

Il sistema giudiziario tra *ius* e *lex*

A proposito di un libro recente di Michele Vietti,
La fatica dei giusti. Come la giustizia può funzionare,
Milano, 2011

Luigi Benvenuti

L'ultimo lavoro di Michele Vietti dal titolo *La fatica dei giusti. Come la giustizia può funzionare* (Università Bocconi Editore, 2011), ha il merito di offrirci un quadro esaustivo, non ideologico, della situazione del sistema giudiziario, in una fase che pare schiudersi verso una nuova stagione di riforme che potrebbero investire l'intero ordine giudiziario, e forse gli stessi pilastri costituzionali su cui esso si trova a poggiare.

Il libro rappresenta, con le parole del titolo, la fatica di un giurista, avvocato, ora al servizio delle istituzioni, che con sapienza e grande concretezza ci offre una sua personale interpretazione dei rapporti tra magistratura e politica, finendo per porre qualche cruciale interrogativo pure in ordine ai concetti supremi del diritto e della giustizia.

La trattazione è tutta dedita a smentire vari luoghi comuni.

Come ben rilevato nella prefazione al volume, i dati effettuali, oggettivi riportati dall'Autore, servono a ridimensionare puntualmente opinioni e pregiudizi diffusi e spesso ripetuti in modo approssimativo nei dibattiti pubblici o dagli organi di stampa.

Così è per il numero, solitamente ritenuto troppo elevato, dei giudici professionali e dei pubblici ministeri, mentre in realtà il rapporto tra tali categorie e il numero degli abitanti sta a dimostrare il contrario.

Così è per il trattamento economico, che non risulta per nulla privilegiato.

E via di seguito, ad esempio, per la falsa opinione relativa alla bassa produttività della magistratura.

Un punto di assoluto rilievo è la trattazione della questione della valutazione della professionalità dei magistrati, e dunque del meccanismo di progressione delle carriere, su cui si vuol indugiare per qualche momento.

È un tema su cui anch'io, in anni lontani, avevo avuto modo pur indirettamente di soffermarmi, focalizzando allora l'attenzione sul dibattito processualcivile a cavallo delle due guerre, con riferimento ai parametri e requisiti del giudizio, e alla discrezionalità del giudice civile.

Come ben noto, e come riportato anche da Vietti, l'assetto originario dell'or-

dinamento giudiziario risultante dalla riforma Grandi del 1941 era di tipo piramidale, prevedeva una progressione verticale di carriere, non potendosi evitare in tal modo una magistratura costruita su vincoli di subalternità tra i suoi componenti, subalternità che avrebbe potuto determinare un condizionamento sull'operato e sul libero convincimento del giudice.

Successivamente, con l'entrata in vigore della Costituzione, si è affermato il principio, sancito dall'art. 101 secondo cui "I giudici sono soggetti soltanto alla legge", distinguendosi i magistrati tra loro solo per diversità di funzioni (art. 107, comma 3).

Con il che è saltato il precedente "arbitrario" principio gerarchico, e si è avviato un processo di trasformazione della disciplina, con l'introduzione delle qualifiche cosiddette a ruolo aperto, che svincolava i livelli di progressione di carriera dalle funzioni realmente svolte.

Secondo tale sistema, la scansione di carriera corrispondeva a cinque tappe cronologiche, mentre la valutazione della professionalità era svolta in base al fascicolo personale del magistrato; al rapporto del capo ufficio; al parere del Consiglio giudiziario, fino alla decisione finale del Consiglio superiore della Magistratura.

Anche a seguito della separazione dei livelli di progressione di carriera dalle funzioni realmente svolte, la materia è divenuta oggetto di un incandescente dibattito, che ha portato a due successivi interventi di riforma.

Senza poter entrare approfonditamente nel merito del primo tentativo, la c.d. "riforma Castelli", non andata in porto a seguito della conclusione della legislatura, e su cui penso siano da condividere le riserve di costituzionalità avanzate dall'allora Presidente della Repubblica Ciampi, del resto fatte proprie anche da Vietti, che insiste oltretutto sulla sua concreta irrealizzabilità, dico qualche parola sulla riforma attualmente vigente, quella che prende il nome dall'allora guardasigilli Mastella.

Essa ha sostanzialmente consolidato per via legislativa taluni orientamenti del Consiglio superiore della Magistratura.

Secondo tale riforma le valutazioni di professionalità dei magistrati dovrebbero dipendere dalla effettiva qualità del lavoro giudiziario, a seguito di valutazioni periodiche da cui dipende l'avanzamento di carriera.

