. Le città con 100 o più famiglie erano tenute a sostenere una scuola di grammatica per preparare gli studenti a frequentare l'Harvard College. Le origini

al XVIII secolo, la tradizione in materia di educazione nelle colonie settentrionali era piuttosto forte. Tuttavia, non esisteva un vero e proprio sistema di scuole nel modo in cui lo intendiamo oggi⁸².

Nel corso del XVIII secolo, l'immigrazione negli Stati Uniti e l'espansione verso ovest iniziarono a indebolire l'omogeneità sociale e culturale dei primi insediamenti. Sebbene molte delle prime colonie avessero istituito sistemi scolastici, generalmente legati ad una religione comune, l'ondata di immigrati, per lo più provenienti dal Nord Europa, cambiò il volto dell'istruzione nell'America coloniale. Come ha spiegato Butts, "le tendenze del XVIII secolo servirono a mettere in ombra l'idea che la scuola dovesse essere pubblica nello scopo, pubblica nell'accesso, pubblica nel controllo e pubblica nel sostegno". Le minoranze religiose in arrivo, come i battisti, i metodisti, i quaccheri e i mennoniti, mal tolleravano la stretta relazione tra l'istruzione e le confessioni religiose più radicate nel territorio a cui si rifacevano i modelli scolastici, che erano per lo più puritane o congregazionaliste⁸³. Inoltre, quando iniziò l'espansione verso ovest, le comunità omogenee e affiatate che facilitavano e sostenevano l'istruzione nelle colonie del New England iniziarono a disintegrarsi. Inoltre, le autorità coloniali iniziarono a concedere a molti dei nuovi gruppi sociali delle autorizzazioni che consentivano a questi soggetti di agire come fiduciari, fondatori o gestori di scuole. Di conseguenza, il "sistema" proto-unificato di istruzione che era iniziato nelle colonie della Nuova Inghilterra nel XVII secolo iniziò a entrare in crisi nel XVIII secolo. Lo scopo "pubblico" dell'istruzione, che aveva basato il benessere del Commonwealth sulle dottrine religiose, stava lasciando il posto agli scopi particolari di una varietà di minoranze religiose che cercavano la libertà dal controllo governativo. L'idea del sostegno pubblico di scuole cittadine libere e a disposizione di tutti e finanziate almeno in parte da fondi statali stava lasciando il posto alle scuole di carità destinate ai bambini poveri. Allo stesso tempo, la gestione e il funzionamento delle scuole da parte del Governo stava sempre più cedendo il passo al controllo da parte di consigli di amministrazione privati. L'accesso pubblico alle scuole cittadine, aperte almeno in teoria a tutti i bambini della comunità, veniva soppiantato dalle scuole destinate principalmente ai figli di persone appartenenti ad una comunità religiosa, linguistica e culturale omogenea.

Questa ondata di immigrazione iniziò a cambiare il carattere delle colonie, non solo in termini di istruzione, ma anche di religione, governo e lingua⁸⁴.

religiose delle leggi che prevedevano l'istruzione nella prima America possono aiutare a spiegare alcuni dei conflitti che si sono sviluppati successivamente quando i tribunali, applicando l'*establishment clause* del Primo Emendamento, hanno invalidato gli esercizi religiosi devozionali nelle scuole pubbliche.

⁸² R. F. BUTTS, *Public education in the United States: From revolution to reform*, cit.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

Benjamin Franklin, un uomo di indubbio rilievo e influenza politica, scrisse le sue “[P]roposte relative all’educazione dei giovani in Pennsylvania” già nel 1749⁸⁵. Questo documento includeva molte proposte educative progressiste, dal finanziamento di strumenti scientifici e biblioteche all’insegnamento di contabilità, geometria, astronomia, filosofia naturale e agricoltura⁸⁶.

Nel suo lavoro del 1790 “sull’educazione della gioventù in America”, Noah Webster sostenne che “l’educazione della gioventù è, in tutti i governi, un oggetto di primaria importanza”⁸⁷. In particolare, pur riconoscendo che le “costituzioni del governo civile degli Stati Uniti non sono ancora saldamente stabilite” e che il “carattere nazionale del Paese non è ancora formato”, auspicava l’adozione di sistemi di istruzione che, non solo fossero in grado di diffondere la conoscenza delle scienze, ma che potessero veicolare nelle menti dei giovani americani i principi della virtù e della libertà⁸⁸.

Mentre scrittori come Webster, Knox e Coram generalmente differenziavano la religione e l’istruzione, molti (se non la maggior parte) dei loro contemporanei legavano ancora strettamente le due cose, compreso Benjamin Rush⁸⁹. Sebbene la nuova società americana fosse apparentemente una meritocrazia, senza le strutture arcaiche di classe e nobiltà, un sistema di scuole completamente egualitario, soprattutto in presenza della spinosa e irrisolta questione della schiavitù, non era certamente rappresentativo del pensiero dominante dell’epoca.

Nonostante queste note critiche, gli Autori qui citati ci consentono di comprendere un punto importante per l’evoluzione del pensiero sui modelli educativi negli Stati Uniti degli albori: molti pensatori di spicco stavano pensando e scrivendo sulla necessità di istituire un sistema scolastico nazionale, in particolare sull’idea di una sorta di sistema unico, nello stesso periodo in cui si redigeva la Carta dei Diritti.

7. Nella maggior parte delle Costituzioni degli Stati Membri troviamo dei riferimenti più o meno espliciti all’attuazione di modelli educativi. Tuttavia, le disposizioni costituzionali non sono state sempre garanzia della effettiva creazione di sistemi pubblici di istruzione gratuiti. Infatti, la maggior parte degli Stati con disposizioni costituzionali di questo tipo ha fatto poco o nulla per istituire sistemi

⁸⁵ B. FRANKLIN, *The political thought of Benjamin Franklin*, Vol. 64, Hackett Publishing, 1965.

⁸⁶ A. BLINDERMAN, *Three Early Champions of Education: Benjamin Franklin, Benjamin Rush, and Noah Webster*. (1976).

⁸⁷ N. WEBSTER, *On the education of youth in America*, I. Thomas and ET Andrews, 1790

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ S. MORONEY, *Birth of a canon: The historiography of early republican educational thought*, cit.

educativi fino al XIX secolo. Questa situazione può essere spiegata assumendo che la maggior parte delle disposizioni costituzionali per l'istruzione erano semplicemente politiche, non erano di natura pratica e non fornivano i mezzi per la realizzazione degli stessi⁹⁰.

Sebbene, come già evidenziato, non vi sia alcuna menzione esplicita dell'istruzione nel testo della Costituzione federale, la questione dell'istruzione è stata effettivamente sollevata durante la Convenzione costituzionale, anche se in modo incompleto. Il 17 agosto 1787, James Madison propose un elenco di poteri da attribuire al Congresso. Tra i punti dell'elenco vi erano i seguenti poteri: "istituire un'università" e "incoraggiare con premi e sussidi il progresso delle conoscenze e delle scoperte utili"⁹¹. Poco dopo, Charles Pinckney propose poteri simili per il Congresso, tra cui: "Istituire seminari per la promozione della letteratura, delle arti e delle scienze". Entrambe le proposte furono sottoposte al Comitato di Dettaglio (incaricato di scrivere la Costituzione vera e propria), ma non portarono alcun frutto. Il resoconto di Madison sulla Convenzione tace sul perché di questa mancanza.

Circa un mese dopo, con la fine della Convenzione, a soli due giorni di distanza, Madison e Pinckney cercarono nuovamente di conferire al Congresso poteri in materia di istruzione. Il 14 settembre 1787, Madison e Pinckney proposero congiuntamente di "inserire nell'elenco dei poteri conferiti al Congresso il potere di istituire una Università in cui non siano ammesse preferenze o distinzioni in base alla religione". Sostenuta da James Wilson (che aveva fatto parte del Comitato di Dettaglio a cui erano state inviate le proposte precedenti), la mozione è stata respinta dopo che Gouverneur Morris ha dichiarato che tale potere non era "necessario", in quanto "il potere esclusivo della sede del Governo raggiungerà l'obiettivo". I voti furono quattro a favore della proposta (Pennsylvania, Virginia, Carolina del Nord e Carolina del Sud) e sei contrari (New Hampshire, Massachusetts, New Jersey, Delaware, Maryland e Georgia), con un voto diviso che non venne conteggiato (Connecticut: un delegato votò sì, l'altro no). Il voto di New York (se presente) non è stato registrato.

Il commento di Gouverneur Morris, sebbene suggestivo, rimane aperto all'interpretazione. Morris sosteneva che la "[S]ede del Governo", cioè il Congresso, avesse già il potere di istituire una Università di questo tipo, se lo desiderava, attraverso gli altri poteri enumerati. La Convenzione era quasi al termine

⁹⁰ J. C. EASTMAN, *When did education become a civil right? An assessment of state constitutional provisions for education 1776–1900*, in *American Journal of Legal History*, 42/1 (1998), pp. 1–34.

⁹¹ M. FARRAND, *The records of the Federal Convention of 1787*, Vol. 3, Yale University Press, 1911.

e, dopo quattro mesi di discussioni, i suoi membri erano probabilmente cauti nell'attribuire troppi poteri specifici al Congresso. Questa interpretazione, tuttavia, ignora il fatto che ci sono poche indicazioni su dove si possa individuare questo potere di istituire una Università nazionale. Alcuni studiosi sostengono si possa individuare in uno dei poteri più ampi e controversi del Congresso: la clausola del "benessere generale".

Nell'Articolo I, sezione 8, la Costituzione conferisce al Congresso il potere di "imporre e riscuotere tasse, dazi, imposte e accise, per pagare i debiti e provvedere alla difesa comune e al benessere generale degli Stati Uniti". Per oltre cento anni dopo la ratifica, il significato di questa clausola è stato dibattuto con forza. All'epoca della sua stesura, il dibattito si concentrava sui poteri che la clausola avrebbe potuto conferire al Congresso in materia di economia, ma alcuni studiosi dell'istruzione ritengono che i delegati alla Convenzione costituzionale la considerassero una fonte di potere per istituire anche un sistema educativo nazionale. L'idea che la clausola del benessere generale contenesse al suo interno la legittimazione ad allocare denaro pubblico per creare un sistema scolastico nazionale è problematica, considerata anche l'interpretazione successiva che si è avuta in sede giurisprudenziale, specialmente presso la Corte Suprema⁹².

Eastman ha ricostruito la famosa disputa Madison–Hamilton sul significato della clausola del benessere generale. Da una parte, Madison e Jefferson sostenevano che la Costituzione era un documento di poteri enumerati e limitati e che la clausola del "benessere generale" era immediatamente modificata dalle successive concessioni specifiche e quindi la clausola non comportava poteri aggiuntivi per sé⁹³. Per quanto riguarda le parole benessere generale, nell'interpretazione prevalente, devono essere qualificate dal dettaglio dei poteri ad esse collegati. Prenderle in un senso letterale e illimitato sarebbe una metamorfosi della Costituzione verso un modello che, come è stato dimostrato, non era contemplato dai Padri costituenti⁹⁴.

Dall'altra parte del dibattito c'era Alexander Hamilton, che nel suo "Sulle manifatture americane" del 1791⁹⁵ (tra le altre cose), sosteneva che la clausola del benessere generale conferiva al Congresso il potere di spendere denaro a sostegno di qualsiasi cosa che il Congresso stesso ritenesse utile per il benessere generale.

⁹² B. D. STICKNEY – L. R. MARCUS, *The great education debate: Washington and the schools*, Charles C Thomas Pub Limited, 1984.

⁹³ J. C. EASTMAN, *Adequacy and the rights revolution: reinterpreting the education clauses in state constitutions* (2006).

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ A. HAMILTON, *Report on manufactures (1791)*, in *Reprinted in US Senate Documents*, 22/172 (1913).

Hamilton, ovviamente, suppose alcuni limiti a questo potere, riservandolo solo alla spesa del Congresso per questioni e problemi marcatamente nazionali, non solo locali o statali. Stickney e Marcus, che hanno sostenuto che la clausola del benessere generale è sempre stata intesa come la fonte dei poteri federali in materia di istruzione⁹⁶, sono chiaramente dalla parte di Hamilton. In particolare, possiamo individuare la legittimazione di questa interpretazione in un passaggio dell'opera di Hamilton in cui afferma che "non sembra esserci spazio per un dubbio sul fatto che qualsiasi cosa riguardi gli interessi generali concernenti l'istruzione, l'agricoltura, l'industria e il commercio, rientri nella sfera delle questioni nazionali per quanto attiene il finanziamento di queste politiche"⁹⁷.

A parte la mancanza di prove dell'intenzione della Convenzione Costituzionale di conferire al Congresso poteri sulle scuole, resta il fatto che i pochi studiosi contemporanei che sostengono l'interpretazione di Stickney e Marcus si basano su prove contrastanti. Il presupposto principale è che Gouverneur Morris, James Madison e il resto della Convenzione erano consci del fatto che il potere di creare un sistema educativo nazionale risiedeva nella clausola del benessere generale. Hamilton sosteneva chiaramente questa interpretazione. Tuttavia, James Madison, che sostenne mozioni per includere più volte l'istruzione nella Costituzione, ripudiò altrettanto chiaramente un'interpretazione della clausola del benessere generale che avrebbe conferito al Congresso poteri non enumerati. Questa posizione assunta da Madison è in linea con il suo comportamento, sia nel tentativo di introdurre disposizioni costituzionali esplicite (altrimenti il potere non esisterebbe), sia in seguito, come Presidente, suggerendo un emendamento costituzionale per implementare un tale sistema.

È forse ironico, quindi, che gli studiosi facciano risalire la Legge sull'istruzione elementare e secondaria, e la sua successiva autorizzazione tramite il *No Child Left Behind Act*, direttamente al potere del Congresso tramite la clausola del benessere generale. È più lineare ricondurre facoltà di questo tipo in capo al Congresso tramite il principio di "tax and spend power", interpretazione legittimata per la prima volta da *United States v. Butler* (1936) e successivamente da *South Dakota v. Dole* (1987). Tuttavia, a prescindere dalle previsioni dei Padri Costituenti, la crescente influenza del Governo federale sull'istruzione negli ultimi cinquanta anni trova la sua origine in questa enigmatica e problematica clausola costituzionale⁹⁸.

⁹⁶ B. D. STICKNEY – L. R. MARCUS, *The great education debate: Washington and the schools*, cit.

⁹⁷ A. HAMILTON, *Report on manufactures* (1791), cit, p. 16.

⁹⁸ B. PUSSEY, *Reconsidering higher education and the public good*, in *Governance and the public good* (2006), pp. 11–28.

La tensione tra il Governo federale e i vari Governi statali è stata fondamentale tra il XVIII e il XIX secolo, non solo per quanto riguarda l'istruzione, ma anche per quanto riguarda la Costituzione nel suo complesso. Sebbene James Madison sostenesse che il primo emendamento dovesse applicarsi agli Stati, la Carta dei Diritti, così come concepita e ratificata, si applicava solo al Governo federale. Nel caso *Barron v. Baltimore*, un uomo presentò una richiesta di risarcimento contro il sindaco e il consiglio comunale di Baltimora per una azione di dragaggio che aveva interferito con la sua attività di spedizioniere. In un'opinione un po' sommaria la Corte concluse che né il Quinto Emendamento né alcuno dei diritti sanciti dal *Bill of Rights* si applicavano agli Stati⁹⁹. La Corte basò il proprio ragionamento sul fatto che in altre parti della Costituzione, le regole che si applicano agli Stati erano espresse in modo esplicito. Quindi, sulla base di *Barron*, la Carta dei Diritti fu eliminata dall'applicazione agli Stati, il che significa che i divieti sull'interferenza con la libertà di parola o di stampa e il diritto a un processo con giuria, semplicemente non si applicavano agli Stati. Gli Stati erano liberi di stabilire e sostenere religioni particolari (e alcuni lo fecero) e di non offrire processi con giuria in molti casi. Tuttavia, la storia della giurisprudenza sui diritti è cambiata dopo l'approvazione del Quattordicesimo Emendamento nel 1868¹⁰⁰.

⁹⁹ *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U.S. 343 (1833).

¹⁰⁰ K. L. KARST, *Foreword: Equal citizenship under the fourteenth amendment*, «Harv. L. Rev.», 91 (1977), pp. 1.

Il 14° emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America è uno degli emendamenti approvati dopo la guerra di secessione, noti come emendamenti della Ricostruzione. È stato proposto il 13 giugno 1866 e ratificato il 9 luglio 1868. Questo emendamento ha avuto lo scopo di garantire i diritti degli ex schiavi e oggi è alla base del giusto processo e della clausola di uguale protezione nelle leggi di ciascuno Stato.

Il 14° emendamento contiene una definizione ampia di cittadinanza che vanifica la sentenza *Dred Scott contro Sandford* della Corte suprema degli Stati Uniti, che escludeva gli schiavi e i loro discendenti dal godimento dei diritti costituzionali. Le disposizioni approvate richiedono agli Stati dell'unione di garantire la stessa protezione legale a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione.

Di seguito il testo:

Sezione 1: Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione sono cittadine degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato produrrà o applicherà una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà alcuno Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi.

Sezione 2: I rappresentanti saranno distribuiti tra i vari Stati secondo la rispettiva popolazione, contando il totale delle persone in ciascuno Stato, escludendo gli Indiani non soggetti a imposte. Ma quando il diritto di voto per l'elezione per la scelta degli elettori per il Presidente e il Vice-Presidente degli Stati Uniti, i Rappresentanti nel Congresso, l'Esecutivo e i funzionari giudiziari dello Stato o i membri delle relative Assemblee legislative venga negato ad alcuno degli abitanti maschi di tale Stato, che abbia ventun anni di età e sia cittadino degli Stati Uniti, o gli sia in qualsiasi modo limitato, eccetto che per ribellione o altro crimine, la rappresentanza di tale Stato sarà ridotta nella proporzione con cui il numero di tali cittadini maschi è in rapporto con il totale dei cittadini maschi di ventun anni di età in tale Stato.

Nonostante la loro assenza dalla Costituzione, l'istruzione e i diritti all'istruzione sono stati oggetto di numerosi casi davanti alla Corte Suprema. Le sentenze in materia di istruzione, soprattutto quelle federali, dedicano molti passaggi nell'elogio dei sistemi educativi e della necessità di avere sistemi educativi il più inclusivi possibili, evidenziando anche i benefici che porta l'istruzione diffusa in maniera capillare in una società democratica. La Corte ha riconosciuto l'impatto che l'istruzione ha sul benessere delle persone, così come l'impatto che l'istruzione ha sull'economia, la politica e il carattere degli Stati Uniti.

8. Nel 1972 con la causa *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*¹⁰¹, la Corte Suprema ha stabilito per la prima volta che non esiste un diritto all'istruzione implicito o esplicito nella Costituzione¹⁰². I genitori degli alunni della San Antonio Independent School hanno intentato una causa contro il Governo del Texas per contestare il sistema di finanziamento di istruzione statale. Il sistema scolastico in Texas è finanziato in maniera uniforme sul territorio dello Stato, tuttavia i governi sub-statali possono applicare ulteriori tasse alla proprietà e questo genererebbe, nell'ottica dei ricorrenti, forti diseguaglianze tra le varie contee e municipalità in termini di accesso alla scuola e qualità dell'istruzione. I ricorrenti sostenevano che l'esistenza di un diritto fondamentale all'istruzione sia derivante da un nesso di casualità con altri diritti sanciti dal Primo Emendamento della Costituzione, più specificatamente con il diritto di voto e, pertanto, l'accesso all'istruzione andrebbe distinto dagli altri servizi erogati al cittadino dallo Stato per il ruolo che ha nel formare le coscienze dei cittadini. Nella causa, pertanto, viene richiesto un giudizio di *strict scrutiny*, indirizzato a vagliare la costituzionalità della misura in essere.

La Corte, pur non negando l'importanza intrinseca dell'istruzione per lo sviluppo personale e della società, rifiuta di ritenere che tale importanza possa portare ad una revisione della norma costituzionale dello Stato del Texas in materia di legislazione economica e sociale; la sentenza afferma che "l'indiscussa importanza dell'istruzione non porterà questa Corte a discostarsi dal consueto standard di revisione". Passando, successivamente, al nesso di casualità invocato dai ricorrenti la Corte ha riconosciuto l'importanza del Primo Emendamento e del diritto di voto e del suo conseguente esercizio consapevole, tuttavia, non ravvisa un rapporto di causalità certo tra istruzione ed elettorato informato. Proseguendo nelle proprie

¹⁰¹ *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

¹⁰² D. CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzianti in prospettiva comparata*, cit.

argomentazioni la Corte afferma che, se dovesse essere accolto il nesso di causalità tra istruzione ed elettorato più consapevole, in base a tale argomentazione, l'istruzione sarebbe indistinguibile ed equiparata al diritto all'alloggio, al cibo e a qualsiasi altra necessità sociale che porterebbe ad avere un ampio impatto su altri diritti fondamentali. Date queste valutazioni preliminari, la Corte non si sottrae però ad esaminare il caso nella sua dimensione specifica, infatti, si riserva la possibilità di giudicare, una volta affermato che non esiste un diritto positivo all'istruzione nella Costituzione, se possa esistere un diritto fondamentale ad "una certa quantità di istruzione"; afferma tuttavia che l'argomentazione dei ricorrenti sarebbe stata accolta e avrebbe trovato merito nell'argomentazione presentata solo se il sistema di finanziamento del Texas avrebbe posto in essere una "assoluta negazione di opportunità scolastiche ed educative".

Una sentenza simile, anche se dai risultati discutibili, è quella emessa nel caso *Plyler v. Doe*¹⁰³. La Corte, pur ribadendo ancora una volta che nella Costituzione federale non esiste un diritto generale all'istruzione, ha affermato che l'istruzione è distinguibile da altri benefici sociali erogati dal governo e dalla generale legislazione in materia di assistenza sociale. Il caso *Plyer* si origina in conseguenza ad una modifica della legge texana che impediva agli immigrati irregolari di frequentare le scuole pubbliche. I ricorrenti contestavano la legge poiché ritenuta una violazione ai sensi del Quattordicesimo Emendamento. La difesa, invece, sosteneva che il Quattordicesimo Emendamento non fosse applicabile poiché gli stranieri irregolari, secondo le leggi del Texas, non si potevano considerare soggetti di diritto.

Nel decidere a favore dei ricorrenti, la Corte ha sottolineato "l'importanza dell'istruzione nel mantenimento delle istituzioni a base della società". Questa argomentazione, tuttavia, appare in pieno contrasto con il rigettato nesso di causalità del caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*. La Corte ha qui argomentato sostenendo che l'istruzione gioca un ruolo significativo nelle fondamenta essenziali della società e, in quanto tale, doveva tenere conto dei "costi sociali significativi sostenuti dalla nostra Nazione quando a gruppi selezionati vengono negati i mezzi per assorbire i valori e le competenze su cui poggia il nostro ordine sociale". Precludere l'istruzione agli stranieri irregolari impedirebbe loro di contribuire al progresso nazionale. Nel valutare la razionalità della legge, la Corte ha decretato che "i costi per la nazione e per i bambini innocenti" devono essere presi in considerazione.

Ci sono due ragioni per cui la decisione in *Plyler* è controversa. In primo luogo, come sottolinea la Corte stessa, i ricorrenti erano già discriminati, dal punto di

¹⁰³ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

vista costituzionale, in quanto classificati a livello federale come clandestini, in secondo luogo afferma che il diritto all'istruzione ha un valore differente da tutti gli altri diritti costituzionali poiché ha un ruolo cardine nel preservare il patrimonio culturale e politico della nazione¹⁰⁴.

È difficile trovare un senso lineare a questa sentenza senza supporre che, nonostante quanto affermato nella sua decisione, la Corte non stia facendo un cenno all'esistenza di un diritto fondamentale all'istruzione legittimando quanto fermamente rigettato nel caso *Rodnquez*. Sicuramente cambia il nesso evocato in maniera esplicita: in *Rodnquez* veniva evocato il nesso di causalità tra il Primo Emendamento e il diritto all'istruzione mentre in *Plyer* si fa riferimento al nesso tra istruzione e il "tessuto per costruire la nostra società"; le parole sono diverse ma il significato sostanziale sembra differire di poco. A prescindere dalle apparenti incoerenze di questa decisione, la Corte è stata esplicita nel riaffermare che non esiste un diritto generale all'istruzione. Poco tempo dopo, in *Papasan v. Allain*¹⁰⁵, la Corte ha rafforzato l'ipotesi per cui, al netto delle differenze di specie che possiamo ravvisare nelle varie sentenze, risulta chiaro in tutte le decisioni aventi per oggetto il diritto scolastico che la questione rimane aperta rispetto al fatto se esista o meno un diritto fondamentale ad una istruzione minimamente adeguata.

9. In conclusione, dalla comparazione tra il sistema italiano e quello statunitense emerge innanzitutto una differenza tra posizioni di stampo sociale, nel primo, e di stampo liberale, nel secondo.

Come si è visto, ciò che ha segnato il passaggio dallo stato liberale a quello sociale è stata la copertura economica che lo Stato ha garantito ad alcuni diritti, come quello all'istruzione, che ne erano ancora sprovvisti. In Italia, se all'epoca dello Stato liberale la scuola non veniva vista come uno strumento utile al progresso socio-economico della società, con l'avvento della Costituzione nel 1948 e l'affermazione del diritto allo studio come diritto soggettivo si è affermata l'esistenza di un legame tra uguaglianza sostanziale e diritto all'istruzione. Dopo un lungo e acceso dibattito in Assemblea costituente, il diritto allo studio trovò finalmente specifica disciplina negli articoli 33 e 34, che costituzionalizzarono rispettivamente il diritto/libertà di insegnamento e il diritto/dovere all'istruzione.

L'art. 34 rafforzò inoltre anche il c.d. principio meritocratico, prevedendo l'attribuzione, mediante concorso, di determinati benefici ai più meritevoli. Lo

¹⁰⁴ *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), p. 457.

¹⁰⁵ *Papasan v. Allain*, 478 US 265 (1986).

scopo della previsione di un concorso è quello di valutare i singoli candidati al fine di premiare i “più meritevoli” e, per garantire un’effettiva uguaglianza nel godimento del diritto da parte dei candidati, è necessario che questo sia il più obiettivo possibile. L’individuazione dei criteri volti a selezionare gli studenti “meritevoli” ha sollevato accesi dibattiti in dottrina e dubbi di costituzionalità in particolare rispetto ai principi enunciati agli articoli 33 e 34 della Costituzione.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, per tutto il XX secolo gli americani hanno cercato una riforma dell’istruzione. Con l’introduzione della Legge sull’Istruzione Elementare e Secondaria, le sue successive riautorizzazioni come l’NCLB (*No Child Left Behind*) e programmi come il *Race to the Top*, il Governo federale è stato sempre più coinvolto nell’istruzione.

Tuttavia, questo coinvolgimento avviene senza una menzione specifica dell’istruzione nella Costituzione. Le modalità effettive del coinvolgimento federale si basano su sovvenzioni condizionate, che sono state ritenute costituzionali, ma la profondità e l’ampiezza del coinvolgimento federale nell’istruzione richiede una discussione sul collocamento dell’istruzione nella Costituzione. Gli Stati Uniti hanno una lunga storia di intrecci tra istruzione e governo, sia a livello locale, statale e federale. Dai puritani e dalle prime colonie del New England agli scritti di alcuni dei leader più famosi, gli Stati Uniti si sono concentrati sull’istruzione in modo diffuso e pervasivo. Tuttavia, un piano o un diritto all’istruzione non esiste all’interno della Costituzione, nonostante sia stato menzionato da diversi documenti chiave precedenti. La storia dei contenziosi sull’equità e l’adeguatezza dell’istruzione in tutto il Paese dimostra che i riformatori sono disposti a usare il contenzioso in modo strategico, se c’è un’apertura su cui lavorare. *Rodriguez* è suscettibile di un’interpretazione piuttosto aperta, e diversi studiosi in tutto il Paese hanno lavorato su nuove teorie per legittimare un diritto fondamentale all’istruzione. Pertanto, possiamo osservare che l’istruzione, negli Stati Uniti, non è un “genere di prima necessità” di cui si occupa lo Stato direttamente, tuttavia, considerato l’interesse degli Stati in generale a “creare” buoni cittadini, questi investiranno risorse più o meno ingenti per attuare sistemi scolastici che attueranno sistemi di istruzione pubblica. Ma il punto cruciale qui analizzato è il seguente: i Governi, siano essi statali o meno, finanziano i sistemi scolastici per l’interesse sopra esposto oppure l’istruzione è un diritto fondamentale dei cittadini? Se è un diritto fondamentale deve essere tutelato e affermato dagli organi costituzionali preposti? Come abbiamo avuto modo di analizzare la Corte Suprema nel caso *School District v. Rodriguez* si rifiuta di riconoscere un diritto fondamentale all’istruzione pubblica mentre dopo *Lawrence v. Texas* si può ravvisare apertura all’interpretazione costituzionale orientata verso i diritti fondamentali.

Il *constitutional engagement* è, dunque, una vera sfida costituzionale negli Stati Uniti: in dottrina si è molto discusso sulle sue virtù, replicando tanto alle critiche finalizzate a cavalcare *l'horror alieni juris*, quanto alle obiezioni di chi, al contrario, prospetta la prevalenza del diritto internazionale. Tra le posizioni di resistenza e di chiusura netta e quelle di convergenza *tout court* si fa strada una terza via, quella dell'*engagement*, che consiste non tanto in quello che viene definito dialogo, quanto in un'apertura critica finalizzata alla migliore comprensione possibile della propria Costituzione e della propria tradizione costituzionale, per meglio comprendere istituti comuni e valori condivisi, per aprirsi a nuove prospettive¹⁰⁶. Il dialogo, infatti, presuppone necessariamente una certa reciprocità, mentre l'*engagement* ne prescinde: si supera, così, un rigido sistema di gerarchia tra le fonti, in favore di una «*persuasive authority*», «*non binding*»¹⁰⁷, passaggio decisivo dell'interpretazione costituzionale, orientata verso l'apertura ai diritti fondamentali¹⁰⁸. Questo modello interpretativo sembra essere un valido strumento per avvicinare il sistema Costituzionale degli Stati Uniti a tutti quei sistemi costituzionali che garantiscono una esplicita garanzia per l'istruzione dei propri cittadini¹⁰⁹.

Inoltre, allo stato dei fatti, sia l'approccio federale che quello statale presentano dei problemi: l'approccio non vincolante dei Tribunali federali può apparire come una delegittimazione del diritto all'istruzione, mentre l'approccio vincolante degli Stati può generare un contenzioso giudiziario rilevante che, in ultima istanza, non giova al buon funzionamento delle istituzioni scolastiche e, inoltre, coinvolge attori che non sono originariamente preposti a prendere decisioni in materia di istruzione¹¹⁰.

Gran parte di questa disputa giudiziaria sulla definizione o sull'esistenza di un diritto fondamentale all'istruzione distoglie l'attenzione dalla questione pratica, ossia se il governo federale o i governi statali debbano finanziare, organizzare e supervisionare l'istruzione pubblica¹¹¹. Dopo aver esaminato i diversi approcci a questa domanda, è auspicabile che la Corte Suprema identifichi, non in maniera ondivaga ma certa e costante, una "quantità minima di educazione" – il già citato "*quantum of education*" affermato in *Rodriguez* – per poter affermare un valore di portata universale per tutti i bambini degli Stati Uniti.

¹⁰⁶ V. JACKSON, *Constitutional engagement in a transnational era*, Oxford University Press, USA, 2013, p. 117.

¹⁰⁷ *Ibidem.* p. 71.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 81.

¹⁰⁹ 187 Costituzioni attualmente in vigore menzionano l'istruzione.

¹¹⁰ B. WILKINS, *Should public education be a federal fundamental right*, in *BYU Educ. & LJ* (2005), p. 261.

¹¹¹ *Ibidem.*

I CONTEMPORANEI DEL FUTURO

Soziale Marktwirtschaft e costituzione economica “conforme”: una rilettura del pensiero giuridico– economico alle radici del modello europeo

GIOVANNI LUCHENA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo d'indagine. – 2. Tratti generali del modello dell'economia sociale di mercato. Il Manifesto di Ordo: “Il nostro compito”. – 3. L'intervento dello Stato. Wilhelm Röpke, Alfred Müller-Armack e l'ipotesi della terza via. – 4. La trasposizione del diritto dell'Unione europea. – 5. Linee di continuità. – 6. Centralizzazione dell'economia *vs.* libertà economiche. – 7. Finanza pubblica e politica monetaria. – 8. Socialità e mercato.

1. L'art. 3, §3, TUE, stabilisce che «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico»¹. La disposizione citata introduce

^{*} Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Sulla teorica e su talune riflessioni, anche in chiave multidisciplinare, in ordine all'economia sociale di mercato v., almeno, L.H. MAI, *Ehrard's Social Market Economy*, in *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 44, n. 4, March 1964, pp. 329 ss.; C. WATRIN, *Principles of the Social Market Economy – Its Origins and Early History*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, p. 135, Tübingen, 1979; K. ZUEIG, *The origins of the German Social Market Economy. The Leading Ideas and their Intellectual Roots*, Adam Smith Institute, London and Virginia, 1980; N. BARRY, *The Social Market Economy*, in *Social Philosophy and Policy*, 10(2), 1993, pp. 1 ss.; R. MICCÙ, *Finalismo dell'Unione ed economia sociale di mercato: modello (obsoleto) o “principio speranza” del costituzionalismo europeo?*, in *Diritto e cultura*, 2003, pp. 129 ss.; C. JORGES, F. RODI, *Social Market Economy as a European Model?*, in *www.iue.it*, n. 8, 2004; E.S. PHELPS, *Economic Dynamism and the “Social Market Economy”*: *Are they Reconcilable?*, in *Annual Ludwig Eherard Lecture, 50th Anniversary*, Iniziative Neue Soziale Marktwirtschaft, Berlin, October, 12th 2007, reperibile online al sito *www.ErhardLecture-Berlin2007Oct12FriLast.doc*; K.D. JOHN, *The German Social Market Economy – (Still) a Model for the European Union?*, in *Theoretical and applied Economics*, vol. 3, 2007, pp. 3 ss.; A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato/1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, in *Biblioteca della libertà*, n. 195, maggio–agosto 2009, 2, reperibile online al sito *www.centroeinaudi.it*; E. UTERWEDDE, *L'économie sociale de marché: la jeunesse d'un référentiel*, in I. BOURGEOIS (dir.), *Allemagne, les chemins de l'unité: Reconstruction d'une identité en douze tableaux*. Cergy–Pontoise, 2011, pp. 39 ss.; R. KLUMP, *Economia sociale di mercato: fondamenti intellettuali, pretese etiche, radici storiche*,

nell'ordinamento dell'Unione europea il modello dell'economia sociale di mercato quale asse di riferimento delle sue politiche. In questa sede non è possibile ripercorrere *in toto* la teorica di tale modello, i suoi tracciati concettuali e le diverse forme applicative che ne hanno caratterizzato la trama attuativa. Il presente contributo intende offrire un cenno, in chiave ricostruttiva, non senza qualche annotazione, anche critica, soprattutto con riferimento a taluni *lasciti* dell'economia sociale di mercato, giacché esso rappresenta il nucleo concettuale e politico che ha, per dir così, condizionato, se non dominato, l'*agere* pubblico europeo. Si tratta di un'esplorazione evidentemente parziale, che richiederebbe momenti di approfondimento e di analisi di più ampio respiro, da svolgere in futuro. La scelta dei passaggi che ci si propone di "rileggere" è frutto di un'opzione di metodo: cioè quella di porre in risalto, per quanto possibile, o almeno di cogliere, alcuni aspetti connessi alla trasposizione delle proposizioni dei suoi teorici di riferimento. L'occasione, dunque, appare utile al fine di ripercorrere una parte della sua più ampia

in F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012, pp. 233 ss.; R.M. WROBEL, *The Social Market Economy as a model for sustainable Growth in developing and emerging economies*, in *Economic and Environmental Studies*, vol. 12, n. 1, march 2012, pp. 47 ss.; E. PAVIONE, *L'impresa come istituzione in un nuovo ordine fondato sull'economia sociale di mercato*, *Research paper*, Centro studi sul federalismo, reperibile online al sito www.csfederalismo.it, gennaio 2013, pp. 7 ss.; D. DAMJANOVIC, *The EU market rules as social market rules: Why the EU can be a social market economy*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, issue 6, 2013, pp. 1685 ss.; M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato responsabilità sociale dell'impresa*, *Rivista odc.eu*, 30 novembre 2013; V. ŠMEJKAL, S. ŠAROCH, *EU as a Highly Competitive Social Market Economy – Goal, Options and Reality*, in *Review of Economic Perspectives*, vol. 14, n. 4, 2014, pp. 393 ss.; F. DE WITTE, *The Architecture of a "Social Market Economy"*, in *LSE Working Papers*, n. 13, 2015, pp. 1 ss., reperibile online al sito www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm and the Social Sciences Research Network electronic library at: <http://ssrn.com/abst>; G. LUCHENA, *Social Market Economy and its Enemies*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2015; D. SAUERLAND, *German's Social Market Economy: a blueprint for Latin American Countries?*, *discussion paper*, in *Fakultät für Wirtschaftswissenschaften Universität Witten/Herdecke*, n. 32, 2015, pp. 1 ss., reperibile online al sito www.uni-wh.de/wirtschaft/discussion-papers; F. DE WITTE, *The Architecture of a "Social Market Economy"*, in *LSE Working Papers*, n. 13, 2015, pp. 1 ss., reperibile online al sito www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm; P. SCHALLENBERG, T. BERENZ, *Social Market Economy for Europe?*, in *Church and Society*, n. 387, p. 10, tradotto dal tedesco da A. ELMENDORF-PFEIFER, Dusseldorf, reperibile online al sito www.ordosocialis.de; G. LUCHENA, *La socialità comunitaria e i "valori-base" della Costituzione nel prisma dell'economia sociale di mercato: spunti di riflessione*, in A.M. NICO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gabriele*, vol. II, Bari, 2016, 6pp. 01 ss.; H.J. SCHLÖSSER, M. SCHUDEN, S. SCHÜCKMANN, *The Acceptance of Social Market Economy in Germany*, in *Citizenship, Social & Economic Education*, vol. 16 (1), 2017, pp. 3 ss.; F. SORVILLO, *Economie e religioni. Lagire per fede alla prova dei mercati*, Cosenza, 2016, pp. 37 ss.; E. LUCY, *L'État et l'économie sociale de marché*, in *Revue de l'Institut de Sociologie*, 89, 2019, pp. 107 ss.; A. NAPOLITANO, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti. Servizi essenziali e forme di gestione*, Torino, 2019; C. BARNARD, S. DE VRIES, *The "Social Market Economy" in a (Heterogeneous) Social Europe: Does it Make a Difference?*, in *Utrecht Law Review*, vol. 15, issue 2, 2019, pp. 47 ss.; G. LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, n. 1, 2020, pp. 100 ss.; A. SOMMA, *Quanto l'Europa tradi se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021, in part. pp. 103 ss.; E. BANI, *Regole di solidarietà e diritto dei mercati*, in M. PASALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2022, pp. 157 ss.

e articolata formulazione teorica che, ovviamente, involge altre discipline come la sociologia, l'economia e la finanza pubblica, che possono rappresentare l'ulteriore elemento di analisi nella prospettiva della interdisciplinarietà degli studi scientifici, tratto identitario, in particolare, del diritto dell'economia².

