

DOSSIER [] Les valeurs du magistrat

Odile Barral | Colette Camelin | Magalie Flores-Lonjou | Jean-Louis Gillet |
Jean-Baptiste Jacob | Bertrand Mazabraud | Camille Miansoni | Jean-Philippe Pierron |
Cécile Robin | Christophe Soulard | Nicolas Thirion | Sandra Travers de Faultrier |
Renaud Van Ruymbeke | Maurice Zavarro

TRIBUNE “ Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs

par Fabrice Hourquebie

CHRONIQUES { Les malaises de la magistrature italienne entre passé et présent.

À propos de deux livres récents

par Massimo Vogliotti

Regard normativiste sur l'indépendance du juge

par Nicolas Regis

Recherche de la performance et administration de la justice

par Cathie-Sophie Pinat et Nathan Jourdain

Les malaises de la magistrature italienne entre passé et présent. À propos de deux livres récents

par Massimo Vogliotti

Massimo Vogliotti, Professeur ordinaire de Philosophie du droit à l'Université du Piémont Oriental ¹.

Mots clés | INDÉPENDANCE – Associationnisme – Conseil supérieur de la magistrature – Populisme judiciaire – Confiance

Suite au scandale suscité récemment par l'affaire Palamara, qui a révélé l'existence d'un système occulte de magouilles pour conditionner la nomination des chefs des bureaux et pour obtenir des facilités en carrière, le système d'autogouvernement de la magistrature italienne – depuis toujours mal toléré par une partie du monde politique – a été mis en accusation. Au banc des accusés ont fini notamment les « courants » de l'ANM qui, après l'âge d'or des divisions politico-idéologiques, seraient devenus des purs centres de pouvoir pour la gestion des carrières. Deux livres récents nous aident à comprendre la crise actuelle de la magistrature italienne, en la situant dans une perspective historique qui nous révèle le rôle fondamental que l'associationnisme a joué pour la conquête de l'indépendance, la mise en œuvre des principes constitutionnels et le renouvellement de la culture juridique italienne.

The malaise of the Italian judiciary

Following the scandal resulting from the Palamara affair, which revealed a secret scheme for fixing the appointment of chief clerks and facilitating career progression, the Italian judiciary's system of self-governance – which has always been ill-accepted by politicians – has been accused of being corrupt. In the dock in particular were the "movements" within the ANM which, after the golden age of political-ideological divisions, are said to have become purely centres of power focused on career management. Two recent books help us to understand the current crisis in the Italian judiciary, by approaching it from a historical perspective which reveals the fundamental role "associationism" has played in the conquest of independence, the implementation of constitutional principles and the renewal of Italian legal culture.

1. Massimo Vogliotti est professeur ordinaire de Philosophie du droit à l'Université du Piémont Oriental, où il est responsable scientifique de la Chaire « Alessandro Galante Garrone ». Pendant l'année académique 2014-15 il a été chercheur résident auprès de l'Institut d'Études Avancées de Paris, où il a mené une recherche sur la formation juridique. Membre du comité éditorial des revues « Droit et Société », « Les cahiers de la justice » et de la « Revue interdisciplinaire d'études

juridiques », il est l'auteur de plusieurs publications, dont notamment les livres *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli 2007 ; *Dove passa il confine ? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli 2011 ; *Pour une nouvelle éducation juridique* (sous la dir.), L'Harmattan 2018 et *Les nouveaux chemins de la légalité. Au-delà de la modernité juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019.

I – La crise actuelle de la magistrature italienne

La magistrature italienne s'est récemment retrouvée – et à contrecœur – sous les feux de la rampe. Les raisons l'ayant de nouveau poussée sur le devant de la scène sont en effet bien différentes de celles auxquelles elle était accoutumée.

Depuis les procès contre le terrorisme et la mafia (le premier de ces procès étant celui qui s'est ouvert à Turin le 17 mai 1976 contre le « noyau historique » des Brigades Rouges), la magistrature a bénéficié d'une grande confiance chez les citoyens. Le consensus a atteint son point culminant au moment des enquêtes dites « mains propres » des années 1990, lorsque les magistrats furent considérés comme de véritables héros populaires en lutte contre les méfaits de la classe politique. Néanmoins, après l'effondrement de la « première République » et l'engagement politique de l'entrepreneur Silvio Berlusconi, l'opinion publique s'est partagée : d'un côté les partisans de Berlusconi – bientôt poursuivi par le parquet de Milan, au début soutenu sans réserves par les chaînes de télévision sous son contrôle – qui accusaient la magistrature d'utiliser l'instrument du procès pénal à des fins politiques ; de l'autre côté ceux qui, appréciant l'action de la magistrature en défense de la légalité (parfois avec des manifestations citoyennes

symboliques comme les « *girottondi* » autour du tribunal de Milan), dénonçaient la campagne féroce de délégitimation du pouvoir judiciaire et l'instrumentalisation du pouvoir législatif pour des fins privées (les « lois *ad personam* » ou « *contra personam* »). Après le déclin politique de Berlusconi qui, au sommet de la crise économique-financière de 2011, a dû démissionner au profit du gouvernement technique de Mario Monti, les critères d'évaluation de la magistrature ont pris une coloration différente, plus influencés par le dysfonctionnement du système judiciaire, qui souffre depuis longtemps du mal de la durée excessive des procès.

C'est dans ce contexte nouveau, marqué par des relations plus détendues entre le pouvoir politique et la magistrature, qu'intervient, en mai 2019, « l'affaire Palamara ». Suite à une enquête pour corruption entamée par le parquet de Pérouse à l'encontre du magistrat Luca Palamara, leader du courant « *Unità per la Costituzione* », ancien président de l'Association Nationale des magistrats (ANM) et membre du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) entre 2014 et 2018, se dévoile progressivement – grâce à la publication par les médias, en avril 2020, de centaines de conversations téléphoniques interceptées par un logiciel installé sur le portable de Palamara – un système occulte d'arrangements, de pressions et de recommandations pour obtenir des facilités en carrière ².

2. En janvier 2021 sort un livre qui a fait beaucoup parler de lui, où Luca Palamara revient sur ce scandale et où il explique au journaliste Alessandro Sallusti, à cette époque-là directeur du journal de la famille Berlusconi « *Il Giornale* », le système

de corruption qui, selon lui, aurait lourdement conditionné la vie de la magistrature italienne pendant la période où il exerçait (L. Palamara – A. Sallusti, *Il sistema. Potere, politica, affari : storia segreta della magistratura italiana*, Milan, Rizzoli, 2021).

L'épisode le plus troublant révélé par ces écoutes est une rencontre le 8 mai 2019, dans un hôtel de Rome, de cinq membres du CSM (deux appartenant au même courant de Palamara et trois au courant « Magistratura indipendente »), de deux députés (dont un magistrat en congé, Cosimo Ferri, leader de « Magistratura indipendente ») et de Palamara lui-même. L'objet du rendez-vous était la nomination du chef du parquet de Rome, le même parquet ayant mis en accusation le second homme politique présent à cette rencontre, Luca Lotti, proche de l'ancien Premier ministre Matteo Renzi. Le scandale touche aussi le procureur général de la Cour de cassation, obligé de démissionner avec les cinq conseillers du CSM présents à la rencontre de Rome. Ces derniers ont ensuite été condamnés par la section disciplinaire du CSM. Quant à Luca Palamara, il lui fut infligé la sanction la plus grave : la radiation de la magistrature le 9 octobre 2020.

