

Delitti politici e amnistia.

La magistratura nella transizione dal fascismo all'Italia repubblicana

di Franco Cassano

presidente della corte d'appello di Bari

1. Quello dell'on. Giuseppe Di Vagno, *leader* pugliese del partito socialista, fu il primo omicidio di un parlamentare compiuto dai fascisti.

Di Vagno morì a Mola di Bari il 26 settembre del 1921, in conseguenza delle ferite infertegli il giorno prima, dopo un comizio, mediante due, forse tre, colpi di arma da fuoco, che raggiunsero la regione lombo-sacrale, cagionando la perforazione dell'intestino e la conseguente sepsi. L'autore degli spari colpì alle spalle, da distanza ravvicinata¹.

Le indagini individuarono immediatamente «ventisei giovani di Conversano», recatisi nell'occasione a Mola, nei confronti dei quali vennero elevate le contestazioni di omicidio premeditato, di tentato omicidio e di lancio di una bomba, oltre ad altre per reati minori; di quei giovani, dieci furono in seguito prosciolti «per insufficienza di prove», e gli altri rinviati a giudizio. Un tal Lorusso Luigi, all'epoca diciassettenne, fu individuato come l'autore materiale degli spari.

Il delitto aveva un'indiscussa matrice politica, e si inquadrava nel clima di odio maturato sin dal 1920 dai fasci di Conversano nei confronti dei «bolscevichi» locali, e dell'on. Di Vagno in particolare.

Subito dopo la marcia su Roma, intervenne il R.D. 22 dicembre 1922, n. 1641 ad amnistiare i reati «commessi in occasione o per causa di movimenti politici o determinati da movimenti politici, quando il fatto sia stato commesso per un fine nazionale, immediato o mediato».

Il 30.12.1922, la Corte d'appello di Trani, preso atto che dall'istruttoria era emerso che i fatti del 25 settembre 1921 erano stati compiuti ad opera di appartenenti al fascio di combattimento di Conversano e determinati da movente politico per fine nazionale, fece applicazione dell'amnistia per tutti i reati ascritti agli imputati.

Caduto il fascismo, il D.Lgs.Lgt. 27 luglio 1944, n. 159, nell'introdurre sanzioni contro il fascismo, all' art. 6 prevede che le amnistie e gli indulti concessi dopo il 28 ottobre 1922 fossero inapplicabili e, se già applicati, le relative declaratorie fossero revocate.

In particolare, il comma IV di quell'articolo prevede la declaratoria di giuridica inesistenza delle sentenze di amnistia, ove risultasse sia l'indole politica del delitto amnistiato sia l'influenza esercitata sulla decisione da uno stato di coercizione morale determinato dal fascismo.

Con pronunzia del 6 febbraio 1945, la Cassazione dichiarò l'inesistenza giuridica della sentenza di amnistia del 1922 e il processo fu rimesso alla Procura generale di Bari.

Il procuratore generale chiese quindi il rinvio a giudizio degli imputati davanti alla Corte d'assise di Bari. Nel luglio del 1946 la Corte d'Appello di Bari fissò il dibattimento ma il processo fu trasferito a Potenza per *legittima suspicione*. La Corte d'assise di Potenza condannò per omicidio volontario sei dei dieci imputati. I giudici negarono sia l'ipotesi dell'omicidio premeditato, sia quella, perorata dalla difesa, dell'omicidio preterintenzionale, e ciò perché «gli adolescenti erano partiti da Conversano con l'idea della violenza, come era costume di tutti i fascisti. Ma non si può stabilire... che essi ebbero il premeditato esclusivo proposito di uccidere. La violenza fu un prodotto delle circostanze: essi, pronti all'esuberanza giovanile, vollero uccidere il Di Vagno». Applicati i condoni conseguenti alla giovane età, gli imputati furono condannati a pene oscillanti tra i sette e i dodici anni di reclusione.

Avverso la sentenza della Corte d'assise di Potenza tutti gli imputati condannati proposero ricorso.

La Corte di cassazione, con sentenza del 22 marzo 1948, dopo avere riqualificato il fatto come

¹ Il delitto è accuratamente indagato, nei suoi aspetti storici, politici e giudiziari, da G. MASTROLEO (a cura di), *L'omicidio politico di un socialista: Giuseppe Di Vagno*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2022.

omicidio preterintenzionale, dichiarò di «non doversi procedere» per essere il reato estinto per amnistia, in conseguenza del decreto presidenziale 22 giugno 1946, n. 4, nel frattempo approvato dal Governo De Gasperi.

2. La sentenza della Cassazione è stata criticata sia per la riqualificazione giuridica del fatto in termini di omicidio preterintenzionale, sia per aver ritenuto che tale fattispecie giuridica rientrasse nel perimetro dell'amnistia del 1946.

La Corte considerò preterintenzionale il delitto osservando che: «Il primo (vale a dire il Lorusso, n.d.e.) sparò tre colpi contro il Di Vagno, da dietro e perciò nelle migliori condizioni di sicurezza della persona e della mira; e diresse l'arma verso il basso, tanto da attingere il Di Vagno alle regioni lombare e sacrale con due colpi. Ora se egli sparò nella posizione detta, ed a meno di un metro dalla vittima, come ha ritenuto la sentenza impugnata, appare manifesto che non ebbe intenzione omicida, diversamente tutti i colpi sarebbero stati posti a segno ed in regione sicuramente tale che avrebbero prodotto la morte».

Studi recenti, sia medico-legali sia giuridici, hanno invece rimarcato la volontà omicida dello sparatore, essendosi osservato che: «I colpi furono esplosi da distanza ravvicinata; dal basso verso l'alto; da una pistola calibro 7,65; da un soggetto che si era staccato da un gruppo che incrociava il Di Vagno con “fare minaccioso” e che utilizzò l'esplosione di una bomba per coprire la fuga dello sparatore... E' sin troppo evidente, a questo punto, che qualificare come "atto diretto a cagionare una lesione e/o una percossa” due colpi di arma da fuoco, appare un'acrobazia interpretativa, non consentita neppure ai giudici di legittimità»².