2. L'economia sociale di mercato può essere considerato come il portato culturale scaturente dal pensiero degli ordoliberali³ (una scuola che ha fatto breccia in Europa sin dal suo momento fondativo) i cui punti chiave possono riassumersi, sinteticamente, in cinque assi tematici dai quali può desumersi una sorta di logica di successione argomentativa nella quale i singoli "precetti" sono l'uno conseguenza dell'altro, costituendo un *unicum* progettuale inscindibile. Se si volesse individuare l'"avversario" o gli avversari politici degli ordoliberali, questi sarebbero senz'altro il nazionalsocialismo, il socialismo sovietico e le teorie economiche di John Maynard Keynes. L'obiettivo finale è, però, il governo economico che ignora i meccanismi di mercato, «i soli in grado di assicurare la regolazione che determina la formazione dei prezzi»⁴.

In primo luogo, dunque, i principi di mercato: la fondamentale importanza dei mercati costituisce lo strumento più efficace per allocare le risorse e per favorire lo sviluppo della concorrenza. A dispetto del principio di assolutezza delle logiche di mercato, l'ordoliberalismo – altrimenti detto: liberalismo delle regole – riconosce la necessità che vi sia un certo grado di regolazione pubblica al fine, principalmente, di evitare la formazione di monopoli.

In secondo luogo, pur essendo sostenitori dell'economia di mercato, gli ordoliberali sembrano riconoscere un certo, minimo, ruolo dello Stato nell'economia nell'assicurare il buon funzionamento del mercato sostanzialmente indirizzando la regolazione verso la prevenzione delle pratiche di concorrenza sleale e la stabilizzazione dell'economia per il tramite di politiche fiscali e monetarie. Invero, non si nega il presupposto del libero mercato che imporrebbe alla costituzione economica di tratteggiare una linea divisoria tra le pratiche concorrenziali sleali e quelle, per dir così, autentiche, in modo da preservare il mercato rendendolo effettivamente libero regolando gli aspetti che potrebbero, dunque, comprimerne

² Sulle cui coordinate si rinvia a G. LUCHENA, *Il diritto dell'economia*, in E. BANI, F. DI PORTO, G. LUCHENA, E. SCOTTI, *Lezioni di diritto dell'economia*, Torino, 2023, pp. 1 ss.

³ W. MÖSCHEL, *The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 157, 2001, pp. 1 ss.

⁴ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978–1979)*, Milano, 2012, p. 266.

le potenzialità. Non sorprende (o non dovrebbe sorprendere), dunque, la posizione di “resistenza” a favore del mercato contro le possibili interferenze statali che ne snaturerebbero l'essenza, cioè sostanzialmente un *ordo* concorrenziale regolato dai prezzi. Si spiega la vicinanza degli ordoliberali, ad esempio, alle posizioni di von Hayek nel corso del convegno di Parigi del 1938 “*Colloquio Walter Lippman*”⁵, considerato come la posa della prima pietra del neoliberismo.

In terzo luogo, la difesa della proprietà privata diviene uno degli assi fondamentali per la realizzazione dell'economia nuova (per riprendere il titolo del volume di Walter Rathenau pubblicato nel 1919⁶ con il quale, invero già con il *Von Kommenden Dingen*, si anticipava la rivoluzione sociale tedesca già preconizzata da Thornstein Veblen nella *Teoria dell'impresa* del 1905⁷), in particolare nella sua funzione di motore dell'innovazione e del progresso economico, un approccio che, non aderendo alla teorica totalitaria del *laissez-faire*, si propone di limitare eventuali eccessi insiti nell'economia di mercato che potrebbero condurre a squilibri economici e disuguaglianze sociali (*Ordnungspolitik*).

In quarto luogo, la dimensione giuridica assume rilevanza nella misura in cui l'economia sociale di mercato concorre alla regolazione per il corretto funzionamento del mercato: istituzioni pubbliche efficaci possono contribuire a rendere le transazioni economiche più trasparenti e dinamiche.

Il quinto e ultimo connotato che qui si evidenzia è la sua storicità ed effettività: esso ha avuto uno sviluppo significativo nella Germania del secondo dopoguerra quale risposta alle devastanti conseguenze economiche e sociali, con l'obiettivo di creare le condizioni per dar vita ad un ordine economico fondato sul libero mercato attorno al quale costruire e rafforzare la rete di sicurezza sociale.

Gli ordoliberali propugnerebbero la linea di pensiero secondo la quale l'intervento dello Stato deve fornire la cornice istituzionale *per* il mercato e vigilare affinché sia garantito il libero gioco della concorrenza, promossa la responsabilità personale (*free market values*) e salvaguardare i valori non di mercato come la solidarietà e l'eguaglianza sociale (*social values*)⁸.

Gli autori del Manifesto di “*Ordo*” (il gruppo che dette vita alla omonima rivista, da cui, per l'appunto, ordoliberalismo⁹) ritengono che gli obiettivi economici

⁵ A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in DPCE online, vol. 24, n. 4, 2015, p. 108.

⁶ W. RATHENAU, *L'economia nuova. L'utopia del «socialismo del capitale»*, Torino, 1976.

⁷ L. VILLARI, *Introduzione*, in W. RATHENAU, *op. cit.*, p. xxi.

⁸ I. VIEHOF, *Equality of Opportunity in a European Social Market Economy*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 57, n. 1, p. 30.

⁹ A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato/1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, cit., pp. 11 ss.; V. VANBERG, *La scuola di Friburgo: Walter Eucken e l'ordoliberalismo*, in F.

e sociali possano essere conseguiti soltanto per il tramite dell'economia di mercato e che il dialogo tra economia e diritto debba essere costante ma in termini di soggezione del secondo alla prima giacché «il problema di comprendere e di modellare gli strumenti giuridici per una costituzione economica può essere risolto solo se il giurista si avvale dei risultati della ricerca economica». Dinanzi alle questioni economiche anche il giurista deve «ragionare» secondo quanto disposto dalla costituzione economica. «La libera concorrenza non deve essere sospesa sulla base di una presunta pratica sleale. Come debba essere tracciata tra concorrenza sleale e concorrenza ammissibile, se esista libera concorrenza o meno, se la concorrenza sia limitata, se la concorrenza sia efficiente o crei ostacoli, se le riduzioni di prezzo siano o meno in contraddizione con il principio del sistema, tutti questi problemi possono essere delineati solo tramite indagini svolte dagli economisti sull'andamento del mercato»¹⁰.

L'ordoliberalismo preconizza, dunque, una *private-law society*, «un governo tecnico e sobrio dell'economia nazionale al riparo da influenze politiche propense ad aumentare la spesa pubblica»¹¹ e «pone al centro della sua riflessione il tema della "costituzione economica" (*Wirtschaftsverfassung*), intesa, in primo luogo, come difesa delle regole del mercato»¹²: in definitiva, il diritto serve primariamente a proteggere il mercato ritenuto un interesse pubblico "oggettivo", assegnando un rilievo solo formale ai problemi sociali, attraverso la ricerca di un punto di mediazione fra liberalismo e socialdemocrazia¹³, tra la politica interventista e la «guida centralizzata» dell'economia. Gli economisti friburghesi maturano il convincimento che soltanto l'economia di concorrenza «costituisca la migliore forma per il raggiungimento delle finalità sociali»¹⁴: le tesi del liberalismo positivo prevedono che il governo possa svolgere una funzione attiva nell'economia con l'obiettivo di

FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *op. cit.*, Soveria Mannelli, 2012, pp. 129 ss.; L. MESINI, *L'ordoliberalismo: un'introduzione alla Scuola di Friburgo*, in www.pandoravista.it, 26 settembre 2016; A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 1, 2019.

¹⁰ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DÖRTH, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2016, pp. 3 ss.

¹¹ M. VELLANO, *Alla ricerca di un'etica globale nel diritto internazionale dell'economia*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, vol. II, Bari, 2017, p. 934.

¹² F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, p. 73.

¹³ Infatti, secondo Fritz Sharpf, come riporta Juri Viehof, l'economia sociale di mercato costituisce la variante socialdemocratica del capitalismo: cfr. I. VIEHOF, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴ A. MÜLLER-ARMACK, *Economia sociale di mercato*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, cit., pp. 55 ss.

costruire una via nuova che affermi l'idea di un *ordine* caratterizzato dall'economia della concorrenza nella quale l'iniziativa economica privata e la socialità sono compendiate grazie alle attività svolte dai pubblici poteri. La posizione di Walter Eucken, fatta propria da Franz Böhm, è nella direzione della "stabilizzazione" del quadro economico attraverso la guida dei principi: «E' necessaria una politica positiva di costituzione economica, che miri a far sviluppare la forma di mercato della concorrenza perfetta»¹⁵, che privilegi, sostanzialmente, la proprietà privata quale strumento alternativo al potere dello Stato quale premessa della politica della concorrenza, la libertà contrattuale quale elemento imprescindibile della cooperazione nell'economia, il principio di responsabilità¹⁶.

3. Alla luce di tale dottrina, lo Stato non può, anzi, non deve considerarsi estraneo al fenomeno economico in base al principio di neutralità o di equidistanza; esso costituisce, al contrario, parte attiva nell'azione di riequilibrio delle situazioni di svantaggio economico e sociale: un intervento, però, che si sostanzia nelle azioni regolatrici da realizzare nei momenti congiunturali e nell'azione ordinatrice incidente sulla stabilità del mercato. Posizioni mitigate da Wilhelm Röpke il quale ritiene che «la libertà del mercato necessit[i] di una politica attiva ed estremamente vigile» e da Franz Böhm il quale, qualche anno prima delle proposizioni dell'autore della *Civitas humana*, – opera risalente al 1943, e parte della nota trilogia che comprende, per l'appunto, lo scritto citato e quelli sull'ordine internazionale e sulla crisi sociale, nella quale Röpke propone la tesi della conciliazione del liberismo con il socialismo inaugurando la strada politica della "terza via"¹⁷ – sostiene che «la principale esigenza di ogni sistema economico che meriti questo nome è che la direzione politica diventi padrona dell'economia nel suo insieme come nelle sue parti; è necessario che la politica economica dello Stato domini intellettualmente e materialmente tutto il divenire economico»¹⁸. Ad esempio, verrebbe garantito il minimo vitale a coloro i quali, per ragioni temporanee o permanenti, non sono in grado di provvedere ad un'esistenza dignitosa.

¹⁵ N. GOLDSCHMIDT, *La politica ordinamentale della concorrenza*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, p. 49.

¹⁶ N. GOLDSCHMIDT, *La politica ordinamentale della concorrenza*, cit., p. 50.

¹⁷ W. RÖPKE, *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts und Wirtschaftsreform* (1943), trad. it. di E. POCAR, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale ed economica*, Milano, 1947, p. 35.

¹⁸ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 116.

L'economia sociale di mercato si farebbe portatrice di un nuovo *umanesimo liberale* (o «liberalesimo umanistico»¹⁹), riscontrabile nella dottrina politica del liberalsocialismo, del quale però è nota la critica crociana che lo riteneva uno «pseudoconcetto empirico» raffigurato dalle sembianze dell'ircocervo (si ricordi la polemica che il filosofo portò avanti negli anni quaranta con Guido Calogero), ritenendo le due dottrine economiche, quella del socialismo e del liberismo, inconciliabili fra loro. Quest'ultimo diviene promotore di un movimento di pensiero avente il compito «di riconoscere il diritto all'altrui libertà, attraverso un'etica dell'abnegazione che reinterpreta in chiave laica la morale cristiana»²⁰. L'impostazione di Guido Calogero porta a considerare il liberalsocialismo in termini di democrazia sia politica sia economica, di libertà e di giustizia: alla luce della sua impostazione concettuale, «libertà era la democrazia politica, ma la libertà era anche la giustizia sociale (intesa non in senso livellatore, ma nel senso di assicurare a tutti il necessario per lo sviluppo della propria personalità, e come equità nelle situazioni di partenza)»²¹.

Su un altro versante, va rilevato che Luigi Einaudi, in un articolo pubblicato nel Corriere della sera del 15 aprile 1948, significativamente intitolato «*La terza via sta nei piani?*», non esita a criticare quanti cercano di «conciliare il diavolo con l'acqua santa, il meccanismo esistente nell'Occidente con l'opposto regime orientale»²² perché la «caratteristica dei paesi occidentali» è «l'economia di mercato o ad impresa libera»; dove gli uomini creano e contrattano fra di loro e non ubbidiscono né al monopolista privato (...) né all'unico datore di lavoro»²³. Si tratta, per Luigi Einaudi, di una scelta obbligata quanto, forse, impossibile, perché risulta difficile a Wilhelm Röpke trovare «la via d'uscita dal dilemma della scelta fra il capitalismo o liberalismo storico ed il collettivismo, ambedue a lui in sommo grado ripugnanti»²⁴.

Ad ogni modo Alfred Müller-Armack ritiene che «il senso dell'economia sociale di mercato è di unire il principio della libertà di mercato con quello del compromesso sociale»²⁵. Più oltre, egli specifica come tale concetto possa essere definito «come un'idea di politica ordinamentale il cui scopo è di legare, sulla base dell'economia della concorrenza, la libera iniziativa con un progresso sociale

¹⁹ F. FORTE, *Introduzione*, cit., p. XXIX.

²⁰ S. COMITI, *Calogero-Croce e il liberalsocialismo*, in <http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/sitec679.html?page=20040729101648562&edition=2010-02-01>.

²¹ Così, G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, 1992, p. 299.

²² L. EINAUDI, *Il buongoverno*, vol. I, Roma-Bari, 1973, p. 379.

²³ L. EINAUDI, *Il buongoverno*, cit., p. 381.

²⁴ L. EINAUDI, *La civitas umana di Wilhelm Röpke*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, p. 222.

²⁵ A. MÜLLER-ARMACK, *Economia sociale di mercato*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, p. 55.

assicurato proprio con le prestazioni dell'economia di mercato»²⁶. Egli definisce l'economia sociale di mercato – il primo ad utilizzare l'espressione *Soziale Marktwirtschaft* in una pubblicazione del dicembre 1946 dal titolo “*Planned Economy and Market Economy*”²⁷ e successivamente utilizzata «per fini promozionali» per distanziarla dal linguaggio del periodo nazifascista²⁸ – non una semplice «formula» o uno «slogan fortunato, come un'abile manovra di accoppiamento di due concetti», ma come qualcosa di più articolato, innanzitutto come «distanza critica verso l'economia a guida centralizzata»²⁹ realizzata durante il nazionalsocialismo, obiettivo fatto proprio dai programmi politici della CDU nel 1949, una sorta di programmazione dell'economia di mercato da conseguire secondo uno «stile in cui risultano messi insieme, in un sistema generale, elementi stabilmente variegati e variabili»³⁰, in radicale opposizione alla pianificazione francese. L'economia sociale di mercato si sostanzia, dunque, nel «tentativo di consentire, sulla base di un ordinamento stabile, alle forze del libero sviluppo e del singolo, gli obiettivi della vita pubblica, che sensatamente solo lo Stato può realizzare, di difesa sociale, di crescita e di piena occupazione»: elementi spesso trattati secondo formule oppostive che, nell'ottica di Müller–Armack, trovano un punto di equilibrio nella politica dell'economia sociale di mercato «nel quadro di un libero sistema di economia di mercato, di sicurezza sociale, di crescita delle entrate reali e di stabilità della moneta»³¹.

Viene delineato un percorso volto a ricercare una via mediana fra il liberalismo puro e il socialismo (liberismo e collettivismo), una strada alternativa agli eccessi dell'uno e dell'altro che, in un certo qual modo, possa favorire l'incontro o almeno l'avvicinamento dei pregi dell'uno con quelli dell'altro. L'economia sociale di mercato avrebbe dovuto favorire, per dir così, la costruzione di un *ponte* verso le tesi in base alle quali la giustizia sociale è invariabilmente connessa al valore della persona umana (umanesimo economico³²). Basti pensare alle posizioni di Franz Oppenheimer e, in particolare, a quelle di Wilhelm Röpke, il quale ultimo sosteneva che «l'economia di mercato non è tutto; essa deve essere sorretta

²⁶ A. MÜLLER–ARMACK, *Economia sociale di mercato*, cit., p. 57.

²⁷ N. GOLDSCHMIDT, *Alfred Müller–Armack and Ludwig Ehrhard: social market liberalism*, in *Freiburg Discussion Paper on Constitutional Economic*, n. 4, 2012, p. 3.

²⁸ A. SOMMA, *Quanto l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, cit., p. 109.

²⁹ A. MÜLLER–ARMACK, *Il contenuto umano dell'economia sociale di mercato*, in F. FORTE, F. FELICE, F. FORTE (a cura di), *op. cit.*, p. 307.

³⁰ A. MÜLLER–ARMACK, *Il contenuto umano dell'economia sociale di mercato*, cit., p. 311.

³¹ A. MÜLLER–ARMACK, *Il contenuto umano dell'economia sociale di mercato*, cit., p. 316.

³² D. CIRAVEGNA, *For a New Humanism in the Economy*, in J.M. GIL ROBLES, F. DE QUADROS, D. VELO (eds.), *The European Union and Social Market Economy*, Bari, 2014, pp. 301 ss.

da un ordinamento generale, che non solo sorregga con le leggi le imperfezioni e le asprezze della libertà economica, ma assicuri all'uomo un'esistenza consona alla sua natura»³³. E, inoltre, anche la vocazione liberale al progresso, per Wilhelm Röpke, deve porsi dei limiti. «Ogni tendenza, ogni corrente politica si avvia all'autodistruzione quando perde il necessario senso del limite e attribuisce a se stessa valore assoluto (...). La società, concepita nella sua interesse, non può fondarsi esclusivamente sulla legge dell'offerta e della domanda, poiché lo Stato è qualcosa di più di una semplice società per azioni»³⁴.

L'economia sociale di mercato non escluderebbe ma, al contrario, propugnerebbe un intervento statale attivo, in netta antitesi sia con liberalismo classico sia con l'anarcocapitalismo: a tale riguardo, Leonard Miksch sostiene che «il potere statale dovrebbe intervenire in maniera conforme all'ordine di mercato non già assecondando i piani delle parti interessate (le quali anzi tendono a distorcere la competizione e avvantaggiarsi di posizioni dominanti), bensì alimentando un processo economico che si dovrebbe svolgere *come se* fossero gli stessi privati a produrlo e ad adeguarvi di conseguenza»³⁵. *Conformi*, dunque, sarebbero gli interventi statali che non modificano la dinamica dei prezzi e non intaccano l'autonomia del mercato, non conformi saranno, invece, quegli interventi istitutivi della programmazione dell'economia.

A tale aspetto si ricollega la concezione in base alla quale lo Stato non viene considerato come il «*night watchman State*» ma uno «*strong State*», con i poteri necessari per evitare gli abusi monopolistici e la ricerca di privilegi. Lo Stato, dunque, dovrebbe determinare le «forme» dell'economia ma non interferire nel processo economico³⁶ e, dunque, agire conseguentemente: attraverso l'esaltazione delle libertà economiche, garantire le soluzioni alle questioni sociali. Si tratta di un'impostazione che, tuttavia, assegna all'espressione «sociale» un ruolo subalterno alle libertà economiche: i diritti sociali possono essere assicurati soltanto attraverso le *performance* dell'economia di mercato³⁷.

4. Tali proponenti ruotano attorno all'asse dell'instaurazione effettiva della concorrenza e del rafforzamento del primato del mercato. I riferimenti alla

³³ W. RÖPKE, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Varese, 1965, p. 17.

³⁴ W. RÖPKE, *Presupposti e limiti del mercato*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, pp. 119–120.

³⁵ S. COTELLESA, *Pluralismo e potere: la dimensione politica del dominio economico*, in F. PIZZOLATO (a cura di), *Libertà e potere nei rapporti economici. Profili pubblicistici*, Milano, 2010, p. 22.

³⁶ N. GOLDSCHMIDT, *Alfred Müller-Armack and Ludwig Ehard: social market liberalism*, cit., p. 2.

³⁷ A. MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, ripubblicato in ID., *Wirtschaftsordnung und irtschaftspolitik*, Berna–Stoccarda 1976, p. 245.

socialità sono riscontrabili, nella disposizione, richiamata *in apicibus*, dell'art. 3, TUE, sia nel lemma *sociale* sia nell'espressione *mercato interno*.

Invero, la disposizione citata “stimola”, “suggerisce”, “consiglia” una certa apertura verso la socialità, dato che prevede che «nella direzione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tenga conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana»³⁸. Si tratta di un manifesto per la socialità al quale vanno aggiunte talune disposizioni, per dir così, di attuazione o di completamento, fra le quali l'art. 8 del TFUE che stabilisce che «l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne»; l'art. 9, che impegna l'Unione a promuovere «un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana» e, infine, l'art. 10 che prevede che le istituzioni europee mirano a «combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, la religione o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

L'effettività dei diritti, però, come si accennava poc'anzi, può conseguirsi soltanto attraverso il mercato, in adesione alla teorica neoliberista delle garanzie sociali. Taluni segnali evolutivi emergono nella storia dell'integrazione europea, che si riscontrano, fra l'altro, nella trasformazione di alcuni concetti come, ad esempio, quello di “mercato interno”, la cui nozione indicherebbe, per l'appunto, il processo evolutivo della nozione di “mercato comune” che segnerebbe il passaggio dal liberismo, per dir così, classico, all'economia sociale di mercato, perché in quest'ultima espressione andrebbero ricompresi anche fattori extraeconomici, cioè sociali, in termini di eventuali correttivi da apportare, di volta in volta, alle inefficienze del mercato per il tramite degli interventi pubblici. Il passaggio, solo apparentemente nominalistico, da “mercato comune” a “mercato interno” demarcherebbe cioè una linea di passaggio, un cambiamento della visuale dell'integrazione europea, una propensione all'attenzione nei confronti di almeno taluni aspetti della socialità dapprima non compiutamente considerati nell'ordine economico europeo.

Invero, tale percorso non appare essere integralmente conseguito, anche se si riscontrano, soprattutto nella fase neo-interventista sovranazionale in campo economico, interventi diretti alla socialità, come, ad esempio, in tempi recenti,

³⁸ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della concorrenza*, Padova, 2010, p. 9.

nel caso sei fondi destinati agli Stati per il sostegno dei lavoratori: anch'essi, tuttavia, non privi delle note condizionalità, elemento, quest'ultimo, che caratterizza le trame disciplinari degli interventi di carattere economici.

In ogni caso, è noto, come le vicende "europee" indichino un preciso itinerario intrapreso in tema di politica economica e di bilancio che rende difficoltoso rintracciare la socialità quale linea d'indirizzo dell'UE: attuazione del pareggio di bilancio, *austerity*, ridimensionamento del ruolo dello Stato (che potrà agire solo in presenza di fallimenti del mercato, vale a dire l'intervento pubblico in campo economico è richiesto o necessitato soltanto in presenza di specifiche situazioni come, ad esempio, l'insufficienza della domanda che consenta di conseguire un certo livello di produzione che renda conveniente lo svolgimento o la prosecuzione di un'attività d'impresa), politica fiscale basata sul divieto dell'indebitamento, e così via, confermano un'impostazione, per dir così, sostanzialmente quantitativa delle politiche europee senza la messa in campo di adeguati contrappesi sociali (e, tuttavia, anche i vincoli europei in materia di bilancio contengono taluni margini di flessibilità che consentono agli Stati di mettere in atto politiche per lo sviluppo attraverso il "sistema" delle deroghe).

Al più, il modello in parola, coerente rispetto all'unione economica europea, è percepito in termini di sussidiarietà, criterio che "muove" gli operatori economici «a scegliere l'assetto produttivo che ritengono possa garantire alla società la migliore allocazione delle risorse disponibili. Pertanto, il ruolo sussidiario dello Stato non si esprime con l'intervento nell'arena economica, con l'assunzione cioè di responsabilità nella gestione dell'economia, nemmeno qualora fosse mancante o insufficiente l'intrapresa individuale» ma puramente e semplicemente come strumento dell'affermazione dell'interesse del privato e degli enti di autogestione dinanzi a misure da parte statale³⁹. Così, il ruolo delle istituzioni pubbliche viene ridotto a valutatore e stabilizzatore degli assetti creati nel mercato e della loro idoneità/regolarità a garantire che non si rechi pregiudizio all'autosviluppo e a «quello che è proprio di ciascuno»⁴⁰. La politica per le infrastrutture, ad esempio, andrebbe realizzata secondo l'«idea della sussidiarietà» attraverso il coinvolgimento attivo del privato, delle «forze libere», cioè delle istituzioni sociali, secondo la visione irenica di Alfred Müller-Armack che vede, per l'appunto, nell'economia sociale di mercato una formula «che tenta di

³⁹ Cfr. N. GOLDSCHMIDT, M. WOHLGEMUTH, *Nascita ed eredità della tradizione friburghese dell'economia ordinamentale*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2016, p. 30.

⁴⁰ L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, 2^a ed., Padova, 2006, p. 98.

riportare a un ragionevole equilibrio gli ideali della giustizia, della libertà e della crescita economica»⁴¹.

5. Il modello dell'economia sociale di mercato si erige sul progetto di strutturazione dell'assetto dell'economia di mercato, con l'obiettivo *complementare* della promozione/conservazione degli equilibri sociali e della tutela dell'ecosistema, che posizionerebbe il suo asse concettuale sulla valorizzazione della persona umana. Si tratta di una *formula*, ma anche una prospettiva politica, con cui si è ricercata una complicata mediazione fra il liberalismo e il socialismo⁴².

È notorio che, quanto ai "contenuti", il modello in questione segna la linea di continuità tra l'impostazione di matrice tedesca, dalla scuola di Friburgo a quelle di Colonia e di Francoforte⁴³, e gli orientamenti delle politiche dell'Unione europea: rigore nella finanza pubblica, politiche monetarie restrittive, esaltazione dell'economia di mercato, protezione dell'iniziativa e della proprietà privata. Non solo, ma viene in evidenza la linea di continuità tra la tradizione friburghese e il pensiero di von Hayek con il quale com'è noto, vi sono rapporti sin dall'istituzione della *Mont Pelerin Society*, definita come l'associazione dei *fondamentalisti del mercato* che nel 1947 propugna le tesi della difesa del mercato dai governi e dalla società, tesi che, poi, nei fatti, consegna ai mercati finanziari la più ampia libertà di movimento⁴⁴: la dottrina della scuola di Friburgo e l'evoluzionismo di von Hayek risultano complementari e sviluppati dal punto di vista dottrinale e culturale/politico e trovano piena adesione anche da parte di Müller–Armack che definisce «convincente»⁴⁵ l'impostazione contenuta nel *The Constitution of Liberty*, la ben nota opera di Hayek nella quale egli evidenzia, fra l'altro, il suo scetticismo nei confronti del *welfare state* e le difficoltà che la società deve affrontare dinanzi al governo espansivo, soprattutto in campo economico–sociale⁴⁶: del resto, non si dimentichi che, alla fine, il significato che Hayek attribuisce al lemma sociale è del tutto differente da quello di altra scuola liberale, come ad esempio, quella che fa capo a John Rawls. Difatti, secondo Hayek, la socialità ha in sé un

⁴¹ A. MÜLLER–ARMACK, *Il moralista e l'economista. Sulla questione dell'umanizzazione dell'economia*, in F. FORTE, F. FELICE, F. FORTE (a cura di), *op. cit.*, p. 291.

⁴² R. KLUMP, *op. cit.*, pp. 233 ss.

⁴³ F. FORTE, *Introduzione*, F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *op. cit.*, pp. 11 ss.

⁴⁴ A. BOITANI, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia di mercato*, Roma–Bari, 2021, p. 25.

⁴⁵ A. MÜLLER–ARMACK, *La futura costituzione dell'economia sociale di mercato*, in F. FORTE, F. FELICE, F. FORTE (a cura di), *op. cit.*, p. 352.

⁴⁶ H. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, The Definitive Edition, *The Collected Works of F.A. Hayek*, in R. HAMOWY (ed.), vol. XVII, Chicago, 1960, rist. 2011.

che di filo-totalitario ed è per questo che la giustizia andrebbe declassata a mera giustizia legale e non sostanziale⁴⁷. Non ultimi i propositi e i lasciti della *Constitutional Political Economy* e della *New Institutional Economics* che possono essere considerati come fattori, per dir così, evolutivi della c.d. teoria dell'economia ordinamentale⁴⁸.

Il tentativo di trovare una formula che conciliasse socialismo e liberismo muoveva dall'esigenza di superare la "*Teoria dei sentimenti morali*" di Adam Smith e quella del *Manifesto del partito comunista* di Karl Marx e Friedrich Engels. Smith riteneva che nell'economia di mercato il perseguimento dell'interesse personale avrebbe contribuito alla crescita economica di tutti i partecipanti al "gioco". La libertà economica diviene lo strumento fondamentale dello sviluppo economico, il suo presupposto è l'eliminazione di ogni ostacolo al suo sviluppo. Lo stesso Smith, peraltro, è consapevole della necessità di una forma di regolazione giuridica dell'economia per disciplinare «in modo appropriato» il «funzionamento» del mercato. «Modo appropriato» sta, evidentemente, per *minimo*, in quanto il mercato ha in sé tutti gli elementi che consentono l'autodisciplina nel libero operare della concorrenza. Il ruolo dello Stato, secondo quest'ottica, è volto ad «assicurare la proprietà privata, il valore della moneta e altre prestazioni pubbliche selezionate»⁴⁹. Fino alla fine dell'Ottocento le istanze liberali trovano pieno accoglimento per poi confluire nelle posizioni di Friedrich List il quale, pur riconoscendo l'importanza del libero scambio di stampo manchesteriano, ritiene pericoloso e, in ogni caso, dannosa l'apertura illimitata agli scambi con l'estero principalmente perché, a quel tempo, l'economia inglese risulta essere più agguerrita⁵⁰. A questa subentrò la scuola storica la cui dottrina riteneva che le dinamiche economiche fossero determinate sui rapporti di potere giacché «la storia di ogni società sinora esistita è storia di lotte di classi»⁵¹.

6. Si diceva che i lineamenti concettuali dell'economia sociale di mercato, da un lato, presuppongono il rifiuto della pianificazione economica, dall'altro, preconizzano la presenza di uno Stato forte – uno Stato totale ma efficiente «che sottopone l'economia a regole chiare e generali»⁵² – che potesse svolgere non solo le

⁴⁷ Cfr., sul punto, M. BARBERIS, *Etica per i giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. 90.

⁴⁸ N. GOLDSCHMIDT, M. WÖHLGEMUTH, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹ R. KLUMP, *op. cit.*, pp. 236–237.

⁵⁰ R. KLUMP, *op. cit.*, p. 238.

⁵¹ K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Roma, 1973, p. 55.

⁵² N. GOLDSCHMIDT, M. WÖHLGEMUTH, *op. cit.*, pp. 22–23.

funzioni di custode responsabile delle dinamiche dell'iniziativa privata ma anche quelle riguardanti la predisposizione delle condizioni per consentire che le attività economiche fossero indirizzate verso finalità sociali. Invero, l'economia sociale di mercato dovrebbe consentire agli individui, per il tramite della crescita economica, di realizzare un livello di reddito tale da consentire l'acquisto di assicurazioni private, la capitalizzazione individuale e l'accesso alla proprietà: in ciò consiste l'obiettivo dell'economia sociale di mercato che, infatti, è sinonimo di politica sociale⁵³. Non è un caso, del resto, che sia stato proprio Müller-Armack a definire la politica di Ludwig Ehrard come *Gesellschaftspolitik*, cioè «una politica della società»⁵⁴.

La centralizzazione dell'economia viene vista come una minaccia alla libertà della persona. Se lo Stato domina l'economia, ne «sorveglia» le dinamiche e «gestisce la quotidianità economica» si condanna l'uomo all'oppressione. «La persona diventa una particella dell'anonimo apparato pubblico economico – possa egli appartenere ora alla burocrazia o ad altro gruppo che viene dominato dai funzionari. Il singolo essere umano diventa una cosa e perde il carattere di persona. L'apparato è lo scopo, l'essere umano lo strumento»⁵⁵. Dunque, la c.d. «costituzione economica» (*Wirtschaftsverfassung*) viene intesa, in primo luogo, come difesa delle regole del mercato⁵⁶ e, pertanto, il diritto serve primariamente a proteggere il mercato e, quindi, un interesse pubblico «oggettivo»: in definitiva, si tratta di una decisione politica sulla strutturazione della vita economica. «Solo l'adesione a questa idea – sostengono gli autori del *Manifesto* – fornisce i mezzi per acquisire regole veramente affidabili e conclusive per l'interpretazione di molti aspetti del diritto pubblico o privato»⁵⁷. La teorica dell'economia sociale propende per una concezione globale del sistema economico inteso come *ordinamento*, cioè «come un insieme di interdipendenze che sono condizionate dalle istituzioni (...), dall'assetto giuridico legale e informale e dai fattori culturali (etici, religiosi, psicologici ecc.)», quindi sociologici⁵⁸.

L'obiettivo «politico», per dir così, è quello di prendere le distanze da quella che viene definita la *ferocia* macroeconomica di fonte keynesiana (espressione assai «forte», per così dire, dai chiari connotati politici): il ragionamento si focalizza,

⁵³ Cfr. M. FOUCAULT, op. cit., p. 127.

⁵⁴ M. FOUCAULT, op. cit., p. 128.

⁵⁵ W. EUCKEN, *Il problema della politica dell'ordinamento*, in F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), op. cit., p. 47.

⁵⁶ F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016, p. 73.

⁵⁷ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DÖRTH, op. cit., p. 18.

⁵⁸ F. LOSURDO, op. cit., p. 73.

dunque, da un lato, sulle scelte individuali, (secondo la concezione in base alla quale lo scambio si configura come una scelta naturale dell'uomo), dall'altro, sull'analisi dello Stato sociale in chiave sociologica, un approccio che consente di fondare e circoscrivere i vari modelli. «Dal punto di vista dell'analisi scientifica, l'assunto era la convinzione secondo cui (...) fosse a tutti evidente quanto poco i sistemi a gestione centralizzata riuscissero a garantire la sicurezza sociale in modo durevole – nonostante le loro pretese avanzate con arroganza – (...) mi sembra fuori di discussione la concezione di base dell'economia sociale di mercato, secondo cui non si vede, finora, nessun sistema ordinamentale che prometta che si concretizzi la possibilità di dar forma in modo efficiente alla politica sociale e a favore della società meglio di un'economia di mercato di tipo moderno e gestita con coerenza»⁵⁹.