À la suite de ce scandale, la confiance dans la magistrature, déjà affaiblie dans les dernières années du fait de la campagne de délégitimation menée systématiquement par les cercles au pouvoir liés à Berlusconi et par l'inefficacité de la machine judiciaire, a atteint son degré le plus bas. Si en mai 2010 68 % des citoyens se disaient encore confiant dans le pouvoir judiciaire, en juin 2019 ce chiffre tombe à 35 %³.

3. Voir N. Pagnoncelli, *Magistrati, la fiducia è ai minimi* : 35 %. *E per il 61 % degli italiani è uno scandalo che avrà delle conseguenze*, in « Il Corriere della Sera », 21 juin 2019.

4. P. Borgna, I. Rosatelli, *Una fragile indipendenza. Conversazione intorno alla magistratura*, Turin, Seb27, 2021.

5. P. Borgna, *Un paese migliore. Vita di Alessandro Galante*

II – Deux contextes différents

Cette crise de légitimité de la magistrature est le point de départ du livre de Paolo Borgna et Jacopo Rosatelli⁴. L'ouvrage est construit comme une conversation sur la magistrature entre un magistrat expérimenté et cultivé, Paolo Borgna, récemment retraité, et un jeune enseignant, Jacopo Rosatelli, docteur en sciences politiques et collaborateur du journal de gauche « Il Manifesto ».

« C'est dans ce contexte nouveau marqué par des relations plus détendues entre le pouvoir politique et la magistrature, qu'intervient, en mai 2019, "l'affaire Palamara". » }

Comme l'indique Rosatelli dans l'introduction, Borgna est un magistrat « atypique », car il n'est pas seulement un juriste, auteur de plusieurs publications sur le monde de la justice, mais aussi un historien, très apprécié pour les biographies de deux importants magistrats protagonistes de l'antifascisme turinois, à savoir Alessandro Galante Garrone – lui aussi magistrat et passionné d'histoire, passion qui finira d'ailleurs par le conduire en 1969 à la chaire d'histoire du Risorgimento de l'Université de Turin⁵ – et Giorgio Agosti, magistrat et, après la libération du nazifascisme, questeur de Turin, nommé par le Comité de libération national piémontais⁶.

Garrone, Rome-Bari, 2006. Voir aussi le livre sous forme de dialogue entre Galante Garrone et Borgna, *Il mite giacobino. Conversazione su libertà e democrazia raccolta da Paolo Borgna*, Rome, Donzelli, 1994.

6. P. Borgna, *Il coraggio dei giorni grigi. Vita di Giorgio Agosti*, Rome-Bari, Laterza, 2015.

Bien qu'il ne soit sorti que trois ans avant le livre de Borgna et Rosatelli, l'important ouvrage d'Edmondo Bruti Liberati sur l'histoire de la magistrature de l'Italie républicaine est le fruit d'un contexte historique très différent⁷. Bien connu par les lecteurs de cette Revue et très attentif à ce qui se passe dans le monde judiciaire français, Bruti Liberati, magistrat depuis 1970 et auteur de nombreuses publications, a terminé sa carrière en 2015 comme procureur de la République du parquet de Milan, après avoir été membre du CSM en 1981 et président du courant de gauche « Magistratura democratica » et de l'ANM pendant la période de la réforme de la loi d'organisation judiciaire, marquée par de fortes tensions entre le gouvernement Berlusconi et la magistrature⁸.

Le livre de Bruti Liberati sort donc en 2018, lorsque l'image de la magistrature était bien différente de celle d'aujourd'hui. La preuve la plus significative est qu'à la fin de l'ouvrage, après avoir évoqué les malaises de la société civile et politique – la première qualifiée de « délabrée », la seconde comme étant « en crise de crédibilité » – l'auteur observe, sans cacher son inquiétude, que chez certains secteurs de la magistrature « *souffle un vent de fermeture corporatiste* » qui les pousse à

se proposer comme « *la seule institution saine du pays (magistrature vs politique corrompue, magistrature vs barreau)* » (p. 333). Quelques lignes après, il ajoute que « *ces positions de fermeture corporatiste et d'autoréférentialité [...] investissent également le Conseil supérieur de la magistrature* ». Malgré ces aspects critiques, il partage la constatation selon laquelle le CSM italien a acquis, grâce notamment à la qualité de plusieurs de ses conseillers qui se sont succédés au fil des ans, une réputation telle qu'il est considéré comme un point de référence au niveau international⁹. Comme on peut le voir, on est bien loin de la situation actuelle où c'est justement le système de gouvernement de la magistrature (et, comme l'on verra, l'associationnisme dont il est le reflet) qui, à tort ou à raison, est dans l'œil du cyclone.

À l'époque où Bruti Liberati écrit son livre, la maladie principale qui affecte la magistrature est tout autre : la médiatisation de la justice et, plus précisément, la présence excessive sur les écrans de magistrats (du parquet notamment) qui, exploitant la notoriété gagnée grâce à certaines enquêtes très médiatisées, s'adressent directement au peuple, cherchant dans son consensus un surplus de légitimité¹⁰. Renforcés par cette nouvelle légitimité, ils s'attribuent un rôle politique et éthique qui

7. E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Rome-Bari, Laterza, 2018.

8. Cette phase houleuse des relations entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire est synthétisée dans le deuxième paragraphe du dernier chapitre, intitulé « La riforma "epocale" del ministro Castelli ».

9. Voir p. 333, où il cite l'ouvrage de D. Piana et A. Vachez, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologne, Il Mulino, 2012, p. 277.

10. « Le consensus du peuple » est le titre du troisième chapitre du livre de Borgna et Rosatelli, où Borgna souligne

que le soutien populaire des enquêtes contre la corruption s'est transformé au fil du temps (notamment chez l'opinion publique de gauche, traditionnellement hostile à la caste des magistrats), en un soutien sans réserve aux initiatives des parquets qui est très dangereux : « quand certains comportements des magistrats du parquet sont acceptés comme normaux, le barrage ne tient plus pour personne » (p. 71). Il cite le cas d'Antonio Bassolino, ancien communiste, maire de Naples et ensuite président de la région Campania, complètement abandonné par son parti quand il fut soumis à une série de procès qui se sont tous conclus par un acquittement.

n'appartient pas à la physiologie de la juridiction pénale qui consiste au contraire, comme le note Bruti Liberati, dans « *l'établissement de faits singuliers et de responsabilités individuelles, non dans la résolution de problèmes politiques et sociaux* » (p. 256) ou dans le « contrôle de la vertu », pour reprendre le titre d'un livre d'Alessandro Pizzorno, régulièrement cité¹¹. À dire vrai, au sein de la « magistrature associée », le danger de cette déformation du rôle de la juridiction est dénoncé dès le début de la saison de *Tangentopoli*. À ce propos, Bruti Liberati rappelle le discours conclusif du secrétaire général de l'ANM, Franco Ippolito, tenu à l'occasion du XXII^e congrès de l'association en juin 1993. Après avoir souligné la nécessité de « *restaurer dans la vie publique la responsabilité politique* » qui doit être « *autonome de la responsabilité pénale* », il poursuit en disant que « *les applaudissements et les manifestations populaires autour du palais de justice milanais sont certainement l'expression d'une revendication légitime des citoyens que la loi s'applique vraiment à tout le monde. Et toutefois, ils sont aussi l'indicateur de dangers. D'abord, d'un excès d'attentes dans l'action de la magistrature, destinées à rester forcément déçues. Ensuite, ils sont l'expression d'une volonté anxieuse d'obtenir des "résultats", ce qui risque de déformer l'instrument judiciaire* » qui n'a pas été conçu pour atteindre des objectifs de régénération civile et politique (p. 263)¹².

