GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e società

La deontologia giudiziaria nel contesto del mercato deregolato

di Giancarlo Montedoro

6 ottobre 2026

Sommario: 1. Quello che non si può comprare – 2. La tendenza verso il New public management in magistratura – 3. Il modello di una magistratura colta – 4. La necessità di una formazione comune avvocati magistrati – 5. I mali del carrierismo e del burocratismo – 6. Il dialogo – essenza della democrazia – come virtù eminente del magistrato ed i limiti alla pratica dello stesso – 7. Il pm separato ma non autoreferenziale (la difficile attuazione dell'art. 1 comma 9 lettera i) della legge n. 134 del 2021) – 8. Il problema del giudice nel mondo della post-verità: l'orizzonte della società non litigante – 8.1. Il rapporto fra disposizione e norma ed il ruolo dell'interpretazione – 8.2. Il problema della libertà di manifestazione del pensiero del magistrato – 8.3. Il problema della partecipazione ai gruppi sociali – 9. Auden

---

1. Quello che non si può comprare

L'ordinamento giuridico ci deve ricordare il senso del limite.

Il diritto è attività che traccia il limite ed i limiti devono essere chiari.

La società è divenuta via via più complessa ed i limiti incerti.

Ne nasce una insofferenza verso i limiti.

Viviamo in tempi nei quali il turbocapitalismo non ammette grandi limiti.

Quasi tutto è in vendita – ci ricorda M. Sandel nel suo *I limiti morali del mercato*[1] – e basta scorrere il suo elenco di "cose che si possono comprare" per avere un'idea di come l'egoismo narcisistico, l'individualismo possessivo, il danaro come idolo siano la cifra del mondo che viviamo.

Questo utilitarismo materialistico senza limiti è l'esito inconfessabile – ma dispiegato sotto i nostri occhi – del liberismo economico non corretto (certo diverso fra le due sponde dell'Atlantico nel mondo che usavamo chiamare Occidente) che ha reso la politica un sottosistema del sistema economico, così svuotando il progetto del costituzionalismo della seconda metà del Novecento.

Sandel insegna ad Harvard filosofia morale ed è un kantiano.

Egli ci dice che si possono comprare una cella di categoria superiore (82 dollari a notte prezzi di un quindicennio fa); l'accesso a corsie veloci in autostrada nelle ore di punta (soli 8 dollari ma dipende dalla fascia oraria può essere meno); i servizi di una madre surrogata indiana (circa 6000 dollari); il diritto di immigrare in certi paesi (legato alla soglia di 500.000 dollari); il diritto di sparare ad animali in via di estinzione (circa 150.000 dollari); il numero di telefono cellulare del medico (circa 1500 dollari l'anno); il diritto di inquinare l'atmosfera (13 dollari per una tonnellata di Co2); l'ammissione dei figli ad università prestigiose.

Si possono anche vendere molte cose nella società del mercato deregolato a sfera pubblica debole (l'Italia – spesso criticata per questo – ha una sfera pubblica forte per dettato costituzionale): si può affittare il corpo facendolo tatuare per campagne pubblicitarie; ci si può offrire come cavie umane nelle sperimentazioni tecnologiche postumane; ci si può offrire per fare i mercenari nelle guerre che si combattono in giro nel mondo; stare in fila a Capitol Hill per tener il posto ai lobbisti; ci si può impegnare con la propria società assicuratrice a perdere peso così ottenendo sconti sulla polizza sanitaria; si può fare una polizza vita su una persona anziana o malata (facendo una scommessa sulla vita altrui).

Il diritto coincide con lo sguardo del terzo che media, stabilisce confini, ricorda il senso del limite della legge che la collettività ha posto.

Il giudice vive nel contesto morale determinato dal capitalismo deregolato.

La sua deontologia deve consentirgli di svolgere il proprio ruolo nel mondo del mercato deregolato a difesa della dignità umana.

2. La tendenza verso il New public management in magistratura

Il New public management è uno stile di governo dell'amministrazione che si è affermato negli anni Ottanta del secolo scorso ed ha rimpiazzato l'idea del rapporto di pubblico impiego come legata alla sovranità**[2]**.

Le caratteristiche centrali di questo approccio includono:

Orientamento al cliente: i cittadini sono considerati utenti/clienti e i servizi pubblici come prodotti.

Misurazione delle performance: l'utilizzo di indicatori di risultato (KPI) per valutare l'efficienza del personale e degli uffici.

Decentralizzazione e competizione: l'introduzione di logiche di mercato all'interno degli enti e tra enti diversi (ad es. comparazione dei risultati fra uffici diversi nella scelta dei dirigenti).

Naturalmente l'approccio in questione non poteva non influenzare anche la magistratura ed ha consentito anche recuperi di efficienza.

Il PNRR ne è un esempio.

Termini come *best practices*, criteri di funzionamento, management delle performances, previsione del rischio sono ormai di uso quotidiano.

Indispensabile è ormai la valutazione della durata effettiva dei processi mediante tali indicatori, misurando il tempo effettivo intercorrente tra la data di iscrizione a ruolo di un procedimento e la sua definizione (es. pubblicazione della sentenza o archiviazione).

Centrale è la nozione di Disposition Time (DT): si tratta l'indicatore principe della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ). Calcola il tempo teorico necessario a smaltire le pendenze attuali, rapportando i processi ancora aperti a quelli definiti nell'anno.

Nozione – quella di DT – che deve essere affiancata a quella di Clearance Rate (CR): come misura della capacità dell'ufficio di smaltire i nuovi casi, calcolato come il rapporto tra i procedimenti

definiti e i procedimenti sopravvenuti nel periodo considerato.

Si tratta di pratiche di misurazione che vogliono considerare la giustizia essenzialmente come servizio pubblico e valutarla in termini costi-benefici.

L'esito è un approccio volto alla riduzione dei rischi connessi all'esercizio delle professioni legali, anche attraverso una maggiore rigidità delle pratiche, là dove in precedenza prevaleva un approccio di stampo paternalistico e più informale frutto della cultura umanistico idealistica del Paese.

In definitiva, si passerebbe da un modello di giustizia (in primis penale, ma non solo) fondata sul fatto concreto e sulla valutazione della singolarità (concetto centrale in Derrida e nella sua concezione della giustizia), a uno fondato sul rischio connesso ad alcuni fenomeni o categorie sociali, dall'utilizzo di criteri fondati sulla ragionevolezza a una galassia di pratiche semi-automatizzate rappresentate dal modello della giustizia attuariale**[3]**.

L'avvento delle forme di LLM (Large Language models o per dirla ironicamente pappagalli stocastici) enfatizza tale processo di efficientamento.

Naturalmente il rischio della battaglia concentrata sull'efficienza è quello di perdita dell'anima del lavoro giudiziario.

Si perde per la logica quantitativa il fine della protezione delle singolarità.

Il rischio del prevalere di una logica della quantità su quella della qualità.

3. Il modello di una magistratura colta

Massimo Donini ha detto con efficacia che

> «la Costituzione vigente impone un modello di interprete critico, educato a una rilettura costituzionalmente orientata delle leggi attraverso i diritti fondamentali, da qualunque maggioranza governativa provengano: è questa l'educazione a un controllo di costituzionalità diffuso, anche se rimane accentrato il giudizio di illegittimità. Si tratta di un modello che ha estensione europea, essendo imposto anche un dovere di lettura delle leggi conforme al diritto Ue e Cedu»**[4]**.

La magistratura italiana si caratterizza così per una scissione molto forte fra il suo lato burocratico ed il suo radicamento costituzionale, due componenti non facili da conciliare e che si

incarnano nelle due diverse istituzioni CSM ed associazione nazionale magistrati.

Il modello è – con alcune varianti – replicato nelle magistrature speciali.

Ma la natura burocratica della professione nasconde un pericolo.