Banditi i superiori gerarchici o i valutatori "esterni" (come era nel progetto Castelli), la valutazione è fatta dipendere, per il tramite di una articolazione del giudizio su vari organi, da criteri tendenzialmente oggettivi, parametrati a prerequisiti comportamentali quali indipendenza, imparzialità ed equilibrio.

Per suo conto è toccato al Consiglio superiore della Magistratura il compito di riempire di contenuto tali generalissimi criteri, mentre la legge Mastella si è

premurata di aggiungere quattro parametri ulteriori, indispensabili per rendere maggiormente tecnica e rigorosa la valutazione dei magistrati.

Essi sarebbero la capacità, la laboriosità, la diligenza, l'impegno.

E qui si è aperto il dibattito, tuttora in corso, in merito alla attitudine di tali parametri di evitare qualsiasi genere di arbitrio in sede di valutazione.

La questione merita particolare attenzione, come dicevo prima, anche perché ricorda, in qualche modo, un analogo dibattito in corso negli anni '20 del secolo scorso, che pur aveva una particolare finalità, quella di precisare e circoscrivere in concreto criteri e parametri del giudizio, con attenzione allora alla giurisdizioni di equità, ovvero al rapporto tra interpretazione e discrezionalità del giudice civile.

Quel dibattito, allora, specie ad opera di Calamandrei, autore citato proprio da Vietti, aveva indotto a richiamare il concetto di natura delle cose, e ad evocare i condizionamenti emergenti dalla prassi sociale, onde rendere il meno possibile arbitrario il c.d. ragionamento giuridico.

Ora il problema pare, in qualche modo, riproporsi con attenzione alla ricerca di criteri oggettivi, che possano essere in grado di ancorare, questa volta, la valutazione sul comportamento e sull'operato dei magistrati.

Dei quattro criteri sopra citati, capacità, laboriosità, diligenza e impegno, richiamati dalla legge 30 luglio 2007, n. 111 solo il primo, data anche la sua generalità, presenta vari problemi interpretativi.

Infatti gli altri tre, laboriosità, diligenza e impegno sono per così dire caratteristiche "formali", cioè prescindono dal "merito" del lavoro del magistrato. E sono tutti e tre misurabili oggettivamente, ora con il numero delle sentenze prodotte, ora con le quantità di ore trascorse in ufficio, ora con i corsi di aggiornamento frequentati.

In particolare, per quanto riguarda il concetto di laboriosità esso va riferito alla "produttività, intesa come numero e qualità di affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto conto anche degli standard di rendimento individuati dal Consiglio superiore della Magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e di specializzazione" (così art. 11, comma 2, lett. b), d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 e s.m.i.).

E proprio una apposita commissione al lavoro sugli standard di rendimento ha operato verifiche in concreto del lavoro dei magistrati, anche con l'ausilio di innovativi parametri di riferimento.

Resta da dire qualcosa sulla capacità.

Qui in effetti il rischio che venga intaccata l'autonomia del giudice, entrando nel merito del contenuto delle sentenze, è elevatissimo.

Come ovviare? Non certo ricorrendo tout court a parametri desumibili dalla prassi sociale, come ritenevano in modo tra loro non troppo dissimile Pietro Calamandrei e poi Alessandro Raselli, nel suo bel volume sulla discrezionalità del giudice civile del 1926.

Anche perché, in questo caso, trattandosi di misurare la capacità, il giudizio risulta particolarmente arduo e insidioso, dovendosi tener conto del divieto esplicito di interferire nel contenuto della sentenza.

La questione è affrontata da Vietti in modo stringente e rigoroso e le conclusioni cui lo stesso perviene sono degne di nota.

Si tratterebbe di concentrare “il giudizio su profili altrettanto rilevatori della capacità professionale senza intaccare l'autonomia del magistrato: la chiarezza espositiva degli atti, la capacità di sintesi, l'attinenza all'oggetto”. Benché tali criteri, aggiunge Vietti, potrebbero non essere in grado di escludere del tutto la componente soggettiva del giudizio, per se stesso almeno in parte arbitrario, la soluzione avrebbe il merito di circoscrivere la valutazione degli atti del magistrato al profilo formale-comportamentale.

Questo tema della discrezionalità nella valutazione, così come quello connesso del ruolo dell'interpretazione e del giudice rispetto alla legge, è ripreso più volte nel corso del volume, e ne rappresenta quasi il filo rosso, vorrei dire il momento speculativo.

Così, con attenzione alla semplificazione del sistema, si scomoda l'autorità di Proto Pisani, fermo sostenitore di una diversificazione tra controversie in base a presunti parametri di semplicità o complessità delle stesse in concreto, di tal che solo nel primo caso “il processo sarebbe amministrabile *summatim*, per esempio con un maggior svolgimento orale e una più marcata deformalizzazione”.