Ce mal, dont la magistrature ne s'est pas encore complètement remise, a un nom qu'on retrouve dans les deux livres : le « populisme judiciaire ». Selon le pénaliste Giovanni Fiandaca, cité par Jacopo Rosatelli, ce phénomène – qui pour Bruti Liberati « peut être dévastant » (p. 333) – apparaît à « *chaque fois qu'un magistrat prétend assumer un rôle de représentant ou interprète fidèle des besoins réels de justice du peuple, dans une logique de conflit ouvert avec le pouvoir politique officiel* »¹³. Si le populisme judiciaire – qui, de même que le populisme politique, est un effet de la crise de la démocratie représentative et du système des partis – peut être considéré comme une pathologie due à un excès de vitalité (la confiance populaire

« Ce mal, dont la magistrature ne s'est pas encore complètement remise, a un nom qu'on retrouve dans les deux livres : le "populisme judiciaire". » }

dans l'action de la magistrature, qui étend le contrôle de légalité aux sanctuaires du pouvoir politique et économique, dégénère en soutien inconditionné, faisant du magistrat un « vengeur du peuple »¹⁴), le malaise nouveau de la magistrature italienne est plutôt le symptôme d'une faiblesse, d'une « modestie éthique », comme l'a dit notre président de la République Mattarella à propos de la

11. A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Rome-Bari, Laterza, 1998 (le livre est cité aussi par Bruti Liberati, p. 229 et 316).

12. Dans le climat chaud de *Tangentopoli*, cette conception du procès pénal comme une institution qui vise à obtenir des résultats de régénération politique et sociale était partagée par certains magistrats du parquet de Milan. Bruti Liberati rappelle

une déclaration choquante du juge de l'enquête préliminaire, Italo Ghitti : « notre objectif n'est pas de poursuivre des personnes singulières, mais de nettoyer un système » (p. 256).

13. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in « *Criminalia* », 8, 2013, p. 97 (cité aux p. 67-68).

14. L'expression est de Paolo Borgna, p. 68.

dégénération du système du gouvernement de la magistrature. Une modestie éthique, derrière laquelle – ajoute Borgna – il y a une « *modestie culturelle, fille d'une lecture malsaine de son indépendance, opérée avec la lentille déformée du néo-corporatisme* » (p. 130).

Si à l'époque où Bruti Liberati écrit son ouvrage la « question morale » n'est évoquée dans le débat public que par rapport à la classe politique (depuis la fameuse interview que le secrétaire du parti communiste, Enrico Berlinguer, a donné à Eugenio Scalfari le 28 juillet 1981)¹⁵, suite à l'affaire Palamara elle explose aussi dans le monde de la justice.

Comment a-t-il été possible d'arriver à cet état de choses qui sape les fondements de l'état constitutionnel de droit, qui pré-suppose la confiance des citoyens dans l'indépendance et l'impartialité de ses juges ? Comment régénérer le système d'autogouvernement de la magistrature qui est le bastion érigé par nos Constituants pour défendre l'indépendance du pouvoir judiciaire ? Et, plus en général, comment relégitimer la magistrature aux yeux du peuple au nom duquel la justice doit être rendue ?

III – La mise en perspective historique

Borgna et Rosatelli choisissent de répondre à ces questions en situant la crise actuelle dans une perspective historique. Ils

sont conscients que pour comprendre le présent et imaginer des solutions pour l'avenir, il faut avoir bien à l'esprit le long chemin qui a fait de la magistrature italienne ce qu'elle est.

Pour mieux suivre ce voyage dans le passé, forcément rapide et sélectif vu la taille et la nature du livre construit à partir de l'expérience de Paolo Borgna, entré dans la magistrature en 1981, l'ouvrage de Bruti Liberati se révèle particulièrement précieux. Comme annoncé dans le titre « *Magistratura e società nell'Italia repubblicana* », le choix de l'auteur est d'ancrer l'histoire de la magistrature italienne dans le cadre plus ample des transformations sociales, politiques et culturelles qui se sont produites depuis la chute du régime fasciste. Ce choix est un des mérites du livre, avec la richesse de la documentation, où il est possible de découvrir de curieuses anecdotes qui aident à mieux comprendre le sens de certains événements ou la physionomie de certains personnages. Tel est le cas, par exemple, du geste provocateur du président de la République Francesco Cossiga qui, au début de l'année 1990, envoie au secrétaire général de l'ANM – qui à l'époque était le même Bruti Liberati – le livre de Manzoni *Storia della colonna infame*, accompagné d'un billet avec ces mots écrits à la main : « En souvenir d'une rencontre utile et sympathique. Francesco Cossiga » (p. 192). Cette anecdote nous montre de manière très efficace le niveau de tension

¹⁵ E. Scalfari, *I partiti sono diventati macchine di potere*, in « La Repubblica », 28 juill., 1981.

des relations entre Cossiga et la magistrature. L'auteur rappelle notamment la « guerre » au CSM menée par Cossiga à la fin de son mandat ainsi que les attaques personnelles – à la limite de l'insulte – à des magistrats connus pour leur grande professionnalité et la polémique contre les « juges petits gamins » (*giudici ragazzini*), à une époque où la lumière est faite sur l'engagement de plusieurs jeunes magistrats en Sicile et en Calabre (le juge Rosario Livatino est assassiné, à trente-huit ans, par la mafia moins d'un an avant cette polémique, le 21 septembre 1991 à Agrigente)¹⁶. Puis, il écrit : « Au-delà du mandat de la présidence Cossiga, ce modèle d'impolitesse institutionnelle proposé par la plus haute magistrature de la République ne cesse d'expliquer ses effets. Depuis lors tout sera possible » (p. 192).

Malgré le fait que l'auteur de ce livre soit un des protagonistes de l'histoire qu'il raconte et, comme l'on vient de voir, un protagoniste d'une histoire marquée par des tensions, parfois aiguës, entre la corporation à laquelle il appartenait et (une partie) du monde politique, le lecteur n'a jamais la sensation de lire un livre partisan. Au contraire, la narration est toujours dominée par l'équilibre de l'historien qui met en évidence les critiques (parfois partagées) adressées à l'ANM, au CSM et à certaines enquêtes ou comportements de magistrats du parquet ou du siège (comme, par exemple, la polémique à

l'égard de l'emploi abusif de la détention provisoire pour obtenir des confessions pendant la saison de *Tangentopoli*) et à dénoncer les fermetures corporatistes qui ont caractérisé toute l'histoire de l'ANM, depuis l'époque de l'Assemblée constituante¹⁷ jusqu'au refus du projet du ministre de la Justice Giovanni Maria Flick, à l'époque du gouvernement de la coalition de centre-gauche « Ulivo » (1996). Ce dernier souhaitait introduire un système équilibré d'évaluations périodiques de la professionnalité des magistrats : « une position », observe Bruti Liberati, « suicide, qui ouvrira la voie quelques années plus tard à la "réforme épocale" du ministre Castelli » (p. 300), très contestée par la magistrature associée.