Si ribadisce che gli ordoliberali, in ogni caso, si discostano dalla teorica del liberismo classico in base alla quale l'ordine del mercato è autogenerato dalle sue dinamiche endogene e aderiscono alla linea di pensiero secondo la quale l'intervento dello Stato deve fornire la cornice istituzionale *per* il mercato e vigilare affinché sia garantito il libero gioco della concorrenza. In definitiva, qualunque interferenza legislativa che si frapponga al libero gioco della domanda e dell'offerta costituisce un'alterazione del mercato. Essi ritengono che il dialogo tra diritto e scienza economica debba essere costante ma in termini di soggezione del secondo alla prima giacché «il problema di comprendere e di modellare gli strumenti giuridici per una costituzione economica può essere risolto solo se il giurista si avvale dei risultati della ricerca economica»⁶⁰.

Dinanzi alle questioni economiche, dunque, il giurista non deve soffermarsi solo sugli aspetti etico-sociali⁶¹ e professionali ma «ragionare» secondo quanto disposto dalla costituzione economica. «La libera concorrenza non deve essere sospesa sulla base di una presunta pratica sleale. Come debba essere tracciata tra concorrenza sleale e concorrenza ammissibile, se esista libera concorrenza o meno, se la concorrenza sia limitata, se la concorrenza sia efficiente o crei ostacoli, se le riduzioni di prezzo siano o meno in contraddizione con il principio del sistema, tutti questi problemi possono essere delineati solo tramite indagini svolte dagli economisti sull'andamento del mercato»⁶².

⁵⁹ A. MÜLLER-ARMACK, *La futura costituzione dell'economia sociale di mercato*, in F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *op. cit.*, pp. 343–344.

⁶⁰ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DÖRTH, *op. cit.*, p. 18.

⁶¹ A. MÜLLER-ARMACK, *Il moralista e l'economista. Sulla questione dell'umanizzazione dell'economia*, cit., p. 285.

⁶² F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DÖRTH, *op. cit.*, p. 19.

7. Politica fiscale e politica monetaria sono parte della politica dell'ordine economico e la decisione di sistema, cioè la costituzione economica, ne deve stabilire le coordinate dal punto di vista giuridico⁶³.

Quanto alla finanza pubblica la posizione degli esponenti dell'economia sociale di mercato assume come elemento portante la stabilità del sistema. Constantin Dietze, Adolf Lampe e lo stesso Walter Eucken attribuiscono alla regola del pareggio di bilancio un'importanza fondamentale. Essi, in aperto contrasto con le politiche keynesiane, sostengono che «alla lunga, nessuno Stato può gestire con successo un'economia in *deficit*. Se il bilancio rimane stabilmente in disequilibrio, le esigenze dilazionate in ordine agli obblighi fiscali debbono essere recuperate in un secondo tempo in maniera accresciuta. (...) Garantire una finanza ordinata viene reso più complicato con una gestione opaca di tutte le pratiche amministrative»⁶⁴. Inoltre, essi sostengono che la «regolazione di un elevato debito pubblico rappresenta per la vita economica del futuro un grosso fardello e un serio problema sociale»⁶⁵, e per tale ragione la copertura delle spese in *deficit* è una pratica assai dannosa⁶⁶.

Fra i compiti che Müller-Armack «assegna all'ordinamento liberale ispirato all'economia sociale di mercato è la costituzione di un ordine europeo che porti fino alla costituzione di ordine monetario stabile. Müller-Armack è consapevole che nessun ordine monetario sarebbe mai potuto nascere se prima non si fosse proceduto nella direzione di una progressiva convergenza dei parametri che fungono da fondamentali della politica economica dei singoli Paesi»⁶⁷. Obiettivo europeo deve essere, dunque, creare «un ordinamento della stabilità, invece di una comunità di inflazione»: e, dunque, no a ulteriori «sperimentazioni nel senso della socializzazione che danno luogo (...) solo a nuovi *deficit* di bilancio; «rinuncia ad esagerati aumenti salariali in un contesto di scarsa produttività»; «tenere aperti i confini e mantenere la libertà di movimento dei capitali, per conservare gli effetti benefici delle relazioni multilaterali di mercato nei movimenti di beni e dei capitali»⁶⁸. L'obiettivo è quello di impostare una politica fiscale basata «sul divieto di importante debito pubblico»⁶⁹ e sulla stabilità del bilancio⁷⁰, non rinunciando,

⁶³ W. EUCKEN, *Sul duplice compito dell'economia politica dal punto di vista della politica economica*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, p. 81.

⁶⁴ C. DIETZE, W. EUCKEN, A. LAMPE, *Ordine economico e sociale*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, pp. 98–99.

⁶⁵ C. DIETZE, W. EUCKEN, A. LAMPE, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁶ W. EUCKEN, *Sul duplice compito dell'economia politica dal punto di vista della politica economica*, *cit.*, p. 69.

⁶⁷ F. FELICE, *Introduzione*, in F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *op. cit.*, p. 226.

⁶⁸ A. MÜLLER-ARMACK, I cinque grandi temi della futura politica economica, in F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *op. cit.*, p. 432.

⁶⁹ F. FORTE, *Introduzione*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *op. cit.*, p. 11.

⁷⁰ A. MÜLLER-ARMACK, *Economia sociale di mercato*, *cit.*, p. 60.

talvolta, com'è avvenuto, ad esempio, in Germania nel 1967, a politiche di *deficit spending* quale «mezzo sicuro per lottare preventivamente contro i contraccolpi della congiuntura», cioè, in definitiva, dinanzi ai fallimenti del mercato. Un auspicio sul «piano europeo di questa politica congiunturale, finora nazionale»⁷¹, costituisce il compito dei sostenitori dell'economia sociale di mercato anche per l'entità sovranazionale.

La dottrina del debito e quella dell'austerità (tradotta nel Patto di stabilità e crescita), per com'è stata introdotta nell'Unione europea, insomma, prevede vincoli finanziari stringenti che, però, sarebbero privi «di qualsiasi fondamento teorico o empirico»⁷².

La politica monetaria, indirizzata al mantenimento dell'«ordine della concorrenza che funzioni», deve creare e mantenere un potere d'acquisto il più possibile stabile. Prima di tutto deve essere superata (...) la situazione per cui – a seguito di una costante creazione di credito – siano ampiamente a disposizione più mezzi di pagamento rispetto ai beni venduti ai prezzi in vigore. La quantità di moneta deve essere costantemente adeguata alle esigenze – cioè deve essere mantenuta non troppo abbondante, ma neanche troppo scarsa»⁷³.

Su questi aspetti si può agevolmente constatare come l'eredità dell'economia sociale di mercato trovi un addentellato preciso negli anni di Maastricht che pongono in evidenza il posizionamento delle proposizioni politiche degli economisti tedeschi allorquando vengono stabiliti i noti parametri di finanza pubblica. Si riscontra l'adesione all'accordo denominato *Washington Consensus*, nonostante l'opposizione, in realtà da taluno considerata timida, da parte di Jacques Delors, che sancisce la neutralizzazione delle istanze sociali e politiche della nascente Unione europea. L'incubo dell'inflazione – o, meglio, dell'iperinflazione – svolgerà un ruolo assai significativo nelle successive dinamiche politiche europee, con gli effetti noti determinati dai rimedi assunti dalle autorità sovranazionali all'indomani dell'esplosione della crisi finanziaria del 2008 (quella che Joseph Stiglitz ha chiamato la «creatura orribile» dell'austerità)⁷⁴

L'alba dell'euro diviene, poi, il punto di caduta più significativo delle teorie dell'economia sociale di mercato nelle quali spicca l'influenza normativa della Germania tanto che la struttura e le funzioni della Banca centrale europea, ad

⁷¹ A. MÜLLER-ARMACK, *Il moralista e l'economista. Sulla questione dell'umanizzazione dell'economia*, cit., 289.

⁷² J.E. STIGLITZ, *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione*, Roma-Bari, 2020, p. 37.

⁷³ C. DIETZE, W. EUCKEN, A. LAMPE, *op. cit.* p. 109.

⁷⁴ J.E. STIGLITZ, *Riscrivere l'economia europea*, cit., p. 55.

esempio, ricalcano il modello *Bundesbank*, e la normativa in materia di politiche monetarie e la legislazione bancaria susseguente ne stratificano la posizione.

Si contribuisce alla costruzione di un'Europa disintermediata dai tradizionali corpi politici, disancorando la politica dall'economia, un'opzione concettuale che vede nel mito della tecnica lo strumento per conseguire la *neutralità*, posizione ambigua che sottende ad un'apparente proposizione relativamente alla potenziale neutralità delle decisioni in materia di sviluppo economico e commerciale ma che deve fare i conti, ed è qui il suo limite, con «il mutamento delle *élites*, delle loro convinzioni, dei loro argomenti e dei principi delle loro azioni»⁷⁵: in una parola, con la c.d. costituzione economica materiale.

Gli «architetti dell'euro» – per riprendere il titolo del fortunato volume di Kenneth Dyson e Iva Mars – consolidano l'asse franco-tedesco in materia monetaria, ignari delle potenziali aree di conflitto (che, non a caso, essi definiscono «*earthquake zone*»⁷⁶) rappresentate dai rigurgiti statali dinanzi alle ulteriori e decisive riduzioni della sovranità in un campo assai stretto quale quello delle politiche monetarie e nonostante l'evanescente divisione delle competenze tra quest'ultima e la politica economica e fiscale, assertivamente proclamata nel dispiegarsi delle funzioni a moto elicoidale della BCE.

Oltre tutto, l'unione monetaria non avrebbe mai compensato i suoi stessi effetti in termini di unione politica di cui, anzi, ha contribuito tracciare solchi sempre più profondi. Sta di fatto che, come ha dimostrato l'esperienza, la separazione tra politica monetaria e politica economica sia rimasta solo puramente teorica, ed invero assai sfumata, nel senso che «la prima è in fondo un pezzo della seconda»⁷⁷. L'assetto dei rapporti tra le due politiche è, per così dire, variabile nel senso che vi sono due differenti funzioni cui essa dovrebbe assolvere: una inerente ai rapporti tra BCE e istituzioni politiche UE, l'altra tra UE e Stati membri. Ma è noto che la politica monetaria sia di competenza esclusiva UE solo per gli Stati che hanno aderito all'euro e che la politica economica riguardi tutti gli Stati membri, soggetti a vincoli stringenti tenuti insieme dal principio di coordinamento.

La Germania, agli albori della costruzione della moneta unica non ha fatto mancare di evidenziare la sua posizione in base alla quale la stabilità monetaria avrebbe potuto inverarsi soltanto dinanzi alla stabilità domestica della crescita. Di

⁷⁵ A. ANDRONICO, *Interessi disperati. Dalla necessità dell'economia alla possibilità del diritto*, in V. FERRARI (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Milano, 2008, pp. 120–121.

⁷⁶ K. DYSON, I. MAES, *Intellectuals as Policy-Makers. The Value of Biography in the History of the European Monetary Union*, in K. DYSON, I. MAES (eds.), *Architects of the Euro, Intellectuals in the Making of European Monetary Union*, Oxford, 2016, p. 1.

⁷⁷ S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, 2017, p. 53.

qui l'approdo ai noti parametri numerici di finanza pubblica che hanno condizionato le politiche fiscali europee per lungo tempo e che riprendono la scena in tempi recenti in ragione dell'approvazione della riforma del Patto di stabilità e crescita.

La scuola della regolazione francese, dal canto suo, promotrice della tesi economicista, fonda il suo assunto sulla base di un approccio che avrebbe consentito una più rapida convergenza economica grazie alla progressiva integrazione economica: formidabile potenziale integrativo (J. Nye), eguaglianza economica degli attori, capacità di adattamento, pluralismo (presenza nel processo di integrazione di attori governativi, non governativi, sovranazionali).

Si perviene alla traduzione in pratica dell'approccio della teoria neofunzionalista⁷⁸ – di cui, per l'appunto, l'istituzione della BCE ne sarebbe l'espressione più evidente⁷⁹ – che propugna la riduzione della decisione politica (*low politics*) – e, infatti, balza agli occhi il fallimento del tentativo di costruire l'integrazione politica attraverso quella economica, accelerando la prima⁸⁰ – con la conseguente fioritura di istituzioni che trascendono gli interessi nazionali e l'assunzione di una linea guida integrativa che consideri i settori economici nel breve termine e quelli politici nel medio e lungo termine⁸¹. Il mantenimento dell'esercizio della sovranità statale sarebbe stato così salvaguardato, nel solco del funzionalismo, senza però por mano all'assetto istituzionale, non scegliendo cioè né tra l'opzione confederale né tra quella federale, ibridando la regolazione statale senza che l'Unione europea sia uno Stato e affidando sostanzialmente al diritto giurisprudenziale il conflitto tra le costituzioni statali e gli organi UE⁸². In definitiva, si è trattato di un'artificialità che connette surrettiziamente e senza precedenti storici⁸³ un'affannosa costruzione transnazionale fondata sulla moneta.

A posteriori, si può porre in luce come l'approccio gradualista della regolazione (David Mitrang, Herest Haas), che distingue tra ciò che è funzione e ciò che è politico, rimarchi come la necessità dell'azione quale viatico dello sviluppo economico non abbia retto all'esplosione della crisi: infatti, si ritiene che una delle cause della crisi medesima sia stata, per l'appunto, la rilevata «carezza della regolazione»⁸⁴. E,

⁷⁸ K. DYSON, I. MAES, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁹ E. MONACI, *Banca centrale europea e sistema europeo delle banche centrali: attori della governance comunitaria*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, II, *Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008, p. 223.

⁸⁰ J.E. STIGLITZ, *L'euro. Come una moneta comune minaccia il futuro dell'Europa*, Torino, 2018, p. 53.

⁸¹ M. MASCIA, *L'Unione europea cantiere aperto di governance. Teorie istituzioni attori*, Bari, 2016, pp. 10 ss.

⁸² G. SAPELLI, *Nella storia mondiale. Stati Mercati Guerre*, Milano, 2021, p. 231.

⁸³ K. DYSON, I. MAES, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴ F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Torino, 2013, p. 6.

infatti, è “grazie” alla crisi del 2008 che inizia la “metamorfosi politica” della BCE, sempre più al centro delle dinamiche politico-economiche dell’UE (ruolo proseguito a seguito dell’emergenza pandemica, che ha contribuito, per dir così, al “consolidamento di taluni “poteri” in casi straordinari come, ad esempio, il ricorso alle misure non convenzionali⁸⁵): essa si è ritrovata quale ultima fortezza a presidio di un momento di grave difficoltà, assurgendo ad una sorta di «*central hub*»⁸⁶ della politica economica europea. Il regolamento sulla vigilanza unica bancaria⁸⁷ – spartiacque tra l’istituzione d’emergenza del comitato europeo contro i rischi sistemici e l’attribuzione/accentramento delle competenze di supervisione⁸⁸ – è uno degli esiti della suddetta crisi, la quale ha consentito che si manifestassero, come in ogni crisi, le virtù rigenerative dei “meccanismi” rimediali, per dir così, volontari e naturali, nel quadro della regolazione monetaria; in una prospettiva più ampia, esso si configura come strumento di regolazione in funzione di omogeneizzazione delle (consolidate) prassi operative, in coerenza «con il carattere unitario del fenomeno moneta-credito»⁸⁹.

Si giunge, così, al rafforzamento dell’indipendenza della BCE data la stretta interrelazione sussistente tra la detta indipendenza e la stabilità dei prezzi⁹⁰: fondamentalmente si tratta della sottrazione del governo dell’economia alle dinamiche parlamentari, assumendo come ovvia la neutralità delle decisioni assunte dall’autorità indipendente e, di fatto, creando un ordine alternativo a quello democratico⁹¹. La strada tracciata dai costruttori delle istituzioni europee è stata proprio quella di dare origine ad una struttura poliarchica in cui il rapporto originariamente pubblico-privato si trasforma in rapporto trilatero costituito dal pubblico-privato-tecnocratico ipostatizzando la dicotomia pubblico-privato in una

⁸⁵ G. ROTONDO, *Misure non convenzionali di politica monetaria e intervento straordinario della Banca Centrale Europea durante l'emergenza pandemica*, in A. SCIARRONE ALIBRANDI, U. MALVAGNA (a cura di), *Sistema produttivo e sistema finanziario alla sfida del covid: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, Pisa, 2021, pp. 129 ss.

⁸⁶ C. MANGER-NESTLER, M. GENTZSCH, *Democratic legitimization of Central Bank independence in the European union*, Cham, Switzerland, 2021, p. 3.

⁸⁷ F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Padova, 2019, pp. 230 ss.; M. BODELLINI, *International Banking Crisi Management. A Transatlantic Perspective*, Oxford, 2022, pp. 11 ss.

⁸⁸ A. BARONE, G. DRAGO, C. NICOLOSI, *L'rompere della vigilanza prudenziale europea*, in A. BARONE, G. DRAGO (a cura di), *La funzione di vigilanza della Banca centrale europea. Poteri pubblici e sistema bancario*, Roma, 2022, pp. 15 ss.; D. VESE, *A Game of Thrones: ruolo e poteri dell'autorità bancaria europea alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. Bancario*, gennaio/marzo 2023, pp. 1 ss.

⁸⁹ F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, cit., pp. 1–2.

⁹⁰ S. CAFARO, *op. cit.*, p. 21.

⁹¹ R. MANFRELOTTO, R. DAGOSTINO, *La Bce come autorità amministrativa europea*, in A. BARONE, G. DRAGO (a cura di), *op. cit.*, p. 73.

morfologia di semplicistica ricostruzione in quanto essa non tiene conto dell'«eccessivo» apporto/guida del «tecnico». E, dunque, il fondamento dell'indipendenza della BCE, seguendo l'impostazione del banchiere Yves Mersch è quello di evitare le inframmettenze politiche. A tal fine, alla BCE viene conferito un «mandato» che le consente di svolgere le sue funzioni di vigilanza prudenziale, di mantenimento della stabilità dei prezzi. E, nell'ambito della funzione di vigilanza, la stabilità del sistema, complessivamente considerato, «costituisce una delle finalità primarie dell'attività di vigilanza, che viene ricercata attraverso una ponderosa e dettagliata disciplina dei requisiti patrimoniali delle banche e, da ultimo, con crescente attenzione anche agli aspetti di *governance*»⁹². Ricorre, dunque, l'impostazione ordo-tedesca resa evidente dall'assegnazione alla BCE un'indipendenza funzionale e operativa consustanziata nella competenza esclusiva in politica monetaria. Il punto è che il rapporto tra BCE e poteri pubblici è tutto a favore della prima soprattutto per le difficoltà di interpretazione derivanti dalla precondizione, contenuta nell'art. 3 del TUE, di concorrere alla realizzazione degli obiettivi dell'UE. Nel volgere della crisi finanziaria tale proposizione giuridica ha trovato una parziale elasticità esegetica allorché le politiche espansive si sono palesate quale contraltare proprio alle rigidità insite nel tentativo di stabilizzazione del ciclo economico. Ciò peraltro reca un solco tra il medesimo art. 3, TUE e l'art. 127, TFUE perché colloca la BCE in un guado tra la teoria monetarista classica in base alla quale occorrerebbe facilitare una politica anti-inflattiva e consentire, al tempo medesimo, la crescita economica, e la teoria keynesiana che assume quale elemento basilico dell'autorità monetaria la «responsabilità democratica» della banca centrale⁹³ al fine di «legittimare» il controllo da parte dei Governi per finalità statali quali la piena occupazione, la solidarietà sociale e la crescita economica sostenuta.

Un aspetto dibattuto, che qui è possibile soltanto sfiorare ma del quale appare opportuno darne sommariamente conto, quanto meno rilevandone la problematicità, è quello inerente alla possibile applicazione del principio di sussidiarietà alla luce del regolamento vigilanza bancaria (reg. n. 1024 del 2013). Sul punto si confrontano due posizioni, una favorevole alla riconducibilità al principio di sussidiarietà del riparto delle competenze sulla vigilanza, l'altra contraria. La prima tesi fa riferimento al complesso disciplinare ordinato in applicazione del principio di sussidiarietà allorché nell'ambito dell'attribuzione delle competenze

⁹² A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'ordinamento bancario alla ricerca di un assetto stabile: obiettivo raggiungibile o fantastica chimera?*, in A. BROZZETTI (a cura di), *L'ordinamento bancario europeo alla ricerca di un assetto stabile*, Bologna, 2022, p. 22.

⁹³ F. ZATTI, *Il controllo della Bce sulle economie nazionali*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, pp. 487 ss.

emerge un ruolo significativo da parte delle autorità domestiche nello svolgimento delle attività di vigilanza le quali confidano nell'efficienza e nell'efficacia della supervisione interna. Da qui se ne ricaverebbe la capacità di contenimento delle potenzialità espansive delle competenze dell'UE e nello specifico nel campo della vigilanza. In tal modo, verrebbe realizzata la convergenza di tale impostazione con l'economia sociale di mercato e, del pari, sarebbe realizzata una struttura coerente nella costruzione dei rapporti istituzionali⁹⁴. A sostegno di detta tesi, ci sarebbe, ad esempio, l'attribuzione delle competenze sulle banche meno significative a livello di banche centrali nazionali (BCN). Altra lettura negherebbe l'utilizzo del criterio ordinatorio della sussidiarietà fondamentalmente sulla base di un'argomentazione che fa leva proprio sul riparto delle competenze. La disamina delle competenze come attribuite dal regolamento vigilanza contribuisce a chiarire l'effettiva attuazione del principio di sussidiarietà nel quadro ora delineato. Il Meccanismo di vigilanza unico ha attribuito alla BCE compiti esclusivi spostando il profilo della precedente impostazione caratterizzata dal coordinamento e dalla collaborazione fra istituzioni verso funzioni accentrate. L'aspetto della devoluzione alle BCN della funzione sulle banche meno significative realizza in realtà proprio il principio collaborativo, fermo restando il rispetto degli atti di *soft law* da parte delle banche (linee guida). In questo caso, dunque, si concretizza una forma di collaborazione funzionale considerando che non è detto che le banche meno significative non possano recare problemi inerenti alla stabilità finanziaria. Così stando l'assetto delle competenze, l'accostamento del criterio ordinatorio della sussidiarietà sembrerebbe forzato considerando il profilo sostanziale della vigilanza *lato sensu* intesa. E, del resto, la stessa giurisprudenza UE, nella sentenza *L-Bank*⁹⁵ (vicenda avente a riguardo il problema della riconducibilità di una banca tedesca nel novero delle banche significative), ha stabilito la non applicabilità del principio di sussidiarietà (e, dunque, la sua eventuale violazione) alla disciplina sulla vigilanza considerato che tale principio trova applicazione unicamente nel quadro delle competenze non assegnate all'Unione, essendo evidente che, in questo caso, le ANC esercitano le loro attribuzioni in forma decentrata come del resto ha avuto modo di chiarire la corte UE nell'arresto dell'8 maggio 2019 (causa C-450/17P).

8. Si diceva che l'economia sociale di mercato non ha come suo obiettivo basilico la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale (nella Costituzione tedesca, ad

⁹⁴ F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, cit., pp. 74–75.

⁹⁵ F. SALMONI, *op. cit.*, p. 245.

esempio, è assente il riferimento esplicito alla garanzia dei diritti sociali «in funzione emancipatoria»⁹⁶: l'esistenza di un livello eguale di disuguaglianza è, per l'appunto, conseguenza naturale del processo economico, primo regolatore della società. «L'aggettivo "sociale" (viene) inteso solo in un senso formalistico (...), mentre la specificazione "di mercato" è (divenuta) una riverenza malaccorta a ciò a cui quegli ideologismi hanno ceduto»⁹⁷. L'Unione europea porta con sé, per così dire, un *deficit* genetico e cioè il suo essere *economico* in radice. Un *equivoco*, per così dire, rimasto irrisolto stante i perduranti insuccessi delle politiche pubbliche europee per garantire livelli soddisfacenti di tutela sociale omogenea nei diversi Paesi.

Per tale ragione, s'invoca, in un'ottica di inversione del pensiero *mainstream*, un inaspettato, ma necessario, recupero dell'azione statale soprattutto alla luce delle crescenti disuguaglianze riscontrate nei Paesi europei. Se la politica europea della concorrenza ha, in qualche modo, contribuito a ridurre l'intervento dello Stato nell'economia quando questo era divenuto ormai troppo pressante e inefficiente, non di meno occorre tenere a mente che lo Stato non può non salvaguardare le ragioni della giustizia sociale, cioè della tutela dei diritti sociali, al di là dunque dei confini della mera raccolta del consenso o della esclusiva logica del mercato, quali «obiettivi di civiltà irrinunciabili dal mondo occidentale»⁹⁸.

Oltre tutto, è la stessa *idea* dell'economia sociale di mercato che presuppone l'esistenza di un modello economico-politico estremamente flessibile basato sui principi di libertà e di giustizia sociale, di volta in volta adattabili ai continui cambiamenti socio-economici al fine di stabilire un'autentica politica sociale sovranazionale in una «*communauté de destin*» (locuzione, a volte, abusata, ma non priva di significati simbolici ed evocativi) basata su un concreto «*modèle social commun*»⁹⁹.

In particolare, Alfred Müller-Armack quasi profeticamente, sostiene la necessità che, a livello europeo, si realizzi una forma di *coordinamento* della politica economica e che, al tempo stesso, vi fosse una politica economica espansiva al fine di consentire agli altri Paesi che si trovino in una posizione di difficoltà di ottenere talune forme di sostegno.

Si diceva che l'economia sociale di mercato non esclude ma, al contrario, propugna (o dovrebbe patrocinare) un intervento statale attivo, in netta antitesi sia

⁹⁶A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato 14. L'era Adenauer e l'economia di mercato obbligata socialmente*, in *Biblioteca della libertà*, n. 205, settembre-dicembre 2012, 2, reperibile online al sito www.centrocinquanti.it.

⁹⁷G. GALASSO, *Liberalismo e democrazia*, Roma, 2013, p. 77.

⁹⁸A. VIGNUDELLI, *Dall'oikonomia classica alla lex mercatoria della globalizzazione*, in ID. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato amministrazione diritti*, Torino, 2006, p. 4.

⁹⁹P. DEFRAIGNE, *Fédérer l'Eurozone sur un model social commun*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n. 2, 2013, p. 231.

con il liberalismo classico sia con l'anarcocapitalismo (l'estremismo liberale), «alimentando un processo economico che si dovrebbe svolgere *come se* fossero gli stessi privati a produrlo e ad adeguarvi di conseguenza»¹⁰⁰. Per essere consequenziali, allora, dovrebbe profilarsi la conformità degli interventi al modello prefigurato, cioè le iniziative dello Stato «che non sopprimono la “meccanica dei prezzi” e “l'autogoverno del mercato”, ma che al contrario si inseriscono in esso, offrendosi come “nuovi dati”, e che possono essere assimilati dallo stesso mercato». Sarà, evidentemente, non conforme alla costituzione economica, come evidenziato in precedenza, «tutto ciò che tenderà ad istituire “un ordine economico programmatico”, cioè collettivo»¹⁰¹.

¹⁰⁰ S. COTELLESA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰¹ Nota redazionale in *www.benecomune.net*, 8 giugno 2017.

LO SGUARDO DEGLI ALTRI

Per una Scuola della Costituzione*

MASSIMO BALDACCI

In questo intervento metterò a confronto due modelli di scuola: il modello neoliberista del capitale umano e il modello democratico di una scuola della Costituzione. Per la precisione, svilupperò una critica del primo e cercherò di argomentare a favore del secondo.

Ritengo che il discorso sulla scuola possa non essere isolato da quello sulla società e dalla storia che ha portato la società a configurarsi in un certo modo. Quindi, sebbene in modo sommario, seguirò questa impostazione.

Partiamo dal modello neoliberista e dalla sua vicenda storica. Il primo trentennio del dopoguerra (i cosiddetti “Trenta gloriosi”), pur con limiti e contraddizioni, era stato un periodo di crescita socioeconomica e di sviluppo dei diritti sociali e civili. Si era verificata un’espansione della scolarità e un certo riformismo, che – benché anch’esso contraddittorio e sofferto – aveva portato a importanti risultati, quali: la scuola media unificata, la scuola materna statale, il tempo pieno, l’integrazione dei soggetti disabili, ecc.

A metà degli anni Settanta si è prodotta una crisi economica e ideologica che ha modificato radicalmente questa situazione. Una crisi economica, prima di tutto (si veda Arrighi, 2014). Non sono un economista, ma credo che non possiamo essere indifferenti alle dinamiche economiche nell’interpretazione del processo storico. Si è trattato una crisi di accumulazione che ha portato a una ristrutturazione dell’economia capitalista su scala mondiale, dando il via a fenomeni come il post-fordismo, la rivoluzione informatica-tecnologica, la globalizzazione, la finanziarizzazione, ecc. (non mi soffermo su tali fenomeni).

Questa crisi si è accompagnata anche a un mutamento ideologico, la cosiddetta svolta neoliberista. La *ratio* del neoliberismo è quella di arginare il processo di sviluppo sociale e democratico delle nostre società, allo scopo di preservare il potere e i profitti delle classi dominanti.

* Questo contributo non è stato sottoposto a referaggio per decisione della Direzione della Rivista. Esso rappresenta una versione rielaborata di M. BALDACCI, *La scuola e l’istruzione fra capitale umano e principio educativo fondato sulla Costituzione*, relazione al convegno “Istruzione: diritto universale incondizionato e risorsa sociale”, Roma, 2 marzo 2023, promosso dalla Flc-Cgil. È in corso di preparazione una versione più ampia per la pubblicazione in volume.

Non si è trattato però di un neoliberalismo classico, cioè del semplice depotenziamento dello Stato a vantaggio del mercato. Se in una prima fase si è presentato ancora in questo modo, ha presto assunto il carattere ordoliberista di un uso dello stato per la costruzione giuridica del mercato e la sua estensione all'insieme della società, cosicché tutta la vita sociale ricade sotto i meccanismi della concorrenza.

Non posso tracciare questo percorso storico in modo preciso, rinvio perciò all'ottimo lavoro di Dardot e Laval (2013). Questi studiosi pongono il momento genetico della parabola neoliberalista nel 1938, quando Walter Lippmann (l'avversario di John Dewey in America) organizza a Parigi un convegno per presentare il suo volume *La società giusta*. Tale parabola prosegue nel dopoguerra con la costituzione nel 1947 della "Società del Monte Pellegrino", il *think tank* dell'ideologia neoliberalista. Trascorsi i Trenta gloriosi, il neoliberalismo ha poi compiuto la sua marcia trionfale: nel 1973, dopo il golpe di Pinochet, i Chicago Boys vengono chiamati a implementare in Cile le politiche socioeconomiche neoliberaliste; negli anni Ottanta, i governi Thatcher e Reagan portano gradualmente all'egemonia del neoliberalismo nei Paesi anglosassoni; negli anni Novanta, con l'influenza esercitata dalla terza via di Blair sui Paesi continentali, si assiste alla resa delle socialdemocrazie europee al neoliberalismo; fino alla crisi del 2007/2008. Alcuni considerano tale crisi come la tomba del neoliberalismo. Personalmente sono però d'accordo con la diagnosi di David Harvey (2021). Secondo questo studioso, con quella crisi si è innescata una difficoltà di legittimazione del neoliberalismo, ma quest'ultimo ha saputo riorganizzarsi, stipulando nuove alleanze con le destre populiste (e neofasciste). Pertanto, si tratta di una vicenda che è ancora in corso di svolgimento.

L'affermazione di questa ideologia è stata preparata e accompagnata da una serie di altri sommovimenti ideologici. Fondamentale è stata la crisi del Marxismo, cioè della forma di pensiero che costituiva il naturale avversario del neoliberalismo. Questa crisi inizia alla fine degli anni Settanta ed è legata in primo luogo al passaggio all'economia post-fordista, che depotenziava (a partire dalla sua numerosità) il proletariato industriale. Una famosa intervista ad Althusser, uscita nel 1979 sul *Manifesto*, parla per la prima volta di crisi del Marxismo; negli stessi anni, Lucio Colletti (1974) ne mette in discussione i fondamenti; finché, nel 1983, Bedeschi pubblica il volume *La parabola del marxismo*. In Italia, in cui dichiara morto il Marxismo. Parallelamente a questo processo, a partire dal volume di Lyotard (1985), si verifica la nascita dell'ideologia postmoderna, l'ideologia della fine delle ideologie, che annuncia la fine delle Grandi Narrazioni della storia, come quella appunto del Marxismo (ma non solo) e quindi il sopravvenire di un'epoca ispirata a un mero pragmatismo di marca efficientistica. Il culmine si raggiunge con l'annuncio della "fine della storia" (Fukuyama, 1992). L'implosione dell'Unione

Sovietica porta a decretare che la democrazia liberale ha vinto su scala mondiale, e quindi è ormai senza avversari. Gli esiti sono stati in realtà diversi, ma prima di arrivare a questi diamo un cenno alla struttura dell'ideologia neoliberista.

Il suo postulato principale consiste nell'elevare la concorrenza a principio di tutta la vita sociale. Non solo l'ambito economico, ma l'intera società deve ricadere sotto il meccanismo del mercato. La condizione per l'efficienza dei sistemi sociali viene perciò individuata in una continua competizione tra i loro attori; in questo modo, la prestazione complessiva del sistema sarà massimizzata. Ciò ha un preciso corollario: ognuno deve diventare l'imprenditore di sé stesso, gestendo razionalmente il proprio capitale umano per ottimizzare le proprie prestazioni. Ma vi è un ulteriore corollario: il principio di autoresponsabilità. Ognuno raccoglie quello che merita. La responsabilità di ciò che si ottiene è solo di sé stessi, e quindi anche la colpa dei propri eventuali fallimenti.

Alcuni hanno visto in tutto questo un dispositivo governamentale, secondo l'ottica di Michel Foucault (2005). Personalmente preferisco una lettura gramsciana (Gramsci, 1975). Il neoliberismo ha cercato di operare una trasformazione su vasta scala del senso comune, cioè di portare a un nuovo modo di sentire e di pensare. Il programma della Thatcher non era soltanto quello di cambiare la forma economico-sociale, realizzando il primato del mercato; era anche quello di cambiare il modo di sentire e di pensare delle persone e ciò implica la formazione di un nuovo tipo umano. Pertanto, il nucleo del neoliberismo include un disegno pedagogico implicito, un progetto di pedagogia sociale. Occorre cambiare gli esseri umani per adeguarli alla nuova società e alla nuova fase di sviluppo.

Come dicevo, gli esiti effettivi sono stati un po' diversi da quelli annunciati. Si è verificato un grave inasprimento delle disuguaglianze socioeconomiche, che i lavori dell'economista Piketty (2014, 2017) hanno rilevato in modo preciso.

Si è innescata una deriva post-democratica, come l'ha denominata Colin Crouch (2003, 2020): lo svuotamento della democrazia; la sua riduzione a guscio formale; il predominio delle tecnocratie; la conseguente disaffezione dei cittadini dagli istituti democratici e dalla partecipazione alla vita politica.

È avvenuto un processo di atomizzazione sociale, uno sfaldamento del tessuto comunitario delle nostre società, la nascita di un individualismo egoistico, il dilagare dell'indifferenza alle sorti degli altri, l'indebolimento della solidarietà sociale (si vedano i lavori di Bauman, 2001, 2002, 2003).

Infine, si è registrato un mutamento della *Stimmung*, dell'atmosfera che caratterizza i nostri giorni. Gli psichiatri sociali Benasayag e Schmit (2007) l'hanno definito come l'avvento dell'"Epoca delle passioni tristi": il futuro non è più una promessa, è diventato una minaccia. Il futuro fa paura, provoca ansia, angosce. Il timore del fallimento è diventato una vera e propria patologia sociale.

La trasformazione neoliberista ha investito anche la scuola in almeno due direzioni: in primo luogo, il tentativo fare della scuola una palestra di competizione; in secondo luogo, la riduzione della scuola a una fabbrica di capitale umano.

Per quanto concerne il primo aspetto, il principio della concorrenza – in quanto deve innervare tutta la vita sociale – deve diventare anche il motore del lavoro scolastico.

Le scuole vengono concepite come aziende che competono tra loro in una sorta di mercato della formazione. Per risultare vincenti, esse devono promuovere la concorrenza tra i docenti per la conquista di incentivi e premialità, e devono organizzare la vita scolastica come una gara meritocratica tra gli studenti.

In questo modo, si sostiene, si formerà l'imprenditore di sé stesso, caratterizzato dallo spirito di iniziativa e dall'atteggiamento competitivo, e quindi la scuola diventerà una palestra per preparare i giovani alla lotta che li attende nella giungla sociale.

Passiamo alla riduzione della scuola a fabbrica di capitale umano. Per capitale umano s'intende lo stock di conoscenze e di competenze incorporate dall'individuo durante la formazione e utilizzabili nel processo di produzione.

Si sostiene che nell'epoca dell'economia globale fondata sulla conoscenza il capitale umano è diventato il primo fattore della produttività e della competitività dei sistemi socioeconomici. Pertanto, la funzione della scuola è quella di formare il capitale umano, in quanto necessario alla salute del sistema produttivo. In altre parole, il rapporto tra scuola e società viene letto alla luce di un'equazione funzionalista: il compito della scuola è quello di essere al servizio del sistema socioeconomico. Lo scopo è quello della formazione del produttore competente (e competitivo, ovviamente).