Quello che in un articolo ormai dimenticato Lodovico Mortara chiamava il pericolo di degenerazione burocratica**[5]**.

Così diceva Mortara:

> «Vedeteli, i nostri magistrati, nelle preture, nei tribunali, nelle corti d'appello. Li sorprenderete più di una volta chini e cogitabondi su di un libro. Pensate che meditino il codice, o un qualche famosissimo commentario? Vi ingannate. Quel libro, l'unico libro che non manca mai alla biblioteca del magistrato italiano, è la Graduatoria, stupenda trovata della ignoranza ufficiale che regna sovrana nell'italica amministrazione. E il magistrato che studia quel libro, si assorbe in calcoli e combinazioni che a noi profani, quando udiamo esporli, ricordano esattamente la cabala del lotto. [...] Onde voi, ascoltando i sottili ragionamenti, le ben congegnate induzioni, che escono dalla bocca del magistrato, nel mentre che i numeri della graduatoria danzano innanzi ai vostri occhi una ridda fantastica, dovete meravigliarvi che quell'uomo, così abile ed eloquente in codesta materia, sia del tutto incapace a scrivere una sentenza senza errori di grammatica, od a recitare un'arringa all'udienza, senza far ridere o dormire l'uditorio».

Mortara fu Guardasigilli nel Governo Nitti del 1919 e propose una riforma – coerentemente legata alle sue idee antiburocratiche – che rimase non attuata imperniata ad un modello di magistratura non burocratica.

Nel disegno di Mortara il giudice è tratto dall'avvocatura e l'ordine forense collabora, tramite le sue rappresentanze collegiali, alla selezione dei professionisti idonei a questa funzione.

La carriera dei pretori è separata da quella dei giudici e anche i pretori sono tratti dall'avvocatura.

Ad una diminuzione del numero dei giudici corrispondono stipendi più alti e soprattutto sganciati dai vincoli e dalle progressioni economiche del pubblico impiego.

I ruoli aperti devono consentire il collocamento di ciascun magistrato nell'ufficio più idoneo senza la preoccupazione di legare l'avanzamento economico alla promozione. Per la prima volta, in un disegno di legge ministeriale, le garanzie dell'ordine giudiziario sono estese, pienamente, al

pubblico ministero.

Neanche un cenno invece al Consiglio superiore della magistratura e al concetto di "autogoverno"**[6]**.

Quello di Mortara era un ideale legato alla formazione di un magistrato di élite, chiamiamolo cosa «ben diversa dal "magistrato in giacchetta", sindacalizzato e pronto a trovare un terreno comune di azione con altre categorie di lavoratori»**[7]**.

Mortara – approfittando dei poteri speciali di guerra – nominò 300 pretori fra gli avvocati ma la riforma non piacque all'avvocatura e non ebbe seguito.

Orbene al di là della questione del suo radicamento nella società (modello possibile, anzi auspicabile, solo ove la società non si divida sui valori costituzionali sostanziali) o in una carriera del pubblico impiego (che garantisce meglio l'imparzialità in presenza di divisioni sociali radicate ed inestirpabili), ben può dirsi che la formazione culturale del magistrato è il migliore antidoto al pericolo di decadenza della magistratura.

Ha detto Tommaso Greco che la formazione culturale del magistrato è cruciale per valutare la sua autonomia rispetto al diritto.

La questione centrale è la seguente: solo un magistrato colto sa esprimere un pensiero critico rispetto al diritto ed è quindi in grado tecnicamente di farlo evolvere nel senso del progetto costituzionale.

Le parole di Tommaso Greco**[8]** sono particolarmente interessanti:

> «più aumenta l'autoreferenzialità del sistema giuridico – un'autoreferenzialità *pensata dai giuristi* – tanto più diminuisce la necessità – e quindi anche la possibilità – di avere un giurista che possa distaccarsene criticamente, dotato cioè di "iniziativa e consapevolezza culturale".
>
> Insomma: quanto più il giurista pensa il diritto come un oggetto determinato e in sé perfettamente conchiuso, tanto meno egli penserà a sé stesso come ad un soggetto che abbia margini di autonomia rispetto al suo oggetto. Quanto più, invece, il diritto viene posto in relazione stretta e necessaria con ciò che gli sta intorno, tanto più il giurista si sentirà chiamato ad assumere un atteggiamento autonomo, e quindi necessariamente 'critico'.»

Una magistratura radicata nella Costituzione o si concepisce come una magistratura che coltiva la cultura anche non giuridica o non è.

In tempi come i nostri in cui il diritto è il codice del capitale secondo quanto delineato dalla convincente analisi di K. Pistor[9] solo un pensiero critico ci può salvare[10].

4. La necessità di una formazione comune avvocati magistrati

Non potendosi tornare alla riforma di Mortara, ed al magistrato eletto fra gli avvocati (sul modello anglosassone specie nordamericano), in tempi di esasperata politicizzazione della vita pubblica e di spiccato manicheismo (potrebbe essere favorita da tale elezione una magistratura illiberale portata ad esasperare il mito della primazia dell'esecutivo, della volontà della legge formalisticamente intesa – sempre più espressa da atti aventi forza di legge – ed a sottovalutare il controllo costituzionale non essendo un momento favorevole alla cultura liberale così come potrebbe aversi all'opposto la consegna dei valori costituzionali ad una sola parte politica fatto altrettanto pernicioso) restano correttivi più modesti.

Occorrerebbe tuttavia saper far saltare alcuni steccati che dividono le professioni forensi (in modo talvolta esasperato come rivelato da alcuni toni della campagna referendaria).

Dalla maggiore compenetrazione ed unità delle professioni forensi potrebbe meglio fiorire una cultura costituzionale condivisa.

È stato detto con efficacia che

> «Il tema della formazione di magistrati e avvocati è un tema di interesse pubblico, non sempre adeguatamente considerato dal legislatore nella ricerca di soluzioni alle problematiche del settore. Si assiste peraltro a una divaricazione tra i due corpi della magistratura e dell'avvocatura che, sia essa reale o percepita, genera disfunzioni pratiche ed inquina il dibattito.
>
> La necessità di una cultura comune è da tempo e da tutti invocata, ma la costruzione di essa necessita di una formazione comune che mostra ancora profili di inadeguatezza. Un contributo al dibattito può essere dato portando l'attenzione alla fase di selezione di magistrati e avvocati, sul presupposto che percorsi formativi comuni possono essere efficacemente strutturati solo ove finalizzati a procedimenti selettivi omogenei»[11].

I meccanismi di apprendimento della identità professionale del magistrato – è stato detto con efficacia – avvengono, per il carattere pratico del tirocinio, all'interno della comunità epistemica

[12].

L'istituzione della Scuola Superiore della Magistratura ha migliorato il percorso formativo rendendolo teorico-pratico ma non ha mutato la caratteristica fondamentale della esistenza di compartimenti stagni fra le diverse professioni giuridiche.

Esiste ed è studiata dalla sociologia del lavoro una costruzione sociale dell'identità del magistrato: la separatezza che connota il modello italiano si riflette nella critica sociale alla funzione giudiziaria.

I meccanismi di creazione sociale dell'identità professionale sono infatti meccanismi di riconoscimento per nulla neutrali e destinati a influenzare profondamente il modo in cui viene esercitata la funzione.

Essi passano per la parola e per l'esempio e dovrebbero essere messi in comune fra avvocati e magistrati ed affinati nel corso del tempo.

Questo in un mondo ideale ma senza utopia abbiamo burocratismo e carrierismo.

5. I mali del carrierismo e del burocratismo

Il dibattito referendario ha evidenziato il malessere sociale prodotto dal correntismo in magistratura; le correnti ideali dell'ANM del passato, vitali nella repubblica dei partiti, hanno ormai perso la spinta propulsiva e sono diventate agenzie di servizi e di mediazione per l'orientamento dei singoli nel ginepraio delle regole amministrative che condizionano le carriere.