IV – La conquête de l'indépendance

Parmi les différents parcours du livre, celui qui nous paraît comme le plus important – et qui est à la base de tous les autres – est celui où l'auteur rappelle la longue marche, difficile et contrastée, par laquelle la magistrature italienne a conquis son indépendance. Indépendance externe d'abord, à l'égard du gouvernement, et indépendance interne ensuite, à l'égard de la haute magistrature. En effet, malgré la « révolution » annoncée par la Constitution républicaine de 1948, le modèle de magistrature hérité du régime

16. Sur l'histoire du juge Livatino, voir N. Dalla Chiesa, *Il giudice ragazzino*, Turin, Einaudi, 1992 (rappelé par Bruti Liberati à la note 40, p. 192).

17. À propos des positions conservatrices et corporatistes de

l'ANM de cette époque, Bruti Liberati observe : « heureusement que les "aspirations des magistrats italiens" de ces années ne sont pas accueillies par les constituants qui résistent à la grande partie des sollicitations » (p. 16).



fasciste a continué de caractériser la première phase de la vie de la nouvelle République, marquée, sur le plan interne, par la fin de l'unité antifasciste des partis et, sur le plan international, par le début de la guerre froide. Ce "gel" de la Constitution – non limitée aux normes concernant la magistrature – est l'effet de ce qu'un des pères constituants, Piero Calamandrei, a appelé « obstructionnisme de la majorité » et, du côté du pouvoir judiciaire, de « l'attitude prudente, voire hostile, de la haute magistrature à l'égard de la Constitution » (p. 22). L'absence d'une véritable épuration au sein de l'administration publique a permis aux magistrats recrutés sous le régime fasciste de conserver leur mainmise sur les postes à responsabilité¹⁸. Pendant toutes les années cinquante, cette magistrature – qui se proclame apolitique mais qui en réalité exerce un pouvoir conservateur – détient tous les leviers du pouvoir judiciaire : « domine la Cassation et à travers celle-ci oriente et contrôle la jurisprudence, occupe les postes de direction et à travers le système de carrière, exerce un fort pouvoir de conformation ». Grâce à la présence de voies institutionnelles de raccordement et à des rapports informels encore plus efficaces, la haute magistrature de cette époque « assure un lien étroit, sinon un véritable bloc de pouvoir, entre le système de la justice et le pouvoir politique » (p. 39).

Ce modèle traditionnel de magistrature, qui remonte à l'État libéral, commence à décliner à la fin des années cinquante et au début des années soixante. L'événement qui constitue un véritable tournant dans l'histoire du pouvoir judiciaire italien est le premier jugement de la Cour constitutionnel (1956) qui, refusant la doctrine des « normes programmatiques » adoptée par la Cour de cassation dès 1948, attribue à la totalité de la Constitution la valeur de document pleinement juridique. L'entrée en vigueur du système de contrôle de constitutionnalité transforme en profondeur le rapport du juge à la loi : le juge ne doit plus se borner à appliquer passivement la loi, selon la maxime du positivisme acritique *dura lex sed lex*, mais doit, d'abord, vérifier la conformité de la loi à la Constitution et, ensuite, si le résultat de cette analyse critique est négatif, soulever la question préjudicielle de constitutionnalité. Du côté des relations au sein de la magistrature, l'attribution à tous les juges du pouvoir de saisir la Cour constitutionnelle enfreint le principe hiérarchique. Comme le note Bruti Liberati, la pratique du jugement de constitutionnalité, qui se caractérise dès le début par l'alliance vertueuse entre les juges de première instance (*pretori* et tribunaux) et la Cour constitutionnelle dans la mise en œuvre de la Constitution¹⁹, « pousse vers la démocratisation du corps judiciaire et nourrit l'effort pour la conquête de l'indépendance interne » (p. 61), qui se réalisera entre

18. Bruti Liberati observe qu'en 1968 encore tous les magistrats de la Cassation étaient entrés en magistrature pendant le régime fasciste (p. 85).

19. Si l'on examine les pourcentages des questions soulevées pendant les premières quinze années, l'importance du rôle

des juridictions de première instance est de toute évidence (ainsi que l'extrême prudence de la Cour de cassation) : 49 % *Preture*, 35 % Tribunaux et Cours d'Assise, 8 % Cours d'appel, 2 % Cassation (p. 58).

1963 et 1973 par le progressif démantèlement du système de carrière.

L'autre étape fondamentale pour la conquête de l'indépendance est représentée par l'institution, en 1958, du Conseil supérieur de la magistrature. L'organe prévu par la Constitution se distingue nettement du précédent, institué en 1907 et resté en fonction jusqu'en 1959 avec des modifications qui n'ont jamais changé sa nature d'organe consultatif du ministre. Le nouveau CSM, auquel la Constitution attribue la compétence sur toutes les délibérations relatives à « l'administration de la juridiction », selon la formule efficace de Pizzorusso, est complètement autonome du gouvernement. Pour garantir sa pleine indépendance, la Constitution prévoit que deux tiers de ses composants sont élus par les magistrats (l'autre tiers est élu par le Parlement, ce qui garantit, avec le président de la République qui en assure la présidence, un lien avec les autres pouvoirs de l'État). Bien que la loi de 1958 ait trahi le dessein des constituants, réservant au ministre le pouvoir d'initiative pour les délibérations du CSM – bientôt annulé par la Cour constitutionnelle – et attribuant à la haute magistrature une position de nette prédominance, alors que l'art. 107 alinéa 3 établit que « les magistrats ne se distinguent entre eux que par la diversité des fonctions », Bruti Liberati observe que « déjà dans l'expérience du premier CSM

la présence, bien que limitée, de magistrats « inférieurs », mais légitimés par l'élection, met à mal le principe hiérarchique. C'est en effet un facteur traumatisant que les sous-lieutenants s'assoient à la même table que les généraux » (p. 100)²⁰.

« La pratique du jugement de constitutionnalité, qui se caractérise dès le début par l'alliance vertueuse entre les juges de première instance (*pretori et tribunaux*) et la Cour constitutionnelle dans la mise en œuvre de la Constitution, "pousse vers la démocratisation du corps judiciaire et nourrit l'effort pour la conquête de l'indépendance interne", qui se réalisera entre 1963 et 1973 par le progressif démantèlement du système de carrière. »

V – L'indépendance culturelle et le rôle de l'associationnisme

Dans les pages du livre il ressort clairement qu'à la base de cette conquête progressive de l'indépendance externe et interne au niveau normatif, il y a une troisième forme d'indépendance qu'on pourrait appeler *culturelle*. La prise de conscience du rôle nouveau que l'état constitutionnel de droit attribue au juge – non plus un être inanimé qui doit se limiter à exécuter passivement la volonté du législateur, mais un protagoniste, avec le représentant de la souveraineté populaire, dans l'œuvre de réalisation du projet de la Constitution²¹ – est le fruit d'un phénomène, l'associationnisme, que l'auteur suit de façon particulièrement attentive

20. Ensuite, la loi du 18 décembre 1967, n° 1198, élimine le mécanisme rigide de vote séparé par catégories, réduisant le poids de la Cassation dans le CSM.