Anche a tenere conto dei soli atti propri del fascicolo processuale, dunque, la ricostruzione dei fatti in termini di omicidio preterintenzionale deve ritenersi frutto di un'evidente forzatura, anche alla stregua dei principi giuridici vigenti a quel tempo.

Più complessa la questione della sussumibilità dell'omicidio preterintenzionale nell'ambito del perimetro dell'amnistia introdotta con il decreto togliattiano.

Oggetto dell'amnistia erano tre diverse tipologie di reati.

L'art. 1 concerneva tutti i reati comuni per i quali la legge comminasse una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, oppure una pena pecuniaria.

L'art. 2 concerneva i delitti politici commessi dopo la liberazione, e fino al 18 giugno 1946, secondo la previsione dell'art. 16.

L'art. 3, rubricato «Amnistia per altri delitti politici», che interessa direttamente in questa sede, prevedeva la concessione dell'amnistia per i reati di cui agli artt. 3 e 5 del d.lgs.lgt. n. 159/1944 (vale a dire per le condotte di «Coloro che hanno organizzato squadre fasciste, le quali hanno compiuto atti di violenza o di devastazione...», e di «Coloro che hanno promosso o diretto l'insurrezione del 28 ottobre 1922», o di «Chiunque ha commesso altri delitti per motivi fascisti o valendosi della situazione politica creata dal fascismo»), ovvero, ancora, per le condotte di collaborazionismo, escludendo però il beneficio quando le condotte fossero state compiute da persone rivestite di elevate funzioni di direzione civile o politica, o di comando militare, ovvero quando fossero stati commessi fatti di strage, o di sevizie particolarmente efferate, fatti di omicidio o di saccheggio, ovvero i delitti fossero stati compiuti a scopo di lucro.

Il canone interpretativo secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit*, tra tutti il più fragile, è stato invocato sia per affermare che l'omicidio preterintenzionale dovesse rimanere estraneo al

² Così, V. MORMANDO, *La Cassazione, errore giuridico “politicamente corretto”*, in E. CORVAGLIA, G. ESPOSITO, V. A. LEUZZI (a cura di), *Il processo Di Vagno, un delitto impunito dal fascismo alla democrazia*, Camera dei deputati, 2011, 128. Analogamente F. INTRONA, *Considerazioni medico legali sulla natura e causa della morte*, ivi, 135 ss., 139, il quale ha ricostruito diversamente dalle risultanze processuali sia la causa della morte (shock emorragico, in luogo di sepsi), sia la direzione dei proiettili, dal basso verso l'alto, sia il calibro dell'arma utilizzata (semiautomatica 7,65).

provvedimento di clemenza³, sia che vi rientrasse, dovendosi escludere dal novero dell'ammnistia solo l'omicidio volontario⁴.

Né è mancato chi, sul presupposto per cui la tutela della "vita" esige «una protezione incondizionata, equivalente all'importanza del bene giuridico ed al rilievo ad esso assegnato a livello costituzionale», ha ritenuto che l'eccezionalità del provvedimento deve orientare innanzitutto nel senso di limitare il novero dei reati solo ed esclusivamente a fattispecie di lieve entità e prive di qualsiasi allarme sociale». Sicché, sarebbe «evidente che una fattispecie di omicidio, ancorché preterintenzionale, non può essere ricompresa in un decreto di clemenza»⁵.

Altri, ha sostenuto che solo l'omicidio volontario fosse escluso dall'ammnistia dei reati politici commessi dai fascisti⁶, e probabilmente si tratta della tesi più corretta alla stregua del disposto di cui all'art. 4 del decreto, che escludeva espressamente «dall'ammnistia concessa coi precedenti articoli», e quindi da tutte le forme di amnistia, anche da quella per i reati politici commessi dai fascisti, i delitti di omicidio di cui all'art. 575 c.p. (ma non gli omicidi commessi dagli antifascisti).

3. Ciò che preme rimarcare è proprio la pluralità delle possibili interpretazioni che l'incuria tecnica dei nuovi legislatori legittimava su una questione pure centrale del decreto togliattiano⁷. L'imprecisione tecnica del decreto rivelava probabilmente una serie di divergenze e di conflitti politici rimasti irrisolti⁸, e affidava alla magistratura un'enorme discrezionalità interpretativa.

La Corte di cassazione, in particolare, per giudizio condiviso degli storici, in quel periodo ne fece un uso singolare, che le consentì di svolgere una funzione decisiva nel fermare qualunque processo innovativo e di giustizia sostanziale⁹.

Il caso Di Vagno ne è un esempio, per certi aspetti neppure tra i più gravi. Infatti, soprattutto rispetto all'interpretazione della clausola che prevedeva l'esenzione dall'ammnistia di quanti si fossero resi responsabili di «sevizie particolarmente efferate» vi furono pronunzie assai discutibili, a volte clamorose, che allargarono in modo inusitato le maglie del provvedimento di clemenza. Si disse così¹⁰ che «Sevizia particolarmente efferata è soltanto quella che, per la sua atrocità, fa orrore a coloro stessi che dalle torture non siano alieni», o che il legislatore aveva inteso escludere dall'ammnistia soltanto i casi di *eccezionale esasperata efferatezza*; o, ancora che non basta che «la crudeltà sia soltanto inumana o quasi propria delle fiere [...], ma occorre che raggiunga e sorpassi ogni limite di sopportabilità e costituisca un episodio di vera barbarie», sicché non furono considerati

³ V. FANIZZI, *22 marzo 1948: un colpo di spugna sull'omicidio Di Vagno*, in E. CORVAGLIA, G. ESPOSITO, V. A. LEUZZI (a cura di), *Il processo Di Vagno, un delitto impunito dal fascismo alla democrazia*, cit., 133, osserva: «Nel caso di specie, la parola omicidio non aveva ulteriori specificazioni ed era idonea a comprendere tutte le possibili forme di omicidio». Adde E. MUSCO, *Intervento*, in *Il processo Di Vagno, Un delitto impunito dal fascismo alla democrazia - presentazione del libro*, Camera dei Deputati, 14.7.2011, in <https://www.radioradicale.it/scheda/331892/il-processo-di-vagno-un-delitto-impunito-dal-fascismo-alla-democrazia-presentazione>.