Ciò ha portato i singoli magistrati ad una esasperata attenzione ai profili della progressione in carriera ed ha anche moltiplicato le regole introdotte mediante circolari normative e non che devono necessariamente essere conosciute per poter aspirare al conferimento di qualsiasi incarico.

Naturalmente l'appartenenza correntizia può essere percepita come un meccanismo "assicurativo" di facilitazione (beninteso legittima) e di solidarietà per affrontare le diverse difficoltà che un mestiere così complesso inevitabilmente comporta.

Né il superamento delle correnti garantisce di per sé la soluzione del problema, essendo altrettanto perniciosa una competizione elettorale personalistica, basata sui social e sulla presenza scenica personale o sulla visibilità mediatica più che sul merito della visione dei

problemi della giustizia.

La burocrazia dei tempi di Mortara dipendeva dai vertici dell'élite magistratuale spesso omogenei al potere politico del momento; ora il fulcro del meccanismo è inevitabilmente da individuarsi negli organi di autogoverno che svolgono un ruolo separato ma essenziale nella dinamica professionale delle magistrature.

Esse tutelano egregiamente le magistrature dalle ingerenze politiche ma sono esposte al rischio di torsioni fra inevitabili aspirazioni alla ricerca del consenso della base elettorale ed aspirazioni dei singoli a massimizzare le utilità del loro percorso di carriera.

Si è parlato di una difficile condizione spirituale del singolo giudice che aspiri ad essere indipendente come individuo incaricato di una funzione spersonalizzante perché comportante primariamente la soggezione alla legge**[13]**.

Un giudice che dovrebbe essere indipendente in primo luogo da sé stesso (questa espressione si trova nel saggio di Zanon ed è stata coniata da Scoditti**[14]**) e poi privo di appartenenze culturali o correntizie.

Tale ideale va indicato doverosamente e deve essere perseguito, una volta si diceva il magistrato deve – per ben giudicare – essere senza speranza e senza timore.

L'indipendenza del magistrato tutela l'obiettività della sua funzione, la soggezione alla legge.

Ma la crisi della legge è indubitabile e nello spazio fra disposizione e norma si apre il lavoro dell'ars interpretandi che ha le sue metodiche di cui dovrebbe essere custode – a garanzia della comunità – anche l'organo di governo autonomo di ciascun ordine giudiziario (la responsabilità civile dovrebbe riguardare solo i casi di tradimento della regola della soggezione alla legge; sul punto vanno ascoltati e meditati i *caveat* di Massimo Luciani sui rischi di sottovalutazione del diritto positivo**[15]**).

Naturalmente il problema è sempre il rapporto con il potere, la tendenza a farsi potere dei meccanismi di garanzia.

Sono molto interessanti e molto lucide le considerazioni (anche auto) critiche di Giuseppe Cascini **[16]**:

> «La riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006 ha cambiato radicalmente in peggio la magistratura italiana, accentuandone gli aspetti deteriori: il carrierismo, la gerarchia interna, il conformismo, il clientelismo. E devono dirlo soprattutto quelli che, come me,

avevano creduto nella bontà di alcune delle innovazioni introdotte, probabilmente sottovalutando l'impatto che l'impianto complessivo della legge e la sua ispirazione di fondo avrebbero avuto sulla magistratura.

Il tema fondamentale del dibattito oggi all'interno della magistratura è come si vogliono affrontare queste trasformazioni in atto, quale direzione si vuole dare al futuro della magistratura.

A me pare che, oggi, alla luce del nuovo ordinamento giudiziario, si confrontino, al nostro interno, tre modelli di magistratura.

C'è un *modello burocratico*, corporativo, piramidale, che è quello più in sintonia con lo spirito della legge.

Un modello che promette al magistrato protezione corporativa e clientelare, attenzione sindacale ai suoi interessi e una carriera tranquilla, e che presuppone un approccio burocratico alla funzione, conformismo interpretativo e rispetto delle gerarchie interne.

È questo un modello molto rassicurante, che piace a molti, anche perché incontra l'individualismo, l'assenza di passioni ideali, l'ambizione alla sintonia con il potere che purtroppo caratterizza la nostra epoca.

C'è poi *un altro modello, quello che io definisco della mediocrazia.*

È il modello dell'uguaglianza al ribasso, che non vuole controlli sulla professionalità, non vuole gerarchie interne, rivendica il ritorno all'anzianità senza demerito come criterio di selezione dei dirigenti (collocando molto in basso l'asticella del demerito), che offre protezione corporativa e clientelare a tutti i magistrati, e non solo ai propri aderenti, che promette a tutti soddisfazioni di carriera e difesa ad oltranza dei privilegi della corporazione.

Un modello molto insidioso, perché richiama alcune parole d'ordine delle battaglie democratiche e egualitarie dell'associazionismo, si batte contro le derive efficientiste e contro il carrierismo, e contro la gerarchia in difesa dell'autonomia interna dei magistrati.

E c'è, infine, un terzo modello, che rappresenta una diversa interpretazione della riforma dell'ordinamento giudiziario.

È quello del *governo dei migliori, dei più bravi, di quelli che se comandano loro allora va bene anche la gerarchia, perché sono dirigenti democratici e illuminati*. È un modo di essere

> diversamente corporativi e clientelari, in quanto la protezione e la promozione degli aderenti al proprio gruppo non si fonda esplicitamente su di un patto corporativo, ma sull'illusione di essere i più capaci a realizzare il buon funzionamento del sistema.
>
> È questo un approccio molto problematico e pericoloso, da un lato perché tende evidentemente ad essere gradito solo a coloro che si riconoscono all'interno della cerchia dei migliori, escludendo tutti gli altri, dall'altro perché l'inevitabile disvelamento, alla prova dei fatti, della fallacia dell'assunto di partenza, rende ancora più odiosa l'ambizione individuale ammantata da brama di efficienza.
>
> Queste tendenze corrispondono, più o meno, alle posizioni degli attuali gruppi associativi, ma esse sono presenti, in modo variegato e con accenti diversi, in tutte le componenti della magistratura associata».

Forse, oggi – possiamo convenire con Cascini – abbiamo il dovere di rivedere criticamente (o forse solo di correggere al fine di evitare il carrierismo) il modello di magistratura che culturalmente si è affermato nella costituzione materiale, abbiamo l'obbligo di fare un bagno d'umiltà per costruire una alternativa diversa dal ripiegamento burocratico e dal carrierismo rampante.

Se si fosse posto rimedio allora (Cascini scriveva nel 2015) la storia sarebbe stata diversa.

Il punto indicato lucidamente da Cascini è tuttavia ormai percepito da tutti ed in proposito molti passi in avanti sono stati fatti e sono in corso.

Ma per far questo occorre restaurare il dialogo (all'interno della magistratura e fra politica e magistratura) l'opposto di quel che accade nell'azione volta a ridurre gli spazi di indipendenza della magistratura ventilando un'azione risarcitoria diretta delle parti che non accettano la sentenza (percependola come ingiusta) verso il giudice (una prospettiva ce rende impossibile il giudizio).

6. Il dialogo – essenza della democrazia – come virtù eminente del magistrato ed i limiti alla pratica dello stesso

Il cuore del processo è il contraddittorio.

Il contraddittorio si svolge fra le parti del processo ma è utile al giudice per comprendere i punti controversi delle cause che gli sono affidate.

Si tratta del valore della parola ed, in fondo, del dialogo.