Per Proto Pisani sarebbe dunque necessaria una normativa generale che consenta al giudice di scegliere discrezionalmente tra più modelli di trattazione della controversia.

Osserva peraltro Vietti come ciò comporterebbe un allargamento dell'arbitrio del giudice, cui sarebbe demandato il compito di modulare il processo in dipendenza di caratteri per se stessi ambigui, quali appunto quelli di semplicità o di complessità dell'oggetto del giudizio. Laddove sarebbe piuttosto preferibile far salva una zona riservata “per sottrarre al giudice il potere discrezionale di scelta tutte le volte che, in ragione di uno specifico oggetto (si pensi alla *class action*), ritenga che il procedimento non possa essere amministrato diversamente e debba pertanto avere un rito predeterminato”.

In questo caso l'Autore si inserisce nel dibattito tuttora in corso, mirando a condividere una proposta dai contenuti innovativi, ma restando nel contem-

po ben attento “a non mettere a repentaglio la garanzia costituzionale della terzietà e imparzialità” del giudice.

Ho detto poco sopra come il tema della discrezionalità torni più volte nel corso del volume, benché non sempre l'assunzione della presenza di discrezionalità in questa o quella fattispecie finisca per comportare un margine di arbitrio in sede di valutazione.

Così, ad esempio, con attenzione al tema delle sanzioni, la discrezionalità finisce per essere molto più circoscritta, anche perché il decreto legislativo 109/2006 (quale modificato dalla legge 269/2006) ha tipizzato una serie di ipotesi lasciando un margine soggettivo solo nella gradazione della gravità delle misure.

Ma è margine ineludibile, che si ritrova in molti campi del diritto, e penso tra tutti a quello delle sanzioni amministrative, e specie in materia di antitrust.

Al termine della prima parte, tutta incentrata sulla qualità del servizio, e sui parametri e prerequisiti di professionalità dei magistrati, si introduce il tema della efficienza e produttività del sistema, cui è dedicato l'intero secondo capitolo.

Qui, constatati i numeri della giustizia in Italia, “tra mito e realtà”, e l'ampia domanda di contenzioso, si suggeriscono una serie di alternative al processo, sciogliendo nodi organizzativi, suggerendo possibili interventi.

E in particolare viene affrontata la questione di filtri preliminari per il ricorso in Cassazione; la ricerca di alternative credibili ai riti canonici del processo civile; la ricerca di misure di semplificazione per la giustizia penale e di alternative alla stessa giurisdizione.

Al proposito, particolarmente importante appare il richiamo all'art. 24 della Costituzione, che, nell'affermare che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, potrebbe venire inteso come uno scoglio per la riforma di un sistema, che deve poter temperare l'esigenza fondamentale di una estensione della tutela, ma anche il rispetto del principio di effettività, al fine di garantire una giustizia celere e non troppo complessa e costosa.

Per Vietti la giustizia nella storia è “tale se i cittadini le riconoscono la funzione di perseguire la Giustizia (con la maiuscola)”: tra *lex* e *ius*, insomma, prevale quest'ultimo, pur non potendosi ovviamente prescindere dalla prima. Sono tutte riflessioni degne di nota, che nascono dalla profonda esperienza dell'Autore, e che trovo perfettamente condivisibili.

Talora viene sfatato addirittura qualche tabù, come quando ci si chiede se non sia giunto il momento di revisione dell'attuale sistema delle impugnazioni con tre gradi di giudizio.

Si tratta di una strada, come noto, imboccata ad esempio in Francia, con riferimento alle Autorità amministrative indipendenti, e che ha trovato qualche sostenitore anche da noi (penso per tutti a Sabino Cassese).

Anche in questo caso la proposta appare equilibrata e assai circospetta, ponendo una alternativa: se non sia il caso di modificare l'art. 111 della Costituzione, consentendo allora il ricorso per Cassazione in ipotesi limitate e relative alla sola violazione di legge; ovvero di togliere drasticamente l'appello. Personalmente, e di primo acchito, mi sentirei più favorevole alla prima soluzione.

Ma forse, pensare a dei filtri per il grado di appello potrebbe essere argomentabile, ove si abbia cura di non stravolgere l'ordinamento nel suo complesso. E si tratta comunque di un nodo che il legislatore dovrà finire per sciogliere, venendo incontro a quelle esigenze di efficienza e di semplificazione, che sempre più appaiono come ineludibili nell'attuale momento storico.

Al cuore del libro sta il tema delle riforme, considerate come improrogabili da una parte non indifferente della cultura politica, ma altrettanto osteggiate da quanti paventano il rischio di una "deriva politica tentata dal plebiscitarismo". Se nella prima direzione il pericolo, sempre in agguato, potrebbe essere quello di perdere di vista la questione centrale, quella delle scelte condivise, nella seconda vi è piuttosto l'eventualità di una chiusura nella cittadella, facendosi schermo dei principi sanciti dalla Carta per respingere qualsiasi spinta riformatrice.