21. Cette transformation du rôle de la juridiction par effet du

passage de l'état législatif de droit à l'état constitutionnel de droit est illustrée de manière très efficace par M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in « Quaderni costituzionali », 2016, p. 7-20.

depuis la fondation en 1909, à Milan, de la première association des magistrats italiens (AGMI). Déjà quelques années avant sa fondation, les ferments associatifs qui animaient notamment la « basse » magistrature avaient vivement inquiété la haute magistrature et

« A la base de cette conquête progressive de l'indépendance externe et interne au niveau normatif, il y a une troisième forme d'indépendance qu'on pourrait appeler culturelle. »

le pouvoir exécutif. Ainsi, le ministre de la Justice Vittorio Emanuele Orlando, dans une circulaire adressée en 1907 aux chefs des Cours et, ensuite, dans une interview au « Corriere d'Italia », a saisi, de façon très lucide, les caractéristiques essentielles du phénomène associatif : l'ouverture à la société, la valeur intrinsèquement politique de la libre discussion sur les différents aspects de la profession de magistrat, la contestation du principe hiérarchique, qui, par contre, représenterait, selon le ministre, l'essence de la magistrature italienne, et, en perspective, la coupure du lien de dépendance à l'égard du gouvernement.

Bruti Liberati met justement l'accent sur deux congrès de l'ANM qui, en 1945, prend le relais de l'ancienne AGMI, dissoute en 1925 par le refus de ses dirigeants de transformer l'association en syndicat fasciste. L'année suivante, cette « insubordination » sera sanctionnée par la radiation de la magistrature des plus importants dirigeants de l'Association. Successivement d'autres magistrats furent expulsés de la magistrature pour des raisons politiques ou raciales.

Le premier congrès se tient à Naples en 1957 et le conflit avec la Cour de cassation devient visible. Le *casus belli* est le mécanisme de représentation des magistrats au sein du nouveau CSM. Pour la première fois le document présenté par les dirigeants de l'association – tous appartenant à la haute magistrature – est mis en minorité : la motion approuvée proclame la « parité absolue » de tous les magistrats et propose l'abolition de la carrière. L'écho de cette motion est grand : la vie associative des magistrats commence à préoccuper certains secteurs du gouvernement. Deux semaines après le congrès, la Cassation, pour la première fois après 1947, se réunit en assemblée plénière et réaffirme le principe hiérarchique. La position rigide de fermeture de la Cassation la pousse, en 1961, à créer une nouvelle association, l'« Union des magistrats italiens » (UMI), qui ne sera dissoute qu'en 1979, lorsque le remplacement générationnel à l'intérieur de la Cour a mis fin à son long isolement.

L'autre congrès fondamental de cette première phase de l'histoire de l'ANM depuis sa refondation, un véritable « point de non-retour » selon l'auteur (p. 73), est celui qui se tient à Gardone en 1965, après la fondation en 1964 du courant de gauche « Magistratura democratica », qui rejoint les deux autres courants de l'époque, « Magistratura indipendente », à droite, et « Terzo potere ». Contrairement à la plupart des pays européens, l'Italie n'a qu'une association de magistrats, qui est en quelque sorte une fédération d'associations, appelées « courants », qui sont l'expression du pluralisme culturel présent

dans le corps de la magistrature. Dans la même année, 1964, l'ANM adopte pour l'élection de ses membres le système proportionnel, qui aura des effets sur les propositions de réforme du système électoral du CSM. Longuement réclamée par « Magistratura democratica », la loi n° 695 de 1975 introduit le système proportionnel dans l'élection des représentants des magistrats au Conseil, prenant finalement acte du rôle que les courants avaient toujours joué dans les faits et consacrant, comme donnée intrinsèque au fonctionnement démocratique de l'institution judiciaire, la coexistence de positions différentes, politiquement caractérisées, à l'intérieure de la magistrature, assurant ainsi une ouverture du monde de la justice au pluralisme de la société.

La motion approuvée à l'unanimité à Gardone sur l'orientation politique de la fonction juridictionnelle – où, comme le précise le document, le mot « politique » fait référence aux choix politiques fondamentaux de la Constitution, qui s'imposent à tous les pouvoirs de l'État, y compris le pouvoir judiciaire – est le résultat de la vivacité du débat interne à la magistrature associée, qui, grâce aussi aux relations que l'association établit avec des secteurs significatifs de la culture juridique, du barreau et du monde politique, réfléchit depuis quelques années sur les questions nouvelles que les transformations économiques et sociales posent aux institutions démocratiques. Au centre de la discussion il y a le rapport du juge à la loi,

radicalement modifié par l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois, et la question de la nature et des méthodes de l'interprétation. À ce propos, le congrès « se déclare fermement contraire à la conception qui prétend réduire l'interprétation à une activité purement formelle qui n'a pas à tenir compte du contenu de la norme et de ses implications dans la vie du pays »²².

Le caractère fortement innovant – et pour certains choquant – de la motion (qui fait l'objet d'attaques virulentes de la part de l'UMI) suscite de nombreuses réactions, positives et négatives, dans la presse. Comme le note Bruti Liberati, depuis ce congrès la « question magistrature » entre dans un plus ample débat culturel. À l'intérieur et à l'extérieur de l'ANM se développe dans la seconde moitié des années soixante et dans toute la décennie suivante, un débat théorique et politique passionné qui fait écho aux nouveaux ferments sociaux et culturels, aux mouvements de contestation des étudiants et des ouvriers, à la violence politique de droite et de gauche. De vastes sujets sont abordés, comme le caractère de classe de la justice, le rôle du juge et de la légalité par rapport à l'émancipation des classes populaires (ce qui amènera certains magistrats de « Magistratura democratica » à théoriser un « usage alternatif du droit » ou, mieux, une « jurisprudence alternative » fondée notamment sur la promesse d'égalité substantielle contenue dans l'art. 3 de la Constitution),

22. Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XIII^e congrès national, Brescia-Gardone, 25-28 sept. 1965, Rome,

Arti grafiche Jasillo, 1966, p. 310.

les rapports entre le juge et la souveraineté populaire et, plus généralement, la question de la légitimation du pouvoir judiciaire, le juge et l'information, l'efficacité de la justice.