All'incirca, questo è l'immaginario sociale legato al modello della scuola neoliberista. Rammento per cenni le tappe che hanno portato all'affermazione di tale modello.

Si può indicare l'origine di questo percorso nel 1983, quando il presidente Reagan commissiona a un gruppo di esperti un rapporto sulla qualità dell'istruzione negli Stati Uniti. Questo rapporto esce col titolo *A Nation at risk* e pronuncia una diagnosi estremamente preoccupata sulla qualità dell'istruzione americana, raccomandando il ripristino di meccanismi selettivi e meritocratici per garantirne la ripresa. Questo rapporto provoca un certo dibattito anche in Europa e Norberto Bottani – un ricercatore dell'OCSE – nel 1986 dà alle stampe un libro famoso: *La ricreazione è finita*. In questo volume, Bottani dichiara che le politiche degli anni Sessanta–Settanta – intitolate al raggiungimento dell'uguaglianza delle opportunità formative – sono fallite e hanno finito per compromettere anche la qualità dell'istruzione. Occorre, perciò, una svolta che rimetta quest'ultima al centro delle preoccupazioni della politica scolastica.

Per la verità, Bottani non asserisce che la qualità dell'istruzione è incompatibile con l'uguaglianza, ma il titolo del volume lascia intendere che tutta la stagione del riformismo scolastico sia da archiviare. Da allora, tale stagione diventerà uno dei bersagli preferiti dei conservatori, secondo i quali la scuola avrebbe subito un degrado imputabile al sindacato, alla pedagogia progressista, a Don Milani, a Bruno Ciari, eccetera.

Anche in questo caso, alla metà anni Novanta si verifica uno slittamento verso la sponda neoliberista. Il *Rapporto Cresson* (per l'Ocse) lega la questione della qualità dell'istruzione all'avvento di una società della conoscenza, mentre il *Rapporto Delors* (per l'Unesco) cerca un compromesso tra la pedagogia neoliberista e quella progressista-socialdemocratica, ponendosi come l'analogo della terza via di Blair e Giddens (1999). Tali rapporti finiscono però per inclinare il piano nella direzione del neoliberismo, verso il quale da quel momento si tende a scivolare.

Per quanto riguarda il nostro Paese, i passaggi successivi vanno dalla cosiddetta riforma Moratti (in realtà una controriforma), a quella del ministro Gelmini (ancora una controriforma), fino alla "Buona scuola" di Renzi (anch'essa da vedere come un capitolo di questo percorso verso la scuola neoliberista).

Il modello neoliberista della scuola è però segnato da limiti e da contraddizioni che è bene evidenziare.

In primo luogo, la dottrina del capitale umano è unilaterale: illumina soltanto la formazione del produttore, tendendo a trascurare la formazione del cittadino e, quindi, il raggiungimento dell'autonomia intellettuale e della capacità di pensiero critico che lo contraddistinguono. L'attenzione va soltanto alle competenze spendibili nel processo produttivo. Certamente, queste ultime vengono presentate retoricamente come rilevanti anche per la dimensione della cittadinanza, lasciando intendere che la formazione del capitale umano assorbe in sé quella del cittadino (che invece è ben più ampia).

In secondo luogo, questa dottrina riduce l'individuo a mezzo, anziché considerarlo come fine. Un principio fondamentale della pedagogia, di matrice kantiana, è che lo scolaro va sempre considerato come un fine in sé, mai come un semplice mezzo. Invece, con la dottrina del capitale umano, lo sviluppo dell'individuo diventa un mezzo per promuovere la competitività e la produttività economica.

Infine, occorre esaminare la questione della competizione meritocratica. Si tratta di un punto che avrebbe bisogno di essere trattato in modo approfondito. Qui mi limiterò a osservare che si tratta di una "seduzione alcinesca". Questa espressione è di Benedetto Croce, che l'aveva utilizzata nella prefazione del 1917 a *Materialismo storico ed economia marxistica*. Come è noto, Alcina era una maga vecchia, brutta e sdentata, che da lontano appariva però in sembianze di leggiadra fanciulla. Lo stesso accade per il merito e la meritocrazia. Se si guarda la questione

da lontano, all'ingrosso, che ognuno debba avere quello che si merita appare un principio di senso comune. Se però si esamina analiticamente l'uso di questo principio nella formazione scolastica, ci si accorge che non è altro che una vecchia maga sdentata (cfr. Urbinati, 2013; Cingari 2020).

Quale dovrebbe essere concretamente il criterio per accertare il merito: la capacità? Proviamo a pensare a quale sia la fonte della capacità. Se tale fonte è sociale, cioè familiare, allora non c'è nessun merito nell'essere nato in una famiglia avvantaggiata sul piano sociale; si è trattato soltanto di fortuna. La fonte non è sociale, bensì genetica? La capacità è innata? Ammesso e non concesso, che merito ci sarebbe nell'essere stati fortunati nella lotteria genetica, nell'aver ricevuto buoni geni dai propri genitori?

Supponiamo invece che il criterio non sia la mera capacità, bensì la prestazione. Bene, ma in una gara la prestazione può permettere di valutare il merito soltanto se i concorrenti partono tutti dalla stessa linea. Se qualcuno parte avvantaggiato e altri svantaggiati, in qualsiasi sport si dice che la gara è truccata. Trascurando questa elementare verità, si vuole invece sostenere l'attendibilità di una gara scolastica che in realtà è truccata, perché non tiene conto delle disuguaglianze di partenza. Quindi, una gara configurata in questo modo porta necessariamente a ratificare le disuguaglianze sociali iniziali.

Non solo. Una competizione meritocratica come principio della vita scolastica rende quest'ultima quel contesto di "passioni tristi" annunciato da Benasayag e Schmit. La vita scolastica si cosparge di ansia, di timori.

E poi quale sarebbe lo scopo di questa meritocrazia? Giovanni Gentile, con la sua riforma del 1923, aveva le idee chiare sulla funzione della meritocrazia: coltivare la classe dirigente del Paese, cioè un'élite colta e illuminata, nel quadro della riproduzione della stratificazione sociale vigente. In quei tempi, per un Paese sostanzialmente agricolo, tendenzialmente statico dal punto di vista sociale, questo progetto – benché di tipo conservatore – poteva avere una sua logica. Ma oggi, nell'epoca dell'economia postindustriale, c'è bisogno piuttosto di un progresso intellettuale e morale di massa, per favorire lo sviluppo civile ed economico della società. Non abbiamo più bisogno semplicemente di un'élite colta e illuminata. Abbiamo bisogno di un popolo istruito e capace di pensare.

La stessa competizione tra i docenti appare altamente criticabile. Habermas, nel volume *La razionalità del capitalismo maturo* (1973), ha osservato che la fonte della motivazione è il senso e che il senso è una risorsa rara e difficilmente sostituibile. Allora, lo svuotamento di senso prodotto dalla scuola neoliberista, in cui l'insegnante diventa un mero commesso del capitale umano, difficilmente può essere surrogato da modesti incentivi economici. È soltanto dalla consapevolezza del senso del proprio lavoro, illuminato dallo spirito civico della Costituzione, che

l'insegnante può acquisire una vera e profonda motivazione per il proprio lavoro.

Inoltre, in un sistema scolastico come il nostro, caratterizzato da una lunga tradizione burocratica, l'ideologia della competizione si è risolta in una marcata crescita dei controlli burocratici. Controlli che fanno sentire l'insegnante sorvegliato e che sembrano mirare a intimidirlo, facendogli capire di essere sotto la lente dell'Istituzione. Si tratta di quel panottismo che, secondo Foucault (1976) sta alla radice delle forme del potere moderno. Tuttavia, è davvero efficace un insegnante reso timoroso da continui controlli?

Erikson (1963), uno dei più importanti psicoanalisti del XX secolo, ha pronunciato un verdetto lapidario: "Chi ha paura non può educare". La capacità educativa di un adulto si regge sul suo senso di integrità, sulla sua autosicurezza, che il giovane percepisce e che è una condizione di un rapporto di fiducia verso il docente. Insegnanti nevrotizzati dalla competizione e intimiditi dai continui controlli rischiano uno scadimento delle loro capacità educative. Quindi, in realtà, si tratta di misure burocratiche controproducenti.

Passiamo adesso al modello di una scuola della Costituzione, che ci fornisce un quadro profondamente diverso¹.

Innanzitutto, occorre esaminare come appare la scuola nella Costituzione, cioè negli articoli che ne definiscono la natura e il compito generale (a questo proposito, si vedano Calvano, 2019; Poggi, 2019). Citandoli in modo sommario: l'articolo 33 fonda la libertà di insegnamento; l'articolo 34 enuncia il diritto all'istruzione, da non intendersi come semplice diritto di accesso, bensì come diritto ad essere effettivamente istruiti, a conseguire quei traguardi di apprendimento che fanno la differenza per l'accesso ai diritti fondamentali del cittadino; il secondo comma dell'articolo 3 stabilisce che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che limitando la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione alla vita sociale e politica del Paese.

Già da questi articoli il compito generale che la scuola deve assolvere attraverso l'istruzione appare quello di promuovere il pieno sviluppo della persona, e

¹ Un'espressione come "Scuola della Costituzione" si presta a un uso generico e retorico, e quindi se ne dovrebbe analizzare con cura il significato. Tale analisi sarebbe però laboriosa, e chiamerebbe in causa anche profili di dottrina costituzionalista che eccedono le mie competenze. Pertanto, mi limiterò a una distinzione di comodo tra "scuola nella Costituzione" (riferita all'insieme di articoli della Costituzione che riguardano più o meno direttamente la scuola: oltre agli artt. 33 e 34, gli artt. 2, 3 secondo comma, 9), e "scuola della Costituzione", intesa come la scuola che nella sua azione formativa si ispira al complesso dei valori della Costituzione.

raggiungere il proprio pieno sviluppo umano viene configurato come un diritto di tutti e di ciascuno. Nella Costituzione la persona è il fine, non è un mezzo (come nelle dottrine del capitale umano). E proprio promuovendo il pieno sviluppo di tutti e di ciascuno la scuola favorisce anche un progresso intellettuale e morale di massa, che può sostenere la crescita civile ed economica del Paese (a questo proposito, si veda Sen, 2001).

Certamente, la scuola non può essere indifferente rispetto alla salute economica del Paese, ma vi deve contribuire secondo la propria logica intrinseca, non secondo una prospettiva che le è estranea come quella del capitale umano.

Questo nucleo di articoli, benché fondamentale, non esaurisce però il contributo della Costituzione a un'idea di scuola. Si può allargare il raggio dell'analisi, cercando di definire una scuola della Costituzione.

Per capire la questione, occorre mettere a fuoco il rapporto generale tra Costituzione e educazione. Questo rapporto è stato chiarito, in modo esemplare, nell'ottavo libro della *Politica* di Aristotele: "Bisogna che l'educazione si adatti a ciascuna Costituzione perché il costume proprio di ciascuna scuola è difendere la Costituzione stessa [...] ad esempio, il costume democratico la democrazia quello oligarchico l'oligarchia"².

Aristotele asserisce, cioè, che una Costituzione democratica esige un'educazione che formi i costumi democratici, perché solo così si creano le condizioni per difendere ed espandere la democrazia (tralascio di precisare che la democrazia di cui parlava lo Stagirita non è quella odierna).

Questo principio è stato ripreso nel Novecento da John Dewey in *Democrazia e educazione* del 1916, la sua opera pedagogica principale. Dewey asserisce che c'è un'implicazione reciproca tra democrazia ed educazione: l'educazione è necessaria per mantenere e sviluppare la democrazia; la democrazia è la sede necessaria per sviluppare un'educazione autentica, diretta allo sviluppo umano di ciascuno e di tutti. Questo sviluppo, infatti, può avvenire pienamente soltanto in una democrazia. I totalitarismi non promuovono realmente un tipo di educazione di questa natura e tendono piuttosto all'indottrinamento e alla manipolazione. Soltanto un Paese a Costituzione democratica mira a formare gli individui come cittadini democratici. L'aveva colto bene Don Milani che in *Lettera a una professoressa* asseriva che occorre educare i giovani a più alta ambizione che diventare medici o ingegneri: all'ambizione di diventare cittadini sovrani.

La Costituzione è la norma fondamentale del nostro ordinamento giuridico, ma è anche un progetto politico-sociale, un modello culturale (cfr. Bin, 2012;

² *Politica*, Libro VIII, 1, 1337a, pp. 14-18.

Pasquino, 2011). E questo progetto esprime un ideale, l'aspirazione a una certa forma di vita, a un certo modo di vivere insieme. Dewey aveva una concezione antiformalista della democrazia; nel 1888 in *Etica della democrazia* scriveva che la democrazia non è soltanto una forma di governo: prima di tutto è una forma di vita, è un modo di vivere insieme, un sentimento condiviso.

Come progetto ideale, la Costituzione affonda le proprie radici in un substrato di valori inerenti all'*humus* della società (Barbera, 2016, pp. 15–28; Grossi, 2004, pp. 88–90). Valori non imposti, ma che sono il frutto dell'esperienza storica della nostra comunità, di un apprendimento storico (una categoria messa a fuoco da Losurdo, 2016, p. 343, ma che trova le sue matrici nell'Educazione del genere umano di Lessing, del 1780). Le comunità umane apprendono dalla storia. Quindi i valori della Costituzione non sono arbitrari, sono il frutto della nostra esperienza, di conflitti, lacerazioni e ricomposizioni. E questi valori sono oggi incarnati (positivizzati) nei principi della Carta costituzionale.

Tali valori, nel loro insieme, formano un orizzonte culturale e assiologico capace di indicare un orientamento generale all'educazione dei giovani. Una scuola della Costituzione è quella che attua un'educazione coerente con i valori della Costituzione stessa. E per "coerenza" non si deve intendere soltanto la compatibilità con essa, cioè l'assenza di contraddizione. Tale coerenza va anche intesa in senso positivo e sostanziale³: nel senso di una forma di educazione che sia concretamente ispirata ai valori della Costituzione, e che ne promuova la comprensione e l'assimilazione da parte dei giovani. Da un punto di vista pedagogico, cioè, i valori della Costituzione dovrebbero diventare parte viva della personalità, degli abiti mentali dell'individuo. Così da farsi cultura condivisa e costume (come voleva Aristotele).

I valori della democrazia e del lavoro, della dignità della persona, della solidarietà, dello sviluppo umano di tutti, della laicità e della libertà religiosa, della cultura e della scienza, dell'asilo allo straniero, della pace, della libertà personale, della libertà di opinione e del diritto di manifestarla. Nel loro insieme rappresentano una tavola di valori capaci di orientare la formazione delle giovani generazioni e che la scuola dovrebbe assumere come principi regolativi della propria azione formativa⁴.

³ Per una interpretazione in senso positivo e sostanziale dei diritti affermati nella Costituzione, si veda FERRAJOLI (2016).

⁴ Ideali e valori non possono rappresentare direttamente obiettivi educativi come quelli connessi all'apprendimento delle discipline (matematica, storia ecc.). Per loro natura richiedono un'acquisizione in tempi estesi (cioè, un processo di deutero-apprendimento; cfr. Bateson, 1976). Perciò, la loro funzione pedagogica è analoga a quella delle idee regolative kantiane (KANT, 1987): indicano direzioni d'impegno educativo che devono informare costantemente la prassi scolastica (si vedano BANFI, 1961; BERTIN, 1975). Si pensi, per esempio, alla formazione dell'uomo democratico.

Educare e istruire nello spirito della Costituzione non significa però che essa debba diventare una materia o, meglio, non significa soltanto questo (ovviamente, almeno nella secondaria superiore, lo studio della Costituzione sarebbe auspicabile in tutti i tipi di scuola). In primo luogo, la Costituzione deve rappresentare un orizzonte di riferimento per la vita scolastica; cioè, i suoi valori devono pervadere l'intera esperienza della comunità scolastica, devono diventare un modo di stare insieme a scuola, devono innervare gli stessi modi di insegnare.

Bruno Ciari, nell'introduzione al suo volume *Le nuove tecniche didattiche* (1962), scriveva che i modi dell'insegnare non costituiscono mere tecnicità, bensì incarnano valori e sono i modi per realizzare tali valori. Il più bell'esempio ci è venuto forse da un maestro come Mario Lodi. Nel suo volume *C'è speranza se questo accade al Vho* (1963) si possono trovare numerose dimostrazioni pratiche di quello che sto dicendo. Ne cito soltanto due.

Il primo concerne il passaggio di Lodi dall'insegnamento basato sulla competizione a quello fondato sulla cooperazione.

All'inizio, giovane maestro sprovveduto, egli adotta una metodologia gesuitica: organizza il lavoro scolastico come una gara tra i suoi alunni. Gli alunni, sulla base delle loro prestazioni, ricevono punteggi. C'è una sorta di gioco dell'oca, di giro d'Italia: il segnalino di ogni alunno percorre tante caselle quanti punti ha conseguito. Fino a che, scrive Lodi, le lacrime disperate del bambino che era rimasto ultimo, staccato da tutti, lo misero in crisi e lo fecero riflettere se quella era la strada giusta. Da quella crisi Lodi riemerse assumendo la solidarietà e la cooperazione come l'orizzonte del modo di fare scuola.

Il secondo esempio riguarda in modo specifico la Carta costituzionale. Lodi era fortemente colpito dalla Costituzione e in particolare dall'articolo 21 sulla libertà di parola e la libertà di espressione. Ragionava in modo semplice: se c'è questo diritto, esso spetta anche i bambini. Pertanto, la scuola deve diventare un luogo di parola, di dialogo, di discussione, perché soltanto in questo modo potremo formare cittadini consapevoli del diritto di esprimere la propria opinione e capaci di prendere parte alla discussione democratica.

Andiamo verso le conclusioni. Una scuola della Costituzione ha nel suo orizzonte almeno due grandi finalità. La prima è quella dell'integrazione dell'individuo nella comunità democratica dei cittadini: a scuola si entra individui e si dovrebbe uscire cittadini democratici. La seconda, complementare con la precedente, è rappresentata dall'emancipazione individuale, dalla conquista dell'autonomia etica e intellettuale. Come Dewey (1940), penso che la prima forma di emancipazione sia l'emancipazione dell'intelligenza e come Kant (1997) ritengo che l'intelligenza debba essere accompagnata dal coraggio di pensare con la propria testa. Il cittadino, cioè, deve essere equipaggiato di spirito critico e di coraggio

etico–sociale, per poter partecipare pienamente alla vita democratica. Un'intelligenza intorpidita e un carattere vile o opportunista portano allo scadimento della vita sociale e politica.

Tutto questo significa che i valori della Costituzione vanno vissuti per essere apprezzati e fatti propri. Tuttavia, una scuola della Costituzione non può limitarsi a una mera conformazione ai suoi valori. Per restare fedele alla propria ispirazione democratica non può imporre un dato conformismo, lo può soltanto proporre (si veda il concetto di conformismo proposto da Gramsci, 1975), lasciando che i giovani possano esperire certi valori e confrontarsi con essi. A questo scopo, i valori – oltre a essere vissuti nella concreta vita scolastica – devono diventare anche oggetto di riflessione e di discussione, affinché non siano assimilati inconsapevolmente, ma siano compresi e quindi siano scelti liberamente (o, al limite, liberamente rifiutati). Un Paese democratico non ha timore di discutere sui propri fondamenti, questo è un timore che caratterizza i totalitarismi. Discutere sui valori fondamentali della convivenza civile è stata la lezione socratica, una lezione che Martha Nussbaum – nel volume *Coltivare l'umanità* (1999) – ha invitato a riprendere.

Oggi la scuola è di fronte a un bivio. Deve scegliere se abbandonarsi alla corrente imperante del capitale umano, o radicarsi saldamente nei valori della Costituzione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARISTOTELE (2005), *Politica*, Laterza, Roma–Bari.
 G. ARRIGHI (2014), *Il lungo XX secolo*, Il Saggiatore, Milano.
 A. BANFI (1961), *La problematicità dell'educazione e il pensiero pedagogico*, La Nuova Italia, Firenze (ed. or. 1924–53).
 Z. BAUMAN (2001), *Voglia di comunità*, Laterza, Roma–Bari.
 Z. BAUMAN (2002), *La società individualizzata*, Il Mulino, Bologna.
 Z. BAUMAN (2003), *Modernità liquida*, Laterza, Roma–Bari.
 A. BARBERA (2016), *La Costituzione della Repubblica italiana*, Giuffrè Editore, Milano.
 G. BATESON (1976), *Verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano.
 G. BEDESCHI (1983), *La parabola del marxismo in Italia*, Laterza, Roma–Bari.
 M. BESAYAG, G. SCHMIT (2007), *L'epoca delle passioni tristi*, Feltrinelli, Milano.
 G.M. BERTIN (1975), *Educazione alla ragione. Lezioni di pedagogia generale*, Armando, Roma.
 R. BIN (2012), *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma–Bari.
 N. BOTTANI (1986), *La ricreazione è finita. Dibattito sulla qualità dell'istruzione*, Il Mulino, Bologna.
 R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Ediesse, Roma.
 B. CIARI (1962), *Le nuove tecniche didattiche*, Editori Riuniti, Roma.
 S. CINGARI (2020), *La meritocrazia*, Ediesse Futura, Roma.
 L. COLLETTI (1974), *Marxismo e dialettica*, in Id., *Intervista politico–filosofica*, Laterza, Roma–Bari.

- É. CRESSON (1995), *Libro Bianco. Insegnare e apprendere: verso una società conoscitiva*, Commissione europea, Bruxelles.
- B. CROCE (1961), *Materialismo storico ed economia marxistica*, Laterza, Bari (1917).
- C. CROUCH (2003), *Postdemocrazia*, Laterza, Roma–Bari.
- C. CROUCH (2020), *Combattere la postdemocrazia*, Laterza, Roma–Bari.
- P. DARDOT, C. LAVAL (2013), *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma.
- J. DELORS (1997), *Nell'educazione un tesoro. Rapporto all'Unesco della commissione internazionale sull'educazione per il Ventunesimo Secolo*, Armando, Roma.
- J. DEWEY (2003), *Etica della democrazia*, in Id., *Scritti politici*, Donzelli, Bari (1888).
- J. DEWEY (2012), *Democrazia e educazione*, Sansoni, Firenze (1916).
- J. DEWEY (1940), *Democrazia e amministrazione scolastica*, in Id., *L'educazione di oggi*, La Nuova Italia, Firenze 1973.
- E. H. ERICKSON (1966), *Infanzia e società*, Armando, Roma.
- L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Laterza, Roma–Bari.
- M. FOUCAULT (1976), *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino.
- M. FOUCAULT (2005), *Nascita della biopolitica*. Corso al Collège de France (1978–1979), Feltrinelli, Milano.
- F. FUKUYAMA (1992), *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano.
- A. GIDDENS (1999), *La terza via*, Il Saggiatore, Milano.
- A. GRAMSCI (1975), *Quaderni del carcere*, Einaudi, Torino (st. 1929–1935).
- J. HABERMAS (1973), *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Roma–Bari.
- D. HARVEY (2021), *Cronache anticapitaliste*, Feltrinelli, Milano.
- I. KANT (1987), *Critica della ragion pura*, Laterza, Roma–Bari (1781).
- I. KANT (1997), *Che cos'è l'illuminismo*, Editori Riuniti, Roma (1784).
- G. E. LESSING (1974), *L'educazione del genere umano*, Marietti, Genova (1780).
- M. LODI (1963), *C'è speranza se questo accade al Vho*, Einaudi, Torino.
- D. LOSURDO (2016), *Un mondo senza guerre*, Carocci, Roma.
- J. F. LYOTARD (1985), *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano.
- M. C. NUSSBAUM (1999), *Coltivare l'umanità*, Carocci, Roma.
- V. ONIDA (2007), *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna.
- G. PASQUINO (2011), *La rivoluzione promessa. Lettura della Costituzione italiana*, Bruno Mondadori, Milano.
- T. PIKETTY (2014), *Il capitale del XXI secolo*, Bompiani, Milano.
- T. PIKETTY (2017), *Capitale e disuguaglianza*, Bompiani, Milano.
- A. M. POGGI (2019), *Per un "diverso" stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Il Mulino, Bologna.
- S. PRISCO, *Merito e Costituzione. In ricordo di Beniamino Caravita*, in *PasSaggi Costituzionali*, n. 2/2023, pp. 280 ss.
- SCUOLA DI BARBIANA (1967), *Lettera a una professoressa*, Editrice Libreria Fiorentina, Firenze.
- A. SEN (2001), *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano.
- N. URBINATI (2013), *La mutazione antiegalitaria*, Laterza, Roma–Bari.
- G. ZAGREBELSKY (2018), *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino.

Francesco Mario Pagano: prefigurazione e ideazione della Repubblica Napoletana del '99*

ALBERTO GRANESE

SOMMARIO: 1. Il rapporto conflittuale tra monarchia e repubblica – 2. Corruzione e decadenza delle società dispotiche – 3. Un'impresa comune per la libertà – 4. La catastrofe dei nemici della ragione e della giustizia – 5. Il tempo della prudenza e la rimozione della politica – 6. I diritti dell'uomo e la sovranità del cittadino – 7. Dal "presagio" rivoluzionario delle «teatrali contese» alla «nera procella» delle «azioni vere».

1. Fin dai primi anni Ottanta del secolo XVIII – e, dunque, almeno quindici anni prima della sua definitiva rottura con la monarchia borbonica – Francesco Mario Pagano aveva sostenuto con stringente rigore argomentativo che il teatro diventa vera e propria «scuola di un popolo» solo e soprattutto se questo «ha da governar se stesso», come avviene quando, «erudito e colto», «polito» e dotato dei necessari «lumi», vive «nelle repubbliche» e non «nelle monarchie», in cui, declassato a «volgo», può anche essere «ignorante e rozzo»¹. Pubblicando, inoltre, nello

* Il presente saggio è stato sottoposto a referaggio secondo le regole della Rivista.

¹ Queste idee generali sul teatro e in particolare sul primato della tragedia, genere poetico tipico delle società «colte e polite», luogo del «diligato», proprio dell'età della «ragione», in cui soprattutto «l'amore ha gran parte nelle azioni eroiche» (siamo dunque lontani dalla problematica vichiana di privilegiata attenzione alla poesia delle età «barbare»), sono il fulcro centrale del cap. XXII (*Della Tragedia*) del *Discorso sull'origine e natura della poesia*. In altri capitoli (XVII, XX) l'autore aveva tuttavia trattato le varie forme del teatro, dalla pantomimica alla commedia, al rapporto poesia–musica nel melodramma. Le preferenze di Pagano vanno all'«antica tragedia», secondo una posizione classicistica che si accentua nell'altro saggio, *Del gusto e delle belle arti*. Cfr. F. M. PAGANO, *De Saggi politici*, vol. I. *Del civile corso delle nazioni o sia de' principi, progressi e decadenza delle società*, Napoli, Gennaro Verriento, 1783 (il *Discorso* è «appendice» al primo saggio, con numerazione autonoma delle pagine 1–82); Id., *De' Saggi politici*, vol. II. *Del civile corso delle nazioni*, Napoli, Vincenzo Flauto, 1785 (il saggio *Del gusto* è il sesto, pp. 171–230). Vd. la ristampa anastatica di questa prima edizione, a cura di F. LOMONACO e con Presentazione di F. TESSITORE (Napoli, Fridericiana Editrice Universitaria, 2000). Nella seconda edizione, da lui direttamente curata, eliminò i due scritti estetici, pensando di pubblicarli in un volume a parte: F. M. PAGANO, *Saggi politici de' principii, progressi e decadenza delle società*, vol. I, edizione seconda, corretta ed accresciuta, Napoli, Filippo Raimondi, 1791; Id., *De' saggi politici*, voll. II e III, Napoli, Filippo Raimondi, 1792. Di questa seconda edizione (1791–1792) cfr. l'edizione critica, a cura di L. FIRPO e L. SALVETTI FIRPO (volume I delle «Opere complete di F. M. Pagano»), Napoli, Vivarium, 1993 (che si terrà presente in tutte le citazioni dalla seconda edizione dei *Saggi politici*); vd. anche Id., *Saggi politici. Luoghi e varianti della prima edizione (1783–1785) rispetto alla seconda (1791–1792) e altri scritti etico-politici*, a cura di L. SALVETTI FIRPO, Napoli, Vivarium, 2004. I due scritti estetici, tenuti fuori da questa seconda edizione, non furono ripubblicati, ma, per la prima volta ristampati a Milano: nel 1801 il *Discorso* e nel 1802 il saggio *Del gusto* (nella Tipografia Tosi e Nobile). Le citazioni nel testo sono tratte dal *Discorso* (prima

stesso periodo, la sua prima opera teatrale, la tragedia, *Gli esuli tebani*, e dedicandola a Gaetano Filangieri, decise di allegarvi l'*Oratio* al conte Orlov sull'indipendenza della Grecia, quasi a stabilire un ideale rapporto di continuità tra due opere che, se pure di genere letterario differente e composte in momenti diversi, proprio nell'idea di libertà, ottenuta o conquistata da un popolo, avrebbero dovuto trovare il loro punto di incontro². Pagano premise, infatti, all'edizione a stampa della tragedia un'epistola in latino, *Al conte Antonio Gicca, albanese nobilissimo, centurione nell'esercito russo*, come dedicatoria dell'*Oratio ad comitem Alexium Orlov*, pubblicata a Napoli nel 1771. Aleksej Grigor'evič Orlov, plenipotenziario della zarina Caterina II, era l'ammiraglio della flotta russa che aveva inflitto una sconfitta decisiva alla Turchia nel 1770 a Cesmè, vicino Chios, nel mare Egeo, dando la speranza di conquistare l'indipendenza perduta da secoli ai Greci, che subito si sollevarono nel Peloponneso. Fu allora, l'anno dopo, pubblicato un appello, *Voti dei Greci all'Europa cristiana*, il cui autore era proprio Antonio Gicca, amico di Pagano e incaricato di consegnare l'*Oratio* per Orlov a Sergej Domašnev, direttore dell'Accademia delle scienze di Pietroburgo, la cui lettera di ringraziamento del 15/26 maggio 1777 fu stampata in appendice alla tragedia in una sola pagina non numerata. La stampa della tragedia è priva di luogo, tipografo o editore, data, ma, come si desume dalla dedica al Filangieri, pubblicata nel 1782 e numerata in sessantatré pagine, mentre il testo dell'epistola a Gicca e l'Orazione a Orlov hanno trentanove pagine in numerazione romana.

Nel periodo della guerra contro la Turchia e in sostegno dell'indipendenza greca, si mobilitarono molti intellettuali napoletani con i *Componimenti poetici di vari autori in lode di Caterina II, imperatrice di tutte le Russie*: si trattava di un

edizione, I, 1783, p. 80); nel cap. XVI (*Dell'epoche progressive de' varj rami delle belle arti*) del saggio VI, *Del gusto* (prima edizione, II, 1785, p. 223), Pagano sottolinea l'importanza della vicenda scenica, che con la sua «drammatica» apparenza sostituisce le «azioni vere»: in tal modo, gli uomini possono prendere nelle «teatrali contese» quella parte che, in altri momenti della loro storia, «ne' reali partiti avrebbero preso», occupando l'anima con qualcosa di grande, straordinario e «sublime».

² La profonda ammirazione di Pagano per la civiltà greca era precocemente iniziata alla scuola di grecisti insigni, come Giovanni Spena e Giuseppe Glinni, di studiosi del mondo antico, come Alessio Pelliccia, maestri elogiati e amati: a Glinni indirizzò la lettera dedicatoria del suo *Politicum universae Romanorum nomothesia examen* (Napoli, 1768), in cui è una critica serrata delle ingiustizie del diritto romano, soprattutto di età imperiale, e un'entusiastica esaltazione di legislatori illuminati, quali Licurgo e Solone, oltre che della filosofia e della musica del popolo greco (in linea anche con le teorie dell'amico Francescantonio Grimaldi, che nella *Lettera sopra la musica* del 1766 aveva rivalutato la musica «filosofica» dei Greci per il suo altissimo valore etico e civile). Si vedano pertanto la lettera a Glinni e il cap. XI (parte seconda) del *Politicum* in *La letteratura italiana. Storia e testi*, vol. 46, *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, a cura di F. VENTURI, Milano-Napoli, Ricciardi, 1962, pp. 920-923 e 834-841 (testo latino e traduzione italiana a fronte). L'interesse filologico-erudito e la buona conoscenza delle lingue classiche permisero a Pagano di tradurre personalmente testi latini e greci, anche in versi, compresi quelli citati nelle sue opere, come documenta Luigi Firpo nell'edizione critica dei *Saggi politici* da lui curata (op. cit., p. 26, nota 27).

importante documento del nascente filo–ellenismo e dell'entusiasmo suscitato in Italia dalla politica russa, al centro degli interessi di Pagano, nella cui visione rimaneva sempre una Grecia finalmente libera. Siamo, quindi, alle origini del filellenismo, delle aspirazioni alla libertà dei greci, che, prima di concludersi con la pace di Adrianopoli del 1829, troverà punte salienti nel Foscolo di *On Parga*, nei canti greci, dal Fauriel al Tommaseo, dalle scelte di Santorre di Santarosa e di Byron di combattere e morire, a Sfacteria e a Missolungi, per la causa Greca, dal Nievo delle *Confessioni di un Italiano* che troverà nel conte di Capodistria, personaggio reale del romanzo, in contatto con Foscolo, il continuatore di quella politica russa in favore della libertà greca.

Questa scelta non può essere trascurata o sottovalutata per interpretare *Gli esuli tebani*, non solo rilevandone il “primato politico” dell'organizzazione strutturale e lo stretto “rapporto” con l'impostazione teorica dei *Saggi politici*, ma anche privilegiandone i momenti di più alta tensione democratica e valorizzandone le esigenze più sentite di eguaglianza civile, che collocano la tragedia – soprattutto nei confronti dell'arretramento “tattico” delle opere teatrali successive – sul piano inclinato del lento, ma progressivo distaccarsi degli intellettuali napoletani dall'area ancora tranquilla del dispotismo illuminato³. Senza l'intenzione programmatica di voler gettare discredito sull'attendibilità della monarchia borbonica, non considerata ancora come oppressiva e tirannica, iniziano tuttavia alcuni segnali premonitori e precorritori, che, a guisa di intermittenti e sotterranee scosse, rivelano inquietanti incrinature tra le fiduciose speranze finora riposte nell'assolutismo riformatore, non solo in questa prima opera drammatica di Pagano, ma anche nella prima edizione della sua opera politica, l'una e l'altra elaborate nello stesso periodo di tempo, intorno agli anni 1782–1783.

³ Il “primato politico” di questa prima tragedia viene particolarmente sottolineato da Amedeo Quondam soprattutto rispetto alle altre opere teatrali: cfr. A. QUONDAM, *Il teatro senza rivoluzione: politica e sentimento nelle opere drammatiche di Francesco Mario Pagano*, in «Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche. Società nazionale di scienze lettere e arti in Napoli», LXXXVI, 1975, Napoli, Giannini, 1976, pp. 347–371; ID., *Dal «piacevole» all'«ordine»: sensismo e classicismo negli scritti estetici di Mario Pagano*, in *Nuove idee e nuova arte nel '700 italiano*, Atti del Convegno internazionale, Roma, 19–23 maggio 1975, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977, pp. 313–336. Sullo stretto “rapporto” con i *Saggi politici*, fondamentale per intendere e apprezzare la tragedia, pone l'accento Gioele Solari (cfr. G. SOLARI, *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di L. FIRPO, Torino, Giappichelli, 1963, p. 81), mentre per l'area del dispotismo illuminato, in cui rientrano le prove drammatiche di Pagano, cfr. l'Introduzione di F. VENTURI alla scelta antologica da lui curata nel vol. *Riformatori napoletani*, cit., p. 815 («il teatro di Pagano [...] è il teatro del dispotismo illuminato, delle sue speranze e debolezze, della sua esaltazione e delle sue impotenze»). Per il ruolo svolto da Pagano («certo fra i più tempestivi degli illuministi napoletani») tra gli intellettuali della generazione genovesiana e filangieriana e quella di Cirillo, Salfi, ecc., cfr. anche il capitolo sui giacobini meridionali in G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, Napoli, Guida, 1989, pp. 509–548.

Se la tragedia, *Gli esuli tebani*, si intende quale l'autore la presenta nella dedica a Filangieri («una pruova [...] come per saggio»), allora, punto di riferimento, per comprendere le componenti essenziali della sua visione politica, nettamente ispirata a un ideale storico di democrazia (e, dunque, non più propositiva per una soluzione monarchico-riformatrice, ma repubblicana e rivoluzionaria), diventa proprio il confronto serrato e il continuo dialogo con quella parte dei *Saggi politici*, in cui la concezione in ultima istanza democratica di Pagano tocca le punte più alte di elaborazione teorica e di convinta adesione ideologica. Avendo fissato l'ideale di Atene, il governo democratico è per Pagano la forma più perfetta di governo che, nello stesso tempo, indica l'alto grado di indipendenza e di maturità raggiunte da un popolo. Un governo monarchico, per quanto illuminato dal saggio consiglio di filosofi e intellettuali, non può stargli alla pari; tra governo popolare e governo monarchico passa la stessa differenza che tra anima e corpo e, come – platonicamente – la prima è superiore al secondo, così pure, tra i due tipi di governo, la forma politicamente migliore è quella del governo democratico:

L'amore de' più interni piaceri dello spirito, cioè delle cognizioni, della virtù, della libertà, del potere, forma il costume e carattere, che fa nascere per lo più le popolari repubbliche. L'amore de' piaceri del corpo, amore che porta seco quello dell'opulenza e della pace, dà vita e moto alle monarchie⁴.