Diceva Vincenzo Roppo con riferimento alla professione dell'avvocato ed a quella del magistrato **[17]**:

> «Le due professioni sono inscindibilmente connesse: l'esercizio dell'una condiziona l'esercizio dell'altra; il modo in cui il magistrato fa il magistrato condiziona il modo in cui l'avvocato fa l'avvocato, e viceversa.
>
> Magistrato e avvocato sono attori su una stessa scena, certamente con ruoli diversi, ma attori della stessa commedia (o della stessa tragedia, a seconda dei contesti).
>
> Apro una parentesi per osservare quanto, alla luce di questo dato, siano pericolosi, anzi dannosi, addirittura potenzialmente devastanti, quegli elementi di divaricazione fra magistratura e avvocatura che purtroppo sono una caratteristica del nostro Paese, che ci connota negativamente rispetto alla generalità degli altri Paesi paragonabili al nostro. Questa conflittualità fra i due corpi professionali spesso si colora di conflittualità politica, se è vero che si parla di un "partito degli avvocati", opposto a un "partito dei giudici". Ma prima ancora è conflittualità culturale, è mancanza di comuni basi culturali; a differenza degli altri Paesi evoluti, non c'è in Italia, o non è così marcata e così sviluppata quella koiné giuridica che accomuna magistrati e avvocati, come partecipi, che si sentono soggettivamente tali, di uno stesso mondo e di uno stesso universo professionale».

Nello stesso scritto Roppo nota che la magistratura cambia con l'incidere della logica dei mercati nel senso che si va affermando un modello di magistratura arbitrale (nelle Camere di Commercio e nelle amministrazioni indipendenti e nei modelli – aggiungerei – di decisione amministrativa contenziosa). E nota che l'arbitrato può essere una funzione nobile non essendo da vedere come una forma di baratteria.

È importante quindi che vi siano sempre canali di comunicazione fra questi mondi professionali e che i magistrati siano educati all'ascolto degli avvocati.

È importante dialogare con gli avvocati, anche durante lo svolgimento dei processi sempre nel rispetto rigoroso delle regole processuali.

Questo nel processo amministrativo lo si vede all'udienza pubblica di discussione, udienza che è rimasta connotata dall'oralità e lo deve rimanere, nonostante il recente cambiamento del rito

civile ispiratosi al processo amministrativo abbia privilegiato la scrittura.

L'indipendenza dell'avvocato è a sua volta garanzia dell'indipendenza del magistrato.

Ha scritto Guido Alpa**[18]**:

> «L'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia e indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia.
>
> Nell'esercizio della sua funzione l'avvocato vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione, nel rispetto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e dell'Ordinamento comunitario; garantisce il diritto alla libertà e sicurezza e l'inviolabilità della difesa; assicura la regolarità del giudizio e del contraddittorio. Le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela di questi valori».

Nessun modello antagonista o carrierista di magistrato può essere giustificato alla luce delle regole costituzionali che vogliono una magistratura autorevole e professionale, ed una attitudine all'ascolto ed al dialogo sono le migliori caratteristiche per trovare vie di uscita dalla crisi del diritto e della giustizia.

Naturalmente analoghe qualità andrebbero sviluppate nell'avvocatura.

Il dialogo è l'essenza poi della democrazia (la democrazia è il sistema di contare le teste invece che di romperle dice Guido Calogero**[19]**) ma è anche l'essenza della giustizia, la crisi della giurisdizione è crisi del dialogo e la lotta per il diritto che si fa attraverso il dialogo non è un segno di crisi, ma di vitalità della democrazia quando avviene in un quadro condiviso di regole.

Calogero a proposito delle discussioni democratiche svolge considerazioni trasponibili al mondo della giustizia:

> «In una qualsiasi discussione… è necessario che ci sia qualcuno il quale abbia autorità sufficiente per togliere la parola a chiunque si arroghi un diritto di intervento nel dibattito, non equilibrato rispetto alle possibilità d'intervento di tutti gli altri interlocutori.
>
> E per fissare nel modo più rigoroso questa regola, si stabilisce addirittura che nessuno abbia il diritto di parlare se non gliel'abbia concesso, volta per volta, chi dirige.
>
> In un'assemblea democratica, la situazione-base non è il diritto di parlare, è il dovere di stare zitti.

> Per poter parlare, bisogna chiedere la parola, e non si può parlare finché il presidente non l'ha data. Abituarsi a questo è uno dei primi e più importanti passi dell'educazione democratica, perché è molto difficile superare la tentazione di interrompere l'oratore o di portargli via addirittura la parola tutte le volte che ai suoi argomenti si senta di poter opporre migliori argomenti propri.
>
> Ciò è tanto vero, che perfino nella discussione condotta secondo le buone regole vige a questo proposito un certo principio d'indulgenza, rappresentato dal "diritto d'interruzione". Ma l'interruzione dev'essere strettamente collegata al tema trattato da chi in quel momento sta parlando, e tale da far pensare che sia opportuno esprimerla subito, perché a enunciarla in seguito si perderebbe più tempo, dovendosi per ciò richiamare alla memoria il punto dell'altrui discorso a cui l'osservazione si riferisce. Anche per questo, poi, l'interruzione è tenuta ad essere brevissima: anzi può dirsi che essa dev'essere tanto concisa da concludersi prima ancora che il presidente si sia accorto dell'intempestivo intervento e abbia aperto la bocca per reprimerlo. Il suo tempo è, per così dire, il tempo della sorpresa. D'altra parte, chi dà e toglie la parola, chi reprime gli interventi indebiti nel dibattito, chi tiene la disciplina dell'assemblea vietando ai partecipanti di conversare tra loro o di far rumore e magari alzando per ciò la voce quando non basti il discreto richiamo del suo campanello, dev'essere, per questo stesso, persona a cui tutti i partecipanti all'assemblea riconoscano particolare autorità.
>
> La conduzione dell'udienza in modo saggio è un banco di prova dell'educazione democratica.
>
> La giustizia dialogante immunizza dall'uso della forza ed è il cuore della democrazia non degenerata in populismo».

Il populismo giudiziario – nelle forme del giustizialismo e con la pretesa sottile di assoldare la magistratura ad una funzione antagonistica – è una forma di sordità (sopprimendo l'ascolto) ed è un pericolo pari a quella tendenza – già stigmatizzata da Mortara – che predilige e costruisce le forme di asservimento burocratico del ruolo del terzo (del pari sostituendo all'ascolto l'aspirazione all'ordine monolitico).

All'opposto di populismo e burocratismo rifulge l'atteggiamento fondamentale dello spirito democratico: il tener conto degli altri.

E questo valga anche per la sfera politica affetta da pericoli crescenti di populismo, manicheismo e messianismo che segnano questa età di crisi del costituzionalismo e della democrazia.

7. Il pm separato ma non autoreferenziale (la difficile attuazione dell'art. 1 comma 9 lettera i) della legge n. 134 del 2021)

Se la magistratura ideale deve aprirsi al dialogo e deve percepire l'essenziale e vitale funzione della indipendenza dell'avvocatura come veicolo della domanda di giustizia, al magistrato del pubblico ministero – separato funzionalmente dalla magistratura giudicante ma amministrato dallo stesso CSM – deve chiedersi di non essere autoreferenziale.

Si tratta della necessità di un raccordo del pm con la comunità politica dovendosi dare trasparenza al concreto esercizio dell'azione penale obbligatoria fra risorse scarse e fini obbligatori.

La risposta al tema della c.d. discrezionalità di fatto dell'azione penale è stata quindi data dalla riforma Cartabia (art. 1 comma 9 lettera i) della legge n. 134 del 2021) una normativa che ancora attende un'attuazione.

