STEFANO SICARDI

LA POSIZIONE COSTITUZIONALE DEL GIUDICE
TRA POTERE E RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: I. *Considerazioni di carattere generale*: 1. Dottrina liberale dello Stato e ruolo istituzionale della Magistratura nei paesi dell'Europa continentale: la subordinazione del giudice alla legge e il principio della separazione dei poteri. - 2. La burocratizzazione della Magistratura. - 3. Il problema dell'irresponsabilità del giudice: il carattere vincolato dell'attività giurisdizionale e l'abbandono dell'elettività per privilegiare il modello di giudice-funziario. - 4. La responsabilità politica nel diritto costituzionale. — II. *Il ruolo del giudice e della Magistratura nell'Italia monarchica*: 1. Una precisazione. - 2. Formale deresponsabilizzazione del giudice e sua sostanziale sottoposizione ad influenze e controlli da parte del potere politico: i rapporti tra Magistratura ed Esecutivo. - 3. Organizzazione interna dell'ordine giudiziario e influenza politica. - 4. Il ruolo del pubblico ministero. - 5. Considerazioni riassuntive. — III. *Stato democratico, Costituzione repubblicana, responsabilità del giudice*: 1. Fattori di carattere generale che pongono il problema della responsabilità del giudice. - 2. In particolare, i fattori peculiari alla situazione storico-istituzionale italiana. - 3. Estrema difficoltà di configurare una responsabilità politica del giudice a livello istituzionale nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano; inaccettabilità, in conseguenza della normativa costituzionale, di una serie di meccanismi di controllo e di influenza sull'operato dei giudici: a) L'influenza indiretta del potere politico; b) Il mancato equilibrio delle componenti all'interno del Consiglio superiore della Magistratura; c) La responsabilizzazione politica dei magistrati di fronte al Consiglio superiore. - 4. Responsabilità politica dei giudici e Corte costituzionale. - 5. Il controllo popolare sui giudici e la Costituzione. — IV. *Considerazioni conclusive*.

I.

1. La normativa costituzionale e ordinaria in tema di potere giudiziario propria dei paesi occidentali è improntata a tutt'oggi ai principi fondamentali della tradizione costituzionale liberale; e la sistemazione dei reciproci rapporti e delle differenti competenze tra il giudiziario e gli altri poteri dello stato è dovuta, innanzitutto, per quanto riguarda i paesi dell'Europa continentale ⁽¹⁾, alla elaborazione dottrinale e normativa affermatasi nella

(1) In questo lavoro non si affrontano, se non di scorcio, i differenti problemi di ordine storico ed istituzionale che si pongono, in tema di ordine giudiziario, nei paesi anglo-sassoni. Per il trapasso dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale

seconda metà del secolo XVIII e portata a compimento entro la prima metà del secolo XIX.

Questa elaborazione assume notevole importanza ai fini del nostro discorso poiché salda la problematica relativa al giudiziario a quella inerente alle fonti del diritto: si può affermare infatti che i principi fondamentali relativi ai compiti degli organi giudicanti e al ruolo complessivo della Magistratura nel sistema costituzionale sono una diretta conseguenza della razionalizzazione del diritto ottenuta attraverso il privilegiamento della norma scritta, innovativa dell'ordine giuridico preesistente e prodotta dagli organi sovrani (in un primo tempo il monarca, in seguito il Parlamento) a ciò deputati. Punto terminale di questo complesso processo è l'affermarsi della legge come prima e principale fonte del diritto. Il fenomeno descritto (che viene pure comunemente designato con il termine complessivo di codificazione ⁽²⁾), riduce la portata del precedente giurisprudenziale ad un ruolo esclusivamente persuasivo ⁽³⁾ attraverso il riconoscimento al diritto giudiziario (addirittura negato come tale nel periodo della Rivoluzione francese ⁽⁴⁾) di una funzione di inte-

inglese e per la rilevanza e il ruolo, in questo contesto, del potere giudiziario, si può utilmente consultare MC ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Venezia 1956; e recentemente MATTEUCCI, *Dal Costituzionalismo al Liberalismo*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, a cura di L. FIRPO, IV, t. II, Torino 1975, 13 ss.

(2) La quale tende in ogni caso, sia essa solamente una riformulazione della vecchia normativa, sia essa ispirata a principi di portata rivoluzionaria (p. es. il soggetto unico di diritto), a menomare o restringere il potere del giudice ed è quasi sempre accompagnata (se non preceduta), come è il caso della Francia rivoluzionaria, da leggi di riorganizzazione e reazionalizzazione delle Magistrature.

(3) Per il diverso significato di *lex* ed *interpretatio* nella dottrina antecedente alla Rivoluzione francese e l'importanza assunta dall'*interpretatio* come fonte del diritto anche a causa della molteplicità ed estrema confusione delle fonti normative cfr. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova s.d. (ma 1974), 54 ss.

(4) Cfr. ad esempio ROBESPIERRE: « L'affermazione che la legge è creata dalle Corti di giustizia... deve essere esclusa dal nostro linguaggio. In uno stato che ha una Costituzione e un potere legislativo la giurisprudenza delle Corti di giustizia consiste solo nella legge stessa », cit. in NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna 1973, 262.

grazione a livello subordinato della legge e più in generale attraverso la collocazione di tutte le fonti diverse dalla legge (e quindi anche del diritto giudiziario) in un ruolo meramente sussidiario di quest'ultima ⁽⁵⁾.