I termini oppositivi, a cui si possono naturalmente collegare le polarità di libertà *vs* schiavitù, educazione *vs* ignoranza, diritto *vs* forza, ragione *vs* istinto, spirito *vs* corpo, sono tra loro inconciliabili, non sembra esserci integrazione o compromesso o eventuale rapporto dialettico, perché l'uno esclude l'altro, con una netta preminenza del primo termine di ogni coppia antitetica sul secondo. Questa dicotomia profonda, con tutte le sue interne corrispondenze e implicazioni, mostra quanto sia chiara la scelta di campo da parte di Pagano e teoricamente motivata la sua adesione ideologica alla repubblica e alla democrazia. Riferiva, dunque, una posizione vera Flaminio Massa, amico, allievo e tra i primi biografi di Pagano, quando nell'*Elogio storico*, che inserì nella ristampa dei *Saggi politici* nel 1801 a Milano, scriveva:

⁴ F. M. PAGANO, *Saggi politici*, edizione critica, a cura di L. FIRPO e L. SALVETTI FIRPO, cit., p. 309. La citazione è tratta da un punto cruciale dei *Saggi politici*, il fondamentale capitolo, *Della educazione*, quinto del saggio V (*Delle società colte e polite*), uno dei momenti più intensi della passione politica e dell'elaborazione teorica di Pagano. Tale passo si trova, con qualche variazione, già nella prima edizione del secondo volume (1785), sempre nel quinto capitolo sull'educazione del saggio V (*De' principj e progressi delle società colte e polite*), e corrisponde alle p. 101. Il confronto rivela ancor meglio che Pagano era convinto della superiorità dei governi repubblicani e democratici fin dai primi anni Ottanta, all'epoca della composizione della sua prima tragedia, e che non fece sua questa convinzione solo in tempi successivi, nei primi anni Novanta, quando decise di stampare la seconda edizione dei *Saggi politici*.

Or può ben dirsi senza timor di nuocergli. La Tirannia già disbramatasi nel suo sangue non può più incrudelire contro di lui, se pur non voglia schiuder la tomba ed insultare le ceneri. Egli aveva sempre amato la democrazia, sino quando era ricolmo d'onori e d'autorità⁵.

2. L'asse ideologico degli *Esuli tebani* è quindi da collegare in maniera diretta e speculare all'elaborazione teorica dei *Saggi*, proprio intorno a questo principio di fondo: la superiorità della legge sull'individuo, dell'eticità e razionalità del diritto sulla forza. L'assenza di un potere assoluto e monocratico sono i requisiti essenziali della libertà e dell'indipendenza di un popolo: Carone e Fillia, i due saggi cittadini della drammatica vicenda, preparano la congiura, contando sulla sollevazione popolare, e aprono le porte della città all'eroico Pelopida non certo per collocarlo, in quanto possibile re "buono" o probabile despota "illuminato", al posto del tirannico Leontida, ma perché garantisca con l'apporto collettivo e risolutivo degli esuli e dei loro compagni («della Repubblica il partito», III, ix, 284) la fondazione di una Tebe nuova, ordinata e pacifica, ma soprattutto libera e democratica.

In libera città solo la legge
Sovrana impera e tutti son soggetti,
Né quivi serve, né comanda alcuno.
(IV, iii, 102–104)

Diametralmente opposta a questa concezione (di evidente ispirazione filangieriana) – sulla sovranità impersonale e sovraindividuale della legge, esposta

⁵ F. MASSA, *Elogio storico di Francesco Mario Pagano*, in F.M. PAGANO, *Saggi politici*, vol. III, Milano, IX repub. (1801), p. XVIII. È l'importante edizione milanese in tre volumi (1800–1801), stampata presso Cesare Dones e fedelmente condotta su quella raimondina di Napoli, curata dall'Autore, nel 1791–92. L'edizione Dones fu curata, insieme con Vincenzo Cuoco, dal "cittadino" Massa, che, dopo il VI saggio, collocò questo suo elogio di Pagano (pp. III–XXXVI), poco attendibile soprattutto nella parte finale (non poté infatti personalmente seguire alcune vicende napoletane, soprattutto dopo il 1794, essendosi rifugiato a Milano durante gli anni della Cisalpina), ma abbastanza preciso in tutta la prima, relativa agli anni napoletani (almeno fino al 1794), durante i quali aveva frequentato il suo maestro Pagano. Massa non interviene con un suo commento dei *Saggi*, ma – in linea con quel che aveva scritto nell'*Elogio* – quando Pagano, nell'Introduzione, paragona il regno di Ferdinando IV di Borbone a quello dell'illuminato e clemente imperatore Tito, non può fare a meno di scrivere questa sua unica annotazione: «Che dirà il lettore in veder applicato il nome di Tito ad un Re tanto crudele? ed applicato da quello stesso che fu poi la vittima della di lui crudeltà? [...] Dirà che un'utile prudenza è l'asilo del libero pensatore; che bisogna talvolta illuder l'oppressore per giovare all'oppresso; che conviene chiamar Tito un Claudio, col soporifero delle lodi addormentar la Tirannia, per levar alto la voce a scuotere il Popolo dal suo letargo» (edizione Dones, vol. I, 1800, p. 8). Per un profilo aggiornato, vd. D. IPPOLITO, *Francesco Mario Pagano*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 80, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2014.

dall'umile e popolano Telefo, domestico di Fillia, all'arrogante capitano della guardia dei tiranni, Polifonte – è l'altra, espressa a Carone da Leontida, secondo cui il monarca assoluto non può essere soggetto a ciò che è diretta emanazione del suo illimitato potere. I costumi e i caratteri della Tebe rappresentata nella tragedia sono simili a quelli che nei *Saggi politici* Pagano attribuisce alle società corrotte, sia nella seconda edizione del 1791–92 (soprattutto nel sesto saggio, dedicato alla «decadenza delle nazioni»), sia soprattutto nella prima edizione del 1785 (nel settimo ed ultimo saggio), a conferma di come questo nucleo fondamentale del suo pensiero politico intorno alle degenerazioni dei governi dispotici fosse già formato fin dai tempi della composizione degli *Esuli tebani*.

Pagano si muove in questa desolante rappresentazione degli squallidi effetti del dispotismo lungo le coordinate già tracciate da Tacito nei suoi capolavori (soprattutto *Annales* e *Historiae*) e, quindi, sembra ripercorrere i moduli e i *topoi* di una consolidata tradizione storiografica e letteraria. E, tuttavia – non è da escluderlo egli teneva anche presente il triste quadro della Napoli borbonica che, al di là delle abituali e formali lodi alla politica riformatrice di Ferdinando IV, aveva disegnato nel *Generale prospetto della storia del regno*, con cui aveva amaramente concluso i *Saggi politici* della prima edizione, ma che, prudentemente, aveva escluso dalla seconda. Questo ritratto, così «doloroso» che quasi gli impediva di scrivere, non è certamente la descrizione di un regime tirannico, ma mette crudamente a nudo la mancanza di un'autentica società civile meridionale e riesce a esprimere la lucida convinzione di vivere e operare in un momento storico di profonda decadenza⁶.

⁶ Il *Generale prospetto della storia del regno* con la successiva *Continuazione e conchiusione dell'opera* sono gli ultimi due capitoli della prima edizione dei *Saggi politici* (vol. II, 1785, pp. 249–259 e 260–263), esclusi dall'autore dalla seconda edizione del 1791–1792. Ha colto l'importanza di questo «prospetto», nel capitolo dedicato a Pagano (giustamente avvertendo: «L'inno di speranza che da quelle pagine si levava verso Ferdinando IV e la sua politica di riforme non deve trarre in inganno, se solo si ponga mente al desolante quadro tracciato poche righe innanzi»), V. FERRONE, *I profeti dell'Illuminismo. Le metamorfosi della ragione nel tardo Settecento italiano*, Bari, Laterza, 1989, p. 298 (e cfr. anche, ivi, pp. 299–300). Non va, quindi, posto tanto l'accento sull'assenza nell'edizione 1791–92 della Prefazione con i riferimenti al catastrofico terremoto calabro-messinese (che apriva il primo volume della prima edizione del 1783), ma dovrebbe invece far riflettere la mancanza di questa conclusione, che, a nostro parere, è dovuta alle preoccupazioni di Pagano e, quindi, a una sua decisione «prudente» in un periodo in cui l'avvicinamento della monarchia borbonica alla Santa Sede, i sospetti sempre più assidui della Corte verso gli intellettuali, la persecuzione non mai sopita dei cattolici ortodossi verso la sua opera cominciavano a porre le premesse che avrebbero portato al decreto del 26 gennaio 1795 con il quale venivano posti all'Indice i *Saggi politici*. Molto opportunamente l'antologia delle opere di Pagano, curata da Franco Venturi, nel vol. dei *Riformatori napoletani*, cit., riporta, insieme con molti passi della seconda edizione dei *Saggi politici*, sia la Prefazione alla prima edizione («A coloro che leggeranno», pp. 854–862), sia la sua «conchiusione» con il «prospetto» della storia del regno (pp. 894–900). Per quanto concerne, infine, la convinzione di vivere in un periodo di decadenza, espressa da Pagano nei *Saggi*, ma propria di altri intellettuali e artisti europei

Leontida, il tiranno di Tebe nella tragedia, manifesta una concezione assoluta del potere, a cui sono subordinate non solo la ragione e la giustizia, ma la stessa religione, intesa come *instrumentum regni*, diabolica invenzione umana per sottomettere astutamente il popolo ignorante e superstizioso alla sfrenata volontà dispotica. Viene, dunque, rappresentato secondo l'archetipo tacitiano del tiranno crudele, lascivo e sanguinario, con cui non è possibile nessuna intesa, nessun dialogo. Pagano spinge il personaggio "negativo" della tragedia verso le forme più basse e degradate (che toccano il fondo nella figura di Polifonte, il «satellite» cinico e opportunista), in cui l'elemento corporeo ha netta prevalenza: dal sordido egoismo all'irrisione blasfema, dalla concupiscenza dei sensi all'inclinazione per la crapula.

3. Nell'organizzazione strutturale della vicenda drammatica il banchetto, con lo smodato consumo di cibo e di sesso da parte dei padroni della città, ne rappresenta l'acme, il momento in cui scatta inesorabile e spietata l'azione decisiva della congiura, che segna l'inizio della fine per Leontida: all'orgia violenta in casa Fillia risponderà con pari violenza la carneficina dei convitati, gli usurpatori della libertà di Tebe, per mano dei congiurati travestiti da cacciatori e guidati dal fiero Pelopida. La strage dei tiranni, non rappresentata direttamente nella scena e narrata dal giovane Polinice, è modellata in stile epico-narrativo sul finale dell'*Odissea*: Pelopida e gli esuli, che uccidono a tradimento durante il convito gli insidiatori delle libere istituzioni e delle oneste donne tebane, ricordano Ulisse e i suoi fidi, che compiono l'eccidio dei proci, assidui pretendenti della virtuosa Penelope e del regio potere.

Pelopida nell'architettura della vicenda drammatica agisce come l'alter-ego, il complemento speculare di Carone: «Metà dell'alma mia!» (I, II, 89) – lo chiama non a caso quest'ultimo, appena si rivedono al rientro dall'esilio dell'eroe tebano. Il suo ritorno in patria, alle sacre, amate mura della terra nativa, in cui ritrova i domestici lari e le antiche tombe dei padri (I, II, 70–78), è come – nelle *Coeefore* di Eschilo – il ritorno di Oreste, che invoca, per compiere la propria vendetta, il regno e la potenza dei morti; come Oreste, egli è coraggioso e impaziente, agitato da un continuo e furente desiderio di vendicare con il tirannicidio le anime illustri dei suoi concittadini, trucidati dalla violenza dispotica di Leontida.

del tardo Settecento, cfr.: J. STAROBINSKY, 1789. *I sogni e gli incubi della ragione*, Milano, Garzanti, 1981 (saggio illuminante soprattutto per l'individuazione delle radici storiche della produzione di miti e della creatività simbolica, che sono, a loro volta esse stesse, alla base degli eventi storici).

Se il «feroce aspetto», che lo rende simile a Marte (I, v, 22–26), distingue Pelopida da Carone, essi hanno però lo stesso devoto culto dell'amicizia, lo stesso amore per la patria, basati sui più sacri principi e i più profondi sentimenti umani – «i rari sensi / Dell'amistà più fida e della patria / L'acceso amor» (I, i, 11–13) – e sono uniti dalla stessa passione politica, che li porta a cospirare insieme contro i signori di Tebe, servendosi prudentemente di un'azione segreta e silenziosa come la congiura, che richiede «maniere accorte» (II, i, 28) per non destare i sospetti dei tiranni e per poter meglio raggiungere lo stesso scopo: la libertà e la democrazia, conquistate con le armi in pugno («Ché, quando è generoso e retto il fine / Il fin-ger è lodato», I, ii, 123–124).

Se, dunque, l'uno e l'altro sono le espressioni più autentiche delle idealità di Pagano, Carone si distingue da Pelopida, oltre che per una maggiore saggezza e prudenza, anche per l'animo più «diligato», che ne fa il vero cittadino di una società «colta e polita». Mentre l'esule è più deciso nell'azione e non sembra avere alcun vincolo familiare, Carone è, nello stesso tempo, marito, padre e fratello, oltre che sincero amico e appassionato amante della libertà della patria. Anche se, alla fine, sarà proprio quest'ultimo sentimento a prevalere, il suo animo è più volte scosso da terribili momenti di dubbio e di incertezza, che segnano alcuni tra i punti più significativi della tragedia, in cui l'autore meglio manifesta le proprie apprensioni e perplessità con intensa ricchezza di sfumature psicologiche e delicata sensibilità per gli intimi chiaroscuri. Il monologo di Carone esprime il terrore delle torture fisiche che dovrà subire, il raccapriccio di procurare egli stesso la morte al figlio, il tormento per la sorte della moglie e della sorella, ma soprattutto la volontà di rispettare i sacri vincoli dell'amicizia e della patria, per cui è disposto ad accettare qualsiasi sacrificio, nella speranza – è questo un motivo molto caro a Pagano, ripreso nell'epicedio in morte di Filangieri e di grande suggestione prefoscoliana – che egli possa continuare a vivere, anche dopo la morte, nella memoria e nel ricordo dei suoi amici (III, v, 141–173).

Nell'impianto letterario della tragedia, la buona conoscenza dei classici greci e latini, la lezione di Voltaire e, specie nella versificazione, di Metastasio hanno in Pagano indubbiamente il loro peso; ma nella costruzione del personaggio di Carone, a lui il più vicino per sensibilità e pensiero, si risentono chiaramente gli inevitabili riflessi teorici della concezione ormai elaborata nei *Saggi politici* sulle orme di Vico, di Filangieri e degli illuministi francesi. Nella stessa tradizione teatrale napoletana della prima metà del Settecento, che faceva capo a Gianvincenzo Gravina e a Saverio Pansuti, poteva trovare rappresentato il contrasto tra l'eroe della libertà e il tiranno. Nell'opera drammatica graviniana, di più chiara ispirazione “democratica” e anticurialista, proprio alla tragedia veniva riconosciuta un'insostituibile funzione etica e civile con l'opporre sulla scena alla violenza

contro natura del potere dispotico la razionalità del diritto e le ineliminabili esigenze di libertà. Di natura diversa, invece, la moglie di Carone, Aspasia, la figura più squisitamente femminile della tragedia con le sue apprensioni, i suoi turbamenti e deliri, amorevolmente dedita al consorte, ma soprattutto visceralmente legata al figlio Polinice che, a sua volta, aspira a cimentare nella prova delle armi la rigogliosa e intrepida giovinezza.

4. Lo sfondo corale è rappresentato dagli «esuli», dai congiurati, che, promettendosi reciprocamente «morte o libertà», prendono parte, insieme con Pelopida e Carone, al sacro giuramento, in apertura dell'atto terzo, momento idealmente e strutturalmente centrale della vicenda tragica. I congiurati invocano le divinità celesti e infernali, olimpiche e ctonie, perché presiedano all'atto sacrificale, come prefigurazione allegorica di ciò che dovrà accadere. Alle parole rituali, pronunziate da Pelopida, come un sacerdote che recita una formula magica, rispondono augurali bagliori dal cielo, mentre ognuno beve il sangue della vittima e giura. È il secondo momento del rito arcaico-sacrificale, il più impegnativo, inquietante e pericoloso, al quale presiedono direttamente gli dei inferi e le Erinni («della notte orrende figlie»), che dovranno punire gli spergiuri: il «sacro, orrendo patto» lo definirà Carone, quando, temendo che i tiranni lo possano indurre con la tortura a rivelare i nomi dei propri compagni, offre in pegno ai congiurati, al momento di allontanarsi, il figlio Polinice, ricordando al generoso Pelopida il significato profondo del loro giuramento, attraverso il quale hanno definitivamente rinunciato a potere decidere della propria vita, ormai consacrata per sempre al bene comune della patria (III, VII, 213–216).

Anche nel giuramento, infatti, la formula rituale si basa sulla perfetta simmetria dell'azione che si sta svolgendo e di quella che dovrà accadere, se la promessa verrà tradita. A questo sacro patto di sangue, che si stabilisce tra uomini votati a una causa comune, sono chiamati come testimoni gli dèi e la stessa Patria divinizzata, proprio perché la dimensione trascendente deve, come superiore razionalità regolatrice di tutte le cose, contrastare le forze irrazionali del caso, le quali possono far prevalere la violenza sul diritto e impedire l'azione eroica, fine ultimo in cui si dovrà realizzare l'essenza stessa dell'uomo, la libertà. Il sangue stesso, che nella tragedia ha un alto indice di frequenze, diventa simbolicamente elemento catartico di punizione (dei tiranni) e di liberazione (della patria), in suggestiva e armonica antitesi dialettica con il bianco candore della neve, che avvolge e nasconde nel suo denso spessore coloro i quali dovranno attuare con un'azione esemplare (una «giusta impresa») questa catarsi: gli «esuli» tebani, gli eroi della rivoluzione e della libertà (I, II, 79–86).

La catastrofe, immaginata dall'autore a conclusione della tragedia, si svolge in due tempi: prima, il racconto dell'eccidio dei tiranni, che avviene fuori scena, con la descrizione della morte violenta di alcuni di essi; subito dopo, la rappresentazione in scena della fine del signore di Tebe, Leontida, sfuggito all'agguato e ucciso, sotto gli occhi degli spettatori, dall'intrepido Carone, dopo un avvincente duello, in cui viene alfieramente emblemizzata l'idea centrale dello scontro armato, come unica soluzione possibile dello scontro politico tra libertà e tirannide. In tal modo, le due convenzioni teatrali della morte del tiranno (o dell'eroe) direttamente in scena e fuori scena vengono fuse attraverso l'abile espediente della fuga di Leontida, che dà la possibilità all'autore di aggiungere un ulteriore elemento di tensione drammatica.

La minaccia di Polifonte, infatti, pronto a uccidere dinanzi ai genitori il giovane Polinice, pone ancora una volta alla coscienza di Carone il dilemma della scelta tra la libertà della patria e la difesa della sua famiglia, nel momento in cui si rende conto che può salvare la vita al figlio solo risparmiandola al tiranno. L'eroe, secondo una consolidata tradizione repubblicana di padri che hanno sacrificato l'amore per i propri figli a quello per la patria, quindi come Giunio Bruto e Manlio Torquato, dopo un attimo di esitazione, sceglie la libertà di Tebe, ma l'ultimo colpo di scena, l'improvvisa irruzione di Pelopida, scioglie in senso positivo l'azione. Questo inatteso intervento, non solo funziona a livello di *topos* scenico come un inevitabile *deus ex machina*, che libera gli spettatori dalle forti emozioni accumulate durante lo svolgimento della movimentata catastrofe, ma su di un piano più profondo e significativo rappresenta anche il messaggio stesso dell'autore, per il quale l'azione rivoluzionaria finalizzata all'indipendenza della patria, oltre a essere eticamente e razionalmente giusta, giustificata dalle leggi naturali e umane, si avvale anche della volontà e della protezione delle leggi divine. L'atto quinto, infatti, si apre con la preghiera agli dei di Carone che, prostrato solo dinanzi all'altare, poco prima dell'attacco decisivo, prega le divinità supreme della razionalità e della giustizia, Pallade e Apollo, di proteggere gli eroi della libertà contro i tiranni della patria, e si chiude con la sua felice constatazione che la «celeste mano» («più vicina, allorché men si vede») ha guidato favorevolmente lo svolgersi degli eventi, con una chiara allusione proprio all'imprevedibile e «miracolosa» salvezza avvenuta per mano di Pelopida: attraverso il gesto vindice e vittorioso dell'eroe tebano si attua e si compie la nemesi divina sugli usurpatori delle libertà civili e politiche, nemici della ragione e della giustizia.

5. Solo alcuni anni dopo Pagano si rese conto che vicende e personaggi, come quelli degli *Esuli tebani*, non potevano essere più proponibili. I re buoni e

generosi, come Osmida, sultano di Granada, e lo sventurato Corradino di Svevia sarebbero stati molto più graditi alla monarchia borbonica e forse più istruttivi per gli stessi sovrani. Da questo punto di vista poteva ben invocare per la tragedia, nella dedica del *Gerbino* a Maria Carolina, regina di Napoli, il «dritto alla protezione» regale, essendo essa «un'offerta non indegna di porsi al piè del Trono» e, per questa ragione, nella prefazione «al lettore» del *Corradino*, ignorare poi la «pruova» degli *Esuli tebani*, indicando, proprio in quell'«offerta» al trono, la sua «prima tragedia produzione»⁷.

Pagano aveva, dunque, dimenticato l'eroico Pelopida e il saggio Carone dinanzi agli amori di Erbele e Gerbino, di Geldippe e Corradino, oppure, come insinuerà Napoli Signorelli, ritenendo quella «pruova» letterariamente non riuscita, l'aveva ripudiata in vista di una produzione tragica più matura?⁸ Se nel *Corradino*, che ha scene di vibrante denuncia dell'odiosa opera «antinazionale» della Curia romana e di un dispotico re straniero, Pagano era riuscito a trovare un maggiore equilibrio tra sentimento amoroso e passione politica, ma con un'accentuata preminenza del primo sulla seconda, nel *Gerbino*, nonostante il forte impegno etico

⁷ F. M. PAGANO, *Il Gerbino*, tragedia, e *L'Agamennone*, monodramma-lirico, Napoli, fratelli Raimondi, 1787: vd. ora F. M. PAGANO, *L'Agamennone*, monodramma lirico, Edizione critica e Introduzione di S. Zoppi Garampi, con un saggio di P. DE ANGELIS, in appendice la riproduzione anastatica dell'*Agamennone*, monodramma lirico nell'edizione di Vittorio Imbriani (Napoli, 1885), seconda edizione ampliata, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici-La scuola di Pitagora editrice, 2019; ID., *Corradino*, Napoli, Filippo Raimondi, 1789: vd. ora F. M. PAGANO, *Corradino*, a cura di G. DISTASO, Bari, Palomar, 1994. Mentre *Il Gerbino* ha la dedica «A S. M. la Sovrana delle Due Sicilie», *Il Corradino* contiene una prefazione dell'autore «Al lettore» (la citazione dell'edizione Distaso è a p. 35). *Il Gerbino* fu pubblicamente rappresentato; a *Gli esuli tebani* invece Pagano riservò solo una recita privata. Pagano scrisse nel 1792 anche una commedia, *L'emilia*. Non vanno, tuttavia, ignorate, per Pagano, le inevitabili reminiscenze graviniane, presenti in area culturale napoletana (G. V. GRAVINA, *Tragedie cinque*, Napoli, Felice Mosca, 1912; ID., *Della tragedia*, Napoli, Nicolò Naso, 1715). Cfr. anche F. C. GRECO, *Teatro napoletano del '700. Intellettuali e città fra scrittura e pratica della scena*, Napoli, Pironti, 1981; E. MATTIODA, *Teorie della tragedia nel Settecento*, Modena, Mucchi, 1994.

⁸ Cfr. P. NAPOLI-SIGNORELLI, *Storia critica de' teatri antichi e moderni*, Napoli, Orsino, 1813, t. X, p. I, in cui si insinua che, della sua tragedia, Pagano ha «fatto ogni sforzo per abolirne la memoria», essendosi «conformato all'avviso del pubblico». Per Quondam, non solo la scelta del carattere «nazionale» della tragedia, da Pagano preferito alle «argive muse», ma anche e soprattutto la considerazione che essa è propria di una società «colta e polita», «implica un riferimento autocritico alle opere precedenti», mettendo «fuori linea» *Gli esuli tebani*, che vengono quindi «rifiutati» dall'autore, quando cita *Il Gerbino* come sua «primiera» opera drammatica. Soprattutto in quest'ultima tragedia la svolta «dilecata» di Pagano, «sentimentale, e a tratti larmoyante, rispetto all'impostazione politica e civile, "alfieriana", degli *Esuli tebani*», è particolarmente chiara nell'«essenziale scelta di una tematica amorosa», secondo anche un'«omologia» drammatica con il *Corradino* (A. QUONDAM, *Il teatro senza rivoluzione: politica e sentimento nelle opere drammatiche di Francesco Mario Pagano*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche*, cit., pp. 352-353). Va comunque ricordato che, insieme con *Il Gerbino*, Pagano pubblicò anche *L'Agamennone*, «monodramma-lirico», che certo non rientrava nella sfera della tragedia di carattere «nazionale».

e civile nella decisa condanna della tortura e della perfida viltà dei cortigiani, la componente politica viene tenuta ai margini della vicenda drammatica, con un evidente ribaltamento delle idealità rivoluzionarie e libertarie, in senso democratico e repubblicano, nettamente dominanti negli *Esuli tebani*.

Sia questa sua concezione della centralità del sentimento amoroso nella tragedia che la scelta del dramma ispirato alla storia “nazionale” sono certamente plausibili ragioni per spiegare il silenzio di Pagano sulla sua vera, «primiera tragica produzione», *Gli esuli tebani*, pur essendo questa rispettosamente dedicata a un personaggio per lui carismatico come Gaetano Filangieri, idealmente collegata all’*Oratio* per Orlov auspicante il ritorno alle antiche glorie di un popolo per lui simbolo della libertà e profondamente amato come il popolo greco, ideologicamente ispirata al nucleo politico fondamentale dei suoi *Saggi politici*. Proprio queste ultime considerazioni generano tuttavia il sospetto che anche altre ragioni possano aver suggerito all’autore il silenzio sugli *Esuli tebani* e che, quindi, questo vada piuttosto interpretato come un “atto mancato”, l’inevitabile rimozione di un’opera troppo legata (nel tempo e nelle idee) a quella prima edizione dei *Saggi politici*, che gli aveva attirato contro la malignità dei letterati invidiosi, la censura dei cattolici ortodossi, il sospetto dei nobili e dei cortigiani⁹. La tragedia, anche se scritta e non rappresentata in pubblico, una semplice «pruova» di un poeta dilettante, non assolutamente paragonabile alla dignità culturale e teorica dell’opera principale, in cui l’autore ardiva mettersi sulle orme di Vico e degli illuministi francesi, ne respirava comunque l’atmosfera ideologicamente pregnante, soprattutto intorno ai due poli inconciliabili di tirannia e libertà, tra i quali non trovava posto la possibilità intermedia di una monarchia illuminata, ma si affermava chiara un’azione rivoluzionaria, preparata dalla cospirazione segreta e clandestina, per creare l’unica forma di governo degna di un popolo libero, quella democratica e repubblicana.

⁹ Fin dalla pubblicazione del primo volume della prima edizione dei *Saggi politici* presso l’editore Verriento di Napoli nel 1783 si scatenò contro Pagano un’accanita campagna denigratoria da parte degli ambienti più reazionari del mondo ecclesiastico e aristocratico, nonostante il parere favorevole (sull’opera già in parte stampata), dato dal regio revisore Luigi Serio, poeta, professore di eloquenza, amico di Pagano e sostenitore della Repubblica partenopea del 1799: cfr. R. GIGLIO, *Un letterato per la rivoluzione. Luigi Serio (1744–1799)*, Napoli, Loffredo, 1999; in particolare, cfr. il suo elogio, come poeta che si ispirava alle «muse argive» (p. 124), fatto da Pagano, e il *Ragionamento al popolo napoletano*, scritto da Serio e dedicato proprio a quest’ultimo, il 29 marzo 1799 (pp. 242–252), considerato da Giglio il suo «testamento spirituale» (ivi, p. 241). Questi stessi ambienti, in un primo tempo, ritardarono l’uscita del secondo volume (pubblicato nel 1785 presso un altro editore, Flauto, di Napoli) e, subito dopo la stampa – nonostante molti elogi ricevuti (tra i quali quello di Girolamo Tiraboschi) – sottoposero di nuovo Pagano a violenti attacchi (cfr. G. SOLARI, *op. cit.*, pp. 59–62).

Sulla base di queste considerazioni, da un punto di vista squisitamente politico, *Il Gerbino*, con la dedica e l'offerta della tragedia alla regina Maria Carolina, e *Corradino*, con l'accentuazione della passione amorosa e delle invettive anticurialistiche, in quel periodo gradite ai sovrani di Napoli, rappresentano un arretramento "tattico", dettato dalla prudenza, di Pagano dinanzi ai sospetti che già circolavano nella stessa corte borbonica sulle sue idee, giudicate troppo pericolose per la nobiltà e la monarchia, e che gli procurarono grandi amarezze e delusioni. Già qualche anno prima della pubblicazione e rappresentazione del *Gerbino*, tra la fine del 1785 e l'inizio del 1786, Pagano aveva dovuto scrivere una *Lettera* apologetica, «avverso le imputazioni fatte a' *Saggi politici*», per difendere le sue idee dalle accuse di essere contro la religione, la morale, l'aristocrazia e la monarchia. Gli stessi revisori della sua opera, che pure tentavano di proteggerlo per ammirazione e stima nei suoi confronti, avevano incontrato continue e serie difficoltà per giustificare alcune teorie chiaramente eversive¹⁰.

6. Dedicando le *Considerazioni sul processo criminale* nel 1787 a Luigi Medici, Pagano ricordò l'«amaro frutto» che aveva raccolto dai suoi *Saggi politici*, in quanto sottoposto a «una fiera persecuzione, che la calunnia ordì», quale beffardo

¹⁰ La *Lettera* (senza data e indicazione tipografica, ma Napoli, fine 1785–inizio 1786) fu indirizzata da Pagano ai teologi di corte e regi revisori, Diodato Marone e Francesco Conforti (abate salernitano, giustiziato poi, insieme con gli altri martiri della Repubblica partenopea, nel 1799), per difendersi da quaranta proposizioni, giudicate erronee dai suoi implacabili avversari. Oltre ad essere accusato di materialismo e panteismo, di propugnare idee antireligiose e immorali, gli fu contestato, sul piano politico, di avere sostenuto nei suoi *Saggi* la superiorità della democrazia sui governi aristocratici e monarchici. Pagano fu assolto, non solo perché seppe difendersi dalle accuse nella sua *Apologia*, ma anche perché la corte borbonica guardava allora con favore alla sua posizione decisamente anticurialista (cfr. ancora G. SOLARI, *op. cit.*, pp. 64–68). Per quanto concerne le difficoltà del revisore ecclesiastico, soprattutto in merito all'approvazione della stampa del secondo volume del 1785, cfr. quanto rileva anche R. PETTI, *Saggio critico sulle opere di F.M. Pagano*, Napoli, Piero, 1905, pp. 36–40. Secondo Petti, «tutta l'opera spesa nelle annotazioni del revisore ecclesiastico fu vana, trovandosi questo sempre in completa contraddizione col pensiero del nostro filosofo [Pagano], pensiero che egli avrebbe voluto distruggere o almeno modificare colle sue note». Insomma, il revisore non capiva o forse fingeva di non capire che i *Saggi* «rappresentavano una dichiarazione di guerra contro tutti i sistemi di governo»; pertanto, da un minuto esame delle sue annotazioni al testo di Pagano risulta evidente la contraddizione tra il suo pensiero e «la convenevole spiegazione» che il censore tentava di dare, anche per non danneggiarlo. Se, infatti, si confronta il testo originale della prima edizione dei *Saggi* (1783) con quelli successivi, «sui quali si fermò l'artiglio inquisitoriale e dove compaiono le note della censura, ne troviamo lo stile differente e il contenuto alterato» (ivi, p. 40). Vi è qualche forzatura nelle affermazioni di Petti, ma risulta chiara anche l'idea di fondo che Pagano dinanzi a queste pressioni non poteva non fare, almeno parzialmente e in prima istanza, un prudente arretramento tattico (rispetto alle precedenti posizioni ideologiche espresse nell'edizione 1783 dei *Saggi* e negli *Esuli tebani*), che è una delle ragioni fondamentali della «svolta» drammatica del *Gerbino*.

compenso alle sue «lunghe vigilie» e «mortal ferita» alla sua «intera fama»¹¹. Ed è proprio in quest'opera che, a livello più squisitamente teorico e tecnico-giuridico e, comunque, in ultima istanza, sempre politico, è possibile rendersi conto del livello alto di prudente mediazione da lui raggiunto tra i due soggetti principali del dispotismo riformistico: gli «illuminati ministri», che osano avvicinarsi al trono in quanto portatori di sapienza filosofica; i «più amabili de' sovrani», che sanno «placidamente» accogliere le loro modeste proposte di «ingenua verità»¹².

Pagano con vigile e intelligente senso realistico riuscì a collegare e a coordinare una sua nuova proposta di riforma legislativa alla forma politica di governo del regno borbonico. Sono le «circostanze presenti» e il momento particolarmente delicato della sua attività intellettuale a suggerirgli un'operazione culturale sostanzialmente omologa, ideata e condotta in due opere afferenti ad ambiti disciplinari diversi, ma pubblicate nello stesso anno, il 1787: sul piano giuridico, l'opzione teorica per il sistema processuale misto nelle *Considerazioni sul processo criminale*; sul piano letterario, la scelta di rappresentare nel *Gerbino* la passione amorosa di una figura positiva di sovrano, invocando la protezione regale sull'arte tragica e offrendola alla monarchia borbonica.

L'occasione invece di una diversa ripresa della tematica «eroica» degli *Esuli tebani* avviene qualche anno dopo, in seguito a un doloroso episodio che ferisce profondamente la sensibilità di Pagano e ne scuote i forti e sinceri sentimenti di amicizia: l'immaturo morte di Filangieri, avvenuta a soli trentacinque anni in Vico Equense, il 21 luglio 1788¹³. Nell'epicedio – che, ancora affranto, compone

¹¹ F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, Raimondi, 1787 e 1799 (ristampa conforme alla prima edizione), pp. 3–4. È la dedica al R. Consigliere D. Luigi Medici, de' principi d'Ottajano, capo della polizia e reggente della Gran Corte della Vicaria nelle materie criminali (pubblicata anche in *Riformatori napoletani*, a cura di F. VENTURI, cit., pp. 933–935, in cui cfr. anche la lettera a Gaetano Filangieri, che accompagnò il dono del libro, ivi, pp. 935–936). Cfr. F. M. PAGANO, *Giustizia criminale e libertà civile*, Introduzione e cura di R. RACINARO, Roma, Editori Riuniti, 2000; ID., *Considerazioni sul processo criminale*, Premessa di G. Alpa, Introduzione di M. STEFENELLI, Bologna, il Mulino, 2010. Cfr. anche P. DE ANGELIS, *Politica e giurisdizione nel pensiero di Francesco Mario Pagano. Con una scelta di suoi scritti*, Prefazione di G. PUGLIESE CARRATELLI, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2006. Vd. la traduzione del testo di F. M. PAGANO, *Considérations sur la procédure criminelle*, ouvrage traduit de l'italien par M. de Hillerin, Strasbourg, Imprimerie ordinaire du Roi, 1789.

¹² Ivi, pp. 5–6. Anche R. PETTI (*op. cit.*) sottolinea che quest'opera «ci mostra il Pagano come giureconsulto politico; in essa, infatti, è dimostrata l'intima connessione tra le leggi e la politica».