⁴ Cass., Sez. un. pen., 27 dicembre 1946, Burroni, osserva: «Se si vuole dare significato efficiente alla qualifica usata dallo stesso codice, non dovrebbe dubitarsi che la locuzione di cui sopra si riferisce unicamente all'omicidio volontario, in quanto semplice "omicidio" è denominata la ipotesi delittuosa configurata dall'art. 575... Le altre ipotesi delittuose, in cui l'evento è pure la morte di alcuno, hanno denominazioni che le differenziano e le caratterizzano: omicidio per causa di onore (art. 578); omicidio del consenziente (art. 579)».

⁵ Così, V. MORMANDO, *La Cassazione, errore giuridico "politicamente corretto"*, in E. CORVAGLIA, G. ESPOSITO, V. A. LEUZZI (a cura di), *Il processo Di Vagno, un delitto impunito dal fascismo alla democrazia*, cit., 128, la cui tesi muove da una sensibilità giuridica probabilmente estranea al legislatore dell'epoca.

⁶ Vd., ad es., G. VASSALLI, *Il processo Di Vagno*, in E. CORVAGLIA, G. ESPOSITO, V. A. LEUZZI (a cura di), *Il processo Di Vagno, un delitto impunito dal fascismo alla democrazia*, cit., 161.

⁷ Vd. V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia, Annali 14. Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 721.

⁸ Sul tema, diffusamente, G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 28 ss.

⁹ Cfr., ad es., A. MENICONI, *Storia della magistratura*, Bologna, 2013, 261.

¹⁰ L'esemplificazione in M. FRANZINELLI, *L'ammnistia Togliatti. 22 giugno 1946. Colpo di spugna sui criminali fascisti*, Milano, 2006, *passim*, ove si citano, tra le altre, Cass. 7 marzo 1951; Cass. 7 luglio 1947, ric. Mariani; Cass. sez. II, 27 febbraio 1947, ric. Vignes.

particolarmente efferati schiaffi, pugni e nerbate, ma anche compressione dei testicoli ed applicazione alla testa del paziente di un cerchio gradualmente restringibile, poiché «trattamenti» che non avevano avuto una durata eccessivamente lunga. Per arrivare ad una valutazione di particolare efferatezza si dovette attendere un caso riguardante fatti davvero ripugnanti, deciso il 27 febbraio 1947: un ufficiale delle brigate nere aveva sottoposto una giovane donna, per tre giorni consecutivi, a lunghi ed estenuanti interrogatori, inframmezzati da ingiurie volgari e da gravi minacce, allo scopo di ottenere rivelazioni in danno suo e di partigiani; aveva poi continuato l'interrogatorio nel quarto giorno tenendola per quattro ore nuda, nel rigido clima invernale; in tutti questi quattro giorni, le aveva negato qualsiasi cibo e infine, dopo averle estorto una parziale confessione, approfittando della sua minorata capacità di resistenza l'aveva violentata e deflorata, chiamando poi i propri gregari a constatare l'avvenuta deflorazione: «Un tale complesso di atti», si conclude, «commessi freddamente con totale dispregio dell'integrità fisica e morale di una giovane donna, debole e indifesa, è indice certo di animo bestiale e spietatamente crudele, ed esclude perciò il beneficio dell'amnistia, che presuppone nell'agente una mente ed un costume travati sì, ma umani».

L'intento legislativo di evitare la criminalizzazione di massa di quanti avevano aderito al regime fascista e di colpire invece coloro che avevano svolto un ruolo fondante, o funzioni elevate, risultò così, nei fatti, del tutto impraticabile.

Se ne rese conto immediatamente lo stesso Togliatti che, appena un mese dopo, nel luglio del 1946, dovette emanare una circolare rivolta alle procure generali per richiamare la necessità che l'azione punitiva contro i fascisti proseguisse. La circolare fu valutata dalla magistratura come un'indebita ingerenza nell'attività giurisdizionale, e fu ignorata, dando così ragione a Pertini, il quale aveva invocato l'emanazione di una norma interpretativa, di cui la giurisprudenza avrebbe dovuto necessariamente tenere conto¹¹.

Solo che i tempi erano mutati velocemente: i focolai di resistenza armata nel nord del Paese andavano scemando; ad ottobre del 1946, il PSI e il PCI rinnovarono il patto di alleanza; a gennaio del 1947, De Gasperi volò negli Stati Uniti, e al suo ritorno ci fu la scissione socialista. Di lì a poco, a maggio del 1947, appena un anno dopo l'amnistia, il quarto governo De Gasperi fu formato tenendo fuori definitivamente i socialisti e i comunisti.

Non era più tempo di mettere mani all'amnistia, i cui esiti, d'altro canto, ponevano in grande difficoltà con la propria base, politica ed elettorale, soprattutto Togliatti ed il partito comunista, e favorivano invece il disegno politico dei centristi.

4. La magistratura indirizzò dunque la discrezionalità affidatale verso un'interpretazione ampia dell'amnistia, che mantenne ferma negli anni successivi, nonostante le proteste e i sommovimenti che talvolta ne derivarono.

Essa mantenne fermo anche il proprio tradizionale approccio culturale, che ascriveva al giudice il ruolo di *bouche de la loi*, ed alla giurisdizione una funzione meramente ricognitiva del diritto, attribuendo le proprie controverse scelte interpretative alle contraddizioni interne al testo normativo. In tal modo essa faceva salva la propria neutralità tecnica e salvaguardava la propria irresponsabilità politica.

In ogni caso, per quanto inizialmente il rapporto tra magistratura e fascismo fosse improntato a reciproca diffidenza (la magistratura era considerata garante o simbolo stesso dello stato «demoliberales», tant'è che Mussolini rinforzò piuttosto il potere dei prefetti), e quantunque la scelta di istituire giurisdizioni speciali per gli oppositori politici e per gli ebrei potesse essere letta come un atto di riguardo e, insieme, di sospetto verso il potere giurisdizionale, alla fine la magistratura finì con l'aderire al regime fascista.