La mutation du rôle du juge dans l'état constitutionnel de droit – qui était au cœur du débat au sein de l'ANM – se manifeste de façon évidente à partir des années soixante-dix, grâce aussi à l'entrée en magistrature d'une nouvelle couche sociale. Pendant cette décennie on assiste, dans le secteur pénal notamment, à un extraordinaire activisme de la magistrature et, en particulier, des *pretori*, qui cumulaient sous l'ancien code de procédure pénale, resté en vigueur jusqu'à 1988, les fonctions d'instruction et de jugement. Comme le souligne Bruti Liberati, qui consacre un long chapitre aux années soixante-dix, à cause de l'inertie du législateur face aux nouvelles exigences de la société et des carences de l'activité de contrôle préventif et répressif de l'administration publique, la partie plus progressiste de la magistrature – contrastée par les secteurs plus conservateurs qui, suite à l'attentat de « piazza Fontana » en 1969 et à la conséquente « stratégie de la tension », avaient repris le contrôle de l'ANM – s'oriente vers la protection des droits sociaux et des intérêts collectifs, tels la sécurité dans les lieux de travail, la santé publique, la protection de l'environnement et la lutte contre l'évasion fiscale. Malgré certains excès et débordements dans les compétences de l'administration publique, selon Bruti Liberati, les résultats de cette activité de suppléance de la magistrature doivent être considérés comme globalement positifs.

La conscience de plus en plus ressentie de son indépendance et du rôle que la Constitution lui assigne, pousse bientôt une partie de la magistrature à ne plus s'arrêter comme auparavant devant l'*establishment* politique et financier. Le conflit entre le pouvoir judiciaire et certains secteurs du gouvernement (le secrétaire du parti socialiste Bettino Craxi en tête) explose au début des années quatre-vingt, avec l'enquête milanaise sur Sindona, Calvi et la Loge P2 qui provoqua, entre autres, la chute du gouvernement. C'est à cette époque que les attaques contre la magistrature (et le CSM en particulier) atteignent une intensité jamais connue auparavant et que les thèmes de la politisation de la magistrature et de la responsabilisation politique du ministère public entrent dans le débat public. Depuis, la tension plus au moins aiguë entre la magistrature et une partie du système politique, reste une constante dans la vie institutionnelle italienne.

VI – La dégénération des courants

Comme nous venons de le voir, l'héritage légué à la démocratie italienne par la magistrature associée est incontestable. Bruti Liberati montre bien, documents à l'appui, le rôle que les courants de la magistrature ont joué pour la conquête de l'indépendance et la mise en œuvre des principes constitutionnels, pour la prise de conscience de la fonction, tout à fait nouvelle, que l'état constitutionnel de droit

assigne à la juridiction et, en général, pour le renouvellement de la culture juridique italienne (à cet égard, il rappelle notamment le rôle joué par les revues « *Quale giustizia* », fondée en 1970 par le groupe de « *Magistratura democratica* », et « *Giustizia e Costituzione* », publiée à partir de l'année suivante par des magistrats sortis de MD qui donnèrent naissance à l'association qui porte le même nom).

Or, depuis le scandale suscité, d'abord, par les tentatives de conditionner la nomination du chef du parquet de Rome et, ensuite, par la révélation des écoutes relatives à l'affaire Palamara, ces mêmes courants sont décrits comme les responsables principaux de la dégénération du système de l'auto-gouvernement de la magistrature. Ceux qui ont contribué de manière décisive au combat pour l'indépendance de la magistrature – qui n'est pas un privilège de caste, mais un bastion de la démocratie constitutionnelle et une garantie fondamentale pour le citoyen – se seraient transformés en une oligarchie qui étouffe l'indépendance (l'ancien chef du gouvernement, Matteo Renzi, lors d'une séance du Sénat a créé, à ce propos, le néologisme « *correntocrazia* »). D'après la classification des différentes déclinaisons de l'indépendance proposée par Paolo Borgna, ce serait la cinquième forme d'indépendance à souffrir aujourd'hui, à savoir l'indépendance de la magistrature à l'égard de sa corporation.

La position de Borgna à cet égard est nette. Il rejette sans appel la thèse selon laquelle « la magistrature aurait été ruinée par les courants qui se sont formés dans les années soixante et soixante-dix, coupables d'avoir idéologisé juges et procureurs ». Ces courants, poursuit-il, « ont donné lieu à une vive confrontation d'idées qui n'était pas finalisée à la gestion du pouvoir, mais qui reposait sur des options culturelles fondamentales, sur des visions du monde profondément différentes, miroir des grands mouvements de pensée qui ont traversé le monde. Il s'agissait de passions idéales authentiques » (p. 26). Il prend l'exemple du magistrat antifasciste, conservateur et fermement anticommuniste, Giovanni Colli, qui au milieu des années soixante-dix deviendra procureur général près la Cour de cassation. Sa vision traditionnelle du rôle du juge se manifeste de façon emblématique dans la polémique contre les arrêts interprétatifs de rejet de la Cour constitutionnelle qui auraient envahi – c'était la thèse de la Cassation au milieu des années soixante – le champ de l'interprétation réservé aux juridictions ordinaires et, donc, à la Cour de cassation qui, d'après la loi d'organisation judiciaire de 1941, doit avoir le dernier mot sur l'interprétation du droit²³. De l'autre côté, il y avait des juges comme Marco Ramat et Salvatore Senese et, avec eux, tout le groupe à l'origine de « *Magistratura democratica* » qui s'inspiraient des valeurs de la gauche et, en particulier, de

23. Sur la position de Colli et sur la "guerre" des années 1965-66 entre la Cassation et la Cour constitutionnelle à propos

des arrêts interprétatifs de rejet, voir Bruti Liberati, p. 75-78.

la valeur de l'égalité substantielle prévue à l'art. 3 de la Constitution. Sauf exceptions, « presque folkloriques », précise Borgna, ces juges motivés par une forte passion politique et idéale n'étaient jamais factieux (p. 26-27).

Toutefois, « à partir d'un certain moment », poursuit-il, « la signification politico-idéologique des différences s'estompe, au profit de positions qui deviennent presque de pure gestion du pouvoir à l'intérieur de la corporation. C'est la situation dans laquelle nous nous retrouvons maintenant », où les courants sont devenus des « coquilles vides » ; leur mission prioritaire étant désormais la « gestion des carrières, qui signifie nominations à des postes de direction des différentes juridictions, mais aussi nominations dans les organismes de formation centrale et décentralisés et beaucoup d'autres choses encore. Pour espérer obtenir un de ces postes il faut être soutenu par un courant et la règle est le partage, rien d'autre » (p. 27 et 30).

« L'origine de ce changement doit être recherché dès le début des années quatre-vingt, lorsque "la pression sur le CSM pour une gestion clientéliste des postes de direction" commence à être dénoncée au sein même du pouvoir judiciaire. »

Le regard de l'historien nous montre que l'origine de ce changement doit être recherché dès le début des années quatre-

vingt, lorsque « la pression sur le CSM pour une gestion clientéliste des postes de direction » commence à être dénoncée au sein même du pouvoir judiciaire²⁴. C'est l'époque où change la nature de la participation politique par effet de la crise de la politique qu'Alessandro Pizzorno appelle « programmatique », caractérisée par l'idée que la volonté politique, à travers la législation dite de programme, puisse « changer la structure de la société ou, au moins, les conditions de certaines classes sociales ». L'éclipse des « grandes alternatives de la politique programmatique », nourries par les idéologies du siècle dernier, fait progressivement tomber « la motivation idéologique à la participation à la vie politique ; en même temps, la motivation liée à la carrière ou à d'autres intérêts augmente »²⁵. Comment s'étonner que dans ce nouvel esprit du temps, observe le constitutionnaliste Gaetano Azzariti, un nombre croissant de personnes « finissent par agir au nom des intérêts et non plus au nom des valeurs ? Et cela même chez les gardiens de la loi, chez les courants qui ne trouvent plus les sujets de dispute dans les différentes manières de concevoir la juridiction, mais qui se séparent plutôt pour des questions relatives aux différentes modalités de gestion de l'existant »²⁶.