Nello Rossi ha scritto in proposito con la consueta lucidità e pacatezza parole illuminanti**[20]**:

> «Da un lato ha contato il bisogno di introdurre elementi di ordine, razionalità e trasparenza nell'assegnazione e nella trattazione del carico di notizie di reato affluenti agli uffici di Procura, grazie all'impegnativa adozione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale.
>
> Dall'altro lato è stata raccolta la diffusa insoddisfazione per lo stato delle cose esistenti, nel quale, in assenza di criteri, il puro e semplice richiamo all'obbligatorietà dell'azione penale può celare una più o meno ampia discrezionalità, esercitata di fatto e non accompagnata da una chiara assunzione di responsabilità per le scelte compiute dai capi degli uffici e dai singoli magistrati del pubblico ministero.
>
> Di qui lo stimolo a introdurre una disciplina delle priorità, riproponendo e generalizzando gli esperimenti realizzati da alcune Procure che – invocando una sorta di stato di necessità scaturente dal rapporto tra i mezzi disponibili e i fini raggiungibili – avevano scelto di

> esporre in apposite circolari i criteri di priorità adottati nell'esercizio dell'azione penale (il riferimento fatto da Rossi – si aggiunge qui una notazione dello scrivente – è alla prassi illo tempore inaugurata presso la Procura di Torino da Marcello Maddalena).
>
> Se all'origine del recente intervento legislativo stanno sostanzialmente motivazioni identiche o analoghe a quelle dei Procuratori "pionieri", il passaggio dalle circolari d'ufficio ad una regolamentazione per legge suscita reazioni di segno molto diverso e solleva numerosi interrogativi, destinati ad infittirsi quando l'iniziativa assunta dal governo e dal parlamento acquisirà la sua definitiva fisionomia in sede di attuazione della delega.
>
> Accanto ai fiduciosi nelle virtù dell'innovazione stanno numerosi scettici, che dubitano dell'effettiva incisività di una normativa sui criteri di priorità e della sua idoneità a modificare realmente la situazione attuale.
>
> Ci si divide in sostanza tra chi sostiene che cambierà poco o nulla e chi dall'innovazione attende una svolta non solo sul piano dell'efficienza ma anche, e forse soprattutto, sul piano della trasparenza e dell'assunzione di responsabilità nell'esercizio dell'azione penale.
>
> Inoltre, sul piano teorico sono molti, in particolare tra i magistrati, ad interrogarsi sulla compatibilità del novum legislativo con i principi costituzionali e in particolare sulla eventualità che le disposizioni della delega e del successivo decreto legislativo entrino in rotta di collisione con il canone della obbligatorietà dell'azione penale.
>
> L'impressione di chi scrive (dice N. Rossi) è che, sino ad ora, ci sia confrontati e divisi più sulla formula riassuntiva "criteri di priorità" – che ciascuno ha riempito di contenuti, graditi o sgraditi – che non sul procedimento di enucleazione dei criteri e sulla loro natura».

Il punto vero di difficoltà risiede nella frettolosità della legge delega.

Essa prevede che un decreto legislativo delegato disciplini l'azione degli «uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge [...].

Il decreto delegato dovrà stabilire come gli uffici "individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili».

Al decreto delegato il compito di «allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti».

Poi occorrerà una legge del Parlamento sui criteri generali che – come acutamente osservato da N. Rossi – non potrà che essere una legge indicativa di parametri di cui le procure dovranno fare applicazione per privilegiare alcune azioni repressive in luogo di altre.

Parametri che non si dovranno risolvere in depenalizzazione striscianti ma che cionondimeno dovranno rendere trasparenti e responsabili gli uffici che impegnano risorse scarse nella repressione dei fenomeni criminali.

A distanza di cinque anni il percorso – invero non chiaro e tortuoso essendo atipica e davvero unica una delega che rinvia ad una ulteriore legge del Parlamento per attuare il decreto delegato – attende di essere intrapreso.

La riforma Cartabia ha voluto dare un segnale simbolico finora non tradotto in pratica, auspicando una ripresa del dialogo fra politica e giustizia si potrebbe ripartire da qui.

8. Il problema del giudice nel mondo della post-verità: l'orizzonte della società non litigante

La magistratura vive nel suo tempo.

E il tempo che viviamo è quello della post-verità.

Questo mette a rischio il pluralismo democratico assediato da verità polarizzate e dall'idea che il reale non è attingibile per cui esistono solo interpretazioni (da cui nasce la post-verità intesa come narrazione credibile).

Da tempo riflette sul tema Roberto Giovanni Conti che ha scritto qualcosa di toccante di recente sull'Antigone come tragedia dell'assenza del dialogo**[21]**.

Da qui – dice Conti – la forza di una prospettiva metodologica, apertamente rivolta a rinunciare all'aut aut ed alla tentazione di ridurre la complessità a scelte nette e definitive per assumere, al contrario, la difficile e assai faticosa prospettiva dell'*et et* (unica prospettiva che, accettando la finitudine umana, restaura lo sguardo del terzo).

Lo snodo così proposto corrisponde alla constatazione – che la dottrina ha messo in luce con particolare efficacia – che nella tragedia a giocare un peso decisivo non è la contrapposizione tra verità diverse, ma anzi l'assenza di uno spazio comune capace di renderle comunicanti ed interconnesse.

La ricerca dello spazio di intersezione gioca un ruolo decisivo per la soluzione del rapporto fra diritto e forza.

Nel leggere Antigone si valorizza la figura di Emone che, fra verità assolute che si scontrano, propone il metodo dell'ascolto, del ragionare, del considerare elementi prima non conosciuti dal padre e che, a suo avviso, avrebbero potuto assumere una forza persuasiva capace di innescare una nuova riflessione in Creonte, riportandolo con dignità alla guida, benché tirannica, del suo popolo.

L'accusa di essere "al servizio delle donne" non fa arretrare Emone, ma rafforza la sua posizione, spingendolo verso una dimensione che intende aprire le porte al pluralismo democratico.

L'*et et* è regola di convivenza.

La post-verità conduce alla violenza.

Ma l'et et presuppone l'accettazione delle regole del processo. Della legalità e del senso del limite all'Io costruito socialmente sui miti (illusori) dell'individualismo possessivo (che produce anche l'oscillazione fra idolatria e vittimismo in politica e la logica sacrificale ben studiata da R. Girard e M. Zambrano**[22]**).

Il fondo delle tensioni magistratura-politica è tutto qui: sul filo di questa costruzione sociale dell'individuo e dei suoi limiti.

Si è anche notato che il perseguimento della verità viene abbandonato dal legislatore.

Da molti lustri a questa parte – ha scritto Giovanni Pascuzzi**[23]** – varie riforme della giustizia (invocate molto spesso per ridurre l'estenuante durata dei procedimenti giurisdizionali) hanno introdotto modalità di definizione dei processi diverse dalla sentenza: si pensi al patteggiamento nel processo penale o alla mediazione obbligatoria nel processo civile.

Egli continua efficacemente: «queste procedure non mirano ad accertare (nel modo più preciso possibile) fatti e responsabilità ma a porre fine in qualche modo ad un conflitto (tra privati nel processo civile; tra stato e cittadino nel processo penale). Non mirano all'accertamento della verità, ma perseguono il raggiungimento di un accordo (magari perché vedersi riconosciute almeno in parte le proprie pretese oggi è meglio di avere una sentenza totalmente favorevole chissà quando).

Questa evoluzione ha delle conseguenze importanti. Ad esempio, nella formazione degli avvocati occorre dar peso all'apprendimento non solo delle competenze necessarie ad esperire l'attività

contenziosa, ma anche delle abilità proprie della negoziazione e della mediazione (un tempo totalmente ignorate).

In ogni caso un dato sembra emergere: un'epoca da più parti definita come "l'era della post verità" si sta caratterizzando (forse del tutto coerentemente) anche come "l'era della post verità processuale". L'enfasi posta in maniera ossessiva sulla necessità di determinare esattamente la durata dei processi ha come contropartita, e una volta di più, lo scolorimento dell'interesse per la verità (almeno di quella che agli umani è possibile stabilire)».

In questa chiave potrebbe ridiscutersi anche l'esigenza di celerità del processo (in altri ordinamenti la mediazione richiede decantazione).

Una società non litigante mette al centro la mediazione e l'armonia non il conflitto (in questo senso sarebbe interessante un confronto interculturale con l'Asia ed il Giappone su cui si trovano molte riflessioni).