Così, le cronache ricordano che: «Nel 1940..., in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario, 240 alti magistrati in uniforme del Pnf inneggiarono ai discorsi di Dino Grandi, il quale li invitava a oltrepassare i limiti della legge per obbedire allo spirito del tempo e di Mussolini, che ribadiva

¹¹ Cfr., A. MENICONI, *Storia della magistratura*, cit, 262.

l'intervenuta e definitiva fine della divisione dei poteri. Al termine della cerimonia, come ricordava Piero Calamandrei, tutti festanti abbandonarono Palazzo Venezia intonando l'inno della Rivoluzione»¹². E se «Indubbiamente, la enorme maggioranza dei magistrati era, e rimase, nell'intimo antifascista», tuttavia «debolezza, amore di quieto vivere, soverchia pavidità» indussero la quasi totalità dei magistrati ad iscriversi al Pnf, sicché, di fronte ad «una grande maggioranza di brava gente, anche se si fregiava dell'indesiderato distintivo e andava alle adunate oceaniche per tema di rappresaglie, esisteva una minoranza, appartenente, per lo più, agli alti gradi, che costituì veramente una vergogna per la Magistratura italiana»¹³.

D'altro canto, il controllo del regime sui magistrati si era fatto progressivamente più esteso; il sistema delle lettere anonime e delle minacce per ciascun magistrato venne molto perfezionato; i magistrati furono sottoposti ad una sorveglianza continua e diversificata da parte del regime, tramite una politica dei *dossier*, applicata con raffinatezza; essi ebbero fascicoli intestati a loro nome presso il ministero di Grazia e Giustizia, il ministero dell'Interno, la polizia politica, e il Pnf, quando vi fossero iscritti¹⁴.

Lo stesso Ordinamento giudiziario introdotto con il regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 incise non poco, giacché s'ispirò a due principi strettamente collegati fra loro: quello gerarchico, con la distinzione per gradi all'interno della magistratura, dominata da un ristretto gruppo collocato nelle posizioni più elevate della scala gerarchica, e quello dell'«eterogoverno», con l'attribuzione all'Esecutivo, e quindi al Ministro della giustizia, di ampi poteri di direzione e di controllo sulla magistratura¹⁵.

L'ordinamento giudiziario prevedeva, in particolare, l'inquadramento dei magistrati nei gradi di uditore giudiziario (grado VIII), aggiunto giudiziario (grado VII), giudice, sostituto procuratore del re e pretore (grado VI), consigliere di corte d'appello, sostituto procuratore generale di corte d'appello (grado V), consigliere di cassazione (grado IV), presidente di sezione della Corte di cassazione e avvocato generale della Corte di cassazione (grado III), procuratore generale presso la Corte di cassazione (grado II) e presidente della Corte di cassazione (grado I). Vi era, quindi, se così si può dire, una gerarchia di carriera, che riguardava tutti i magistrati ordinari. Vi era, inoltre, per i magistrati *requirenti*, una gerarchia «funzionale», essendo il pubblico ministero costituito da uffici gerarchicamente ordinati fra di loro (la procura generale presso la Corte di cassazione, le procure generali presso le Corti d'appello e le procure della Repubblica presso i Tribunali) e al loro interno.

Quanto al Ministro della giustizia, egli esercitava, direttamente o per il tramite dei capi degli uffici, l'«alta sorveglianza» su tutti i magistrati (giudicanti e *requirenti*). Svolgeva un ruolo di «direzione» del pubblico ministero. Aveva un forte potere d'influenza sulle promozioni nelle sfere più alte della magistratura, poiché i concorsi si svolgevano davanti a commissioni formate da magistrati di cassazione da lui stesso nominati. Aveva il potere di proposta sulle nomine agli uffici direttivi di presidente e di procuratore generale presso le Corti d'appello e presso la Corte di cassazione, spettanti al Consiglio dei ministri. Era, infine, titolare dell'azione disciplinare e del potere di sanzionare i magistrati giudicanti e *requirenti* per gli illeciti disciplinari (la Corte disciplinare, formata dal primo presidente della Corte di cassazione, che la presiedeva, e da altri quattro magistrati nominati dal Consiglio dei ministri, formulava proposte non vincolanti per il ministro, che decideva autonomamente)

Alla fine, come detto, la fascistizzazione della magistratura apparve compiuta, almeno nei suoi aspetti esteriori e pubblici, anche se ancora controverse ne sono l'effettiva profondità e

¹² Vd., G. SCARPARI, *Il giudice del Novecento: da funzionario a magistrato*, in <https://www.questionegiustizia.it>.

¹³ E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2018, 26 ss., ricorda le pagine di Peretti Griva: «Mi pare di arrossire ancora adesso nel rammentare un gruppo, fortunatamente non molto numeroso, di magistrati, vestiti di orbace, alcuni dei quali troppo poco prestanti per non fare, anche fisicamente, una figura buffa in quella tenuta, coi gambali lucidi, ed il cappellaccio alla brava, sfilare per Torino, nella centralissima Via Roma, a tre per tre, al comando di un non affatto esemplare ex cancelliere, elevato a dignità di segretario federale, avviati a far la guardia, a Roma, alla «mostra della rivoluzione»».

¹⁴ Cfr., Y. BEAULIEU, *Toghe nere. Potere politico e magistratura durante il fascismo*, in http://storieinmovimento.org/wp-content/uploads/2016/07/Zap20_13-LRCNC.pdf.

¹⁵ Cfr., G. FERRI, *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Torino, 2018, 4 ss.

l'interiorizzazione, da parte della corporazione¹⁶. Si comprende, dunque, come la storiografia più recente appaia piuttosto orientata ad indagare in quali modi quel consenso si sia tradotto nelle concrete decisioni giudiziarie, modificando rotte giurisprudenziali tradizionali, per inferirne, conclusivamente, lo svolgimento di un ruolo di riequilibrio tra le forze che spingevano al cambiamento e quelle volte alla tutela dei caratteri tradizionali dell'ordinamento giuridico¹⁷. In ciò essa fu agevolata proprio dalla tradizionale difesa delle forme dell'ordinamento, e quindi dal formalismo giuridico, che le consentì, ad esempio, di sostenere l'eccezionalità delle leggi razziali, propugnando una loro interpretazione restrittiva, che ne arginò la potenzialità espansiva sull'intero ordinamento, rigettando nettamente l'idea, in quegli anni dominante in altri ambiti europei, secondo cui il diritto andava interpretato alla luce del comune sentimento del popolo¹⁸.