Il movimento dottrinale che già dalla prima metà del secolo XVIII privilegia la certezza del diritto (e conseguentemente richiede una razionalizzazione della normativa giuridica) si salda così con i più specifici obiettivi politici dei sovrani del tempo il cui disegno accentratore si scontrava talvolta contro il notevole potere acquisito dai grandi corpi giudiziari (si pensi emblematicamente ai *Parlements* francesi), talaltra contro la sopravvivenza di giurisdizioni di carattere feudale.

Proprio in questo periodo Montesquieu enuncia la formulazione più autorevole (e destinata a lasciare una profonda influenza) sul ruolo del giudiziario all'interno degli equilibri costituzionali. Senza dubbio la sua concezione degli organi giudiziari come organi non permanenti che non restino in carica se « non quando la necessità lo richieda » e i cui membri siano scelti in un rango non inferiore a quello delle parti ⁽⁶⁾ appare profondamente legata ad una formazione culturale prerivoluzionaria (ed anzi contrasta con la tendenza che successivamente si affermò volta a fare del giudice un pubblico funzionario di carriera). Il contributo del Montesquieu sta invece nel fatto che egli (posto che le competenze assegnate al giudiziario ne facevano un potere in certo senso nullo ⁽⁷⁾) propugnò una concezione meccanica, di stretto

(5) Il che non significa certo negare l'esistenza e l'importanza della fonte regolamentare (si pensi ad esempio ai regolamenti di prerogativa regia).

(6) MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Napoli 1777, I, 316 ss. Le citazioni che precedono e seguono sono tratte dal celebre cap. VI del libro XI.

(7) « Il potere di giudicare viene individuato in modo da identificare il suo esercizio in un'attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di 'diritto nuovo' essendo da una parte limitata dalla legislazione, che concettualmente la precede, e dall'altro dall'attività di esecuzione che, promuovendo la sicurezza pubblica, include anche l'attività di esecuzione materiale dei giudizi che costituiscono il contenuto del 'potere di giudicare'. Per queste ragioni alla definizione di quest'ultimo potere Montesquieu aggiunge la considerazione — *estremamente importante anch'essa nella storia delle ideologie giuridiche* — che il potere di giudicare è 'in qualche modo un potere

vincolo al testo normativo, della interpretazione giudiziale « formulando in modo nuovo quell'esigenza di chiarezza e di certezza che si vede serpeggiare nella cultura della prima metà del secolo XVIII ed ispirare i primi tentativi di codificazione o compilazione di leggi »⁽⁸⁾: basti qui ricordare che « se i tribunali non debbono essere fissi, i giudizi debbono esserlo a tal punto da non essere mai altro che il testo preciso della legge » e che « i giudici sono soltanto... la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza, né il rigore ».

La subordinazione alla norma scritta, innovatrice dell'ordine giuridico preesistente, del diritto di produzione giudiziaria (subordinazione che gli fa perdere il ruolo determinante prima posseduto e produce conseguentemente una menomazione del potere del giudice nello svolgimento della sua funzione tipica⁽⁹⁾) è da farsi risalire a molteplici ragioni. Se all'inizio tale processo fu dettato da un'esigenza di riordinamento di un materiale normativo estremamente sparso e frammentato, in seguito il privilegiamento della fonte-legge fu dettato dalla necessità di riformulare i principi dell'ordinamento giuridico su presupposti rivoluzionari assicurandone il rispetto nei confronti di una Magistratura po-

nullo' » (sottolineatura mia). Cfr. TARELLO, *Per una interpretazione sistematica de « L'Esprit des lois »*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, Bologna 1971, 40-41.

(8) TARELLO, *Per una interpretazione*, cit., 47. Può apparire strano che sul problema dell'interpretazione giudiziale il ROUSSEAU sostenga che è possibile lasciare ai giudici « le pouvoir de les interpreter [les lois] et d'y suppléer au besoin par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens » cfr. *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, X, Paris 1960, 382. ROUSSEAU condivide con gli altri illuministi l'esigenza generale della certezza ma ritiene che ad essa non contrasti il lasciare un certo margine di discrezionalità al giudice: non vi è quindi contrasto di fondo con la generale posizione illuministica, per quanto riguarda il motivo ispiratore della sua concezione; vi è tuttavia un contrasto in relazione alla soluzione data al problema della funzione del giudice. Cfr. a questo proposito CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, 43.

(9) Si rimanda alla nota 3 per indicazioni sull'importanza assunta dall'*interpretatio* nel sistema delle fonti del diritto e alla nota 19 per la posizione di notevole rilievo assunta dal giudice nella Francia dell'*Ancien Regime*.

tente e riottosa alle innovazioni ⁽¹⁰⁾: attraverso la subordinazione del giudice alla legge si perseguiva l'obiettivo di evitare che le leggi del parlamento fossero soggette a distorsioni al momento della loro applicazione ⁽¹¹⁾. Non solo: da un punto di vista più generale non si deve dimenticare l'influenza esercitata dal concetto 'classico' di legge che è volontà generale nel suo sorgere e non lascia spazi ulteriori a diverse interpretazioni del « politico » e del « sociale » da parte degli organi deputati alla sua applicazione. D'altronde, la subordinazione del giudice alla legge e la funzione a lui propria di assicurare effettività alle norme giuridiche prodotte dal corpo legislativo (norme particolarmente importanti perché volte alla tutela dei diritti fondamentali del cittadino) contribuisce a consolidare l'opinione che prevarrà indiscussa (per tutto l'ottocento e oltre) sulla funzione garantista che la Magistratura ha da svolgere nel sistema costituzionale.