24. E. Bruti Liberati, p. 215, où il cite deux articles publiés en 1983 qui dénoncent ce phénomène : V. Zagrebelsky, *Tendenze e problemi del Consiglio superiore della magistratura*, in « Quaderni costituzionali », 1, 1983, p. 128 sv. et S. Senese, *Il Consiglio superiore della magistratura : difficoltà dell'autogoverno o difficoltà della democrazia ?*, in « Questione

giustizia », 3, 1983, p. 503 sv.

25. A. Pizzorusso, *Il potere dei giudici*, op. cit., p. 32 et 61.

26. G. Azzariti, *Magistrati e polis. Questione democratica, questione morale*. Intervention au XXIII^e congrès de « Magistratura democratica », in « questionegiustizia.it », 29 juill. 2021.

VII – Quoi faire ?

Comment sortir de cette crise qui, comme le dit clairement Borgna, est un grave préjudice causé à l'indépendance de la magistrature ? Il est évident, en effet, que le scandale suscité par l'affaire Palamara se prête facilement à être exploité par les « ennemis de l'indépendance » (p. 35), qui n'ont jamais toléré une magistrature authentiquement autonome.

Cette fois encore la réponse de Borgna est nette : contrairement à son jeune interlocuteur, il ne croit pas à la capacité des courants à s'auto-réformer. Il partage l'avis de Nello Rossi, directeur de la revue de « Magistratura democratica », *Questione giustizia*, qui interprète la crise actuelle du système de l'autogouvernement non seulement comme une « question morale », mais aussi comme l'effet d'un *déficit* démocratique dans la vie des associations. La présence d'oligarchies plus ou moins restreintes aurait créé des circuits parallèles et cachés qui ont fini par transformer les associations en lobbies de pression pour conditionner l'exercice des pouvoirs institutionnels du CSM (en ce qui concerne essentiellement les nominations des chefs des bureaux). Ce que Borgna conteste c'est la solution proposée par son collègue. Selon celui-ci, en effet, pour sortir de l'impasse dans laquelle les courants se trouvent maintenant, il faudrait nécessairement passer par « l'autocritique » des groupes et par

une « réflexion mûre et unanime de tous les magistrats sur les problèmes ouverts de l'associationnisme judiciaire ». Il n'y aurait pas « d'alternatives crédibles à l'itinéraire de régénération des groupes »²⁷. Bien entendu, Borgna ne nie pas que cette réflexion interne soit nécessaire et souhaitable, mais, selon lui, elle ne pourra se produire que par une « onde de choc externe », que par « les armes de la critique d'un mouvement d'opinion qui accorde de l'attention, de l'étude, de l'analyse, des discussions ouvertes et des propositions de solution aux thèmes de la justice » (p. 36). Bref, pour lui la magistrature d'aujourd'hui n'aurait pas la « force morale » pour sortir toute seule de cette « crise culturelle » qui l'a saisie. Elle doit forcément s'appuyer sur « la sensibilité et les intelligences externes à la corporation », ouvrant « une nouvelle saison de dialogue entre avocats, magistrats et universitaires » (p. 130).

Ces « armes » à caractère culturel, toutefois, ne seraient pas suffisantes. Il faudrait aussi agir sur le front normatif en réformant le CSM. Dans cette perspective, il propose de réduire le poids des membres élus par les magistrats pour mettre un frein aux tentations corporatistes et clientélistes des courants : non plus deux tiers, comme c'est actuellement prévu par la Constitution, mais la moitié. Pour éviter le risque de trop augmenter l'influence du Parlement – et donc des partis – sur le Conseil (actuellement les

27. N. Rossi, *Questione morale o questione democratica ?*, in « *questionegiustizia.it* », 26 janv. 2021.



représentants du Parlement sont un tiers), Borgna relance la proposition d'un ancien membre du CSM, Glauco Giostra, professeur de procédure pénale à l'Université de Rome « La Sapienza » : les membres laïques ne seraient plus élus seulement par le Parlement mais aussi par le Président de la République et par la Cour constitutionnelle.

La réforme du CSM, réclamée à peu près par tout le monde après l'affaire Palamara, est également dans l'agenda du Gouvernement, qui souhaiterait aborder la partie relative au système électoral avant la fin du mandat du Conseil actuel (juill. 2022). L'entreprise est difficile car il n'y a pas de consensus ni à l'intérieur de la majorité ni au sein de la magistrature, où il y a ceux qui voudraient un système majoritaire (« Magistratura indipendente »), ceux qui aimeraient un système proportionnel (« Area » et « Unicost ») et même ceux qui souhaiteraient le tirage au sort (le courant « Articolo 101 », fondé récemment par Piercamillo Davigo) ; un système, celui-ci, qui serait pour Borgna « une humiliation de la magistrature », jugée absolument incapable de « sélectionner des personnes dignes d'occuper le rôle de membre du CSM » (p. 41).

Quoi qu'il en soit, il est difficile de ne pas partager l'avis de Luigi Ferrajoli qui, dans sa *lectio magistralis* tenue à l'occasion du dernier congrès national de « Magistratura democratica », a clairement dit qu'il serait

illusoire de croire à une guérison du système de gouvernement de la magistrature par une réforme du CSM. Aucune réforme du Conseil, poursuit-il, « ne pourra rien résoudre, car elle ne pourra pas supprimer les dynamiques et les luttes de pouvoir inévitablement engendrées par les choix des chefs des bureaux »²⁸. De même, selon Ferrajoli, il serait illusoire de régénérer le système de l'autogouvernement en frappant les courants, « qui sont le lieu du débat collectif et transparent ». La crise « des courants est analogue et parallèle à la crise des partis. Mais cette crise ne change rien au fait que de même qu'une démocratie politique ne peut fonctionner sans partis, de la même manière un système d'autogouvernement représentatif des magistrats ne peut fonctionner sans courants qui fondent la représentation ».

Pour Ferrajoli, l'origine de cette crise ne devrait pas être recherchée dans les courants – qui, au contraire, en seraient « le principal antidote », car ils assureraient « la transparence des formes et des dynamiques de l'autogouvernement » – mais dans ce qui provoque les luttes de pouvoirs pour la nomination des chefs des bureaux, à savoir le pouvoir de ces derniers et le pouvoir discrétionnaire des membres du CSM. Autrement dit, « le problème qu'il faut résoudre à la racine est celui de la carrière, éliminant ou du moins réduisant les présupposés et les raisons du carriérisme ».

28. L. Ferrajoli, *Magistratura e democrazia, Lectio magistralis* tenue à l'occasion du XXIII^e congrès national de Magistratura democratica, *Magistrati e polis. Questione democratica, ques-*

tione morale (Florence, 9-11 juill. 2021), in « *questionegiustizia.it* », 28 juill. 2021, § 2.1.