5. La vicenda dell'epurazione iniziò già dal dicembre 1943; fu caratterizzata da una fase iniziale, "ascendente" (tra l'estate del 1944 e la prima metà del 1945), e da una seconda fase, "discendente o di ripiegamento", iniziata con la crisi del governo Parri e la sostituzione con l'esecutivo De Gasperi (dal 10 dicembre 1945), e culminata con l'amnistia Togliatti del 1946¹⁹.

La magistratura, nelle sue diverse componenti, anche generazionali (sotto giudizio erano sia i giovani, promossi in pieno fascismo, sia, soprattutto, la generazione più matura proveniente all'origine dall'esperienza liberale), si trovò a dover fare i conti con il proprio atteggiamento nei confronti della dittatura. Circa 400 magistrati furono sottoposti a procedimento di epurazione, su un complesso di 1.000 casi esaminati: il che equivaleva a circa il 10 per cento dell'intero corpo giudiziario.

¹⁶ Occorre ricordare il giudizio assai cauto di R. DE FELICE, *Mussolini e il fascismo. Gli anni del consenso. 1929-1936*, IV, Torino, 1974, 179 s, il quale scriveva riassuntivamente: «... la politica di fascistizzazione della società italiana ... fu per il regime assai più fallimentare e gravida di conseguenze negative. A saper vedere al di là delle apparenze, i risultati da essa conseguiti furono, infatti, non solo meno *totalitari* di quanto a prima vista sembrava che il fascismo fosse riuscito a realizzare, ma – quel che più conta – furono così epidermici e condizionati da tutta una serie di motivazioni contingenti e pratiche, che, alla prova dei fatti, si dimostrarono in larga misura solo provvisori e transitori, esposti a tutti i rischi e a tutti i contraccolpi tipici di un consenso... fondato, appunto, quasi solo su motivazioni contingenti e pratiche e/o su reazioni psicologiche momentanee, senza un minimo di consapevolezza o di fede». Lo stesso A., in *Intervista sul fascismo* (a cura di M. A. Ledeen), Roma-Bari, 1975, 46, inserì anche la magistratura tra i centri di potere che, insieme alla Corona ed all'esercito, nel 1943 erano ancora «in mano alla vecchia classe dirigente», «sia pure in misura minore» rispetto ai primi due. Anche A. MENICONI, *Storia della magistratura*, cit., 172 ss., assume «una adesione... esplicita ed estesa, ma non profonda e non interiorizzata».

¹⁷ Vd., in particolare, la recente indagine di G. MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, 2021, 342 ss., 347".

¹⁸ Così, G. SPECIALE, *La giurisprudenza sulle leggi antiebraiche*, in A. MENICONI - M. PEZZETTI (a cura di), *Razza e inGiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, in https://www.csm.it/web/csm-internet/dettaglio/-/asset_publisher/kPflLeBsi9DD1/content/razza-e-ingiustizia, 2018, 113 ss., il quale rimarca pure: «L'atteggiamento della magistratura – che solo in rarissimi casi rimise al ministro, ex art. 26, la questione su cui era stata chiamata a giudicare, e che solitamente decise sulle questioni autonomamente – si fonda su una interpretazione restrittiva dell'art. 26 collegata all'assunto, apoditticamente ripetuto, che la razza è un concetto estraneo all'ordinamento giuridico, in aperto contrasto con l'art. 1 che apre il libro I del nuovo codice civile (r.d. n. 1852 del 12 dicembre 1938) pubblicato nella "Gazzetta ufficiale" del Regno il successivo 15 dicembre, meno di un mese dopo la pubblicazione del r.d.l. n. 1728, nel pieno della campagna antisemita. Il codice si apre all'art. 1 ("le limitazioni della capacità civile derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali") con una previsione di limitazione della capacità giuridica sulla base dell'appartenenza a determinate razze che consacra al più alto livello l'irrompere del concetto di razza nell'ordinamento italiano. Al più alto livello per la *sedes* (il codice civile) e per la *materia* (la capacità giuridica, pietra angolare della stessa soggettività giuridica) ... L'art. 1 del codice civile costituisce una cesura, una cesura forte, rispetto alla tradizione codicistica che da Napoleone in poi non aveva conosciuto limitazioni della capacità ancorate all'appartenenza alla razza».

¹⁹ Vd. G. MELIS, *Note sull'epurazione dei ministeri, 1944-1946*, in *Ventunesimo secolo*, n. 4, 2003, 17-52 ss., 17 s. Sul tema, da ultimo, A. MENICONI, G. NEPPI MODONA (a cura di), *L'epurazione mancata. La magistratura tra fascismo e repubblica*, Bologna, 2022.

Prevalsero il senso di prudenza e la considerazione, da parte dei nuovi governanti, anche della sinistra, che fosse impossibile, date le condizioni del Paese, un radicale rinnovamento dei vertici della magistratura, perché anche nei quadri medi (più giovani e formati durante il regime) allignava la compromissione con modalità, stili e comportamenti tipici del regime totalitario. Il nuovo ceto politico preferì affidarsi a vertici di provata esperienza e capacità tecnica, anche se di non altrettanto sicura fede democratica: significativa, ad esempio, l'esperienza di Gaetano Azzariti, cui il ministro Togliatti affidò l'ufficio del gabinetto, sebbene fosse stato il potente direttore dell'Ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia dal 1927 al 1949, avesse aderito al manifesto della razza e fosse stato presidente di quel Tribunale della razza che Renzo De Felice avrebbe poi definito «fonte di immoralità, di corruzione, di favoritismo e di lucro». Dopo il 25 luglio del 1943, Azzariti fu nominato ministro della Giustizia del primo governo Badoglio. Fu condannato a morte dai repubblicani, perché, come scrisse sul Corriere del 26 ottobre 1943 l'ex sottosegretario alla Giustizia Giuseppe Morelli, caduto il Duce, aveva subito «rivoltato la giubba, da fascista ad antifascista». Contribuì poi alla scrittura della Costituzione (fece parte della Commissione Forti); fu presidente del Tribunale Superiore delle acque pubbliche, per essere collocato a riposo, per raggiunti limiti d'età, nel 1951. Nel dicembre 1955 venne nominato giudice costituzionale dal Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi, e fu il secondo presidente della Corte. Fu anche il redattore della prima sentenza della Corte costituzionale, che decise il controllo di costituzionalità sulle leggi anche anteriori all'entrata in vigore della Costituzione²⁰.