In una prospettiva più vasta la sistemazione dei rapporti tra il giudiziario e il legislativo sulla base di una netta e rigida ripartizione di competenze (nel senso che il giudice applica la normativa prodotta dal Parlamento ai rapporti in ordine ai quali si facciano valere pretese contrastanti da parte dei soggetti interessati, oppure al fine di reintegrare l'ordine giuridico violato) si inquadra nel canone organizzativo fondamentale della dottrina costituzionale liberale: la separazione dei poteri. Conseguenze di

⁽¹⁰⁾ Dei timori nutriti verso le Magistrature prerivoluzionarie è sintomo l'atteggiamento tenuto nei confronti dei *Parlements* francesi: essi vengono sospesi con il decr. 3 novembre 1789 e definitivamente aboliti nel 1790 in concomitanza con una delle leggi più importanti del primo periodo rivoluzionario (l. 16-24 agosto 1790 sull'organizzazione giudiziaria).

⁽¹¹⁾ A questa esigenza obbedì l'istituzione del *Tribunal de Cassation*, la cui primitiva funzione era appunto quella, quale organo del potere legislativo, di vegliare sulla precisa osservanza delle leggi da parte del potere giudiziario. In proposito CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano-Torino-Roma 1920, I, spec. capp. XIX, XX, XXI (481 ss.).

Deve però precisarsi che l'affermazione di carattere generale contenuta nel testo deve essere maggiormente articolata in riferimento alla Francia rivoluzionaria, nella quale l'affermarsi della « Scuola dell'Esegesi » obbedì a ragioni in parte differenti. Cfr. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (Lezioni a.a. 1960-1961), Torino 1961, 90 ss.

tale principio sono costituite, da un lato, dalla incensurabilità da parte della Magistratura ordinaria dell'operato della pubblica amministrazione (principio, per lo meno all'inizio, notevolmente accentuato ⁽¹²⁾) e, per converso, dal principio della insindacabilità del contenuto delle pronunzie dei giudici da parte degli altri poteri od organi dello stato. Vedremo tra breve l'importanza che specialmente la seconda conseguenza possiede per lo svolgimento del nostro discorso.

Conclusivamente si può dire quindi che il privilegiamento della fonte-legge, cui fa riscontro un diverso modo di intendere l'attività e il ruolo del giudice nell'adempimento della funzione giurisdizionale ⁽¹³⁾ e, più in generale, una ripartizione di competenze tra i diversi organi dello stato attraverso il principio della

⁽¹²⁾ Cfr. LE COSTITUZIONI FRANCESI DEL PERIODO RIVOLUZIONARIO: Cost. del 1791, cap. V, « del potere giudiziario », art. 3: « i tribunali non possono né ingerirsi nell'esercizio del potere legislativo, o sospendere l'esecuzione delle leggi, né usurpare funzioni amministrative, o citare davanti ad essi gli amministratori per ragione delle loro funzioni ».

Cost. dell'anno III, tit. VIII, « Potere giudiziario », disposizioni generali, art. 203, 2° comma: « I giudici non possono fermare o sospendere l'esecuzione di nessuna legge, né citare davanti ad essi gli amministratori per ragioni inerenti alle loro funzioni ».

Si pensi d'altronde alla recente scomparsa dal nostro diritto dell'istituto della garanzia amministrativa.

I testi delle Costituzioni in SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia moderna*, Torino 1952, 89 e 171. Cfr. ora dello stesso autore *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975.

⁽¹³⁾ Il vincolo al testo scritto, il carattere ad un tempo esecutivo e vincolato che viene ad assumere la funzione del giudicare, l'istanza garantista cui il ruolo del giudice viene collegato costituiscono infatti notevoli differenze rispetto alla concezione che del giudice e della funzione giurisdizionale si aveva in Europa nel periodo anteriore alla codificazione. Sul problema del ruolo svolto dal giudice nell'adempimento della funzione giurisdizionale, problema strettamente connesso con la teoria dell'interpretazione cfr., oltre all'opera di BOBBIO cit. a nota 11 e all'opera di CATTANEO di cui a nota 8: TARELLO, *Orientamenti della Magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *Pol. del dir.* 1972, 459 ss. Un interessante contributo di sintesi è offerto da MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano 1973, spec. cap. VII (« l'interpretazione della legge scritta »), 59 ss. Dello stesso autore cfr. pure « *Lo stile italiano* » *l'interpretazione*, in *Riv. it. di dir. e proc. civ.* 1968, I, 373 ss.

separazione dei poteri, pone una serie di principi cardine inerenti alla posizione del giudice e della Magistratura all'interno degli equilibri costituzionali.