Ferrajoli propose trois remèdes. Le premier fait appel à la déontologie et consiste dans le « refus de la carrière », qui est incompatible avec l'indépendance interne et contre laquelle, d'ailleurs, la magistrature associée avait lutté avec succès pendant les premières décennies de la République. Ensuite, il faudrait réduire le plus possible les pouvoirs des dirigeants, supprimant, notamment, la réforme Castelli de 2005 qui a hiérarchisé à nouveau la structure du ministère public, faisant du procureur le véritable *dominus* du parquet. Ce remède avait été également suggéré, mais sans succès, par Jacopo Rosatelli. Selon Paolo Borgna, en effet, vu l'énorme pouvoir confié au ministère public par le code de procédure pénal de 1988, il est important d'assurer une certaine homogénéité aux choix liés à l'exercice de l'action pénale et à l'organisation du parquet. Il va sans dire, ajoute Borgna, que plus ces choix sont le résultat d'une discussion parmi tous les magistrats du parquet et plus ils seront acceptés et, donc, efficaces.

Le dernier remède proposé par Ferrajoli vise à réintroduire le critère de l'ancienneté pour l'attribution des postes de direction, sauf, bien entendu, que le plus ancien ne soit pas clairement à la hauteur. Bien qu'il soit conscient du prix à payer pour ce critère, qu'à l'époque de sa fondation « Magistrature democratica » avait soutenu avec force, il le considère préférable au critère méritocratique, qui, comme le montre la situation actuelle, n'a pas toujours assuré la sélection des meilleurs.

VIII – La seule réforme vraiment nécessaire

Tous – ou presque tous – les remèdes rappelés jusqu'ici peuvent aider la magistrature associée à sortir de la crise qui l'a frappée, mais ils ne seront jamais résolutifs. Paolo Borgna a raison quand il dit que pour soigner son mal, qui s'est manifesté de manière éclatante avec l'affaire Palamara mais qui a des racines plus profondes, la magistrature doit être investie par une « onde de choc externe ». Or, cette onde est arrivée. Pour éviter d'être complètement submergée, la magistrature doit nécessairement trouver en elle-même la force pour se régénérer.

C'est le même livre de Borgna et Rosatelli, d'ailleurs, qui nous suggère indirectement que celle-ci est la seule réforme vraiment efficace. Plus précisément, ce sont les mots, mis en exergue, du juge antifasciste Giuseppe Manfredini, qui se suicida – comme nous l'apprenons dans la note à la page suivante – le premier mai de 1956 pour le doute d'avoir contribué, avec un jugement erroné, à condamner un innocent. Ce doute se révélera ensuite sans fondement. La Constitution, écrit donc Manfredini, a établi les conditions normatives et institutionnelles pour que la magistrature puisse exercer sa fonction de façon autonome et cohérente avec les principes de l'ordre nouveau. Et toutefois, « la confiance des citoyens dans l'empire de la loi dépendra toujours de la science et de la conscience des magistrats. Cette confiance est le premier fondement de leur pouvoir et de leur responsabilité ».



Comme nous l'avons vu, la magistrature italienne, grâce à la vivacité et à la richesse du débat culturel et idéal de ses différentes associations et à la détermination de ses magistrats les plus éclairés, a réussi à conquérir l'indépendance promise par la Constitution et à prendre conscience du rôle tout à fait nouveau que l'état constitutionnel de droit attribue à la juridiction.

« L'indépendance vit de présupposés que le droit n'est pas en mesure de garantir. Ces présupposés sont, justement, la science et la conscience des magistrats. »

Jour après jour, grâce à la science et à la conscience de nombreux magistrats, forts de leur indépendance, cette même magistrature a fini par conquérir aussi la confiance de la plupart des citoyens. De la même manière, aujourd'hui, les magistrats doivent faire à nouveau appel à leur science et à leur conscience pour reconquérir la confiance perdue, qui, comme le dit Manfredini, est le premier fondement de leur pouvoir et de leur

responsabilité. Il n'y a pas d'autres solutions plus faciles ou plus rapides. L'indépendance de la magistrature est *fragile*, nous dit le titre du livre, car elle ne peut pas s'appuyer sur des fondements externes et apparemment solides, tels que la loi ou la Constitution elle-même. L'indépendance, pour paraphraser Böckenförde, vit de présupposés que le droit n'est pas en mesure de garantir. Ces présupposés sont, justement, la science et la conscience des magistrats.

Le combat le plus important que la magistrature italienne doit mener aujourd'hui est le combat pour la reconquête de la dignité culturelle et éthique grâce à laquelle elle avait obtenu sa pleine indépendance et avait conquis la confiance de ses concitoyens. L'entreprise est difficile, mais la part de noblesse de son passé – que ces deux livres nous rappellent si bien et qu'il faudrait mieux connaître – ainsi que la science et la conscience de nombreux magistrats, jeunes et moins jeunes, qui ne cessent de travailler avec passion et dévouement, nous donnent des motifs raisonnables d'espoir.



Un magistrat comme tout un chacun est fidèle aux valeurs issues de son éducation ou de sa culture. Celles-ci changent d'un individu à un autre selon sa conception du vrai ou du faux, du bien ou du mal, du juste ou de l'injuste. Bref, les valeurs peuvent s'échelonner dans une large gamme tributaire de sentiments moraux. Elles interfèrent nécessairement avec la fonction du magistrat qui exige une neutralité axiologique c'est-à-dire une séparation entre sa personne privée et son office. Mais cette frontière n'est pas toujours nette. « Il faut donc admettre l'existence implicite ou explicite de valeurs à l'œuvre dans les tribunaux susceptibles de fonder durablement la réflexion du magistrat » comme l'écrit Sandra Travers de Faultrier en introduction de notre dossier.

Après la Seconde Guerre mondiale, le juge s'efforce de délaïsser le terrain des convictions subjectives. On préfère au mot valeur celui de principe plus conforme à la tradition républicaine. La démocratie et l'État de droit sont refondés sur des principes portés par la Constitution et les traités internationaux au premier rang desquels

la Convention européenne des droits de l'homme. Une légalité pouvant être détournée par des États criminels n'est plus une boussole suffisante. Le registre des valeurs au sens de principes fondamentaux donne aux magistrats une légitimité au-delà de la loi. Ainsi, les valeurs se fondent sur des principes partagés comme l'égalité de tous les citoyens, la dignité des personnes mais aussi l'éthique de la discussion et la publicité des débats manifeste dans l'architecture de certains prétoires (cf. ci-dessus la salle d'audience des Chambres extraordinaires du tribunal cambodgien d'une capacité de 250 places).

Inscrits dans les Constitutions, ces principes forment un socle commun et pondèrent le « polythéisme de valeurs » (Max Weber) propre à nos sociétés pluralistes. C'est ainsi que les magistrats qui contribuent dans notre dossier interprètent leurs valeurs en dehors de leurs convictions strictement personnelles sans pouvoir toujours en faire abstraction comme le montrent les fictions commentées dans les textes de ce numéro des *Cahiers de la justice*.

DALLOZ
www.dalloz.fr



Réf. : 622201

9 782996 222017