Come in generale per la pubblica amministrazione, la macchina dell'epurazione dei magistrati produsse alla fine una grande quantità di pratiche, ma pochissime decisioni di condanna²¹. Anche nei casi di evidente compromissione con il governo repubblicano, i criteri seguiti dagli organismi per l'epurazione tendevano a interpretare le norme restrittivamente o riconoscevano alcune attenuanti, come il fatto che l'attività sotto la Repubblica sociale si fosse «svolta in un'atmosfera di incertezza, intimidazione e pericoli che attenuavano la responsabilità di quanti non ebbero il coraggio di opporsi alle autorità fasciste». Alcuni alti magistrati più compromessi di altri preferirono dimettersi per non sottoporsi al giudizio di epurazione, anche se solo pochi alla fine sarebbero stati definitivamente dispensati, appena 5 su 37. Le scelte compiute (le sentenze, o il linguaggio esibito in occasioni pubbliche) furono giustificate dai magistrati per lo più con lo stato di necessità e accompagnate dalla rivendicazione di una non compromissione diretta con la politica, ma di un apporto esclusivamente tecnico²².

6. La transizione della magistratura dal regime fascista ai primi decenni dell'ordinamento repubblicano fu anch'essa connotata da continuità.

La Costituzione repubblicana aveva delineato le garanzie dell'indipendenza esterna dagli altri poteri dello stato e interna rispetto all'alta magistratura, ma i nuovi principi rimasero inattuati sul terreno legislativo per oltre un decennio, e per oltre un ventennio non furono recepiti dalla cultura e dal costume dei magistrati.

La continuità della tradizionale organizzazione gerarchica non fu intaccata dal decreto Togliatti sulle garanzie della magistratura (d.lgs.lgt. 30 maggio 1946, n. 511), che lasciò intatti i vincoli di dipendenza interna, attraverso i poteri di supremazia gerarchica della Cassazione e dei capi degli uffici sui magistrati di grado inferiore: il decreto si limitò ad allentare il vincolo di dipendenza del pubblico ministero dal ministro della giustizia, sostituendolo con un rapporto di vigilanza, e sottrasse al ministro alcune delle competenze in materia di promozioni, trasferimenti, responsabilità disciplinare, trasferendole ad un Consiglio superiore della magistratura (Csm) elettivo, ma formato solo da alti magistrati della Cassazione.

La stratificazione gerarchica aveva determinato tra i magistrati una divisione *verticale* per *status*: l'alta magistratura – presidenti di corti e di tribunali, procuratori generali e procuratori del Re –

²⁰ Su Gaetano Azzariti vd., in particolare, M. BONI, “*In questi tempi di fervore e gloria*”. *Vita di Gaetano Azzariti, magistrato senza toga, capo del Tribunale della razza, presidente della Corte costituzionale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022.

²¹ Così, G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996, 427.

²² Così, A. MENICONI, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in *Nomos*, 2017, 6 ss.

poteva vantare stipendi, onorificenze e rapporti col potere “romano” che la distanziavano nettamente dalla bassa magistratura dei pretori, dei giudici e dei sostituti procuratori, spesso confinati in sedi disagiate e sempre costretti a fare i conti con stipendi che rendevano ardua anche la semplice formazione della famiglia²³.

La rinnovata centralità dell’alta magistratura si affermò subito in varie direzioni. Sotto la sua guida, infatti, si ricostituì nel 1945 l’Associazione nazionale magistrati, formalmente apolitica e asindacale²⁴. La Cassazione, quale vertice del terzo potere, presentò poi all’Assemblea costituente un progetto che puntava ad una sua preminenza assoluta nel campo della giustizia amministrativa e nella composizione della futura Corte costituzionale: non ottenne l’autonomia e la supremazia richieste, ma conseguì la proroga dell’ordinamento giudiziario fascista e il potere «provvisorio» di sindacare la costituzionalità delle norme vigenti (art. VII disposizioni transitorie). Essa conservò anche il controllo sul Csm e sulla Suprema corte disciplinare.

Sotto questa egemonia culturale, i magistrati transitarono dal fascismo alla repubblica democratica. La Cassazione, grazie al potere “provvisorio» concessole da quella disposizione transitoria, mantenne in vigore per anni numerose leggi fasciste, sostenendo che gran parte delle norme della Costituzione fossero solo «programmatiche», cioè non effettive, né vincolanti. Quando poi, dopo un decennio, la maggioranza parlamentare istituì la Corte costituzionale, il Presidente della Repubblica e la Cassazione nominarono esponenti dell’alta magistratura, quali Azzariti e Manca. E quando, nel 1958, fu varata la legge istitutiva del Csm, la persistente sintonia tra il Governo e l’alta magistratura fece nascere un organo in cui rimanevano ampi i poteri del ministro e dominante al suo interno la posizione dei magistrati di cassazione, i quali, dunque, svolgevano una carriera distribuita tra le stanze della Suprema corte, quelle ministeriali (Ufficio legislativo o Gabinetto del Ministro), e quelle del CSM.

Conclusivamente, può dirsi che grazie alla conservazione della struttura gerarchica ed alla mancata epurazione, pressoché tutti i magistrati che avevano percorso la loro carriera durante il regime fascista mantennero o raggiunsero posizioni apicali nel periodo repubblicano²⁵.

Nel primo ventennio dell’ordinamento democratico, ed anche oltre, la giustizia fu quindi governata da magistrati compromessi con il fascismo e, talvolta, con la stessa RSI²⁶.