2. Il secondo elemento di notevole importanza che contribuisce a dare alla Magistratura nei paesi dell'Europa continentale la sua attuale connotazione è costituito dal processo di burocratizzazione dell'ordine giudiziario ⁽¹⁴⁾. Tale processo si registra nei confronti delle istituzioni giudiziarie francesi ⁽¹⁵⁾ — la cui influenza profonda su quelle italiane è fuori dubbio — attraverso il tramonto dell'elettività ⁽¹⁶⁾ come metodo di reclutamento per le cariche giudiziarie, nel periodo storico immediatamente successivo alla Rivoluzione del 1789, per la precisione con la Costi-

⁽¹⁴⁾ Rifacendosi alle analisi di Max WEBER si può dire che la Magistratura non sfugge, nei paesi continentali dell'Europa a diritto codificato, ad un certo tipo di organizzazione socio-istituzionale del sistema capitalistico: lo sviluppo della forma burocratica di esercizio del potere. Ciò contribuisce alla progressiva professionalizzazione di certi ruoli e, in specifico, di quello del giudice (*Economia e società*, II, Milano 1968, par. 260 ss.). Il problema della tecnicizzazione del ruolo del giudice deve farsi risalire, a giudizio di questo autore, alla razionalizzazione della scienza giuridica, alla costruzione tecnico-giuridica delle situazioni della vita sulla base di 'principi giuridici' astratti (*Economia*, cit., 190).

Devono però farsi due distinte precisazioni: la prima è costituita dal fatto che « la posizione di distributore automatico del diritto propria del giudice... appare ai moderni pratici del diritto sempre meno dignitosa » generando verso la fine dell'ottocento una serie di reazioni nel senso di privilegiare ciò che di creativo vi è nell'attività del giudice, almeno nei casi in cui la legge è insufficiente (*Economia*, cit., 192). Si sviluppano cioè fenomeni di ribellione degli stessi operatori giuridici al ruolo di carattere esclusivamente esecutivo che si vorrebbe assegnare loro.

La seconda precisazione di portata più generale è che « il capitalismo in quanto tale non costituisce... un fattore decisivo per la promozione di quella forma di razionalizzazione del diritto che è rimasta peculiare all'occidente continentale a partire dalla formazione universitaria romanistica del medioevo » (*Economia*, cit., 198). La mancanza di un rapporto di causa-effetto tra sviluppo capitalistico e processo di razionalizzazione del diritto (sulla base di principi giuridici astratti) spiegherebbe il permanere della tradizione giuridica di tipo prevalentemente empirico propria dei paesi anglosassoni.

⁽¹⁵⁾ Cfr. per un analogo processo, anche se più tardo, in Germania le pagine di NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge*, cit., 270 ss.

⁽¹⁶⁾ L'elettività fu introdotta come metodo di reclutamento dei giudici dalla normativa del periodo rivoluzionario in sostituzione del sistema precedente basato sulla venalità ed ereditarietà delle cariche giudiziarie.

tuzione del 1799 ⁽¹⁷⁾, e si consolida con l'avvento del regime napoleonico.

In questo quadro il giudice assume la qualifica di funzionario di carriera dotato di peculiari (anche se spesso solo nominali) garanzie che lo pongono in una posizione privilegiata — anche a causa della delicatezza della funzione che gli è affidata — rispetto agli altri pubblici impiegati. Di qui, a nostro avviso, data la divaricazione che si riscontra nella figura del giudice: sovrano e sciolto da vincoli che non siano la soggezione alla legge nell'adempimento del suo compito specifico (lo svolgimento della funzione giurisdizionale); inserito, per quanto riguarda il suo *status* di pubblico impiegato, nell'organizzazione amministrativa dello stato-persona. La prima situazione trova una ragione nella necessità di attribuire al personale giudiziario una posizione che si confaccia alla tripartizione dei poteri dello stato: quando il giudice svolge la funzione di giudicare non può (per lo meno in linea teorica) che essere sciolto da ogni vincolo che attenti alla funzione sovrana da lui esercitata. L'effetto della seconda situazione è però che il suo rapporto di servizio non rileva solo ai fini della sua immissione in carriera e della retribuzione che gli compete ma pure rispetto alle situazioni di soggezione a lui proprie (sorveglianza da parte dei superiori — tra i quali c'è pure il Mini-

(17) Cfr. artt. 67-68 della Cost. 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799) che prevedono (ad eccezione che per i giudici di pace) il reclutamento giudiziario attraverso la scelta operata dal primo console su liste di eleggibili in luogo dell'elezione e di conseguenza la nomina a vita salvo condanna per prevaricazione o esclusione successiva dalle liste. Cfr. la successiva legge del 18 marzo dell'800 istitutiva dei tribunali di appello: attraverso una divisione in classi di questi ultimi e dei tribunali di prima istanza si venivano a creare le condizioni (si pensi alle distinzioni relative alla sede, al grado, allo stipendio) per il nascere della carriera giudiziaria, a sua volta favorita (vedi avanti II n. 3) da una struttura piramidale dell'ordinamento giurisdizionale. Con il Senato-consulto del 16 termidoro anno X (4 agosto 1802) — tit. IX, artt. 78 ss. — viene abbozzato nitidamente il potere di sorveglianza che costituirà una costante della legislazione successiva. Infine la sistematizzazione definitiva della materia si ha con la legge 20 aprile 1810 che, tra l'altro, regola il procedimento disciplinare con un sistema (pronuncia sulla mancanza disciplinare da parte dello stesso corpo giudiziario cui appartiene l'incolpato) che sarà adottato dall'ordinamento giudiziario del 1865.

stro della Giustizia —; possibilità di trasferimento — per molto tempo di competenza dell'esecutivo —).