¹³ Appena appresa la notizia dell'aggravarsi del male di Filangieri, consumato dalla tisi, Pagano accorse con Albanese, Cirillo e Tommasi (di cui cfr. D. TOMMASI, *Elogio storico del cavaliere Gaetano Filangieri*, Napoli, Filippo Raimondi, 1788). Gaetano Filangieri, che era nato nel 1753, aveva pubblicato (nel 1780) già i primi due libri della *Scienza della legislazione*, quando Pagano gli dedicò *Gli esuli tebani*. Tra il 1783 e il 1785, ne uscirono altri due, il terzo e il quarto, in cui Filangieri loda e definisce «dotto» Pagano (vd. ora G. FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione*, tomo IV, *Delle leggi*

–, *In morte di Gaetano Filangieri*, il celebre autore della *Scienza della legislazione* è raffigurato come un «nuovo Alcide domator de' mostri», che combatte «l'idra dell'error» e la menzogna, o come un «Prometeo novello», che libera l'umanità dalle dure catene dell'ignoranza e della schiavitù.

Riprendendo le caratteristiche essenziali dei due protagonisti degli *Esuli tebani*, Pelopida e Carone, l'uno e l'altro personaggi paradigmatici, in cui aveva proiettato i suoi stessi sentimenti e le sue idealità etiche e politiche, Pagano – attraverso la forza di Alcide e la saggezza di Prometeo, due vichiani «universali fantastici» – le fa convergere e le unifica in una figura storica fondamentale, Gaetano Filangieri, trasfigurato e innalzato «tra gli eccelsi eroi», «del Ciel prole ed immagine», «Messo del Ciel» per ridestare nel cuore degli uomini l'«antico valor», ormai spento. Il «gran Filangier» – per i suoi altissimi meriti di prometeico liberatore degli uomini dall'oscurantismo dell'ignoranza e della schiavitù e di eroico difensore della ragione contro la forza, del diritto contro la violenza – resterà sempre vivo nella memoria dei cari amici, ricevendone continui e costanti tributi d'amore, che non interromperanno la dolce consuetudine dei loro intimi e riservati colloqui. Sono tra i versi di più profonda e commossa ispirazione poetica di Francesco Mario Pagano, in cui il variare dell'accento ritmico negli endecasillabi – assecondato anche dalla solenne *gravitas* della costruzione sintattica, resa ampia e distesa dagli iperbatì, e dalla stessa scelta lessicale, semanticamente non immune dall'ascendenza della poesia e della grande oratoria funebre del suo antico maestro Gherardo degli Angioli –, il rapporto sottile tra la sprezzatura delle pause e l'inarcatura degli *enjambements* riescono pienamente a esprimere, insieme con il compianto per la perdita irrimediabile, la ferma convinzione e la fede incrollabile nella sopravvivenza dell'illustre uomo, nel suo continuare a esistere, contemporaneamente, nella memoria degli amici e negli infiniti spazi astrali, che assurgono a simbolo di immortalità.

7. Continuerà ancora a ricordare il «sempre caro, e amato ed immortal Filangieri» nella nuova introduzione alla seconda edizione dei suoi *Saggi politici*

che riguardano l'educazione, i costumi e l'istruzione pubblica, edizione critica, a cura di P. BIANCHINI, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo Europeo, "G. Stiffoni", 2004); nel 1788 fu pubblicata postuma la prima parte del quinto libro dell'opera, progettata in sette libri e rimasta incompiuta. Tutte le citazioni, compresi gli endecasillabi, dell'epicedio sono tratte da F. M. PAGANO, *In morte del cavalier Gaetano Filangieri*, Napoli, Raimondi, 1788. Vd., in particolare, G. GIARRIZZO, *L'ideologia massonica di Mario Pagano*, in *Studi in onore di Antonio Petino*, Catania, Università di Catania, 1986, I, pp. 693–700.

(1791–1792). Alcuni anni dopo, durante la solenne commemorazione del 26 maggio 1799, alla presenza del comitato legislativo della Repubblica napoletana, lo innalzerà a «genio tutelare della rivoluzione»¹⁴; sarebbero trascorsi ancora pochi mesi e la morte, «in mano la fatal sua falce», avrebbe atteso anche lui, non come l'illustre amico compianto «sul mortal suo letto», ma sullo squallido e tetro patibolo innalzato in una piazza dalla sua amata Napoli. E aveva già conosciuto la durezza della prigione e l'amarezza dell'esilio, mentre la sua «musa» tragica taceva da tempo.

Quando gli fu affidato il difficile compito di preparare una nuova costituzione, democratica e repubblicana, per il popolo napoletano finalmente libero di autogovernarsi, fece convergere tutte le sue energie nella realizzazione di quest'opera, in cui – pur non potendo non tenere conto delle due più importanti costituzioni della Repubblica “madre” (e non tanto di quella del 1793, quanto della costituzione del 1795, adottata dal Direttorio francese) – seppe collegarsi alla cultura e alla tradizione riformistica del suo Paese e riuscì soprattutto a stabilire una coerente linea di continuità con il fondamentale nucleo ideologico dei suoi *Saggi politici*. Questa era ormai la sua nuova rivoluzione¹⁵.

¹⁴ G. SOLARI, *Studi su Francesco Mario Pagano*, cit., p. 76. Per la commemorazione di Filangieri, cfr. il «Monitore napoletano», n. 29 (18 maggio 1799) e n. 32 (1° giugno). Cfr. anche *Il Monitore napoletano. 1799*, a cura di M. BATTAGLINI, Napoli, 1974. La citazione da Pagano è in *Saggi politici*, ediz. Firpo, cit., p. 14.

¹⁵ *Il Progetto di Costituzione della Repubblica Napolitana* (Biblioteca Nazionale di Napoli, coll. S. Q. XXXIII A. 54/5, ora in *La costituzione della Repubblica Napoletana del 1799*, Napoli, 1997, ristampa del testo originale a cura di Arturo Fratta, Napoli, Fridericiana Editrice Universitaria, 1999) è anonimo, ma unanimemente attribuito a Pagano, che invece firma il *Rapporto del Comitato di Legislazione al Governo provvisorio*. Sia nel *Rapporto* che nel *Progetto* (in particolare nel titolo X) Pagano dà grande rilievo all'educazione del cittadino, all'istruzione pubblica e all'istituzione dei teatri repubblicani (art. 299). Cfr. M. BATTAGLINI, *Mario Pagano e il Progetto di costituzione della Repubblica napoletana, con in Appendice la ristampa anastatica del testo originale del “Progetto”*, Roma, Archivio Guido Izzi, 1994; G. PUGLIESE CARRATELLI, *La Repubblica napoletana del 1799*; V. CRISCUOLO, *L'esperienza della Repubblica napoletana nel quadro del triennio 1796–1799*, in *Napoli 1799 fra storia e storiografia*, Atti del Convegno Internazionale, Napoli, 21–24 gennaio 1999, a cura di A. M. RAO, Napoli, Vivarium, 2002, pp. 3–11; 242–294; *Storia dei diritti dell'uomo. L'Illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma–Bari, Laterza, 2014; ma, sull'impegno legislativo, si rinvia, ancora una volta, al saggio di ampio respiro di G. SOLARI, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, in ID., *Studi su Francesco Mario Pagano*, cit., pp. 255–335. Il lavoro di Solari chiarisce la posizione precisa di Pagano sia nei confronti degli altri componenti il comitato di legislazione sia nei confronti dei francesi, mettendo in rilievo la coerenza e la continuità di pensiero con i *Saggi politici*, che già nel 1794–95 erano divenuti il testo “sacro” dei giacobini napoletani; Pagano nel 1799 rimane ancora «l'allievo del Genovesi, l'ammiratore del Filangieri» (ivi, p. 258). Il suo lavoro legislativo era pienamente «compenetrato con la vita e la cultura napoletana di quest'epoca: esso si radicava in una lunga tradizione di studi e di riforme legislative» (*ibidem*) e, dunque, non subiva passivamente le influenze delle costituzioni repubblicane francesi (quelle del 1793 e del 1795), né era permeato di astratta utopia, come pure è stato sostenuto da una consolidata e tradizionale storiografia, da Galanti a Cuoco (ivi, p. 262). Soprattutto, per quanto riguarda quest'ultimo, va riconsiderata con maggiore attenzione la sua idea di fondo sulla rivoluzione,

Avendo trionfato «della Repubblica il partito», così come si era augurato Carone, il suo alter-ego protagonista degli *Esuli tebani*, Pagano doveva inverare nell'azione la grande tensione ideale, che vibrava, egualmente, nella struttura ideologica della sua opera politica e nei versi della sua prima tragedia, in cui aveva prefigurato la vittoriosa lotta della libertà contro la tirannia, anche se gli avvenimenti non si erano svolti proprio come egli li aveva rappresentati: non un patriota esule era ritornato nella sua città, come Pelopida a Tebe, per darle con le armi in pugno la libertà, ma questa aveva assunto il volto di un giovane generale straniero, sia pure portatore dei sacri principi di eguaglianza e fraternità. E, tuttavia, la rivoluzione non avrebbe potuto compiersi senza l'intervento diretto dei cittadini, soprattutto di quelli, saggi e democratici, che, come Carone, guidando la ribellione contro i tiranni, dovevano diventare la nuova classe dirigente dello stato repubblicano¹⁶.

Negli *Esuli tebani* – attraverso i moduli paludati di una tradizione drammatica anti-tirannica, umanistica e classicheggiante, e l'adombramento metaforico di una “fabula” di ambientazione greca, che esplicitava e rivelava il denso nucleo democratico e repubblicano del pensiero politico dei *Saggi*, il cui “rimosso” ideologico, per ragioni di censura e di “prudenza”, poteva trovare liberamente sbocco nella “finzione” teatrale – la rivoluzione rappresentata sulla scena aveva immaginariamente anticipato una rivoluzione vera che, molti anni dopo, si sarebbe tragicamente compiuta in uno spazio più ampio e reale, quello vissuto da un popolo intero, e in un tempo, non più illusorio come nella finzione poetica, ma inesorabile come quello della storia. Dal teatro di un'epoca ancora senza rivoluzioni, il percorso esistenziale e intellettuale di Pagano, andando oltre le ingannevoli riforme del dispotismo illuminato, era giunto fino allo sbocco rivoluzionario, in un tempo in cui le «azioni vere» – come aveva egli stesso intuito nel saggio *Del gusto* – dovevano prendere il posto della loro «drammatica»

tenendo presente, invece della seconda edizione (1806) – le cui varianti furono suggerite all'autore dalla normalizzazione imposta dal potere napoleonico –, la prima (1801), scritta immediatamente subito dopo la tragica conclusione degli avvenimenti del 1799, del *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* (cfr. l'edizione critica con il testo della prima redazione e apparato delle varianti della seconda, a cura di A. DE FRANCESCO, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 1998). In quell'anno, infatti, il 1801 (e nella Milano della seconda Cisalpina), essendo le prospettive rivoluzionarie ancora possibili, il *Saggio* di Vincenzo Cuoco rappresentò una riflessione sulle cause della sconfitta dei patrioti napoletani, con lo scopo preciso di evitarle in ogni futura rivoluzione e, quindi, meglio contribuire alla formazione e stabilizzazione della repubblica. Proprio per queste ragioni il *Saggio*, in quel particolare momento storico, suscitò un grande interesse, non tanto per i problemi meridionali, quanto per quelli più generalmente italiani.

¹⁶ Il generale Championnet entrò in Napoli il 23 gennaio 1799; il giorno prima, era stata proclamata la Repubblica. Mario Pagano, il 1° febbraio, giunse da Milano a Napoli per far parte del comitato legislativo del governo provvisorio, presieduto da Carlo Lauberg, insieme con Forges Davanzati, Albanese e Logoteta. Sul rapporto tra parola profetica e azione rivoluzionaria, cfr. J. BILLINGTON, *Con il fuoco nella mente, alle origini della fede rivoluzionaria*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 3.

apparenza¹⁷. Tuttavia, soprattutto sulla base di questa sua riflessione, quel fondamentale e organico nesso, che collega le «teatrali contese» della scena ai «reali partiti» della storia, predisponendo gli animi alle passioni vive, forti e sublimi con la rappresentazione di imprese straordinarie, grandi e commoventi (come accade nella tragedia, «apice della poesia», «profonda filosofia» teatralizzata), aveva contribuito in maniera certo non secondaria a entusiasmarli e prepararli – proprio con la rivoluzione a teatro e con il teatro – all'azione rivoluzionaria storicamente «vera». Se, dunque, dello stato repubblicano del 1799 egli fu la principale «mente» costruttrice, ne fu anche il poeta divinatore con *Gli esuli tebani*.

Francesco Mario Pagano, vissuto come Aristide e destinato a morire come Socrate, di una repubblica libera e democratica aveva prefigurato la realizzazione, condotta da un'azione rivoluzionaria vittoriosa, cruenta e inaspettata, ma non gli esiti funesti: il ritorno dei tiranni, con una reazione altrettanto trionfale, sanguinaria e inattesa. E quando, rassegnato ormai all'avversa fortuna, veniva condotto bendato al patibolo, mentre scendevano sul golfo le prime, minacciose ombre di una triste serata d'autunno, quelle che, più di tante altre, meglio si addicevano alla sua disperata situazione erano forse le parole estreme di Carone, proprio l'eroe di un dramma apparentemente dimenticato.

Appena gli sembra di aver perduto per sempre la causa della libertà e di dover prendere definitivamente congedo anche dalla vita, il tragico protagonista degli *Esuli tebani* saluta familiari e compagni di lotta ed esprime intensamente – nell'incalzante alternarsi di *enjambements*, anastrofi, cesure, che dilatano e insieme spezzano il ritmo lento e la severa compostezza degli endecasillabi – tutto il suo amaro tormento per non aver saputo impedire la terribile violenza di quella «nera» procella, che ormai assurge ad allusiva e inquietante metafora della fatale catastrofe:

Conosci dunque il gran disegno e l'empio
Destin che a terra sparse ogni mia speme.
A liberar la patria era rivolto
Ogni nostro pensier. Vicino il lido
Già n'appariva. Il Cielo, alle bell'opre
Nemico, suscitò nera procella
Che ne sommerge e in mezzo al porto affonda.

(III, VIII, 232–238)¹⁸

¹⁷ Per il saggio *Del gusto*, cfr. la nota 1, mentre, per la teoria di «teatro senza rivoluzione» si rinvia alla nota 3.

¹⁸ Pagano fu condotto al patibolo alle 18.30 del 29 ottobre 1799 e afforcato nella piazza del mercato di Napoli, dopo aver conosciuto l'infame prigione nelle fosse cosiddette del Coccodrillo e avere invano difeso la libertà della patria.

LO SCAFFALE

Recensione a GAETANO INSOLERA, *La giustizia penale di Alessandro Manzoni*, Modena, Mucchi, 2023

GIUSEPPE PORTONERA

Nella nota alla mirabile edizione della *Storia della colonna infame* pubblicata da Sellerio, Leonardo Sciascia ha sostenuto che l'opera del Manzoni – che si dice minore, ma è invero, ahinoi, misconosciuta – non è tanto un'appendice ai *Promessi sposi*, quanto piuttosto il suo capitolo conclusivo. I *Promessi sposi*, secondo Sciascia, andrebbero allora letti una prima volta dall'inizio alla fine, compresa appunto la *Colonna*, e poi al rovescio, ossia partendo dalla *Colonna* e giungendo ai travagli di Renzo e Lucia. Così, non soltanto si svelerebbero i richiami incrociati disseminati nei due testi, ma «il problema della giustizia» (ancora Sciascia) emergerebbe come sfondo del *corpus* complessivamente inteso. Proprio l'analisi congiunta delle due opere è al centro del volume che Gaetano Insolera, già professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Bologna, ha dedicato alla questione della giustizia penale nell'opera del gran lombardo, di cui è appena caduto il 150° anniversario della morte. Insolera coglie e rappresenta, in una rara sintesi, le idee del Manzoni «sulla verità e sugli uomini» e, più in generale, sulle «ingiustizie del mondo» (p. 29) che è motivo dominante e costante del suo pensiero, come già si ricava da quei versi dell'*Adelchi* [Atto V, Scena VIII] intrisi di intenso pessimismo: «Ad innocente opra non v'è: non resta / Che far torto, o patirlo. Una feroce / Forza il mondo possiede, e fa nomarsi / Dritto». La giustizia, osserva Insolera sulla scia di Manzoni, «nelle mani degli uomini, può assumerne tutte le imperfezioni: passioni, ferocia, ignavia, falsità. Storture, con la tentazione – [...] demoniaca – di usarle per ottenere, con il processo criminale, una verità che corrisponda a quella che si vuole comunque ottenere, perché tale deve essere: per ragioni che hanno a che fare con i potenti, compiacendoli e ammansendo la forza brutta della folla, con l'asseccarne le superstizioni. Una tentazione che non incontra limiti nel dare sofferenza agli sventurati caduti tra gli artigli della giustizia penale» (p. 30).

Come ben noto, nella sua «sdegnata ma più dolorosa e inquieta e acuta meditazione» (SCIASCIA, *Nota*, p. 176), Manzoni, pur riconoscendo l'altissimo valore storico e ideale de *Le osservazioni sulla tortura* del Verri, ne prende le distanze, non potendo accontentarsi – davanti alla tragedia di Guglielmo Piazza e Giangiacomo Mora – della consolante versione dell'«ignoranza de' tempi» o dell'ottimistica visione per cui è sufficiente l'incivilimento per eradicare i mali sociali. Chiarisce Sciascia – che dice di sé, impiegando però una prima persona plurale che può dirsi

felicemente inclusiva: «Più vicini che all'illuminista ci sentiamo oggi al cattolico» – che se «Pietro Verri guarda all'oscurità dei tempi e alle tremende istituzioni», Manzoni si volge alle «responsabilità individuali. La giustezza della visione manzoniana possiamo verificarla stabilendo una analogia tra i campi di sterminio nazisti e i processi contro gli untori, i supplizi, la morte. Quando il Nicolini [...] dice che “l'istruttoria venne delegata a un Monti e a un Visconti, ch'è quanto dire a uomini di cui tutta Milano venerava l'integrità, l'illibatezza, l'ingegno, l'amore pel bene pubblico, lo spirito di sacrificio e il grande coraggio civile”, coraggio civile a parte, e cioè in meno, viene da pensare a quel libro di Charles Rohmer, *L'altro*, che è quanto di più terribile ci sia rimasto nella memoria e nella coscienza di tutta la letteratura sugli orrori nazisti pubblicata dal 1945 in poi: “una dimostrazione per assurdo, in cui è proprio la parte di umanità rimasta nei burocrati del Male, la loro capacità di sentire ed agire come tutti noi, a dare l'esatta misura della loro negatività” [...]. Non si accorge, il Nicolini, che quel di cui c'è da tremare è appunto questo: che quei giudici erano onesti e intelligenti quanto gli aguzzini di Rohmer erano buoni padri di famiglia, sentimentali, amanti della musica, rispettosi degli animali. Quei giudici furono “burocrati del Male”: e sapendo di farlo» (SCIASCIA, *Nota*, p. 176–177).

Contro uno storicismo che vorrebbe risolvere tutto sul piano di un progredir civile lineare – e che, chiosa Sciascia, è «di profonda malafede se non di profonda stupidità» (*Nota*, p. 182) – Manzoni esalta invece la facoltà della scelta, e lo fa nella prospettiva della morale cattolica, che quella facoltà significativamente appella come «libero arbitrio». In una pagina dedicata al rapporto – anch'esso non incontrovertito – tra Manzoni e Beccaria, Alessandro Passerin d'Entrèves sottolinea infatti che «Un cristiano non potrà mai addurre a sua difesa che gli è stato ordinato di commettere un delitto: la responsabilità non può essere spostata; ogni e qualsiasi decisione prendiamo, è nostra. I giudici che condannarono quegli innocenti non erano le vittime di un sistema, gli strumenti di una società corrotta, di un'età oscura e barbara. Erano corrotti essi stessi, in quanto tradivano il loro vero e solo dovere, che era quello di ricercare la verità, non di accontentarsi di confessioni estorte con la violenza. Non c'era nulla di inevitabile in quel mostruoso errore giudiziario. Non c'è nulla di evitabile nella storia, perché sono gli uomini che fanno la storia, non la storia gli uomini» (*Beccaria, Manzoni e la giustizia penale*, in ID., *Potere e libertà politica in una società aperta*, a cura di S. Cotellessa, Bologna, 2005, p. 147). Gli “untori” potevano essere riconosciuti innocenti persino «con una legislazione che ammetteva la tortura», e invece si sono giudicati «colpevoli d'un delitto che non c'era, ma che si voleva», come proprio Manzoni scrive nella *Colonna infame* (p. 11–12).

È contro le «passioni perverse» che bisogna dunque rivolgersi: passioni, ci dice Manzoni, «che non si posson bandire, come falsi sistemi, né abolire, come

cattive istituzioni, ma render meno potenti e meno funeste, col riconoscerle ne' loro effetti, e detestarle» (*Colonna infame*, p. 13). Sono passioni «non particolari a un'epoca» ma eterne, perché connaturate all'animo umano: nel tempo, hanno condotto al supplizio del Piazza e del Mora, all'assalto alla casa del vicario di Provvisione (capitolo XIII dei *Promessi sposi*), al linciaggio del Ministro delle finanze del Regno napoleonico d'Italia Giuseppe Prina (il grande rimorso dello stesso Manzoni), alla «burocrazia del male» nei campi di sterminio, alle leggi d'eccezione. E oggi? I tempi sono certamente meno “ignoranti”, senza che ciò – ammonisce Gaetano Insolera – ci sollevi dal chiederci, ancora, «come tradurre il concetto di umana “passione”, che può irrompere nella pratica della giustizia penale, compromettendo lo scopo di ricerca di verità e responsabilità» (p. 49). «Sfuggire alle “passioni” contemporanee – prosegue l'autore – vuol dire evitare una contrapposizione tra giudice emotivo e giudice razionale, trovando un punto di equilibrio, una sintesi che non dia prevalenza né a giudizi sospinti da passioni e intuizioni, né alla pretesa di rinchiudere i percorsi del decidere in paradigmi regolati da aprioristica razionalità» (p. 51–52): «Oggi le “passioni” della giustizia penale non sono più guidate da ignoranza, credenze, superstizioni di un volgo reso feroce e colpevolmente ascoltato da chi invece avrebbe dovuto e potuto trovare la verità insieme all'innocenza di poveri capri espiatori. Spunti li ritroviamo in un panorama completamente diverso che presenta però, in molti casi, dinamiche e notazioni analoghe rese inquietanti dalla crisi politica delle democrazie liberali, con l'affermarsi di un populismo penale che si rispecchia in quello politico, regolando i meccanismi del consenso democratico» (p. 56).

Ma si deve prestare attenzione anche a un altro risvolto dell'incidenza delle “umane passioni” nell'attività del giudicare. Un risvolto che non fa del giudice lo strumento per così passivo delle pressioni della massa – quando questo cade preda del «timor di mancare a un'aspettativa generale, [...] di parer meno abili se [si scoprono] degl'innocenti, di voltar contro di sè le grida della moltitudine, col non ascoltarle; il timore fors'anche di gravi pubblici mali che ne [possano] avvenire» (MANZONI, *Colonna infame*, p. 12) – ma lo conduce invece ad auto-investirsi della funzione promozionale di una giustizia non più resa secondo la legge, e dunque nei limiti della decisione politica assunta da altri, ma oltre di essa, oltre il rispetto cioè della forma testuale che è vincolo e parimenti garanzia. E se è vero che, come ha recentemente ricordato Giovanni Fiandaca (*Giudici o politici a latere? Come distinguere i ruoli*, in *Il Foglio*, 02.12.2023), non sempre risulta agevole distinguere «l'interpretazione correttiva o integratrice secondo Costituzione dalla tentazione di un interventismo e di una supplenza politica che pretendano pregiudizialmente di contrapporre autonome politiche giudiziarie del diritto alle politiche del diritto decise in sede parlamentare e/o governativa», ciò non vale certo «ad avallare

il libertinaggio ermeneutico, ancorché sorretto da buone intenzioni», ma semmai a mostrare «come ineludibile una esigenza di misura, di *selfrestraint* per non cancellare quelle pur sottili linee di confine tra politica e diritto, il cui mantenimento rientra tra i presupposti essenziali di uno Stato di diritto degno di questo nome». «Le passioni del giudice, le sue moderne intuizioni», per dirla con Insolera, aprono dunque anche uno squarcio sul tema del rapporto tra giudicante, regola e giudizio, che tutto ha a che fare con la divisione dei poteri e, specialmente nell'ambito penale, con il tentativo di mitigare, per quanto possibile, la *terribilità* della coercizione: «il vincolo al testo della legge contrasta due possibili degenerazioni della coercizione penale: l'affermarsi di un "giudice di scopo", che si sostituisce, anche con le migliori intenzioni, nell'individuare i limiti delle opzioni punitive della legge, che dà attuazione a proprie convinzioni e scelte di politica criminale. È il tema dell'analogia in *malam partem* delle fattispecie incriminatici. Ma l'abuso del decisore può annidarsi anche nella deformazione delle regole processuali per via di interpretazione e prassi, perseguendo obiettivi di giustizia sostanziale, che il giudice ritenga imbrigliati da quelle regole e dalle invalidità probatorie: da cavilli formalistici» (p. 51–52). Un abuso del decisore che è l'anticamera di un assolutismo "giuristocratico" – *fiat iustitia et pereat mundus* – cui è possibile, e necessario, opporre una *manzoniana* resistenza.

Recensione a GIULIANO AMATO – DONATELLA STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano, Feltrinelli, 2023

SALVATORE PRISCO

Il costituzionalismo contemporaneo si fonda su due pietre miliari: la rigidità costituzionale e la correlativa difesa della costituzione in forma para-giurisdizionale, dove l'attenuazione dell'aggettivo nasce dalla constatazione che, se giudiziario è il rito, politica – di «consolidamento iperpositivo di valori», come fu detto con celebre formula – è la sostanza che così viene assicurata. Ci sono addirittura studiosi del mondo classico i quali sostengono che entrambe le esigenze – ossia appunto darsi un assetto costituzionale stabile e proteggerlo – ci giungano da un tempo assai lontano, pur invitando comunque alla prudenza nel comparare esperienze non prossime nel tempo e nello spazio, unite solo da un bisogno comune, ma essendo molto diverso il contesto storico materiale e di dottrine politiche e giuridiche a ciascuna sotteso.

Il libro che qui si segnala si muove dando per presupposto il solco appena individuato, ma prima di approfondirne la lettura chiediamoci se sia legittimo trarre motivi di chiarimento sull'ispirazione di fondo di un volume da un'intervista di un suo autore successiva alla pubblicazione. Ebbene, questo ausilio lo è senz'altro, come è lecito utilizzare in genere ogni elemento esplicativo esterno che serva a gettare ulteriore luce sul pensiero in esso esposto. I giuristi conoscono del resto l'interpretazione autentica, effettuata con una nuova legge che ha però efficacia retroattiva, perché si assume che non sia davvero un *quid novi*, bensì intervenga in sostanza solo a illuminare punti rimasti oscuri del precedente testo.

Nel caso in esame, lo hanno composto in collaborazione due personaggi molto autorevoli nei rispettivi campi professionali. Del primo – comparatista, politico socialista, *grand commis d'État*, esperto di (molte) istituzioni, al cui impianto o alla cui attività egli ha contribuito – è più facile dire che cosa *non* sia stato: solo la presidenza della Repubblica, pur sfiorata più volte, non ha arricchito il suo *palmarès*; la seconda è una brillante giornalista (a lungo al *Sole 24 Ore*, oggi editorialista de *La Stampa*), che tra un lavoro e l'altro nella carta stampata ha retto per un certo tempo con brio e innovatività l'ufficio della comunicazione pubblica della Consulta.

Un passaggio da una presenza istituzionale maggiormente “ingessata” a una più mossa e dinamica ha caratterizzato in effetti il periodo tra il 2017 e il 2022

dell'attività di quest'organo costituzionale, grazie a un'ispirazione nata con la sua presidenza visionaria di quel grande umanista che è stato Paolo Grossi, per continuare con i colleghi che gli succedettero: Giorgio Lattanzi, Marta Cartabia, Mario Morelli, Giancarlo Coraggio e infine chi cofirma il libro. Si è trattato di un periodo di partecipazione al dibattito pubblico particolarmente effervescente, caratterizzato non solo dalle consuete discussioni che impegnano di solito l'opinione corrente nel Paese sulle sue pronunce di maggiore risonanza, ma anche da iniziative collaterali e tuttavia di grande impatto nate appunto nel suo seno. La Corte ha organizzato infatti "Viaggi" per comunicare all'esterno se stessa (incominciando però da comunicati-stampa innanzitutto sulle pronunce più attese), la propria funzione, le più rilevanti decisioni assunte innanzitutto nelle scuole, poi nelle carceri, quindi anche nel *web* – con appositi *podcast* che hanno illustrato momenti di vita istituzionale, sentenze storiche, problemi teorici sintetizzati in chiave divulgativa – e infine nel mondo musicale, con due concerti, uno all'interno del proprio cortile, l'altro sulla piazza del Quirinale, tenuto da un'orchestra diretta da Nicola Piovani, che ha avuto come ordito drammaturgico le *Eumenidi*.

L'opera è appunto il resoconto di quest'avventura e dell'assai favorevole accoglienza ricevuta, le cui tappe sono descritte in capitoli intercalati ad altri che riguardano il modo in cui sono stati affrontati temi fortemente sentiti, come il suicidio assistito, ovvero il potere punitivo pubblico e in particolare il regime dell'ergastolo ostativo (quello che cioè impedisce di ottenere i benefici di legge a taluni detenuti, pur di buona condotta carceraria, giacché autori in precedenza di gravi delitti, essenzialmente di criminalità organizzata) e ancora la famiglia (*rectius: le famiglie*, ormai pluriformi, che di vedono ormai riconosciuta anche la possibilità di dare al figlio i cognomi dei genitori, o quella dell'adozione del figlio del *partner*, nel caso di coppie omosessuali) e infine la qualità della democrazia, nel rapporto tra la sua forma rappresentativa e quella diretta, con il riepilogo e l'illustrazione critica delle decisioni dell'organo sull'ammissibilità delle richieste dei più recenti referendum abrogativi da parte dei rispettivi comitati dei promotori.

* * *

Per comprendere bene il senso complessivo dell'operazione culturale realizzata col volume, è necessario ricordare che in Assemblea Costituente Francesco Saverio Nitti e Vittorio Emanuele Orlando sostennero che di un organo che esercitasse funzioni di giustizia costituzionale ci fosse bisogno solo in Stati federali, per dirimere le controversie tra le competenze di territori diversi.

Sia il modello statunitense, sia quello austriaco sembrerebbero confermare questa tesi, che però è parziale: in realtà nel primo la notissima decisione del caso

Marbury versus Madison fornì ad esempio l'occasione per un atto di creatività, in cui la Corte Suprema doveva pronunciarsi sul diritto di un cosiddetto "giudice di mezzanotte" (nominato cioè alla carica dal Presidente Adams, sconfitto alle elezioni da Jefferson, come proprio ultimo atto, alla scadenza del suo mandato) a esercitare il suo ufficio, riconoscendogli per via giudiziaria – appunto com'egli richiedeva – una nomina non perfezionata dall'amministrazione precedente. Questo obiettivo, come noto, fu negato all'interessato, ma conseguendosi in compenso il risultato ben più rilevante della nascita della garanzia giurisdizionale della Costituzione.

Quanto alla nostra Corte, essa ha tratto buon frutto dall'ibridazione di vari modelli e intenti effettuata dai Costituenti e poi in sede di prosecuzione integrativo–attuativa delle disposizioni della Carta fondamentale in proposito, sicché oggi conosciamo al tempo stesso diffusione del giudizio, per il promovimento delle questioni incidentali e per la soluzione di dubbi di costituzionalità attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate di atti normativi primari, ma altresì giudizi accentrati; soluzioni giudiziarie di conflitti tra poteri dello Stato e tra Governo e regioni; nonché possibili processi a un Capo dello Stato che abbia tradito la propria funzione di custodirla (non più anche su reati ministeriali, com'era in origine) e disinnesco anticipato dei contrasti possibili tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, nei giudizi di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativi. Non ci siamo, insomma, fatti mancare proprio nulla. Né ciò peraltro è bastato, perché – spesso costretta da un legislatore lento, incerto, irresoluto nell'opera di mediazione tra interessi sociopolitici ad esso in linea di principio affidata – la nostra Consulta ha finito per essere chiamata a partecipare al dibattito pubblico attraverso le proprie decisioni, come si diceva.

Questo libro dimostra come un effetto indiretto rilevante di questo allargamento di presenza sia stato l'averla portata ad assumere anche un ruolo di pedagogia istituzionale, che ha finito per consentire inoltre l'inevitabile (e anzi cercata) esplorazione dall'esterno dei suoi *interna corporis*, com'è dimostrato anche da opere precedenti e da interviste invece coeve di giudici costituzionali, sulle quali si tornerà fra poco.

Come si precisa nelle pagine introduttive, gli autori sono convinti che «nessuna istituzione può chiamarsi fuori dal dovere di *accountability*, tanto più se le sue decisioni incidono in profondità nella vita delle persone, fino a cambiarla. Farsi capire non è dunque una prerogativa esclusiva di chi fa politica, né un compito da demandare a terzi» (pag. 11). Quanto alla Corte Costituzionale, «il suo ruolo di contrappeso al potere politico delle maggioranze, a garanzia di chi il potere non ce l'ha, è cruciale in uno stato di diritto. Ecco perché, là dove le democrazie costituzionali arretrano (vedi, in Europa, Polonia e Ungheria) ciò

accade spesso attraverso riforme che erodono, piano piano, ogni argine all'azione di governo e maggioranza e che non a caso hanno come obiettivi principali, talvolta striscianti, le Corti costituzionali e il potere giudiziario: due pilastri dello Stato di diritto» (pag. 12).

L'accenno alle difficoltà dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria che si è visto essere stato compiuto viene appunto ripreso, in forma più diretta e che sa di netto *caveat* al Governo (la cui maggioranza è politicamente vicina alle posizioni dominanti in quei Paesi) a non seguire la stessa strada, in un'intervista di Amato a *Repubblica* del 7 gennaio 2024. Nella tradizionale conferenza alla stampa nazionale prevista per fine anno, come da tradizione, ma spostata al 4 gennaio 2024 perché non era stata bene in salute, la presidente del consiglio ha criticato a sua volta il professore, approfittando di una domanda *ad hoc* e ribadendo nella risposta di essere stata dissenziente dalla sua nomina alla guida di una commissione dell'Esecutivo destinata a proporre regole per disciplinare l'Intelligenza Artificiale, attesa la mai nascosta vicinanza dello studioso all'opposizione, reazione che ha infine provocato le immediate dimissioni del giurista dall'incarico.

In una successiva intervista allo stesso quotidiano del 17 gennaio, Augusto Barbera – in atto presidente della Corte, dopo essere stato per più legislature deputato della sinistra parlamentare nelle sue diverse trasformazioni partitiche recenti e che proprio con Amato aveva curato il primo manuale a più voci di diritto pubblico tra quelli di nuova concezione – ha relativizzato l'allarme per una deriva “alla polacca” o “all'ungherese” della nostra giustizia costituzionale, ma mettendo egualmente in guardia da un'appropriazione unilaterale della funzione di garanzia della Corte. E sì che egli si mostra non pregiudizialmente chiuso al nuovo corso politico, osservando che – proprio per avere vissuto sulla sua pelle la *conventio ad excludendum* verso la sinistra – non può essere contrario a che venga superata quella che ha finora operato (almeno nei confronti di una forza in precedenza percepita come “estrema”) sulla destra dell'arco politico. Si tratta del resto della stessa persona che, già parecchi anni prima, aveva sostenuto da studioso l'opportunità di una revisione della forma di governo dai tratti di fondo non dissimili da quella oggi in discussione (si veda il suo *Riforma elettorale ed elezione diretta del premier: un'alternativa neoparlamentare al presidenzialismo*, in *Una riforma per la Repubblica*, Roma, Editori Riuniti, 1991).

Dietro certe schermaglie e difese di ruolo, la scadenza e la posta in gioco decisiva che s'intravede al riguardo nei rapporti tra maggioranza e opposizione è in realtà l'attesa, prossima sostituzione di ben quattro giudici da parte del Parlamento in seduta comune – una perché scaduta (la Presidente Sciarra, non ancora avviccendata), gli altri giacché in scadenza fra un anno (proprio il Presidente, nonché i vicepresidenti Modugno e Prosperetti) – il che implicherà scelte che in

genere, anche per l'elevato quorum richiesto, avvengono non senza accordo sui nuovi nomi tra le parti politiche, mentre un'eventuale e da molti temuta rottura di siffatta convenzione comporterebbe la riconduzione di un organo di garanzia al controllo della maggioranza, in luogo della ricerca doverosa di un equilibrio tra portatori di diverse culture politiche e indirizzi di ricerca giuridica.