La verità algoritmica poi consentirà in molti casi di conciliare rapidità e tendenza alla accettazione di un concetto statistico di verità.

Pensare altrimenti è necessario in questa epoca di grandi mutamenti.

8.1. Il rapporto fra disposizione e norma ed il ruolo dell'interpretazione

In un saggio di cui si raccomanda la lettura A. Barbera sottolinea l'importanza del contributo di Crisafulli alla metodologia del diritto pubblico**[24]**.

Egli nota che Crisafulli con la voce «Disposizione (e norma)», raccolta nel XIII volume, e con la voce «Fonti del diritto», pubblicata nel XVII volume dell'Enciclopedia del diritto (che troverà applicazione, pur con alcuni contorti distinguo, nelle varie sottovoci relative alla «Legge» che saranno pubblicate anni dopo da studiosi della nuova generazione) sistema il quadro teorico del diritto pubblico post-costituzionale e post-orlandiano.

Importante nella voce «Disposizione (e norma)» è, tra l'altro, una conclusione che sarebbe stata negli anni successivi alla base di importanti orientamenti giurisdizionali.

Per Vezio Crisafulli non sempre la possibilità di trarre dalla medesima disposizione (dal medesimo testo normativo) una pluralità di norme diverse è da ascriversi – come invece ritenuto da Kelsen – alla patologia del sistema ma semmai «essenziale è la univocità della norma ad un momento dato e non anche il permanere invariato del significato originario della rispettiva disposizione».

Potrebbe aggiungersi qualcosa sulla necessaria polisemanticità del linguaggio di cui siamo sempre più avvertiti dopo i Critical Legal Studies.

La distinzione fra disposizione e norma, inizialmente accolta con riserve, sarebbe stata ampiamente utilizzata dalla dottrina e soprattutto dalla Corte costituzionale:

- per costruire le varie specie di sentenze interpretative, sia di rigetto che di accoglimento (nella sent. 84/1996 la Corte avrebbe specificamente sottolineato che essa «giudica su norme ma pronuncia su disposizioni»);
- per consentire il trasferimento del quesito referendario (sent. 68/1978);
- per distinguere fra abrogazione espressa (che incide sulle disposizioni) e abrogazione implicita (che riguarda solo un'antinomia fra norme);
- per orientarsi in tutti i casi in cui il mutamento di «disposizione» non porta al mutamento di una «norma» (per esempio ai fini di valutare gli effetti della decadenza di un decreto legge allorché mutando il testo normativo permane tuttavia la medesima norma: le sentt. 84/1996, 482/1995, nonché ovviamente la 360/1996).

Senza tale distinzione, ha osservato Lorenza Carlassare nella voce «Fonti del diritto», apparirebbero «ormai incomprensibili» molte delle decisioni della Corte costituzionale.

Ed allora la critica al creazionismo giudiziario – pur condivisibile nella parte in cui raccomanda al giudice di non decampare mai dalla soggezione alla legge e di limitare le tentazioni del ricorso ai principi per creare regole (valga sempre il richiamo a M. Luciani prima citato) – deve pure tenere conto delle acquisizioni della teoria delle fonti:

- esiste una differenza concettuale fra disposizione e norme ed è lo spazio legittimo e necessario dell'interpretazione;
- la legislazione è spesso frammentaria;
- i principi possono essere un collante per costruire un sistema;
- le funzioni nomofilattiche sono essenziali per dare certezze;
- in qualche misura è fisiologico che il giudice abbia l'ultima parola a causa della logica universale/particolare (singolare) e dell'incompletezza dell'ordinamento (dovuto al fatto che la politica è sempre fisiologicamente in ritardo rispetto all'economia ed alla società).

Occorre che la società e la politica maturino e facciano pace con la funzione interpretativa del sistema giudiziario (anche nella ricostruzione dei fatti nei processi indiziari), non esiste su questo altra alternativa che non sia fatta di perenne sterile conflitto giudiziario infinito o di prevalenza (neo totalitaria) della decisione politica.

8.2. Il problema della libertà di manifestazione del pensiero del magistrato

Nel mondo dell'infosfera l'etica va aggiornata.

Le opinioni lanciate dai magistrati sui social non sono paragonabili per l'effetto che hanno alle opinioni esposte su riviste specializzate su temi scientifici o sulla stampa specializzata o anche sulle tradizionali testate editoriali.

Il magistrato deve essere credibile e mantenere la fiducia del foro e dei cittadini.

La prudenza nell'espressione (legittima) delle proprie opinioni è essenziale.

Non si possono ammettere interventi che abbiano ad oggetto casi affidati ai magistrati. Ovvia la necessità del rispetto del segreto e la rigorosa sanzionabilità della sua violazione.

Ma anche la violazione delle regole di continenza espressiva può tradursi in illecito disciplinare o penale (quando offenda la dignità e la reputazione altrui o quando leda l'imparzialità della funzione).

I limiti predetti valgono anche per la comunicazione istituzionale unica legittimata ad informare sull'andamento del lavoro giudiziario (che non può svolgersi certo nel segreto ma che nell'epoca dei processi mediatici può avvenire senza alcuna misura ed istituendo un inammissibile quarto grado di giudizio una sorta di tribunale del popolo anche in pendenza del processo).

Il fulcro è la dignità della persona umana.

Il CSM ha statuito che la comunicazione istituzionale deve essere non solo rispettosa della presunzione di non colpevolezza, ma anche vera, necessaria, proporzionata, riparabile e aggiornata, così da evitare che l'inevitabile provvisorietà della fase investigativa si traduca in una compromissione irreversibile della dignità personale.

Indicazioni importanti tuttavia vengono anche dalla Commissione di Venezia che ha approvato un rapporto dedicato alla libertà di espressione dei giudici che per essere concepito in un'ottica sovranazionale affronta senza remore il tema a partire dalle crisi che le democrazie (e le magistrature indipendenti) vivono in varie parti del mondo.

La ricerca**[25]** ha ad oggetto la disciplina vigente in alcuni Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, era stata sollecitata dalla richiesta del Presidente della Corte interamericana dei diritti umani: la Corte di San Josè era infatti in procinto di decidere il caso di alcuni giudici rimossi dal loro incarico in Honduras, a causa delle dichiarazioni rese durante il colpo di Stato del 2009.

Il quadro – nota la studiosa prima citata – che emerge dal dossier della Commissione di Venezia è piuttosto articolato: «nessuno Stato aderente al Consiglio d'Europa prevede norme costituzionali che limitino la libertà di manifestazione del pensiero dei giudici, stabilendo semmai solo vincoli

alla libertà di aderire a partiti politici. Ciò nonostante, la legislazione e la giurisprudenza individuano spesso limiti alla libertà di espressione degli appartenenti all'ordine giudiziario, limiti la cui ampiezza è connessa anche al sistema di reclutamento dei magistrati e alle caratteristiche generali dell'ordine giudiziario medesimo».

«I giudici, per godere della fiducia del popolo» – secondo le celebri parole di Piero Calamandrei – «non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali»**[26]**.

Ma Calamandrei non aveva l'infosfera davanti e non viveva la crisi delle democrazie costituzionali legata al capitalismo deregolato.

Basta ricordare i seguenti fatti registrati in ottica globale:

i magistrati indipendenti sono oggetto di attività repressive o aggressioni fisiche da parte di dittature militari o corpi armati (specie in Sudamerica);
anche nel mondo che gravita attorno all'Occidente molti magistrati vengono arrestati o epurati o delegittimati (si pensi a quanto accaduto ai magistrati turchi per sospetta appartenenza ai gulenisti dopo il colpo di Stato del 2016 o alle polemiche virulente contro le Corti costituzionali e sovranazionali in Israele e financo negli Stati Uniti ed in Europa); 3) i mass media di nuova fattura sono legati a piattaforme possedute da multinazionali o Stati ostili che veicolano messaggi incontrollati (per la peculiare natura delle piattaforme) che pongono inediti problemi di contrasto a notizie false o calunniose;
siamo nell'età del costituzionalismo degli esecutivi nella quale insieme ad un fisiologico ridisegno dei rapporti fra i poteri (collegato o collegabile al potere di revisione costituzionale che può legittimamente porsi il tema del contrasto al burocratismo giudiziario o al governo dei giudici) vi sono spinte (non fisiologiche) per una riduzione o un condizionamento delle garanzie giurisdizionali.