Il progressivo affermarsi e consolidarsi della Magistratura come corpo di funzionari ⁽¹⁸⁾ determina inoltre l'instaurarsi di uno stabile collegamento, che non subirà modificazioni nei paesi di tradizione giuridica francese (e non solo in quelli) per tutto l'ottocento e oltre, tra esecutivo e giudiziario, attraverso il Ministro della Giustizia preposto al « governo » della Magistratura, responsabile politicamente del buon andamento dell'amministrazione giudiziaria avanti al Parlamento; non per questo però, evidentemente, autorizzato a sindacare nel merito — si rammenti il principio della separazione dei poteri — le scelte dei magistrati nell'esercizio della loro funzione tipica. Attraverso questo collegamento i due poteri, esecutivo e giudiziario, formalmente sullo stesso piano, mostrano di essere in realtà notevolmente sbilanciati rispetto alla reciproca capacità di influenza, riscontrandosi una evidente debolezza di quest'ultimo.

3. Solo attraverso queste considerazioni di fondo è possibile introdurre il problema della responsabilità del giudice e, in particolare, di quello specifico tipo di responsabilità che si vuol designare politica per sottolinearne il contenuto del sindacato *sul merito delle scelte operate dal magistrato nell'adempimento della sua funzione tipica*.

Se attraverso il privilegiamento della fonte-legge, il giudiziario viene privato, per lo meno dal punto di vista dei principi, di molta parte del suo potere (perché si viene a restringere l'am-

⁽¹⁸⁾ Il giudice-funziario è definito complessivamente da due caratteristiche fondamentali: l'essere preposto alla carica non tramite l'investitura popolare ma in seguito alla nomina dall'alto (generalmente attraverso pubblico concorso) e l'essere parte in un rapporto di servizio caratterizzato dal principio della carriera e di conseguenza da legami di tipo gerarchico in relazione ai doveri d'ufficio (la violazione dei quali — che peraltro non riguardano lo svolgimento della funzione giurisdizionale — dà luogo a responsabilità disciplinare). La prima caratteristica differenzia il giudice-funziario dal giudice elettivo proprio della tradizione americana; la seconda dal modello di giudice proprio della tradizione inglese.

bito della sua discrezione con la razionalizzazione del materiale normativo e con la sottoposizione dell'attività giudiziale alla norma scritta (¹⁹)), viene pure posto definitivamente in ombra il problema della responsabilità del magistrato nell'adempimento della funzione giurisdizionale.

Infatti, in questa prospettiva, l'attività giurisdizionale non può che concretarsi in un processo di carattere meccanico, sillogistico, di applicazione al caso concreto di una norma altrove prodotta e che gli spazi a quella concessi non sono che di chiarificazione o al massimo di integrazione a livello subordinato della legge scritta (²⁰); da ciò deriva l'inutilità se non l'impossibilità di configurare una responsabilità del giudice per le scelte da lui operate nell'esperimento della sua attività tipica, in considerazione del carattere vincolato di queste scelte.

(¹⁹) Una ben diversa prospettiva si riscontra invece nella Francia dell'*Ancien Regime*. In questo periodo il potere del giudice tende a divenire sempre maggiore per la molteplicità delle fonti del diritto e l'oscurità della normativa vigente. Per converso riesce difficile parlare di una responsabilità del giudice nel periodo considerato: se in origine questa era massima poiché il re delegava la funzione del giudicare a persone di sua fiducia da lui nominate e da lui revocabili, in seguito, con l'affermarsi della venalità e poi dell'ereditarietà delle cariche giudiziarie, la responsabilità divenne minima (in che misura si può essere responsabili nei confronti d'altri di un diritto proprio legalmente acquistato e trasmesso?). Non si deve dimenticare come « sotto l'*Ancien Regime* lungi dal considerarsi la Giurisdizione come una funzione esclusivamente riservata allo Stato, si scorgeva in essa un diritto patrimoniale proprio di colui che ne era investito, e si ammetteva quindi che l'amministrazione della giustizia entro un determinato distretto fosse venale e trasmissibile a titolo privato, come un qualsiasi oggetto idoneo di proprietà e di commercio »; già prima della Rivoluzione francese si fa tuttavia strada la tendenza a considerare i giudici come funzionari del sovrano e non come proprietari di una carica o di una giurisdizione (un cenno di ciò in TARELLO, *Le ideologie*, cit., 207). La frase prima riportata è di CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 385-386. Sul diritto e le Magistrature nell'*Ancien Regime*: ESMEIN, *Histoire du droit français*, Paris 1892; VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, t. III, libro IV, Paris 1903.

(²⁰) Una definizione classica ed emblematica del giudiziario si può leggere in Santi ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, 310: « il potere giudiziario è un potere essenzialmente vincolato nel contenuto: cioè nel senso che esso non ha fini autonomi, in modo che la legge non gli è soltanto limite... ma è, per quanto riguarda la sua applicazione ed attuazione, l'unico ed esclusivo oggetto per cui quel potere deve esercitarsi ».