Tra le due posizioni viene privilegiato un punto di vista mediano, che porta a difendere i pilastri costituzionali ma nel contempo a suggerire possibili interventi futuri, miranti al miglioramento della "Giustizia" intesa come "servizio". Sintomatica di tale impostazione mi sembra il modo in cui è affrontata la *vetusta quaestio* della distinzione tra carriere e funzioni.

Qui, in controtendenza rispetto ad un dibattito troppo spesso inquinato da ideologismi e polemiche sterili, si argomenta in ordine alla unicità delle carriere sulla base di precisi elementi di fatto, nell'intento di preservare la comune cultura della giurisdizione.

Il dato oggettivo da cui si parte è costituito dai contenuti della normativa vigente, che pone limiti rigorosi ai passaggi dalla funzione requirente a quella giudicante, rendendo la separazione delle carriere una realtà già almeno in parte esistente.

Mentre, per quanto riguarda i due CSM, si paventano due rischi in se opposti: di fare del pubblico ministero un organo autoreferenziale, con un rafforzamento eccessivo del suo potere inquirente; o di rendere il pubblico ministero una sorta di braccio armato del potere esecutivo.

A fronte di ciò la difesa della obbligatorietà dell'azione penale si presta ad una correzione significativa.

L'azione penale potrebbe in ipotesi essere indirizzata da soggetti esterni alla magistratura (ad esempio taluni enti locali) al fine di corrispondere alle concrete esigenze emergenti dal territorio: una magistratura dunque permeabile alle esigenze della società.

Come dicevo all'inizio, il libro non si limita a risolvere quesiti di natura tecnica. Nella parte finale esso arriva a prefigurare una possibile evoluzione dei rapporti tra diritto ed economia.

Al proposito, respinto ogni tentativo di privilegiare *tout court* l'economia rispetto al diritto, ovvero il diritto rispetto all'economia, come se quest'ultima potesse venire semplicisticamente corretta dal primo, si accede ad una diversa ricostruzione, imperniata sulla centralità delle regole, ritenute condizioni minime indispensabili per la nascita di un mercato e per la sua espansione. Si tratta di una questione ampiamente sviluppata proprio dai giuristi, e ricordo un breve *pamphlet* di Fabio Merusi dal titolo significativo *Diritto contro economia* (2006).

Ricordo ancora, più di recente, il volume di Marco D'Alberti, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione* (2010) dove il processo di giuridicizzazione va di pari passo con gli interventi regolatori da parte di autorità indipendenti, ed anzi tale processo vive proprio di tale reciprocità.

Vietti entra ancora una volta al cuore del dibattito, prefigurando una soluzione imperniata sulla centralità delle regole, e che possa ridurre i costi esterni ed interni dell'inefficienza.

Da ultimo, quel che sta sullo sfondo è sempre e comunque il grande problema della Giustizia (con la maiuscola).

Se la giurisdizione, si dice, quale espressione di uno dei tre Poteri dello Stato dovrebbe poggiare su una idea di giustizia che possa essere "condiviso e riconosciuto", l'elemento "consenso" non dovrebbe esserne imprescindibile fattore costitutivo, e ciò a differenza del "riconoscimento" considerato invece quale motore primo del patto sociale.

La ricerca di una condivisione dei valori induce allora l'Autore ad evocare la figura del grande Bodin, il teorico sommo della sovranità, che nei sei libri della Repubblica ha propugnato un'idea armonica di giustizia, fondata sul contemperamento tra differenti prospettive di cultura e di governo.

Non viene sposata, peraltro, l'idea di un giudice "emanazione del popolo"; né l'altra di un giudice meramente tecnico, *bouche de la loi*, perché anzi esso deve operare una vivificazione della legge, e un costante aggiornamento alle esigenze della società, nel rispetto dei valori costituzionali.

Il modello prescelto è quello di un giudice tecnico, indipendente, non elettivo, ma la cui legittimazione derivi da qualificazione professionale, da serietà, da aggiornamenti e valutazioni periodiche, da certificazioni di qualità, in modo da corrispondere ai mutamenti del corpo sociale.

Si tratta, mi pare, di una risposta all'insegna del rigore e della sobrietà, evidentemente lontana da ogni facile ideologismo di maniera.

Tale risposta mostra come il perseguimento dell'efficienza ben possa sposarsi con l'ideale di una giustizia sostanziale, confermando una volta di più come "la scommessa del costituzionalismo moderno" dovrà soprattutto consistere "nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*".