Naturalmente ciò consente di sintetizzare così la questione:

la libertà di manifestazione del pensiero non conosce in linea di principio zone franche (l'espressione è del presidente Pertini ed è riferita ai magistrati in quanto pronunciata durante la seduta del CSM del 23 luglio 1981);
i magistrati, appartenenti ad un corpo burocratico, devono saperla esercitare con continenza e moderazione a tutela della propria funzione (e ciò è collegabile secondo alcuni al dovere di adempiere alle proprie funzioni con disciplina ed onore certo modulabile diversamente per funzioni amministrative o giudiziarie cfr. Corte Cost. n. 100 del 1981 che richiama l'esigenza di mantenere la fiducia dei cittadini e di assicurare il buon andamento dell'amministrazione – ovviamente non gerarchica – della giustizia);
ciò comporta – rispetto al conflitto sociale – l'adozione di "un'ottica di sorvolo dal conflitto" ossia di una sua visione alta, non emozionalmente partigiana, tenuta sempre dall'esterno, senza coinvolgimenti personali, essendo il magistrato anche spesso meglio in grado di cogliere le dinamiche del conflitto sociale e/o di suggerire opportuni interventi per la

soluzione del medesimo sempre che manifesti il proprio pensiero in ottica di leale collaborazione fra poteri e contributo al dibattito pubblico (ed il dovere del magistrato, sempre immanente, quando interviene in pubblico, di non schierarsi nella lotta politica partitica contingente nella prospettiva coltivata dall'On. Moro secondo la quale l'«estraneità formale dalla lotta politica» conferisce «una maggiore dignità alla Magistratura», cosicché il magistrato appare come in grado di «obbedire veramente soltanto all'imperativo della propria coscienza va bilanciato e questa è la difficoltà che non può sottacersi, con il caso in cui sia utile l'esercizio di un diritto/dovere di partecipazione del magistrato al dibattito pubblico – da esercitarsi preferibilmente nella comunicazione istituzionale ma non solo per evitare che esso si svolga su presupposti erronei o non corretti giuridicamente ad es. quando siano in giuoco i cardini della sua funzione e quindi a difesa della medesima o sia opportuno precisare o chiarire fatti non coperti da segreto oggetto di discussione travisata).

Va considerata – a proposito della condizione sub 3 – la ricostruzione fatta da Bologna (op. ult. cit.) della giurisprudenza disciplinare ante riforma del 2006 sulle dichiarazioni dei magistrati; ella osserva:

> «La prima tipologia di dichiarazioni era costituita da quelle nelle quali il magistrato difendeva o spiegava il contenuto dei propri atti giudiziari: in questi casi le eventuali sanzioni disciplinari comminate si basavano sul dovere di riserbo che era massimo in relazione a procedimenti ancora in corso, mentre si attenuava determinando un'assoluzione del magistrato, quando questi avesse solo ribadito quanto espresso in precedenti atti giudiziari o quanto già emerso sui mezzi di comunicazione.
>
> Il secondo gruppo di decisioni della sezione disciplinare era quello relativo a critiche o valutazioni effettuate nei confronti di atti giudiziari altrui. In questi casi il diritto di critica dei magistrati, che la sezione disciplinare ribadiva, trovava tuttavia un limite, con conseguente sanzionabilità del comportamento, sia nel carattere oggettivamente offensivo dei commenti, sia nella possibile interferenza che la critica rischiava di produrre su procedimenti non ancora conclusi.
>
> Il terzo filone giurisprudenziale riguardava le opinioni espresse su questioni di politica giudiziaria: in questi casi, venuta meno l'esigenza di riserbo su procedimenti e atti giudiziari, la sezione disciplinare riteneva generalmente non in contrasto con i doveri di imparzialità e correttezza le dichiarazioni dei magistrati proprio in virtù della loro qualifica, che rendeva non inopportuno un loro contributo al dibattito su questi temi, anche quando esso si traducesse in una critica violenta nei confronti della stessa magistratura.

> L'ultimo gruppo di sentenze aveva carattere residuale, includendo quelle che avessero per oggetto le opinioni personali dei magistrati non riconducibili alle precedenti categorie e, di fatto, prevalentemente consistenti in opinioni di natura politica.
>
> In queste circostanze la sezione disciplinare del CSM, nonostante formali affermazioni del plenum di quell'organo che richiedevano su questi temi un self-restraint dei magistrati che ne preservasse l'immagine di indipendenza, ha sostanzialmente equiparato l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati a quella degli altri cittadini.»

Non molto è cambiato – segnala la dottrina – dopo la riforma degli illeciti disciplinari e la loro tipizzazione nel 2006.

Il terreno più delicato resta quello delle esternazioni extra funzionali dove bisogna guardare dall'ossessione della tirannia dell'apparenza che può ledere anche il diritto dei cittadini ad essere informati con effetto intimidativo della libertà di manifestazione del pensiero ma sempre ricordando che i magistrati sono tenuti ad apparire e non solo ad essere imparziali.

Il tema della rilevanza disciplinare delle dichiarazioni extra-funzionali può forse trovare proprio nella giurisprudenza europea alcune coordinate essenziali.

Un posto specifico sembra infatti dover essere garantito alle dichiarazioni che abbiano per oggetto la politica giudiziaria: come hanno chiarito i giudici europei (e la stessa giurisprudenza disciplinare nazionale) la funzione dei magistrati li rende, su questi temi, interlocutori qualificati e informati delle istituzioni, titolari di un diritto (se non addirittura di un dovere) di contribuire al dibattito di interesse generale che abbia ad oggetto l'ordine giudiziario, «anche nel caso in cui ciò abbia implicazioni politiche».

E ciò specie in contesti in cui la democrazia sia in pericolo o in sofferenza.

Diversa, nella giurisprudenza della Corte EDU, è l'esternazione di natura prettamente politica non giustificata dal contesto di sofferenza istituzionale: in questo caso è richiesta ai magistrati una maggiore misura e la sanzione disciplinare inflitta al giudice che si esprima come un politico professionista viene dalla Corte ritenuta compatibile con la Convenzione.

8.3. Il problema della partecipazione ai gruppi sociali

Il tema della partecipazione dei magistrati ai gruppi sociali rimanda a Corte costituzionale nella sentenza n. 224/2009, nella quale viene esaminata la legittimità costituzionale della normativa che configura quale illecito disciplinare «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e

continuativa del magistrato a partiti politici».

Si trattava dell'art. 3, comma 1, lettera h), d.lgs. n. 109/2006, nel testo sostituito dall'art. 1, comma 3, lettera d), numero 2), della l. n. 269/2006.

La questione di legittimità era stata sollevata dalla Sezione disciplinare del CSM nel corso del giudizio nei confronti di un magistrato momentaneamente fuori del ruolo organico perché addetto ad una funzione di consulenza parlamentare, già parlamentare egli stesso, cui era stato contestato l'illecito in oggetto per avere accettato ed assunto la carica di presidente della federazione provinciale di un partito politico.

Pur premettendo «che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo», la norma oggetto del controllo di costituzionalità viene considerata compatibile con la Costituzione. Essa rappresenterebbe, a parere della Corte, un'attuazione dell'art. 98, comma 3, Cost., nonostante preveda, quale illecito disciplinare, non solo l'iscrizione formale ad un partito, ma anche «la partecipazione sistematica e continuativa» ad uno di essi, precludendo ai magistrati «l'organico schieramento con una delle parti politiche in gioco, essendo anch'esso suscettibile, al pari dell'iscrizione, di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di comprometterne l'immagine».