7. Sicché, il dubbio se l’interpretazione *clemenziale* data dalla magistratura all’amnistia togliattiana fosse un frutto autonomamente maturato, da ascrivere ai complessi rapporti vissuti con il fascismo, oppure la servile adesione ad un orientamento politico recente che da più parti, e per ragioni diverse, invocava la pacificazione del Paese, richiede, di necessità, risposte articolate.

S’è detto che la cultura giudiziaria dell’epoca era dominata dal formalismo giuridico²⁷.

²³ «Ci si trovava di fronte ad una vera e propria giustizia “stracciona” (com’era stata definita dal senatore repubblicano Giovanni Conti)»: così A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., 293. D’altro canto, come osserva amaramente G. SCARPARI, *Il giudice del Novecento: da funzionario a magistrato*, cit., «L’alta magistratura, con Gaetano Azzariti, Antonio Manca e Giovanni Petraccone, fu designata a gestire il Tribunale della Razza; la bassa “non si accorse” che, nei tribunali, qualche collega ebreo non si recava più in ufficio, perché improvvisamente destituito».

²⁴ Vd., in particolare, F. VENTURINI, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini: l'Associazione generale fra i magistrati italiani, 1909-1926*, Bologna, 1987; E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967.

²⁵ Ovviamente, non sono mancate, tra i magistrati, figure importanti dell’antifascismo, da Domenico Peretti Griva ad Alessandro Galante Garrone: vd. P. BORGNA, *Dal fascismo alla Liberazione, Figure luminose di magistrati italiani in un difficile passaggio della Storia*, in AA.VV., *Storia della magistratura*, Scuola superiore della magistratura, Quaderno n. 6, Roma, 2022, 65 ss.

²⁶ Così G. NEPPI MODONA, *Le continuità della magistratura italiana*, in <https://www.lindiceonline.com/osservatorio/le-continuita-della-magistratura-italiana-lo-liberale-fascista-repubblicano>, 10 giugno 2019.

²⁷ E’ appena il caso di sottolineare che l’espressione *formalismo giuridico* non è utilizzata in contrapposizione al c.d. *diritto libero* che imperversava, all’epoca, nella Germania nazista. Il «diritto libero» si collocava in antitesi culturale con le posizioni del giuspositivismo e ne fu espressione il «sistema della formulazione giudiziaria del diritto», che affidava all’interprete un vasto potere creativo. Si attribuiva

L'ordinamento era considerato autoreferenziale, perfetto, capace di autocompletamento. La legge ordinaria era avvertita come unico termine di riferimento. E la interpretazione della legge era rappresentata come operazione meramente ricognitiva, funzionale al rinvenimento dell'unico significato *giusto* desumibile dal testo normativo.

Parallelamente, la magistratura rifiutava ogni rapporto con l'esterno, si chiudeva come una cittadella fortificata. Era tenuto fuori il "sociale", ma si temevano anche mutamenti del quadro istituzionale che potessero alterare il tradizionale isolamento del corpo giudiziario, sicché furono guardate con perplessità sia la istituzione della Corte costituzionale sia la composizione mista del Csm.

La legge ordinaria dava la rassicurante sensazione della continuità; la costituzione costringeva invece a mettere in discussione assetti e certezze consolidate.

Da funzionari burocrati, da *servi legum* il passo era breve per una subalternità *tout court* alla politica, e per la piena consonanza con il sistema politico ed economico dominante.

Se poi ci si interroga su quanta consapevolezza e quanta condivisione vi fossero dal punto di vista soggettivo, può dirsi che l'una e l'altra, consapevolezza e condivisione, erano sicuramente elevate nel circuito dell'alta magistratura, vicina al potere politico per funzioni svolte, per *status* e per censo sociale.

Per la restante parte del corpo magistratuale il problema invece neppure si poneva.

8. Alla scaturigine burocratica, conseguiva la scarsa consapevolezza deontologica del magistrato, incapace di identificarsi fortemente nel proprio ruolo istituzionale, e quindi di rendersi più indipendente ed imparziale²⁸. Del pari, lo si è già visto, difettava una reale indipendenza, esterna, o interna alla corporazione, la quale era dominata dall'alta magistratura, che si concentrava nel Ministero di grazia e giustizia, e nella Corte di cassazione, imponendo il conformismo giudiziario.

Dunque, la gran parte del corpo della magistratura, la magistratura bassa, neppure si poneva il problema del proprio ruolo all'interno del sistema istituzionale, presa com'era dai bisogni elementari della vita e dalla necessità di compiacere i capi, per sperare nella carriera²⁹.

all'interpretazione "il compito di applicare la norma scritta rinvigorendola con le esigenze della società, lasciandosi investire dal "vento che irrompe dalle finestre", sino a modificare la stessa norma, così annullando la distinzione tra il momento della creazione del diritto e quello della sua applicazione. Era, questo, l'indirizzo di cui Piero Calamandrei trovò tracce anche nella Russia staliniana «dove, grazie ad una riforma del 1936, il giudice era chiamato ad interpretare la legge ispirandosi "alla politica generale del governo" e dove era stato abrogato il principio "borghese" del *nullum crimen sine lege*». L'espressione *formalismo giuridico* è adoperata, invece, in riferimento a quella varietà di concezioni che, con diverse sfumature, si ponevano in contrapposizione alle concezioni contenutistiche, sociologiche e storiche del diritto e piuttosto alla ricerca di teorie generali il più possibile staccate dai contenuti concreti delle esperienze storiche, e perciò qualificate in termini di dottrine "pure" del diritto. Introdotta in Italia da V.E. Orlando, e diffuse in tutti i rami del diritto, posero ad oggetto della scienza giuridica solo le norme, e a criterio della giuridicità il comando o la sanzione. Canone d'indagine era il metodo giuridico, in quanto depurato da tutti gli elementi estranei, etici, psicologici, economici, sociologici, politici, ideologici, storici, e da ogni considerazione finalistica o valoriale: cfr., R. ORESTANO, *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, III, app., 1961, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/formalismo-giuridico_%28Enciclopedia-Italiana%29.