L'attenzione alla giustizia costituzionale, come si diceva sopra, viene in realtà avanti da anni in seno all'opinione pubblica, alimentata da sguardi esterni ad essa (non è ad esempio mancata l'investigazione sulle sensibilità politiche via via manifestatesi in essa di uno storico come Nicola Tranfaglia, che si era laureato in giurisprudenza a Napoli col processualcivile Virgilio Andrioli: *Storia politica della Corte costituzionale*, Bolsena, Massari, 2020) e anche da spiragli aperti da suoi ex componenti, dopo la scadenza dalla carica, su talune vicende delle camere di consiglio: è il caso ad esempio di Sabino Cassese (*Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015) e di Nicolò Zanon, che in una recentissima intervista al *Dubbio* (15 gennaio 2024) ha mosso critiche a talune sentenze, poi attenuate e ricondotte a fisiologiche differenze di valutazioni tecniche, svelando di essere comunque rimasto in minoranza in queste circostanze e approfittandone per perorare la buona causa – ai suoi occhi – dell'introduzione, da anni discussa fra noi dagli studiosi, fin da un lavoro collettaneo molto risalente (*Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*. Scritti raccolti a cura di Costantino Mortati, Milano, Giuffrè, 1964), della pubblicità dell'opinione dissenziente del giudice (salvo fare trapelare così i dissensi della camera di consiglio, l'altra strada che può disvelarli è la sostituzione del relatore in udienza con un diverso redattore: si veda Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo «strano caso» della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021). Del resto, un'ulteriore apertura allo sguardo del pubblico è da poco venuta anche dall'essere stata resa nota una lettera con la quale il vicepresidente Modugno magnificava ai colleghi proprio la candidatura di Barbera a dirigerla, che è sembrata all'esterno un modo per lasciargli il passo. In precedenza, una modifica delle norme processuali aveva già reso possibile un più ampio ingresso della società civile nei giudizi, qui sicuramente accogliendo l'altro istituto anglosassone dell'*amicus curiae*, in precedenza rigorosamente escluso.

Una studiosa, Tania Groppi, ha dal suo canto avanzato un'interessante ipotesi interpretativa del “nuovo corso”. Ha infatti scritto (*Il ri-accentramento nell'epoca della ricentralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3/ 2021) che «siamo di fronte a una trasformazione culturale che sta investendo la Corte costituzionale italiana, di pari passo col suo immergersi pienamente nel dialogo globale tra i giudici costituzionali e con le corti sovranazionali (...). Con l'affacciarsi, tra i suoi componenti, di giuristi più

aperti – o per indole, o per formazione, o per generazione – al “costituzionalismo globale”. (...) Proprio da questo dialogo a più voci (solo in parte testimoniato dalle citazioni esplicite di sentenze straniere) essa ha tratto consapevolezza e fiducia, oltre che spunti per le recenti innovazioni, nella direzione del superamento di una serie di elementi di eccentricità (per non dire di vero e proprio eccezionalismo) del sistema italiano di giustizia costituzionale. Se resta un topos degli studi e dei dibattiti dottrinali italiani “l’oscillare del pendolo” tra “anima politica” e “anima giurisdizionale”, il nuovo scenario pare invece aver rafforzato la consapevolezza, perlomeno in molti dei componenti della Corte, che la giustizia costituzionale è “qualcos’altro”: nel senso che essa rappresenta, nello Stato costituzionale, un vero e proprio nuovo potere, dotato di sue peculiari caratteristiche che lo distinguono da quelli “tradizionali”, un potere che tende sempre più ad assumere una dimensione transnazionale e globale. Ed ha aggiunto che, se «ciò determina una convergenza di problematiche e anche di possibili soluzioni che va oltre i contesti storico-politici e finanche i classici modelli della giustizia costituzionale comparata», è anche vero che «peraltro questa spinta esterna ha trovato un terreno domestico favorevole: i mutamenti in atto nel contesto politico-istituzionale italiano (anch’essi comuni alle altre democrazie costituzionali) impongono alla Corte di non ignorare ulteriormente le pressioni “dal basso”, ovvero le richieste di giustizia costituzionale che vengono dai soggetti dell’ordinamento (quelle “aspettative di giustizia” alle quali si è di recente riferito Gaetano Silvestri in un testo dal titolo significativo: “Del rendere giustizia costituzionale”). Il rischio di entrare a far parte del novero delle istituzioni lontane dal popolo, di essere percepita come l’ennesima espressione di una casta di privilegiati che si disinteressano dei destini concreti delle persone, sembra aver messo in moto la reazione della Corte».

Ecco dunque che il vivace volume che ha formato qui oggetto di resoconto critico si rivela il veicolo di una preoccupazione, per così dire, di “populismo buono” e l’occasione per esplorare più ampie tendenze di trasformazione dell’attività di quest’organo costituzionale nella presente fase storica della sua vita, la cui osservazione non mancherà di riservare ulteriori sorprese.

Recensione a PAOLO ARMAROLI, *I senatori a vita visti da vicino. Da Andreotti a Segre, da Fanfani a Spadolini*, Lucca, Edizioni la Vela, 2023

SALVATORE PRISCO

Se la riforma costituzionale della forma di governo proposta dal centrodestra giungerà in porto, converrà non farsi sfuggire il corposo volume del cui contenuto si sta per riferire. L'articolato del disegno di legge costituzionale si apre infatti con la secca abrogazione del secondo comma dell'art. 59, che oggi prevede la nomina presidenziale di senatori a vita tra cittadini illustratisi per altissimi meriti nel campo sociale, artistico, scientifico e letterario, nel numero massimo di cinque, salva la nota e non più ripetuta interpretazione ampliativa di Pertini e Cossiga, sostenuta prima di loro da una solitaria dottrina; la legge costituzionale 1/ 2020, peraltro, coerentemente con la riduzione del numero dei parlamentari da essa disposta, aveva appunto stabilito in modo definitivo all'art. 3 che «Il numero complessivo dei senatori in carica nominati dal Presidente della Repubblica non può in alcun caso essere superiore a cinque».

Si tratta dell'eliminazione di un istituto non particolarmente qualificante per disegnare una forma di governo, anche se tale scelta conferma la chiara linea di tendenza di sbarazzarsi di tutto quanto sia di ostacolo alla traduzione immediata negli organi di indirizzo politico dell'impulso popolare, volendosi infatti introdurre: a) l'investitura diretta da parte del corpo elettorale del Presidente del Consiglio dei Ministri, che b) non potrà essere un tecnico, ma al più e in seconda battuta – ossia dopo una crisi del governo del primo e per una sola volta, prima dello scioglimento di entrambe le Camere, se in seguito occorresse – c) un parlamentare che sia stato eletto con lui e risulti impegnato ad attuare il medesimo programma. Questo orientamento della volontà riformatrice spiega allora anche d) la ripulsa di una modesta integrazione non elettiva della rappresentanza, nemmeno essa ben vista. Detto di passaggio, l'autore di questo libro, commentandone successivamente in sede giornalistica il disegno complessivo, seppure non essendo lontano dall'ispirazione politica meloniana, l'ha giudicata severamente uno “scarabocchio”, giacché promette qualcosa (il premierato) che in realtà non fornisce.

Non giureremmo peraltro che l'intenzione dei promotori sull'aspetto discusso nel libro riesca a realizzarsi: si ricorderà infatti che su un solo punto, durante la campagna svoltasi prima della celebrazione del referendum costituzionale sul disegno di legge costituzionale Renzi – Boschi, le contrapposte schiere erano

concordi, ossia sulla possibilità di seppellire senza troppe lacrime il CNEL. Quel proposito, non seriamente contrastato da alcuno, ha in realtà portato fortuna all'organo originariamente voluto da Meuccio Ruini, che dopo il noto esito infruttuoso per i suoi sostenitori di quella consultazione popolare sta vivendo una resurrezione del tutto insperata in precedenza: non solo è sopravvissuto, ma è stato addirittura investito dell'onere di rendere un parere (risultato decisivo, nella sua contrarietà) sulla proposta di introdurre nel nostro ordinamento un salario minimo. Insomma: che le campane a morto non suonino troppo presto. Dipenderà dalle circostanze se chi non l'avesse fatto prima leggerà questo libro come il documento di una resistenza che non intende darsi per vinta, o come l'ultimo saluto a un istituto dalle antiche origini.

Riuscirà in ogni caso gradevole – nonostante la mole dell'opera – farsi condurre nell'esplorazione dall'autore. Romano di nascita, ma prima fiorentino e poi genovese di cattedra, comparatista e storico delle Costituzioni, ma soprattutto parlamentarista e anche deputato per una legislatura, Paolo Armaroli coniuga da tempo una profonda conoscenza della sua materia con la capacità di comunicarla affabilmente e con spirito mordace ai lettori, anche e anzi soprattutto non addetti ai lavori, che lo attendono per riceverne guida e lumi ai molti appuntamenti giornalistici ai quali si concede.

Si apprenderà così che abbiamo ereditato questo particolare modo di arricchire sobriamente le assemblee rappresentative con competenze che altrimenti non vi sarebbero entrate (perché i loro possessori preferivano – com'è giusto – dedicarsi ad altro, in una misura e con un'abilità che li ha resi eminenti nel campo scelto e non si sarebbero sottoposti, in particolare, alle fatiche richieste da un impegno politico attivo) da una specifica categoria di ammissibili al Senato dello Statuto Albertino.

Fu necessario allo scopo convincere un'Assemblea Costituente che in alcuni membri era convinta di lasciare nell'organo una quota di siffatti componenti al fine di arricchirlo, nel quadro però di una più marcata differenziazione tra i due rami, poi non realizzatasi, mentre in altri recalcitrava per le ragioni sopra indicate tra parentesi e il prezzo pagato dai primi per ottenere il risultato fu appunto quello di renderne minimo il numero, tenendo ovviamente presente che in un contesto costituzionale repubblicano la *ratio* della figura non può risalire all'ereditarietà nobiliare e/o alla nomina regia, come avviene per i lord inglesi. In tale modo la seconda Camera diveniva negli auspici – per così dire “a campione” – anche una vetrina delle migliori eccellenze del Paese, il che peraltro non impedì a qualcuna di loro “il gran rifiuto” alla nomina: e fu così che Artuto Toscanini disse no a Luigi Einaudi e Indro Montanelli, compulsato in anticipo per evitare il ripetersi di questa ricasazione, fece sapere a Francesco Cossiga che preferiva restare il giornalista di

razza che era, ossia un critico del potere e non diventare parte di questo lui stesso.

La previsione del costituente Alberti che essi non avrebbero spostato equilibri era comunque destinata a ricevere smentita, soprattutto nella fase recente del bipolarismo conflittuale, con le contrapposte parti divise da una manciata di voti, posto che a integrare la maggioranza – perlopiù a favore dello schieramento di centrosinistra – furono talora appunto decisivi i suffragi dei senatori non eletti, presentatisi al voto su questioni di fiducia o di approvazione finale della legge di bilancio (invero non tutti, avendo altri fra loro optato per un'elegante astensione), circostanze nelle quali in altri Parlamenti è peraltro inibito al ramo non elettivo pronunciarsi. Da ciò talune proposte riformatrici recenti, peraltro non passate, che proprio in quest'ultima direzione miravano ad inibire il voto dei senatori a vita almeno e solo in relazione alle deliberazioni in cui più è intenso e visibile il collegamento dei parlamentari con l'elettorato, in ragione di una responsabilità politica alla quale questa categoria è com'è ovvio sottratta.

L'autore, si diceva sopra, condisce la ricostruzione scientifica con la *verve* che i suoi lettori abituali gli conoscono, avendola già esibita nel tracciare “ritratti in punta di matita” degli inquilini succedutisi al Colle, cavallo di battaglia sul quale è più volte tornato (si vedano ad esempio *Conte e Mattarella. Sul palcoscenico e dietro le quinte del Quirinale. Un racconto sulle istituzioni*, 2020 e *Mattarella 1&2. L'ombrello di Draghi*, 2022, sempre per l'editore La Vela).

Qui, in particolare, i personaggi onorati con lo speciale laticlavio ai quali è dedicato il volume sono classificati in alcune categorie: ci sono “i senatori a morte”, detti in questo modo perché il loro ufficio durò pochissimo, o nemmeno incominciò operativamente (la frase fu pronunciata con macabra autoironia da Carlo Alberto Salustri, Trilussa, quando – praticamente sul letto di morte – gli fu preannunziata la nomina da parte di Einaudi e infatti spirò nemmeno un mese dopo, pochi giorni prima del Natale 1951, ma ce ne sono altri che lasciamo scoprire al lettore); “questi fantasmi” (che le aule le hanno viste poco, per altri impegni o per motivi di salute, anche se talora il loro voto è risultato decisivo per salvare il governo, come nel caso di Rita Levi Montalcini; qui la denominazione del capitolo è desunta dal titolo di una celebre commedia di De Filippo, che peraltro pregava “Non chiamatemi senatore, ci ho messo una vita per diventare Eduardo”). Un posto a parte è quello degli “abusivi”, politici di carriera spesso indennizzati in questo modo di ambiti traguardi mancati. Qui incontriamo la crema dei *leaders* politici di quella che è giornaltisticamente definita la “Prima Repubblica” o un altro tipo di “battitori liberi”, con (dice l'autore) “un grande avvenire dietro le spalle”: dai democristiani Andreotti, Colombo, Leone – senatore a vita ancora prima di discendere traumaticamente dal Quirinale, gravato da un'accusa infamante successivamente rivelatasi infondata – e ancora Fanfani, Taviani e perfino un sacerdote

come Sturzo, ai “laici” Merzagora, Nenni, Ruini, Spadolini, Valiani, da un capo della Resistenza come Parri ai napoletani De Martino e Napolitano (anch’egli senatore a vita già prima di uscire dal Colle dopo un insolito mandato presidenziale “lungo”), alla senatrice Ravera, a Paratore e a Monti. Contrapposti a quanti hanno accolto la nomina quale “premio alla carriera” precedente, ma senza curarsi troppo di ricambiare l’onore ricevuto con un’effettiva presenza nel palazzo, ecco infine i “benemeriti”, che al contrario hanno preso molto sul serio la loro funzione e ai lavori di palazzo Madama contribuiscono attivamente: assieme a nomi del passato i cui profili si leggeranno nel libro, sono ad esempio tali le senatrici Elena Cattaneo e Liliana Segre. Non fosse che per questi ultimi e per il loro impegno, c’è da dare ragione a Salvatore Curreri, che, scrivendo su *L’Unità* del 10 novembre del 2023 su questo punto specifico della prefigurata riforma costituzionale *in itinere*, invitava alla cautela prima di liberarsi *tout court* dell’istituto.

Ecco, concludiamo tornando anche noi alla riforma, con la quale avevamo incominciato. Una prima formulazione dell’articolo soppressivo garantiva ai senatori oggi in carica il completamento del mandato. Qualcuno si è poi accorto della *gaffe*, che invitava a scongiuri, ricordando implicitamente il titolo dell’aureo libretto di Ferdinando Petruccelli della Gattina *I moribondi di Palazzo Carignano*. Il testo reca perciò ora pur sempre la medesima assicurazione, ma indirizzata agli “attuali senatori a vita”: detta così, la sostanza è la stessa, ma la forma è più elegante, il *bon ton* è salvo.

Recensione a *Nel segno di Lorenza Carlassare. Testimonianze e ricordi*, a cura di GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI, Ferrara, Volta la Carta, 2023

SALVATORE PRISCO

1. Un elegante e ben stampato libretto, presentato nel corso di un seminario in suo onore il 22 settembre 2023 nel dipartimento di Giurisprudenza dell'università di Ferrara, sede in cui insegnò a lungo e che da allora le ha dedicato una sala, celebra a cura degli allievi Lorenza Carlassare, scomparsa il 22 agosto dell'anno precedente.

Il volume consta di tre parti e contiene materiali già editi, ma che è utile vedere raccolti in un unico testo. Nella prima sono comprese due interviste – la prima collettiva, sempre dei discepoli e di taglio sia pur affabilmente accademico, già premessa alla raccolta in più volumi degli studi in suo onore; una seconda ad una giornalista del quotidiano col quale collaborava abitualmente negli ultimi anni – e altrettanti suoi approfonditi profili culturali e scientifici, firmati rispettivamente da Giuditta Brunelli e Maurizio Pedrazza Gorlero (ma anche Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi ricordano qui in altre pagine, con affetto e con penetrazione intellettuale, la loro Maestra).

La seconda mette assieme i ricordi di colleghi e non solo (anche, ad esempio, dei direttori di due quotidiani decisamente di sinistra le cui pagine le erano aperte senza riserve, di alcuni loro autorevoli editorialisti, di una giornalista divenuta amica), omaggi al momento del congedo.

In appendice una vera chicca: i brevi commenti dell'autrice agli articoli sui principi costituzionali e su alcuni diritti fondamentali regalati ai lettori del *Fatto Quotidiano*, che era appunto la tribuna che preferiva per esercitare una parte di quella caratteristica azione di pedagogia civile che la rendeva immediatamente riconoscibile al grande pubblico e che lei giudicava prosecuzione naturale dell'impegno cattedratico per una professoressa di diritto costituzionale (tra gli allievi è Andrea Pugiotto ad averne ereditato la consuetudine con la collaborazione giornalistica e l'impegno in battaglie concrete per fare avanzare i diritti, ad esempio quanto alla condizione della popolazione carceraria). Praticava perciò senza imbarazzi e inutile sussiego questa estensione del proprio lavoro in aula, da ben prima che una simile attività fosse definita *terza missione dell'università* dalla sempre

fertile fantasia catalogatrice dei burocrati ministeriali che raggela in formule astratte e parcellizza in segmenti da quantificare in percentuale sul totale del lavoro da svolgere lo scorrere concreto e libero della vita umana.

2. Una volta elencati per invogliare a leggerla i contenuti dell'opera, essi ne vanno illuminati con una chiave di lettura, non essendo possibile e in fondo nemmeno utile riassumerne i molti spunti offerti, peraltro con valutazioni personali e scientifiche largamente convergenti tra i diversi contributi, che un approccio diretto al testo consentirà di individuare con facilità.

Chi scrive ne ha rinvenute almeno due, ma in entrambi i casi occorrono premesse esplicative. Padovana di nascita e formazione – ma con radici familiari nella provincia vicentina: questa dimensione di vita raccolta, lontana dal rischio di dispersività della grande città, la coltivò fino all'ultimo, al punto da unire in età matura alla cittadinanza onoraria di Montecchio Maggiore anche quella di Morcone, amena località montana del beneventano – e laureatasi molto precocemente in giurisprudenza, dopo un'iniziale iscrizione a Filosofia che però l'annojava («Mi avevano mandato a scuola prestissimo, da bambina ero una peste»; e forse non solo allora, si può aggiungere qui con simpatia), Lorenza Carlassare entrò tardi in carriera quale professoressa ordinaria. Per mancanza di preparazione, di impegno nel lavoro, di stima altrui? Tutt'altro. Di questo ritardo va piuttosto imputato il contesto, ossia l'assai conservatore ambiente accademico del Bo' (parliamo dei cultori del diritto, non saprei invece dire della situazione di altre discipline). Erano stati del resto proprio patavini i professori che avevano prestato le risorse della propria scienza al sostegno legale dell'ultima resistenza della monarchia, di carattere giudiziario, una volta resi noti i risultati del referendum istituzionale.

Appena laureatasi con Feliciano Benvenuti col massimo dei voti e la lode, la migliore del proprio anno di corso in tutto l'Ateneo, si sente infatti dire al ritorno dal viaggio di nozze, avendo nel frattempo pensato (anche) a sposarsi – lo farà due volte, essendo rimasta presto vedova del primo marito, il brillante filosofo del diritto Luigi Caiani, mentre il secondo (che volle affiliare dopo le nozze Raffaella, figlia del primo e che perciò da allora ne porta il cognome) fu l'altrettanto autorevole internazionalista Giovanni Battaglini – che le prospettive di andare avanti nel *cursus honorum* accademico sono precluse. Le viene perciò revocata la borsa *post lauream* in precedenza conferitale, nonostante il disappunto di Gaetano Arangio Ruiz, il docente di diritto internazionale che aveva ereditato dal collega veneziano anche l'incarico di insegnare costituzionale, che per protesta lascerà dopo quest'episodio.

Lei non si fa però scoraggiare e, dopo una pausa di qualche anno, si riproporrà con caparbietà, sorretta nel frattempo dall'approdo nella sua facoltà di Vezio Crisafulli, che riconoscerà in seguito poi come il suo vero maestro, che le ha tra l'altro fatto dono di una preziosa bussola metodologica: in ogni circostanza, i principi costituzionali vanno interpretati e applicati *magis quam valeant*.

È un periodo di passione per l'insegnamento, che non le verrà mai meno, speso in incarichi tra Padova e Verona, mentre scrive e pubblica inoltre due monografie e vari saggi, ma tutto questo non le ottiene il riconoscimento di allori, finché – chi ha detto che le favole non possano avverarsi anche nel mondo paludato degli Atenei? – Serio Galeotti, designato per caso in una commissione per sostituirvi un collega, ma senza nessun candidato da “portare” (come si diceva e si dice ancora), pone quale condizione per entrarvi quella che una delle cattedre in palio le sia assegnata, pur senza conoscerla di persona e non avendo ricevuto sollecitazioni in suo favore.

Così diventa la prima ordinaria di diritto costituzionale in Italia: a Messina, ma chiamata subito in quella Ferrara in cui nel 1797 la Repubblica Cispadana aveva affidato al suo segretario generale Giuseppe Compagnoni, un prete che si era secolarizzato (lo si ricordi per quanto si dirà oltre), il primo insegnamento italiano di *Diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale*.

Un cerchio che si chiude, in effetti: la cifra riconoscibile dell'intera esperienza di Lorenza Carlassare e della scuola scientifica che da lei è nata è stata appunto un costituzionalismo esigente, proposto attraverso tratti personali eleganti e comportamenti gentili nei rapporti coi colleghi (caratteristica accogliente che gli allievi hanno ereditato, avendo ad esempio dato avvio in via autonoma ai seminari di *Amicus Curiae*, un modo innovativo per la nostra cultura giuridica di prevedere e provare a orientare, senza dirlo esplicitamente, la futura giurisprudenza costituzionale), ma inflessibile nella difesa e nell'applicazione dei principi scaturiti dalla rivoluzione del 1789. Non a caso il duecentesimo anniversario della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* sarà celebrato in un volume del 1991 a sua cura, come una forma di “apostolato” nella loro diffusione, espressa attraverso quella sorta di pedagogia popolare che già sopra si ricordava, nel confronto costante con cittadini attivi e partecipi attraverso la parola detta e ricevuta: emblematica è stata la frequentatissima “Scuola di cultura costituzionale”, creata e per molti anni animata nella città natale. Spiccano inoltre, in questa stessa ottica, le *Conversazioni sulla Costituzione*, quanto di più vicino – e con un titolo rivelatore – a un manuale che l'autrice non ha in realtà mai scritto, perché l'organicità chiusa di un testo istituzionale sarebbe stata contraddittoria col suo metodo di interrogazione “aperta” e problematica della realtà, il dialogo del 2016 con la deputata pentastellata Silvia Chimienti, pubblicato col titolo *La scienza del popolo libero* e il sottotitolo *Dialogo sulla Costituzione e i suoi*

valori, in cui il primo è una definizione proprio di Compagnoni e già il precedente *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro* del 2012.

3. Averne ricordato il primato, in un tempo in cui non soltanto sono ormai molte le studiose di valore della materia già in cattedra o che si preparano ad andarci, ma addirittura esiste un agguerrito gruppo di pressione che le raccoglie, denominato *Le Costituzionaliste*, con un proprio *blog* e che pubblica una collana di libri a tema (per scherzo ho detto a qualcuna di loro, mia amica, nella fase di avvio organizzativo dell'iniziativa, che sono «Erinni per il momento non ancora diventate Eumenidi, ma tempo al tempo»), è una circostanza che richiama l'attenzione sul fatto che il famoso “soffitto di cristallo”, che ha costituito a lungo un freno all'affermazione femminile nella società, è ormai – almeno quanto alle giuriste e per molti ruoli istituzionali – ampiamente sfondato: manca ancora solo la presidenza della Repubblica, ma su tutte le altre posizioni (politiche, burocratiche, accademiche, scientifiche “dure”, professionali, aziendali e da sempre artistiche e sportive) le donne sono riuscite a piantare le loro bandiere, superfluo farne i nomi.

Eppure, nonostante che il suo sia stato ventilato per la Corte Costituzionale e talvolta tra le possibili candidature degne per il Quirinale da parte di forze politiche che, indicando per un ruolo di rilievo figure eminenti di riconosciuto valore, cercano in questo modo di acquistarsi meriti di perduta o forse mai davvero avuta verginità etica e civile, la nostra studiosa – a parte l'affiliazione a prestigiose accademie culturali – non ha rivestito onori e incarichi pubblici. Per indagarne il motivo occorre armarsi di pazienza, ponendo mano alla seconda chiave di lettura di questo libro, anche in questo caso prendendo il discorso da lontano.

Sul finire dell'intervista più articolata, l'interessata ribadisce che «il costituzionalista, a mio avviso...dovrebbe essere, se volete, la spina nel fianco del potere», mentre i più tra loro tendono invece a legittimarlo e aggiunge che questo le ha fatto avvertire a lungo la pressione del potere democristiano, «tanto più in quanto cattolica praticante». Invitata ad approfondire il punto, precisa che «la fede» – se non le impedisce un atteggiamento laico verso l'autorità ecclesiastica, che anch'essa esercita potere e quindi ricade sotto la direttiva a se stessa appena enunciata – «mi ha donato un grandissimo coraggio: mi ha sempre dato la sensazione che non dovevo rispondere a nessuno (su questa terra)».

Per uno scherzo del caso, il libro mi è stato recapitato nel giorno in cui i quotidiani e le televisioni davano notizia della scomparsa della scrittrice Michela Murgia, un'altra intellettuale che non nascondeva la propria fede, sia pure alimentata con una sensibilità lontana da quella più diffusa in coloro che si ritengono appartenenti a tale confessione: catechista dei ragazzini in gioventù, inserita a medio

livello nell'organizzazione dell'Azione Cattolica sarda prima di trasferirsi a Roma e che ha voluto per se stessa un matrimonio *queer*, qualunque cosa questo termine significhi e un funerale religioso nella Chiesa degli Artisti a Piazza del Popolo, a Roma. Aggiungo infine che un'iniziale formazione cattolica risulta avere ricevuto anche il filosofo politico Toni Negri, che a Padova insegnò Dottrina dello Stato a Scienze Politiche nel periodo in cui vi teneva per incarico un corso di diritto pubblico per incarico anche la nostra onorata, che dichiara sempre nell'intervista citata – forse con qualche eccesso di indulgenza e di selettività dei ricordi al riguardo, a dire il vero – di avere avuto simpatia per lui, per il movimento degli studenti e per il clima della città all'epoca.

«Quando mi rileggo, mi accorgo – diceva di se stessa – che l'impalcatura dei miei lavori è sempre e soltanto una: l'analisi critica del potere. Io, in fondo, detesto il potere». L'ipotesi che qui formulo è dunque che la legittimazione delle proprie ragioni morali ricercata fuori da una logica “mondana”, quanto al giudizio sul potere politico, finisca in taluni cattolici per tenerli lontani da possibili cadute di tensione civile, esaltandone la propensione alla radicalità e la tendenza a una scarsa duttilità di fronte alle circostanze. Come ben dice di se stessa la nostra protagonista, ma avrebbero potuto affermare anche gli altri due e forse l'avranno anche fatto, intanto posso giudicare con severità il potere politico in quanto non ne dipendo in nulla, in primo luogo quanto all'assunzione dei criteri per valutarne intenzioni manifestate e dissimulate, modalità operative e risultati raggiunti, ossia ho su di esso uno sguardo esterno e poi per avere evitato compromessi di basso livello per guadagnarne i favori.

4. Si accennava prima alle voci di coinvolgimento in impegni istituzionali che ogni tanto la sfioravano. Finì in effetti il proprio servizio di ruolo a Padova, dove era stata chiamata negli ultimi anni di insegnamento a sostituire Livio Paladin, che stava male: l'amico di una vita, anche se così diverso da lei, innanzitutto agnostico sul piano della fede religiosa, quindi di freddezza asburgica nel porgersi esteriore, quanto lei era invece di parola sempre scoppiettante ed empatica (“Miran dolina”, per il collega Alessandro Pace), infine fornito di un assai ricco *curriculum* di *grand commis d'État*.

A questo punto, molti si attendevano che venisse chiamata, per elezione parlamentare o per nomina presidenziale, alla Corte Costituzionale, il che invece non avvenne; detto incidentalmente, nessun Presidente della Repubblica e nessuna forza politica che la sostenesse nelle inevitabili trattative con le altre intesero mai rimediare e questo fa aleggiare un sospetto d'ipocrisia sulle tante dichiarazioni di stima pur tributatale nel corso degli anni.

Pesò al riguardo il giudizio di “inaffidabilità” di un influente uomo politico, del quale viene signorilmente taciuto il nome. Una valutazione peraltro non infondata, chiosa nel libro Gustavo Zagrebelsky, a sottolinearne una certa inattitudine alla mediazione, della quale può anche rinvenirsi una prova.

Siamo nell'estate del 2013. Dopo la singolare invenzione napolitaniana delle “commissioni dei saggi” per le riforme costituzionali, alla fine del suo settennato, il Presidente del consiglio Enrico Letta, nominato dopo la sua rielezione a Capo dello Stato, ne accoglie la sollecitazione e costituisce in giugno la propria, composta da trentacinque elementi, della quale Lorenza Carlassare accetta – inusualmente per lei – di fare parte. In realtà se ne pente pressoché immediatamente e già ai primi di luglio mette le mani avanti in un'intervista a Radio Radicale contro possibili tentativi di stravolgere la Costituzione, se mai qualcuno ne avesse nutrito l'intenzione. Non passa che una settimana e alla Camera Forza Italia impone una sosta di poche ore ai lavori d'aula, per protestare contro la fissazione di un'udienza di un processo contro Berlusconi, necessaria ad evitarne la prescrizione, nonostante le richieste di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato a comparire avanzate dalla difesa. Gesto di pura propaganda, di modesto effetto pratico e di nessuna risonanza duratura, si sarebbe detto dai più, ma che basta alla nostra per prendere carta e penna (o forse il *computer*) e vergare poche righe di irrevocabili dimissioni spedite al suo presidente, il ministro per le riforme Gaetano Quagliariello: «Non posso certamente continuare a far parte della Commissione di un governo sostenuto da una maggioranza che decide di fermare i lavori del Parlamento perché la data di una sentenza non consente a un imputato eccellente di fruire della prescrizione». In seguito, ma sempre sciolta da vincoli di partito, al tempo del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei componenti delle Camere sosterrà (con qualche sorpresa di chi ne apprezzava la posizione di storica sostenitrice del Parlamento, costantemente mantenuta) l'esito della riforma intervenuta in aula, ma senza il prescritto quorum di approvazione in seconda votazione, come del resto farà un altro costituzionalista democratico a ventiquattro carati, quale Valerio Onida: era severo in entrambi il giudizio sulle degenerazioni del ceto politico e segnatamente di quello della sinistra.

5. Per concludere, Lorenza Carlassare ha vissuto la vita della pioniera, entusiasmante e ricca di adrenalina, ma faticosa, giacché è stata la prima a inoltrarsi nella foresta da disboscare per aprire una via che poi altre hanno percorso agevolmente e lungo la quale si era avventurata con coerenza, senza dubbi e ripensamenti, perché (come dice a un certo punto) «Io ho sempre pensato di non dover rendere conto a nessuno: se non a scienza e coscienza. Dove per scienza intendo i miei studi e per coscienza la mia fede. Del potere non ho mai avuto soggezione».

Volere mantenersi liberi, però, fa anche pagare amari prezzi. Come Mosè, ha additato la terra promessa, ma non era destino che vi mettesse piede, pur se si continua ad avvertire l'eco del suo magistero. Anche per questa lezione – altrettanto importante di quelle che impartiva nel merito e sul metodo della sua professione – in molti l'abbiamo rispettata e amata, tanto più perché talora le debolezze e gli errori propri della condizione umana hanno tenuto tanti colleghi distanti dalla misura inarrivabile di rigore etico e scientifico che aveva imposto a se stessa.

Recensione a SALVATORE CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, seconda edizione rivista e aggiornata, Milano, Franco Angeli, 2023

SALVATORE PRISCO

Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento giuridico-economico dell'università Kore di Enna, che in questo momento dirige; apprezzato parlamentarista, che si è ormai affiancato al suo antico Maestro Armando Mannino nella revisione periodica di un fortunato manuale; attento e seguito commentatore di vicende della nostra vita costituzionale su quotidiani di diffusione nazionale e pugnaci *blog on line*, nonché – *last but not least* – autorevole membro del nostro comitato scientifico, una cui recensione si legge anche in questo stesso numero, Salvatore Curreri pubblica ora – a cinque anni di distanza dalla prima – la seconda edizione rivista e aggiornata del corposo volume qui segnalato, che oggi sfiora infatti le settecento dense pagine.

L'opera si segnala per alcune scelte metodologiche nette e non scontate. Innanzitutto la materia viene sistemata, dopo l'avvio di doveroso inquadramento storico e teorico-generale (se fosse un'opera lirica lo si definirebbe un'*ouverture* che anticipa i temi in seguito sviluppati distesamente), con un'intavolazione che tiene nel dovuto conto la circostanza che il nostro Paese non è una monade, ma è piuttosto pienamente inserito nella comunità internazionale e in primo luogo nell'Unione Europea e dunque si incomincia da qui. I diritti fondamentali sono proprio i mattoni essenziali di questa costruzione articolata in più livelli (considerando anche la molteplice entificazione territoriale e funzionale interna) e la loro tutela – come segnala opportunamente l'autore già nel primo capitolo – va assicurata muovendosi con agilità tra le molte e diverse Carte che li prevedono, facendo in modo da assicurare la prevalenza del criterio assiologico su quello gerarchico, con l'intento di offrire al giudice che deve rispondere alla richiesta di protezione della specifica situazione soggettiva che gli giunge la più ampia e intensa tutela possibile in concreto. In questa logica, le tradizioni nazionali conoscono comunque un ruolo di ultima trincea difensiva, ponendosi quali contro-limiti alla penetrazione del diritto di fonte non esclusivamente interna che violi condizioni culturali specifiche ed essenziali di ciascun Paese. Le Corti costituzionali e le opinioni pubbliche di diversi Paesi dell'Unione sono state infatti attente a salvaguardarle.

Solo a questo punto la trattazione introduce i soggetti della vicenda giuridica, individuati nelle figure (non prive di momenti di contatto, in virtù dell'apertura universalizzante dell'ordinamento assicurata dagli istituti dell'asilo politico e della

protezione dei rifugiati) del cittadino, dello straniero e dell'apolide: minutissima e rivisitata fino all'attualità del "decreto-legge Cutro" – dal nome della spiaggia calabrese, luogo di naufragio di un barcone di cittadini siriani, che è stata l'occasione della sua emanazione – la rassegna critica qui compiuta dei principali profili aperti della spinosissima questione migratoria.

Segue l'esame dei limiti generali e specifici ai diritti costituzionali e qui trova naturalmente collocazione anche l'esame degli strumenti impiegati da ultimo per proteggerci in emergenza dall'epidemia da Covid 19, fatti oggetti di attento scrutinio, a seguito del quale si conclude – respinta la tesi opposta – per la loro costituzionalità, del resto confermata dalle decisioni della Consulta in proposito.

Pone termine alla prima parte l'esame particolareggiato delle protezioni avverso errori o abusi contro il godimento dei diritti fondamentali derivanti da atti od omissioni del legislatore, dell'amministrazione e della giurisdizione, la quale è peraltro anche il presidio determinante che consente ai rimedi ricercati e apprestati di andare ad effetto.

Le due lunghe e articolate parti successive procedono poi nel modo apparentemente più ovvio e piano possibile, ossia non discostandosi per nulla – nella scansione dei capitoli – dal seguire pedissequamente l'ordine delle disposizioni costituzionali nel preciso modo in cui si susseguono, dalla prima a quelle ulteriori.

Attenzione tuttavia a non ingannarsi. In questo modo il catalogo delle situazioni di vantaggio e di svantaggio viene assemblato attorno ai principi dei quali esse sono attuazione e che richiedono di volta in volta opportuni e peraltro mai del tutto esaurienti bilanciamenti rispettivi. La scelta era già presente nella nostra manualistica e ha il merito di non limitarsi a parcellizzare le fattispecie, ma di trasmettere immediatamente e con chiarezza al lettore il quadro complessivo entro il quale si svolge la convivenza, compreso il ruolo degli apparati potestativi, in tale modo riguardati appunto dall'ottica dei diritti fondamentali. Il loro decisivo rilievo si comprende grazie all'aggettivazione ad essi attribuita (escogitata in origine dal filosofo antikantiano tedesco del Settecento Johann Georg Henrich Feder, perché da lui per primo furono assimilati ai diritti essenziali, risalenti al medioevo, che derivavano ai consociati dal godimento dei fondi rustici) e alla funzione duplice che presentano, com'è stato notato, essendo ora "scudi", ossia garanzie di difesa, ora "lance", cioè pretese a ottenere erogazioni di prestazioni, fin dal tempo della teoria dei "diritti pubblici soggettivi": questa è la categoria onnicomprensiva classica che in sostanza ancora accogliamo per classificarli e che, come si ricorda qui opportunamente già nelle prime pagine, risale a Georg Jellinek, il Maestro di Hans Kelsen. Egli peraltro la enunciò in un contesto storico e perciò teorico assai lontano e diverso da quello odierno, ossia innanzitutto statualistico e autoritario, ma naturalmente l'evolversi delle esigenze umane individuali e sociali ha finito col

depositare entro tale schema (non mancando del resto nemmeno di trasformarlo, nel senso di rendere la tutela dei diritti e degli interessi legittimi necessaria anche contro l'abuso loro recato da esorbitanti poteri privati) quanto è stato via via imposto dalla dinamica socio-politica, economica, culturale, tecnologica dipanatasi da allora e fino ai nostri giorni.