In questo quadro acquistano un particolare rilievo i principi fondamentali formulati dalla dottrina costituzionale liberale in tema di potere giudiziario, tutti in qualche misura confliggenti con la problematica della responsabilità: l'imparzialità propria della funzione giurisdizionale (il cui compito sta nella conservazione dell'ordinamento giuridico dello stato); l'indipendenza dei giudici, vista come strumentale rispetto all'imparzialità della funzione, indipendenza che postula una serie di strumenti giuridici per la sua realizzazione (garanzie della Magistratura ripartite a loro volta in garanzie del giudice e dell'organizzazione giudiziaria); la autonomia della Magistratura, autonomia ⁽²¹⁾ intesa nel senso di sottrazione ad altri poteri od organi dei provvedi-

(21) In Italia, nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione, il termine autonomia è stato collegato con il termine « autogoverno », in quanto questo ultimo costituirebbe la concretizzazione della prima (cfr. p. es. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Milano 1958, 174). In realtà, nella sua accezione classica, l'autogoverno consiste « nell'affidare, per mezzo della nomina regia, a esponenti di gruppi privilegiati del luogo, le amministrazioni locali, perché questi le dirigano come rappresentanti della popolazione »; così CASSESE, *Autarchia*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Milano 1959, 325-326 (cfr. in generale sul problema del *self government*, per un ampio quadro, TREVES G., *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1957, 277 ss.). In questa prospettiva si disse che l'autogoverno « implica di norma l'attribuzione di una rilevanza distinta e differenziata agli interessi particolari (locali) rispetto a quelli generali dello Stato » e si negò che una tale situazione potesse prospettarsi per l'organo garante dell'autonomia del giudiziario, il Consiglio superiore della Magistratura (cfr. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964, 3-4; ora però dello stesso autore vedi le significative precisazioni in *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1975, 3 ss. e 37 ss.) in quanto il CSM non cura interessi particolari dell'ordine giudiziario ma interessi statuali. In realtà si può affermare che l'adozione del termine autogoverno fu dettato da considerazioni di natura politica. L'uso che se ne fece in sede di Assemblea costituente assume, al di là del suo significato giuridico « classico » — su cui nessuno insistette —, un sapore di rottura con un passato contrassegnato da una pesante influenza dell'esecutivo sulla Magistratura e di affermazione di ideali propri del garantismo liberale. Il termine autogoverno fu, anche per quest'ultimo motivo (nella misura in cui il garantismo si manifestava nell'adesione al principio della separazione dei poteri) ben poco usato, anzi avversato, nelle discussioni all'Assemblea costituente, dalla sinistra social-comunista e da alcuni democristiani (cfr., per la difesa del principio, CALAMANDREI, *II^a sez., II^a sottoc.*, 3; *contra*: LACONI, *II^a sez., II^a sottoc.*, 84; DI GIOVANNI, *ivi*, 83; TARGETTI, *ivi*, 83; UBERTI, *ivi*, 85; CAPPI, *ivi*, 81). Le citazioni sono tratte dalla prima edizione degli *Atti dell'Assemblea costituente*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma.

menti riguardanti lo *status* del giudice, dei giudizi disciplinari ed in genere del governo della Magistratura per attribuirli ad un organo separato dalla pubblica amministrazione e composto in misura maggiore o minore da magistrati ⁽²²⁾.

Il secondo elemento che contribuisce a dare alla Magistratura nei paesi dell'Europa continentale la sua attuale connotazione (la burocratizzazione dell'ordine giudiziario) assume anch'esso notevole importanza con riferimento al problema della responsabilità del giudice. Attraverso la sistemazione organizzativa della Magistratura sul modello dei corpi amministrativi si viene, sotto un diverso profilo, a sgombrare il campo da qualsiasi problematica di controllo diretto sul giudice (e quindi sull'attività da lui svolta) da parte dei cittadini: ciò si manifesta attraverso l'abbandono dell'elettività come metodo di reclutamento per le cariche giudiziarie. Sicché si potrebbe dire che di responsabilità politica del giudice, questa volta nel senso di un controllo sul merito dell'attività da lui svolta *da parte di chi lo prepone alla carica*, si può in qualche modo parlare solo durante la Rivoluzione francese quando le Costituzioni di quel periodo istituzionalizzarono il diritto alla nomina diretta di tutti i giudici ⁽²³⁾.

(22) Per una chiara sintesi delle categorie giuridiche in tema di ordine giudiziario DAGA, *Il Consiglio superiore della Magistratura*, Napoli, 1973, IX ss. Per i termini imparzialità e indipendenza non in riferimento alla Magistratura CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961, 103. Più in generale è bene riflettere sul fatto che « lo Stato di diritto sarà, in termini giuridici positivi, uno Stato secondo legge o secondo Costituzione, ma non perde mai il suo carattere di Stato secondo Giudice. Questi sarà il giudice particolare che colpisce la violazione della legge da parte dell'amministrazione, il giudice ordinario che sindacava l'amministrazione al pari dei privati, il giudice che effettua il controllo di costituzionalità delle leggi, a seconda dei diversi punti di vista. Ciò presuppone sempre che il giudice, cui spetta l'applicazione della legge ordinaria o costituzionale, sia imparziale. Ma, per essere tale, egli deve essere indipendente. Indipendente da chi? Dall'autorità nei cui confronti egli potrà essere chiamato a giudicare (anche se da queste stesse autorità egli sia stato nominato; il che comporta sempre qualche rischio) ma non dal costituente o dal legislatore ». TREVES G., *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 1959, 406.