Anche l'assolutezza del divieto, esteso ai magistrati temporaneamente fuori ruolo, è considerata legittima in quanto si correla ad «un dovere di imparzialità» che «grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, anche quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico».

In assenza di norme limitative i magistrati possono astrattamente partecipare ad altri gruppi sociali anche di cittadinanza attiva ma devono saper graduare la loro partecipazione in modo da non compromettere mai la credibilità della loro funzione specie nel caso in cui trattino contenziosi promossi da tali associazioni è del tutto inopportuno che ne siano membri (il caso diviene rilevante sul piano dei doveri di astensione imponendo quindi che si evitino motivi di astensione sistematica).

Il magistrato quindi non solo deve essere rigorosamente estraneo alla iscrizione o partecipazione sistematica alla vita dei partiti politici, ma deve anche interpretare prudentemente il suo ruolo di partecipe della vita associativa di gruppi di diversa natura valutandone sempre la concreta

incidenza sulle funzioni.

9. Auden

Chiudiamo filosoficamente (ed in forma poetica) con dei versi.

La società che ama la Legge (ossia l'ordine sociale sempre da discutere in democrazia, mai definito una volta per tutte) deve cercare nella Legge l'Amore.

Nella produzione della legge e nell'interpretazione della medesima far prevalere ciò che ci rende umani.

Questo dice il poeta Auden.

Questo forse va ricordato a tutti noi per ottenere una società più armonica meno conflittuale in tempi di crisi della legge (e conseguente crisi della magistratura sono due facce di un'unica questione).

Ecco i versi (davvero rigeneranti in tempi di nichilismo estremo) del poeta:

> *Legge come l'amore*
>
> La legge, dicono i giardinieri, è il sole,
>
> la legge è quella
>
> a cui tutti i giardinieri obbediscono
>
> domani, ieri, oggi.
>
> La legge è la saggezza del vecchio,
>
> redarguiscono debolmente i nonni impotenti;
>
> i nipoti hanno cacciato fuori una lingua acuta,
>
> la legge sono i sensi dei giovani.

> La legge, dice il sacerdote con sguardo sacerdotale,
>
> esponendosi a un popolo non sacerdotale,
>
> la legge sono le parole nel mio libro sacerdotale
>
> la legge è il mio pulpito e il mio campanile.
>
> La legge, dice il giudice mentre si guarda il naso,
>
> parlando chiaramente e molto severamente,
>
> la legge è come ti ho detto prima,
>
> la legge è, ma lascia che te lo spieghi ancora una volta,
>
> la legge è la legge.
>
> Eppure gli studiosi rispettosi della legge scrivono:
>
> la legge non è né sbagliata né giusta,
>
> la legge sono solo i reati
>
> puniti dai luoghi e dai tempi,
>
> la legge sono i vestiti che indossano gli uomini
>
> sempre e ovunque.
>
> La legge è buongiorno e buonanotte.
>
> Altri dicono che la legge è il nostro destino;
>
> altri dicono che la legge è il nostro Stato;
>
> altri dicono, altri dicono
>
> la legge non c’è più.

> la legge se n’è andata via.
>
> E sempre la folla rumorosa e arrabbiata,
> molto arrabbiata e molto rumorosa,
> dice La legge siamo noi,
> e sempre il tenero idiota dolcemente dice La legge sono Io.
>
> Se noi, caro, sappiamo di non sapere di più
> di loro sulla Legge,
> se io non più di te
> so cosa dovremmo e non dovremmo fare
> tranne che tutti sono d’accordo
> volentieri o miseramente
> che la Legge è
> e che tutti lo sanno,
> se quindi pensando che sia assurdo
> identificare la legge con qualche altra parola,
> a differenza di tanti uomini
> non riesco a vedere che la legge è ancora
> non più di quanto possiamo sopprimere
> il desiderio universale di indovinare
> o scivolare fuori dalla nostra posizione
> in una condizione indifferente.

> Anche se posso almeno confinare
>
> la tua vanità e la mia
>
> per affermare timidamente
>
> una timida somiglianza,
>
> ci vanteremo comunque:
>
> la Legge è come l'amore dico.
>
> come l'amore non sappiamo dove o perché,
>
> come l'amore non possiamo sentircene costretti o volare via,
>
> come l'amore, spesso piangiamo.
>
> Come l'amore raramente sappiamo tenerla con noi.

---

[1] M. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano, 2012.

[2] C. Hood, *A public management for all seasons?*, in «Public Administration», vol. 69, n. 1/1991, pp. 3-19.

[3]Così G. Torrente, ***New Public Management e organizzazione giudiziaria: la prospettiva dei magistrati***, «Questione Giustizia», 4, 2023.

[4] M. Donini, ***Imparzialità apolitica. La restaurazione giudiziaria in atto tra "politica" e neo-tecnicismo***, «Questione Giustizia», 1-2, 2024.

[5] L. Mortara, *Un pericolo mortale: la decadenza della magistratura*, in «Riforma sociale», 1894 vol. II.

[6] Una descrizione della proposta Mortara si trova in Fernando Venturini, *La magistratura nel primo dopoguerra: alla ricerca del "modello italiano"*, in «Le carte e la storia», 2007, fasc. 2.

[7] Cfr. così Venturini op. ult. cit.

[8] T. Greco, ***L'orizzonte del giurista fra autonomia ed eteronomia***, in in B. Pasciuta, L. Loschiavo (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, RomaTre Press, 2018.

[9] K. Pistor, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma, Luiss University Press, 2021.

[10] Sul tema in senso assai ampio G. Azzariti, *Dov'è finito il pensiero critico? Dalla rivoluzione promessa all'utopia concreta*, Roma, Manifestolibri, 2025.

[11] S. Ottoni, ***La selezione di avvocati e magistrati. Divergenze, formazione e cultura comune***, «Giustizia Insieme», 3 luglio 2023.

[12] L. Zappulli, *La formazione professionale degli uditori giudiziari in Italia, un approccio etnografico*, «Polis», 2, 2004.

[13] N. Zanon, *La condizione "storico-spirituale" del giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025.

[14] E. Scoditti, *Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso*, in «Foro it.», vol. 145, 2020, V, cc. 217 ss.

[15] M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, 176 e ss.

[16] G. Cascini, *La crisi dell'associazionismo giudiziario tra caduta degli ideali e riemergere delle carriere*, «Questione Giustizia», 4, 2015.

[17] V. Roppo, *La magistratura come "professione legale": per una deontologia del "servizio giustizia"*, in «Politica del diritto», 2, 2000.

[18] G. Alpa, *Etica e responsabilità. Principi fondamentali della deontologia forense e società civile in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2000.

[19] G. Calogero, *L'Abc della democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2019.

[20] N. Rossi, ***I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene «il Parlamento con legge»***, «Questione Giustizia», 8 novembre 2021.

[21] R.G. Conti, ***La verità senza luogo. Emone tra tragedia e diritto e… il ruolo della formazione dei magistrati***, «Giustizia Insieme», 11 giugno 2026.

[22] Cfr. R. Girard, *Il capro espiatorio*, Milano, Adelphi, 1999 e M. Zambrano, *Persona e democrazia. La storia sacrificale*, Milano, Bruno Mondadori, 2020.

[23] Cfr. G. Pascuzzi, ***Le tante riforme della giustizia hanno prodotto l'era della post-verità processuale***, «Il Dubbio», 3 agosto 2021.

[24]A. Barbera, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, «Quaderni costituzionali», 2, 2009.

[25] Analizzata in C. Bologna, *Apparenza d'imparzialità o tirannia dell'apparenza? Magistrati e manifestazione del pensiero*, «Quaderni costituzionali», 3, 2018.

[26] P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Le Monnier, 1954, 239.