Apparente ripetitività sistematica, composizione dell'indice già presente in altri autori. Dov'è dunque la novità? Nel fatto che Curreri "spreme" con assoluto rigore dall'eccedenza assiologica di conformazione della realtà propria dei principi, rispetto ai più saldamente perimetrati diritti e doveri, tutte le possibilità esegetiche ricavabili e così facendo compone in realtà da subito (sotto le mentite spoglie di lezioni sui soli diritti fondamentali e i loro limiti) il canovaccio di un più ampio manuale di diritto costituzionale. Se un giorno vorrà scriverlo, dovrà certo colmare qualche spazio qui ancora lasciato bianco, ma senza poi fare grande sforzo, giacché sono già tracciate le linee portanti di un affresco che collega sovranità nazionale e aperture europeistiche e internazionalistiche e illumina il pluralismo articolato (assieme individualista e solidale, liberale e sociale, laico e – o meglio perché – rispettoso di tutte le fedi religiose e del non averne alcuna, unitario dalla conclusione dell'epopea risorgimentale, ma anche regionalista, garante della proprietà e dell'impresa privata, quindi del mercato, ma attento a contenerne l'operatività a fini di utilità collettiva) di una società troppo ricca di stimoli e di varianti per tollerare semplificazioni forzate. Leggiamo perciò e tra l'altro anche di biodiritto, laicità, coppie non tradizionali, mandato di arresto europeo, libertà di comunicazione e Internet e così via.

All'analisi qui compiuta dei diritti politici (che nascono dal principio democratico e dal suo rappresentarsi anche nei partiti, troppo presto dati per scomparsi e il cui rilievo l'autore non trascura al contrario di sottolineare) manca invece l'affiancamento di pagine sulla legge elettorale e sulla profilazione della forma di governo, ma – a parte il fatto che, collocate nel presente volume, esse avrebbero ecceduto il suo disegno di base e che l'autore non ci ha comunque lasciati nel tempo all'oscuro dei suoi orientamenti personali in argomento – si tratta di aspetti, con altri, sui quali al momento è molto meglio attendere prima di tentarne una sistemazione organica: licenziando questa nota non scommetteremmo infatti che l'ennesima ripresa di discussioni orientate a riformare segmenti essenziali della Costituzione – oggi nel senso del cosiddetto "premierato elettivo", del "regionalismo differenziato", di un processo penale più liberale – giunga davvero a un esito concreto. Viene in mente la massima di Mao Tse Tung: «Grande è il disordine sotto il cielo, la situazione è dunque eccellente».

Un'ultima notazione riguarda il tipo di formante che l'opera privilegia. Benché non manchino accenni alla dottrina, essi sono sobri, preferendosi di gran

lunga l'esame assai puntuale della giurisprudenza, insomma venendo la prima mediata dalla ricezione che ne fa questa. La scelta è conforme alla nostra tradizione tecnico-culturale degli studi giuridici, che addirittura vieta nelle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, ma con una regola portata generale, di citare per nome autori nelle sentenze, che devono imporsi per propria forza di convincimento e non in ragione del ricorso all'autorità dell'*ipse dixit*, mentre come noto è opposta in altri Paesi, come quelli latino-americani. In tale modo, seppure nata dall'accademia e a essa diretta principalmente, il volume finisce per essere utilmente impiegabile anche nella pratica del foro e di grande ausilio ai magistrati.

Auguriamo al libro la fortuna che merita, ma – benché l'indice sommario sia abbastanza particolareggiato – gli utenti si gioverebbero, in una auspicabile nuova edizione, di uno analitico ancora più ricco. Egualmente, se è comprensibile avere evitato una bibliografia finale di contributi dottrinali, per il motivo appena enunciato e per non appesantirne la mole ancora di più, forse innanzitutto gli studenti riceverebbero una guida a loro autonome esplorazioni in biblioteche di volumi tradizionali e di materiali sul web se potessero fruire di un' idonea, seppure magari sintetica, elencazione essenziale di testi a stampa e di siti Internet.

Sintesi dei contributi / Abstract

L'efficienza della giustizia nelle riforme processuali

ANNA MARIA NICO

L'intervento esamina il principio della effettività del processo nell'ambito delle riforme processuali che hanno caratterizzato l'ordinamento italiano dopo la modifica dell'art. 111 della Costituzione.

The paper analyses the principle of the effectiveness of the trial in the context of the reforms that have characterized the Italian legal system after the amendment of the art. 111 of the Constitution.

Efficienza, integrità e indipendenza della Magistratura: una prospettiva economica

MARCO MARIA SORGE

Il controllo giudiziario delle attività di influenza delle funzioni di governo è uno dei temi centrali del dibattito di political economy e della moderna teoria della potestà giudiziale. Oggetto di interesse è il ruolo che la struttura dell'organismo giuridico ricopre nel determinare il livello di permeabilità del sistema politico a interessi privati, in un contesto in cui le politiche pubbliche emergono quale risultato di un processo di interazione tra Governo, l'autorità giudiziaria e determinati gruppi organizzati di pressione. Il presente lavoro riformula in chiave critica le due principali ipotesi concettuali alla base dei modelli di *special interest politics* e *judicial review*, inquadrando entrambe in un semplice framework teorico di riferimento, capace di offrire indicazioni robuste in merito all'opportunità di salvaguardare i principi di indipendenza gerarchica e autonomia funzionale del potere giudiziario.

The judicial review of lobbying activities on government functions is one of the central themes of the debate on political economy and the modern theory of judicial power. Of particular interest is the role of the judiciary in determining the level of permeability of the political system to private interests, in a context in which the executive branch, judicial authorities and pressure groups interact in shaping public order. This paper critically revisits the two main conceptual foundations of economic models of *special interest politics* and *judicial review*, framing them in a simple theoretical structure that still provides robust indications about the importance of safeguarding the principles of hierarchical and functional independence of the judicial branch.

L'efficienza della giustizia in Europa

FILIPPO DONATI

Perché l'effettività della giustizia oggi è un problema non solo nazionale, ma anche dell'Unione europea? Quali sono le basi giuridiche in virtù delle quali l'Unione europea può intervenire in questa materia? Quali sono gli strumenti che possono essere utilizzati a tal fine? Le domande sono affrontate dall'Autore attraverso un'analisi del rapporto tra efficienza, qualità e indipendenza della giustizia.

Why is effective judicial protection a national problem not only for the Member States but also for the European Union? What are the legal bases for a European Union policy in this matter? What are the tools available for this purpose? The above questions are addressed by the Author through an analysis of the relationship between efficiency, quality, and independence of justice.

La tela di Penelope: dentro i paradossi dell'innovazione nei "sistemi giustizia" del Sud Europa

LUCA VERZELLONI

L'articolo intende analizzare gli effetti perversi e paradossali dei processi di innovazione, che stanno caratterizzando i "sistemi giustizia" del Sud Europa. Il saggio, frutto di un periodo pluriennale di ricerca empirica, ricostruisce la lunga "stagione" delle riforme, adottate negli ultimi anni in Grecia, Italia, Portogallo e Spagna per migliorare la qualità, l'efficacia e l'efficienza degli apparati giudiziari, concentrandosi sull'allargamento del "margine di manovra" dei magistrati dirigenti e sulla promozione di innovazioni "dal basso". L'articolo ambisce a inviare un messaggio ai *policy maker*, ai diversi livelli: per promuovere una governance responsabile e consapevole della giustizia, occorre abbandonare la ricerca di soluzioni apparentemente salvifiche per investire, invece, nella promozione di processi di apprendimento a livello sistemico.

This article aims to analyse the perverse and paradoxical effects of innovation processes currently characterizing the "justice systems" of Southern Europe. The essay, the result of multi-year period of empirical research, reconstructs the extensive "season" of reforms implemented in recent years in Greece, Italy, Portugal, and Spain to enhance the quality, effectiveness, and efficiency of judicial apparatuses. The focus is on the expansion of the "room for manoeuvre" of court presidents and the implementation of bottom-up innovations. The article aspires to convey a message to policymakers at various levels: to promote responsible and informed governance of justice, it is necessary to leave the pursuit of salvific solutions and, instead, invest in fostering systemic-level learning processes.

Il sistema giurisdizionale tra efficienza della macchina giudiziaria ed effettività della tutela dei diritti

LUCA LONGHI

In questo saggio si cercherà di ragionare sul sistema giudiziario in Italia e su alcune sue categorie fondamentali, in una prospettiva di riforma: giusto processo, ragionevole durata, valore della legge, efficienza, effettività della tutela dei diritti.

In this article we will try to think about the judicial system in Italy and some of its fundamental categories, from a reform perspective: fair trial, reasonable duration, value of the law, efficiency, effectiveness of the protection of rights.

Ufficio del processo civile ed efficienza dell'azione giudiziaria

ANTONIO CREMONE

Il contributo esamina la disciplina dell'Ufficio per il processo ("UPP"), sia al momento della sua introduzione nel 2014, sia all'esito delle modifiche legislative apportate nel 2021-22 (dopo l'adozione del PNRR), con l'obiettivo di comprendere se, ed in che misura, l'UPP sia in grado di contribuire all'efficientamento del sistema giustizia, esaminando le principali criticità dell'istituto, tracciando un bilancio provvisorio del suo funzionamento e delineando possibili sviluppi futuri.

The paper examines the regulation of the Italian Office for the process ("Ufficio per il processo" or "UPP"), both at the time of its introduction in 2014 and following the legislative changes made in 2021-22 (after the adoption of the PNRR), with the aim of understanding whether, and to what extent, the UPP can contribute to the efficiency of the Italian judicial system, examining the main critical issues related to this institution, drawing a provisional assessment of its functioning and outlining potential future developments.

Profili diacronici della valutazione professionale dei magistrati: il difficile punto di equilibrio fra verifica dell'efficienza e indipendenza

VINCENZO SENATORE

L'elaborato si propone, attraverso un percorso diacronico che parte dal 1966 fino ad arrivare all'articolo 3 della legge delega n. 71 del 17.6.2022, di mettere in risalto la questione cruciale sottesa al delicato tema della valutazione di professionalità del magistrato: la ricerca di un punto di equilibrio fra esigenza di una verifica sempre più effettiva dell'attività svolta dai magistrati e salvaguardia della loro indipendenza.

Si segnala la validità sul piano astratto dell'attuale sistema di valutazione della professionalità, caratterizzato da una procedimentalizzazione - prima totalmente sconosciuta - che prevede il coinvolgimento del diretto interessato, del capo dell'ufficio, del Consiglio Giudiziario e, attraverso tale organo di autogoverno decentrato, anche dei singoli componenti, fra i quali quelli indicati dal Consiglio dell'ordine degli Avvocati, cui è riconosciuto un potere di segnalazione.

Non si disconosce, in concreto, il mancato raggiungimento di risultati soddisfacenti, come dimostrato dall'esiguo numero di valutazioni non positive o negative espresso negli anni.

Nel sollevare dubbi di legittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'articolo 3 lett g) della legge delega 71/22, si auspica un intervento normativo che attribuisca al Consiglio Giudiziario maggiori risorse, eventualmente anche riconoscendo ai componenti di svolgere le funzioni in esclusiva, e si ipotizza un allineamento delle modalità deliberative rispetto a quelle del CSM.

The essay aims, through a diachronic path that starts from 1966 until reaching article 3 of the delegated law 17.6.2022, no 71, to highlight the crucial issue underlying the delicate theme of the evaluation of the magistrate's professionalism: the search for a balance point between the need for an increasingly effective verification of the activity carried out by magistrates and the safeguarding of their independence.

The validity of the current system of evaluating professionalism is highlighted on an abstract level, characterized by a process - previously unknown - involving the person concerned, the head of the office, the Judicial Council and, through this body of self-government, even individual members, among whom those

individual members, among whom those indicated by the Council of the Bar Association, which is recognized a power of reporting.

In practice, the failure to achieve satisfactory results is not denied, as demonstrated by the small number of non-positive or negative evaluations expressed over the years.

The essay raises the issue of the constitutional legitimacy of the provision contained in Article 3 letter g) of the delegated law 71/22. It also hopes for a regulatory intervention that assigns greater resources to the Judicial Council, possibly even recognizing the exclusive functions of its members, and hypothesizes an alignment of deliberative methods with those of the Superior Council of the Judiciary (CSM).

La “professionalità efficiente” del giudice nel processo di omogeneizzazione della funzione pubblica

MARCO GALDI

La professionalità connota la figura del magistrato fin da quando, all'alba dei moderni sistemi giuridici occidentali, si registra il superamento dell'opzione elettiva prospettata da Montesquieu. Essa si consolida attraverso la selezione per concorso, che già a metà del XIX secolo si registra prima nello Stato sabaudo e poi nel Regno d'Italia. Nella Costituzione italiana si colora di indipendenza, attraverso la garanzia di autonomia dei giudici, la loro esclusiva soggezione alla legge e l'esercizio della funzione in nome del popolo. Nella più recente evoluzione, in particolare con la legge n. 71 del 2022, nel contesto di un più generale processo di omogeneizzazione della funzione pubblica, la professionalità del magistrato si caratterizza sempre di più per la sua vocazione all'efficienza.

Professionalism characterizes the figure of the magistrate ever since, at the dawn of modern Western legal systems, the elective option proposed by Montesquieu is overcome. It consolidates through a selection based on competition, which was already experienced in the mid-19th century first in the State of Savoy and then in the Kingdom of Italy. In Italian Constitution it is colored with independence, through the guarantee of autonomy of the judges, their exclusive subjection to the law and the exercise of their function in the name of the people. In its most recent evolution, in particular with law n. 71 of 2022, in the context of a more general process of public function homogenization, the professionalism of the magistrate is increasingly characterized by his vocation to efficiency.

Interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale: note a margine dell'esercizio dell'azione disciplinare del Ministro Nordio nel caso Uss

MARIA GRAZIA NACCI

Il lavoro prende le mosse dalla notizia dell'azione disciplinare promossa dal ministro della Giustizia Nordio nei confronti dei tre giudici della Corte d'Appello di Milano che – nonostante il parere contrario della Procura – avevano ‘negligentemente’ disposto la scarcerazione e la misura dei domiciliari per Artem Uss, l'imprenditore russo accusato di reati molto gravi, poi agevolmente evaso. Si propone, così, una più generale riflessione sul tema della responsabilità disciplinare dei magistrati nel nostro sistema, con particolare riguardo ai casi in cui l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove possono avere rilevanza disciplinare, al fine di chiarire se Nordio abbia esercitato nel caso di specie una sua prerogativa, ovvero abbia posto in essere un “tentativo di invasione della sfera di competenza della giurisdizione”, come denunciato dalla Giunta esecutiva dell'Associazione Nazionale Magistrati (ANM).

The work starts from the news of the disciplinary action promoted by the Minister of Justice Nordio against the three judges of the Court of Appeal of Milan who – despite the contrary opinion of the Prosecutor's Office – had ‘negligently’ ordered the release and the house arrest for Artem Uss, the Russian entrepreneur accused of very serious crimes, then easily escaped. Thus, a more general reflection is proposed on the topic of disciplinary responsibility of magistrates in our system, with particular regard to the cases in which the activity of interpretation of rules of law and that of evaluation of the fact and evidence may have disciplinary relevance, in order to clarify whether Nordio has exercised his prerogative in this case, or has carried out an “attempt to invade the sphere of competence of the jurisdiction”, as denounced by the Executive Board of the National Association of Magistrates (ANM).

Quattro note sull'indipendenza delle magistrature 'speciali'

ANTONIO D'ALOIA

Il contributo ripercorre le tappe principali della storia costituzionale e legislativa delle giurisdizioni speciali, sottolineando come l'autogoverno anche di queste magistrature sia una soluzione costituzionalmente obbligata. Nella parte finale vengono esaminate alcune anomalie che ancora rimangono nella organizzazione di questi apparati giurisdizionali.

The paper outlines the main stages in the constitutional and legislative history of special courts, emphasizing how self-government of even these judiciaries is a solution imposed by the Constitution. The final part examines some anomalies that still remain in the organization of these jurisdictions.

Brevi osservazioni sul Csm: composizione, funzioni e ruolo nel sistema costituzionale

ROBERTO ROMBOLI

Lo scritto ripercorre i momenti più rilevanti ed i problemi posti dalla attuazione del Consiglio superiore della magistratura, partendo dalle ragioni per le quali fu istituito questo nuovo organo, non presente nell'ordinamento anteriore, individuate nel nuovo ruolo che la Costituzione ha inteso assegnare al giudice.

L'A. si sofferma quindi sulla natura tassativa o finalistica delle attribuzioni riconosciute al Csm e sulla sua incidenza per la tutela della autonomia e indipendenza della magistratura.

Viene poi affrontato il tema della composizione del Csm, sia per quanto il sistema di elezione dei "laici", sia per quello dei "togati".

Il saggio si chiude con alcune valutazioni in ordine alla "politicizzazione" del Csm che alla più volte affermata "degenerazione correntizia".

This paper retraces the most relevant moments and the problems posed by the implementation of the Supreme Judicial Council (*Consiglio superiore della magistratura* or CSM), starting from the reasons why this new institution was established, not present in the previous system; these reasons are identified in the new role that the Constitution decided to assign to the judges.

The Author focuses, thus, on the mandatory or finalistic nature of the powers recognized to the CSM and its impact on the protection of the autonomy and independence of the judiciary.

The issue of the composition of the CSM is then addressed, both in terms of the system of election of "lay" members and those of the "togate" members.

The essay concludes with some evaluations regarding the "politicization" of the CSM and the often stated "current degeneration".

Il principio di indipendenza e l'autogoverno della magistratura militare

MARIA MICHELA TERESA MAZZILLI

L'intervento ripercorre il lungo e articolato processo di riforma che ha consentito di ridisegnare struttura e competenze degli organi giudiziari militari e di istituire l'organo di governo autonomo della magistratura militare, delineandone, sulla base del modello costituito dal Consiglio superiore della magistratura, composizione e attribuzioni in modo tale da garantire la piena attuazione dei principi costituzionali.

The paper retraces the long and complex reform process which has redesigned the structure and competences of the military judicial bodies and has established the autonomous governing body of the military judiciary, outlining, according to the model established by the Superior Council of the Judiciary, composition and powers in such a way as to guarantee the full implementation of constitutional principles.

Appalti e Disabilità

FABIO ALTAMURA

Secondo la definizione formale, gli appalti pubblici sono lo strumento attraverso il quale le stazioni appaltanti acquistano lavori, beni e servizi per conseguire e realizzare il pubblico interesse. Fermo restando ciò, è emerso da tempo che le Stazioni appaltanti da un lato partecipano al mercato come “acquirenti”, dall’altro, inserendo clausole sociali, promuovono interessi del tutto estranei alla propria finalità di acquisto, ma attinenti - sotto altro aspetto - al bene pubblico. Ed infatti, sia sul piano europeo che sul piano nazionale è promossa, ad oggi, una «gestione socialmente responsabile» degli appalti pubblici che si manifesta introducendo clausole volte alla promozione di criteri ambientali, della parità di genere, di promozione dell’assunzione di giovani e, non da ultimo, della tutela dei diritti delle persone disabili. Questo lavoro si pone l’obiettivo di analizzare lo sviluppo che ha caratterizzato, sia sul piano nazionale che europeo, la piena presa di coscienza della rilevanza sociale degli appalti pubblici e, più nel dettaglio, del ruolo di catalizzatore che gli stessi rivestono nell’ambito della tutela dei diritti delle persone disabili; a fronte anche delle spinte del legislatore comunitario, gli appalti pubblici prescrivono adempimenti – a pena di esclusione - che incentivano, promuovono e garantiscono la tutela delle persone disabili da parte degli operatori economici presenti sul mercato.

According to the formal definition, public procurement is the instrument through which contracting authorities purchase works, goods and services to achieve and realize the public interest. Without prejudice to this, it has long emerged that the contracting authorities on the one hand participate in the market as “buyers”, on the other, by inserting social clauses, they also promote interests that can be unrelated to their purchasing purposes but are in other ways pertinent to the public good. Both at European and national level, a “socially responsible management” of public procurement is being promoted today: in modern structuring of bid documentation, in fact, awarding authorities often introduce clauses, requirements, criteria for the evaluation of the bids aimed at promoting environmental criteria, gender equality, hiring of young people and, last but not least, the protection of the rights of disabled people. This

work aims to analyze the development that has characterized, both at National and European level, the full awareness of the social relevance of public procurement and, more specifically, of the catalytic role that they play in the protection of the rights of disabled people; also in response to the aims set forth by the EU legislator, public procurement regulation prescribes obligations - under penalty of exclusion – to incentivize, promote and guarantee the protection of disabled people by economic operators when participating in award procedures.

Il dibattito pubblico nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime considerazioni rispetto ad alcune aporie di sistema

ALESSANDRO DI MARTINO

Il presente scritto analizza l'evoluzione nel nostro ordinamento del dibattito pubblico e della partecipazione democratica per la realizzazione delle grandi infrastrutture. Dopo aver effettuato una ricognizione normativa, l'articolo si focalizza sul nuovo modello di dibattito pubblico, disciplinato dall'articolo 40 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Dall'analisi della disposizione, emergono diversi limiti: la scomparsa della Commissione Nazionale per il dibattito pubblico; la possibilità solo per i soggetti organizzati in associazioni di partecipare al dibattito pubblico; il richiamo improprio alla disciplina emergenziale sul dibattito pubblico per la realizzazione di opere finanziate dal Pnrr.

This paper analyses the evolution of public debate and democratic participation in the implementation of major infrastructures in the Italian legal system. Following a regulatory reconnaissance, the article focuses on the new model of public debate, governed by Article 40 of the new Public Contracts Code. The analysis of the provision reveals several limitations: the disappearance of the National Commission for Public Debate; the possibility only for subjects organised in associations to participate in the public debate; the inadequate reference to the emergency discipline on public debate for the realisation of works financed by the NRP.

Il *premierato* nella crisi della democrazia rappresentativa

ANDREA PIRAINO

L'analisi che si svolge nello scritto che segue mira ad evidenziare quali siano le condizioni minime indispensabili perché si possa introdurre nel nostro ordinamento costituzionale la figura del *premier* eletta direttamente con voto popolare. In questa prospettiva si sostiene, come primo punto fondamentale, che qualsiasi riforma non può prescindere dal difficile ma efficace equilibrio dei poteri disegnato dai costituenti tra la funzione di governo e la funzione di controllo in un rinnovato rapporto non più fiduciario ma funzionale tra il governo ed il parlamento. Continuando, si afferma inoltre che la introduzione del *premierato* implica la necessaria modifica del vigente bicameralismo paritario in due diverse camere rappresentative, l'una, dell'unità politica della nazione e, l'altra, del pluralismo territoriale delle comunità. Infine, concludendo, si dimostra che l'elezione diretta del *premier* non può concretizzarsi solo nel rafforzamento della *governance* ma deve mirare, soprattutto, ad un rilancio della democrazia.

The analysis carried out in the following paper aims to highlight the minimum conditions necessary for introducing the figure of the prime minister directly elected by popular vote into our constitutional system. In this perspective it is argued, as a first fundamental point, that any reform cannot ignore the difficult but effective balance of powers designed by the constituents between the government function and the control function in a relationship that is no longer fiduciary but functional between the government and the parliament. Continuing, the introduction of the *premiership* implies the necessary modification of current equal bicameralism in two different representative chambers, one of political unity of the nation and the other of territorial pluralism of the communities. Finally, it is demonstrated that the direct election of the prime minister cannot only result in the strengthening of governance but must aim, above all, at a relaunch of democracy.

Merito e Costituzione. In ricordo di Beniamino Caravita

SALVATORE PRISCO

Il saggio (in memoria del professor Beniamino Caravita) ricostruisce il dibattito sul concetto di merito in filosofia, sociologia, economia, e soprattutto nei luoghi e nei processi dell'educazione (scuola e università) per confrontarlo con l'idea costituzionale di solidarietà sociale.

The essay (in memory of Professor Beniamino Caravita) rebuilds the debate on the concept of merit in philosophy, sociology, economy, and especially in places and processes of education (school and university) to compare it with the constitutional idea related to social solidarity.

Limite al rinnovo dei mandati degli organi direttivi delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate e principio di proporzionalità. Un motivo in più a sostegno della natura mista delle federazioni sportive

GIOVANNI SERGIO

Il presente lavoro si sofferma sulla dibattuta tematica afferente al rinnovo dei mandati elettivi degli organi direttivi delle federazioni sportive nazionali e delle discipline sportive associate, dando rilevanza al particolare ruolo assunto dal principio di proporzionalità quale criterio ermeneutico atto a individuare il limite di operatività di una norma. La questione di legittimità al vaglio della Consulta ha ad oggetto l'art. 16, co. 2, del D.Lgs n. 242 del 1999 (Disciplina per il riordino del CONI ai sensi dell'art. 11 L. n. 59 del 1997), nella parte in cui veniva stabilito un divieto definitivo di partecipazione alle cariche apicali per quei soggetti che avevano già preso parte alla vita attiva dell'ente per un periodo superiore ai tre mandati. Al centro del dibattito, in particolare, risultava (come risulta) essere la particolare portata di tale norma, avendo la legge ordinaria sopra citata una rilevanza programmatica alquanto ampia, obbligando le singole federazioni ad adeguarsi al summenzionato divieto con norme regolamentari interne, come quella impugnata dal ricorrente (art. 54 del regolamento della FITP). In questo senso, la pronuncia in esame offre rilevanti spunti ermeneutici, soprattutto con riguardo alla dibattuta natura giuridica delle federazioni sportive e sulla possibilità per gli organi di giustizia sportiva di adire la Consulta nonostante la propria natura giustiziale. Ad ogni modo, il principale contributo offerto dalla Corte costituzionale resta in sede di bilanciamento tra principi di pari rango, venendo stabilito un principio generale applicabile all'intero panorama normativo, definito nel testo come ricerca del "giusto mezzo", dovendo l'interprete, al pari del giudice, nel vaglio di costituzionalità di una norma, valutare se essa, fra le misure idonee a perseguire un fine in se' non illegittimo, sia anche quella meno restrittiva degli altri interessi coinvolti.

This paper focuses on the debated issue relating to the renewal of the elective mandates of the governing bodies of the national sports federations and

associated sports disciplines, giving relevance to the particular role assumed by the principle of proportionality as a hermeneutic criterion suitable for identifying the operational limit of a rule. The question of legitimacy being examined by the Consulta concerns the art. 16, co. 2, of Legislative Decree no. 242 of 1999 (Discipline for the reorganization of CONI according to art. 11 L. n. 59 of 1997), in the part in which a definitive ban on participation in top positions was established for those subjects who had already taken an active part in the life of the organization for a period exceeding three mandates. At the center of the debate, in particular, was (as it turns out) the particular scope of this rule, the ordinary law cited above having a rather broad programmatic relevance, obliging the individual federations to adapt to the aforementioned prohibition with internal regulatory rules, such as that contested by the appellant (art. 54 of the FITP regulation). In this sense, the ruling in question offers relevant insights, starting from the nature of sports federations, up to the question attributable to the judicial nature of sports justice bodies and, consequently, to the possibility for these subjects to provoke the intervention of the Consult in case of alleged unconstitutionality of the law. In any case, the main contribution offered by the Constitutional Court remains in the context of balancing principles of constitutional relevance, establishing a general principle applicable to the entire regulatory panorama, defined in the text as the search for the “right means” of evaluation, where the interpreter must have regard to whether the contested provision has introduced, among the measures suitable to satisfy him, the least restrictive of the interests involved.

Una rilettura aggiornata su forma e formazione del Governo in Spagna (guardando al progetto italiano di riforma costituzionale)

DANIELE CAMONI

Il presente contributo affronta, in prospettiva comparata, le recenti evoluzioni della forma di governo in Spagna e i contenuti del disegno di legge di revisione costituzionale della forma di governo italiana. L'obiettivo è dimostrare che, al di là dei modelli teorici disegnati nelle rispettive Costituzioni e delle disposizioni formali in esse contenute, le forme di governo mutano sulla base degli equilibri politici contingenti, dei quali bisogna necessariamente tenere conto anche nel caso in cui si intenda riformare il sistema costituzionale dei rapporti tra poteri.

The present essay deals with the recent evolutions of the form of government in Spain and the constitutional reform process of the Italian form of government in a comparative perspective. The main goal is to demonstrate that, beyond the theoretical models of these Constitutions and their formal provisions, the forms of government change on the basis of specific political balances, which must necessarily be taken into account also while considering the reform of constitutional relations between different powers.

La Costituzione svizzera del 1848, laboratorio del costituzionalismo europeo

GIORGIO GRASSO

L'articolo ricostruisce gli eventi e le vicende politico-istituzionali che hanno portato alla nascita della prima Costituzione federale della Confederazione elvetica, quella del 1848, di cui si sono celebrati nel 2023 i 175 anni di vita. Anche attraverso una breve comparazione con il coevo Statuto Albertino, il contributo evidenzia l'originalità di molte disposizioni di questo risalente testo costituzionale, che lo rendono un modello del costituzionalismo europeo contemporaneo.

The article analyses the events and the political-institutional facts that led to the creation of the first federal Swiss Constitution, that of 1848, the 175th anniversary of which was celebrated on 12 September 2023. Through a brief comparison with the coeval Albertine Statute, the contribution highlights the originality of many provisions of this ancient constitutional text, which makes it a model of contemporary European constitutionalism.

Il diritto all'istruzione nel sistema italiano e statunitense: un'analisi comparata

DAMIANO FUSCHI e MARTINA IEMMA

Il presente contributo offre una prospettiva comparata sul diritto allo studio con riferimento a due diversi modelli in termini di diritti e sistemi scolastici: quello italiano e quello americano. Il contributo ripercorre l'evoluzione storica del diritto allo studio in Italia, dall'età liberale al riconoscimento costituzionale del diritto/dovere all'istruzione e del diritto allo studio. Il contributo esamina anche le origini dei sistemi educativi negli Stati Uniti, dove il diritto allo studio non è ancora diventato un valore costituzionale. Il contributo analizza poi la giurisprudenza della Corte Suprema sui temi della parità di accesso e della qualità dell'istruzione. Infine, il contributo discute il ruolo del principio meritocratico in entrambi i sistemi e le sfide poste dalle disuguaglianze sociali ed economiche che incidono sulla realizzazione del diritto all'istruzione.

This paper aims to offer a comparative perspective on the right to education by referring to two different models in terms of rights and school systems: the Italian and the American ones. The paper traces the historical evolution of the right to education in Italy, from the liberal era to the constitutional recognition of the right/duty to education and the right to study. The paper also examines the origins of the education systems in the United States, where the right to education has not yet become a constitutional value. The paper then analyzes the jurisprudence of the Supreme Court on the issues of equal access and quality of education. Finally, the paper discusses the role of the meritocratic principle in both systems and the challenges posed by the social and economic inequalities that affect the realization of the right to education.

Soziale Marktwirtschaft e costituzione economica “conforme”: una rilettura del pensiero giuridico-economico alle radici del modello europeo

GIOVANNI LUCHENA

Il contributo si propone di ricostruire parte delle coordinate teoriche del modello dell'economia sociale di mercato attraverso la “rilettura” di taluni scritti dei suoi più eminenti esponenti. Vengono prese in considerazione, inoltre, alcune delle sue applicazioni a livello istituzionale nel quadro dell'Unione europea al fine di porre in luce gli elementi maggiormente caratterizzanti il modello.

The essay aims to trace part of the theoretical profiles of the social market economy model through the “rereading” of some of the writings of its most eminent exponents. Furthermore, some of its applications at an institutional level within the framework of the European Union are taken into consideration in order to highlight some of the elements that characterize the aforementioned model.

Per una scuola della Costituzione

MASSIMO BALDACCI

L'articolo analizza due modelli di scuola. Il primo modello è quello della scuola neoliberista, caratterizzata dalla formazione del capitale umano e dello spirito competitivo. L'altro modello è quello della scuola della Costituzione, fondata sul diritto all'istruzione e ispirata ai valori della Carta costituzionale. Si sostiene che il primo modello è oggi predominante, ma il secondo è quello da realizzare.

The paper analyses two school models. The first model is that of the neo-liberal school, characterized by the formation of human capital and competitive spirit. The other model is that of the school of the Constitution, founded on the right to education and inspired by the values of the Constitutional Charter. It is argued that the first model is predominant today, but the second is the one to be implemented.

Francesco Mario Pagano: prefigurazione e ideazione della Repubblica Napoletana del '99

ALBERTO GRANESE

Il saggio rileva che nell'organizzazione strutturale e nell'impostazione teorica della prima edizione (1783-1785) dei *Saggi politici* di Francesco Mario Pagano, non solo sono privilegiati, a differenza della seconda edizione (1791-1792), i momenti di più alta tensione democratica e le esigenze più sentite di eguaglianza civile, ma si avvertono anche, e in maniera più consistente, i segnali premonitori delle progressive incrinature delle fiduciose speranze riposte dagli intellettuali napoletani nell'assolutismo illuminato e riformatore. Pagano, con un'opera tragica in versi, *Gli esuli tebani* (1782), dedicata a Gaetano Filangieri, composta proprio nello stesso periodo in cui dava alle stampe la prima edizione dei *Saggi politici*, dimostra che, oltre a essere stato, sotto il profilo costituzionale e giuridico nelle sue *Considerazioni sul processo criminale* (1787 e 1799), l'ideatore della Repubblica partenopea del '99, ne aveva prefigurato anche la realizzazione, attraverso una vittoriosa azione rivoluzionaria; non riuscì, purtroppo, a prevederne gli esiti funesti per il ritorno dei tiranni.

The essay notes that in the structural organization and theoretical approach of the first edition (1783-1785) of Francesco Mario Pagano's *Political Essays*, not only are privileged, unlike the second edition (1791-1792), the moments of highest democratic tension and the most heartfelt needs of civil equality, but there are also, and more consistently, warning signs of the progressive cracks in the confident hopes placed by Neapolitan intellectuals in enlightened and reforming absolutism. Pagano, with a tragic work in verse, *Gli esuli tebani* (1782), dedicated to Gaetano Filangieri, composed precisely in the same period in which he published the first edition of the *Political Essays*, demonstrates that, in addition to having been, from the constitutional and juridical in his *Considerations on the criminal trial* (1787 and 1799), the creator of the Neapolitan Republic of '99, had also prefigured its realization, through a victorious revolutionary action; Unfortunately, he was unable to foresee the disastrous outcomes for the return of the tyrants.

I collaboratori di questo numero

FABIO ALTAMURA è Assegnista di Ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Salerno.

MASSIMO BALDACCI è Professore Ordinario di Pedagogia generale e sociale presso l'Università degli Studi Carlo Bo di Urbino.

DANIELE CAMONI è Ricercatore a tempo determinato (RTD-A) in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Milano.

GIUSEPPE CIAMPA è Presidente del Tribunale di Salerno.

ANTONIO CREMONE è Assegnista di Ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze nonché co-docente a contratto di Diritto pubblico presso l'Università Statale di Milano.

ANTONIO D'ALOIA è Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Parma.

ALESSANDRO DI MARTINO è Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

FILIPPO DONATI è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze

DAMIANO FUSCHI è Ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Milano.

ALBERTO GRANESE è Professore ordinario di Letteratura Italiana nell'Università degli Studi di Salerno.

GIORGIO GRASSO è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

MARCO GALDI è Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Salerno.

MARTINA IEMMA è Dottoranda in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

ALESSIO LANZI è già Professore ordinario di diritto penale nelle Università degli Studi di Parma, Milano e Milano Bicocca, è Componente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria.

LUCA LONGHI è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Telematica Pegaso

GIOVANNI LUCHENA è Professore ordinario di Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

MARIA MICHELA TERESA MAZZILLI è magistrato militare e componente del Consiglio della Magistratura Militare.

VITO MORMANDO è Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro e Vicepresidente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Contabile.

MARIA GRAZIA NACCI è Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

ANNA MARIA NICO è Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

ANDREA PIRAINO è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo

GIUSEPPE PONTERA è Assegnista di ricerca, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

SALVATORE PRISCO è già Professore ordinario di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

ROBERTO ROMBOLI è Emerito di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Pisa e Consigliere del CSM.

VINCENZO SENATORE è Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

GIOVANNI SERGIO è dottorando di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Salerno.

MARCO MARIA SORGE è Professore associato di Politica economica presso l'Università degli Studi di Salerno

FRANCESCO URRARO, Avvocato e Componente del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa.

LUCA VERZELLONI è Ricercatore di Sociologia dell'organizzazione presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