(23) PIASENZA, *L'irresponsabilità politica della Magistratura nello stato liberale. Il Piemonte e lo Statuto (1848-1851)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, Bologna 1975, 536, autore di una lucida sintesi storico- istituzionale sul pro-

4. D'altronde il fatto che la responsabilità politica del giudice costituisca un problema lasciato in ombra è testimoniato da un sommario esame ⁽²⁴⁾ dello stato della dottrina inerente al tema della responsabilità politica in generale.

Con formulazione notevolmente ampia si definisce la responsabilità come « la situazione che si verifica quando si è chiamati a rispondere degli effetti non conformi a quelli che si sarebbero dovuti attendere dall'esplicamento di un'attività » (nel profilo che qui interessa) un'attività « esercitata nella qualità di agente di diritto pubblico ».

Sottospecie di questa definizione di responsabilità formulata in termini generali è la responsabilità politica « in cui si incorre quando venga meno la 'fiducia' nei confronti di chi è preposto ad una carica di indole politica da parte di chi lo ha preposto ». Tale ultima forma di responsabilità ha per conseguenza la cessazione del rapporto tra il soggetto responsabile e quello che fa valere la responsabilità ⁽²⁵⁾.

La responsabilità politica è stata pure studiata distinguendo i diversi modi attraverso cui si può esplicare: si è così distinto tra responsabilità politica istituzionale e responsabilità politica diffusa ⁽²⁶⁾. Se la prima si manifesta in un meccanismo di irrogazione di conseguenze negative ⁽⁷²⁾ attraverso procedimenti tipici ⁽²⁸⁾, la seconda si manifesta in imputazione di fatti politici ⁽²⁹⁾. È stato sostenuto che al fine di avere responsabilità politica, anche di tipo diffuso, occorre esista un meccanismo per ri-

blema qui trattato che verrà richiamata altre volte in queste note, pur riscontrandosi una notevole differenza tra le posizioni di fondo dell'autore richiamato e quelle di chi scrive.

⁽²⁴⁾ Che in questa sede terrà conto dei risultati raggiunti dalla dottrina italiana contemporanea e in particolare da uno dei pochi studi specifici sull'argomento, quello di RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Milano 1967.

⁽²⁵⁾ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, 229.

⁽²⁶⁾ Distinzione operata dal RESCIGNO, *La responsabilità*, cit., *passim*.

⁽²⁷⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 112.

⁽²⁸⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 96.

⁽²⁹⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 142.

muovere i detentori del potere politico dalle loro funzioni⁽³⁰⁾; e che, riguardando la responsabilità politica i titolari degli organi e non gli organi in quanto tali, non è possibile strutturare un rapporto di responsabilità politica verso i componenti di organi collegiali le cui deliberazioni siano segrete e le cui regole di azione impediscano la possibilità di far constatare gli eventuali dissensi⁽³¹⁾. In ordine poi al problema dei soggetti passivi del rapporto di responsabilità politica si deve notare come essi, per quanto attiene alla responsabilità politica istituzionale, si individuino secondo modi e forme in buona parte predeterminate ed obiettivamente certe e riconosciute⁽³²⁾; per quanto attiene alla responsabilità politica diffusa, pur essendo variabili, vengano individuati sulla base della circostanza di lottare per la conquista del potere politico⁽³³⁾. Risulta sufficientemente chiaro da quanto precede come le definizioni di responsabilità politica costituiscano una puntuale generalizzazione dei vari collegamenti che si possono presentare fra legislativo ed esecutivo e, come, di conseguenza, la loro adattabilità a situazioni diverse sia minima.

Per converso, sulla base di principi radicati nella dottrina costituzionale di indirizzo liberale, la cui influenza, come si è visto è ancor oggi determinante in riferimento alla problematica inerente alla posizione del giudice nel sistema costituzionale, si può affermare che:

a) il giudice non lotta per il potere politico né è preposto ad una carica di indole politica;

b) non si riscontra, come d'altronde si è già avuto modo di vedere, la possibilità di un sindacato di natura politica sulla sua attività tipica, né a maggior ragione la possibilità di rimozione dalle sue funzioni in conseguenza di tale tipo di sindacato.

⁽³⁰⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 116.

⁽³¹⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 23. Concorde il PIZZORUSSO, *Introduzione a L'ordinamento giudiziario*, Bologna 1974, 47.

⁽³²⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 110-111.

⁽³³⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, 121.

Risulta chiaro da quanto precede come qualsiasi discorso che si occupi della responsabilità politica del giudice non può che imbattersi in notevoli difficoltà. In primo luogo ci si trova davanti ad una negazione esplicita di quella in base ai principi fondamentali dell'ordinamento; ma nello studio della storia istituzionale ottocentesca, in presenza di una formale deresponsabilizzazione dei giudici, si riscontrano una serie di pesanti influenze e controlli del potere politico sul giudiziario. In secondo luogo si pone il problema di riesaminare i termini della questione in relazione agli ordinamenti contemporanei ⁽³⁴⁾. Questa duplice serie di problemi verrà studiata in riferimento alla situazione italiana. Si cercherà quindi di dar conto della posizione e del ruolo della Magistratura italiana nello stato liberale e nello stato fascista proprio al fine di evidenziare le influenze e controlli cui andò soggetto il giudice in questo periodo; scopo di questa prima parte è infatti quello di ancorare le osservazioni generali che precedono ad un contesto istituzionale dato al fine di trarre una serie di considerazioni di fondo sul problema che stiamo esaminando. In seguito si affronterà il problema della responsabilità del giudice nel vigente ordinamento costituzionale italiano.