²⁸ C. GUARNIERI, *Ancora su codici etici e responsabilità dei magistrati*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria*, Napoli, 2006, 186, rimarca che «vi è uno stretto legame con l'etica, sia perché un'adeguata formazione professionale fa parte dei doveri del magistrato, sia perché, a ben vedere, la deontologia fa parte della formazione professionale del magistrato» giacché «un giudice fortemente identificato col proprio ruolo è non solo un giudice che svolge con maggiore capacità la propria funzione istituzionale ma è anche un giudice più indipendente e comunque meno sensibile alle pressioni o alle lusinghe indebite».

²⁹ Emblematico D. TROISI, *Diario di un giudice*, Torino, 1955, una raccolta di racconti brevi che delineano l'ambiente giudiziario di un tribunale di provincia, all'inizio degli anni Cinquanta. Il "Diario" descrive una magistratura in fondo per bene, ma schiacciata da una gerarchia elitaria e carrierista, guidata da una visione burocratica della professione, ispirandosi alla quale l'intera giurisdizione, a cascata, viene travolta dalle sue debolezze umane e dalle sue ambizioni: così, A. CENTONZE, *Il diario di un giudice e le riflessioni senza tempo*

Sicché, nel complesso, la apoliticità dell'apparato giudiziario in quanto apparato burocratico, e la sua pretesa neutralità tecnica, che guidavano la *ideologia* dell'alta magistratura, condizionando però l'intera corporazione, altro non furono che strumenti di conservazione dei rapporti economici e strumenti di continuità del vecchio Stato³⁰.

La magistratura, per questa via, entrò a far parte della nuova classe dirigente del Paese, esprimendo scelte consonanti con gli orientamenti politici più moderati, vittoriosi in un Paese che si accingeva a vivere la lunga fase mondiale della guerra fredda³¹.

Per tutto il decennio contrassegnato dal congelamento costituzionale, l'alta magistratura e l'Anm invocarono la Carta del 1948 solo per ottenere la maggiore autonomia possibile, un'autonomia peraltro declinata in modo particolare, visto che l'apoliticità significava distacco e ostilità dichiarata coi partiti di sinistra, sintonia e rapporti stretti con quelli di governo³².

Furono queste, dunque, le condizioni nelle quali maturarono sentenze quale quella che amniò, per la seconda volta, gli assassini dell'on. Di Vagno.

Bisognerà arrivare agli anni '60 e '70 del Novecento, con l'abolizione del numero chiuso nelle università ed il conseguente accesso nella magistratura, per il tramite del concorso, di ceti cui la professione di magistrato era stata sempre preclusa; con le leggi Breganze e Breganzoni, intervenute tra il 1966 e 1973 ad abolire la progressione di carriera per concorso, e a stabilire la progressione economica per anzianità senza demerito, che posero fine alla distinzione tra magistratura alta e magistratura bassa, ed al conformismo giudiziario; con la nascita delle c.d. correnti, terreno fertile per l'elaborazione di modelli diversi di magistratura e di giurisdizione³³, ed in particolare con la nascita, nel 1964, di Magistratura Democratica, la cui rivista, *Quale giustizia*, si apriva con questi propositi: «la rivista nasce eretica... per dovere morale e sociale. Non crediamo al neutralismo del diritto; crediamo invece che la giustizia possa o debba contribuire ad attuare le promesse di eguaglianza, non solo formali, imposte dalla costituzione...»³⁴; con la stabilizzazione del Consiglio superiore ad assicurare l'indipendenza esterna e interna della magistratura; infine, con la compiuta scoperta della Costituzione e del progetto di società che essa rappresenta, perché la svolta si realizzasse pienamente, e il funzionario diventasse - finalmente - magistrato³⁵.

di Dante Troisi, in <https://www.giustiziainsieme.it>

³⁰ Così G. BORRÈ, *Le scelte di magistratura democratica (1992)*, in L. PEPINO (a cura di), *L'eresia di magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Milano, 2001, 231 ss.

³¹ Il che non impedì, ovviamente, che negli anni successivi vi fossero conflitti anche accesi tra la magistratura e i governi di "centro", soprattutto sul terreno dell'autonomia della magistratura ed in particolare della composizione del Consiglio superiore: cfr., E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, cit., 72.

³² Il giudizio, testuale, è di G. SCARPARI, *Il giudice del Novecento: da funzionario a magistrato*, cit.

³³ Scrive M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Aic*, 2/2020, 5/5/2020: «La natura ambivalente che la magistratura assume nel modello burocratico dominante in Italia, nel quale è al contempo un corpo burocratico e un potere autonomo dello Stato, spiega la duplicità delle rivendicazioni proprie dell'associazionismo giudiziario, di tipo economico-professionale, ma anche attinenti al sistema delle garanzie di autonomia e di indipendenza nei confronti degli altri poteri e alla natura della funzione giurisdizionale. Questo spiega la nascita delle cosiddette "correnti", vale a dire di una pluralità di associazioni, per lo più comprese nell'A.N.M., che esprimono orientamenti differenti in ordine alla politica della giustizia e al ruolo dei magistrati». Sul tema, da ultimo, G. MELIS, *Storia della magistratura e storia dell'associazionismo giudiziario: una complementarità necessaria*, in www.questionegiustizia.it, 26/10/2022; E. SCODITTI, *Magistratura e associazionismo: in mezzo al guado*, in www.questionegiustizia.it, 25/6/2020.

³⁴ Per la storia di Magistratura democratica vd., in particolare, L. PEPINO, *Appunti per una storia di magistratura democratica*, in *Questione giustizia*, 2002, n. 1, 1 ss.; N. ROSSI (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, 1994.

³⁵ Sui temi accennati vd., in particolare, L. PEPINO, *Costituzione, giustizia, giudici*, in *Questione giustizia*, 2008, n. 6. Per il periodo successivo alla riforma Castelli degli anni 2006-2007, volendo, vd. F. CASSANO, *Quale legittimazione per la magistratura?*, in *Questione giustizia*, 2009, n. 1, 7 ss. Per i problemi attuali della magistratura, L. VIOLANTE, *Sull'attuale situazione storico-spirituale della magistratura italiana*, in AA.VV., *Storia della magistratura*, Scuola superiore della magistratura, cit., 215 ss.