II.

1. Le influenze politiche nei confronti del giudice, con riferimento alla situazione storico-istituzionale dall'Italia monarchica, hanno modo di manifestarsi attraverso i collegamenti che vengono ad instaurarsi tra potere esecutivo e potere giudiziario. Non bisogna però dimenticare di considerare l'organizzazione interna della Magistratura ordinaria; tale organizzazione, i cui presupposti consistono in uno stretto collegamento tra magistrati

⁽³⁴⁾ Oggi più che mai è aperto il dibattito sul significato del ruolo del giudice nell'ordinamento, è in atto un lavoro di riesame o di rielaborazione di posizioni che sembravano immutabili o acquisite. Cfr. per il lucido contributo portato alla questione BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia* 1971, 268 ss.

superiori e potere politico e nella posizione dominante di quelli all'interno dell'organizzazione giudiziaria, costituisce un notevole fattore di coesione delle scelte dell'ordine giudiziario nel suo complesso.

È necessario però mettere in guardia dal raffigurare, nei paesi continentali a diritto codificato ⁽³⁵⁾, il confronto tra esecutivo e giudiziario come confronto tra due componenti in lotta, nella quale il primo conculcherebbe le libertà e recherebbe pregiudizio ai diritti che il secondo intende difendere.

Sempre presente nella pubblicistica italiana dell'ottocento e del novecento è questo tipo di posizione attraverso la quale si giustifica l'esigenza di un riconoscimento effettivo dell'inamovibilità, concretizzazione dell'indipendenza dei giudici per preservarne l'imparzialità della funzione: la Magistratura deve poter essere posta in condizione di difendere le pubbliche libertà in contrapposizione all'esecutivo, che, per la natura e i modi della sua attività, si considera maggiormente proclive a violarlo ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Sono da operare distinzioni tra l'atteggiamento dei giudici di fronte alla tutela delle libertà nei paesi anglosassoni e quello dei giudici sullo stesso problema nei paesi dell'Europa occidentale a diritto codificato. Cfr. le osservazioni di AMATO sul rapporto giudice-tutela delle libertà in *Sistema giudiziario e dissenso sociale* (Pol. del dir. 1972, 301 ss.), in riferimento alla situazione degli Stati Uniti. Là i giudici, su cui il sistema istituzionale scarica le contraddizioni sociali (evidenziate dal contrasto tra tolleranza dei principi e intolleranza dei costumi) sono chiamati, quali esponenti della *majority rule* ad operare un bilanciamento tra le regole proprie di quella e la protezione del dissenso. Tra le ragioni della maggioranza e quelle del dissenso si instaura un confronto in sede giurisdizionale che rifugge dagli schemi di ragionamento sillogistico dei paesi della nostra tradizione giuridica dovendosi dimostrare di volta in volta se e perché prevalgano le ragioni della maggioranza. I limiti del riconoscimento del dissenso si paleserebbero a quando il dissenso è o sembra sufficientemente diffuso o comunque non marginale [tanto] da farsi avvertire come contropotere, sia pure potenziale » (*Sistema giudiziario*, cit., 304). Si veda pure, sulla differente posizione del giudice elettivo (sistema di reclutamento, quest'ultimo, scarsamente usato nei paesi di tradizione romano-germanica) rispetto al giudice-funzionario, l'affermazione per cui « pur non presentandosi con caratteri di contrapposizione all'esecutivo, il giudice elettivo possiede un certo grado di autonomia, a destra e a sinistra degli indirizzi governativi, che riflette un più diretto contatto con la base elettorale da cui proviene » (CANOSA-FEDERICO, *La Magistratura italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna 1974, 454).

⁽³⁶⁾ Vedi ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1917, 262: « garanzia suprema del magistrato è la così detta inamovibilità, che gli assicura una piena

Si deve piuttosto constatare come, nei fatti, questa funzione garantista non fu svolta dalla Magistratura italiana, non solo per la insufficiente tutela giuridica della sua indipendenza, ma, specialmente, per la consonanza di intenti e di vedute tra vertice del giudiziario ed esecutivo ⁽³⁷⁾ e, più in generale, per la *forma mentis* propria del giudice funzionario ⁽³⁸⁾.

Con quanto precede non si vuole disconoscere la posizione di inferiorità di cui fu oggetto la Magistratura a causa delle influenze e dei controlli da parte del potere politico; si vuole però non assegnare alla Magistratura nel suo insieme un ruolo che (purtroppo) non ha esercitato nel sistema politico-costituzionale italiano dell'ottocento.

1. La prima situazione di influenza (una situazione che conduce a configurare una sorta di responsabilizzazione politica dei giudici nei confronti dell'esecutivo) deve farsi risalire alla doppia posizione del giudice cui prima si è fatto cenno, da un lato preposto ad una funzione sovrana ed insindacabile dagli altri poteri dello stato, dall'altro titolare di uno *status* di pubblico impiego.

Innanzitutto si deve sottolineare che, in conseguenza del principio della separazione dei poteri, così come non poteva il

indipendenza dal potere esecutivo, da cui egli non deve avere nulla da temere come conseguenza di aver fatto giustizia». Il BONASI tratteggia nitidamente il ruolo della Magistratura come quello di custode delle libertà e dei diritti dei cittadini in *La Magistratura in Italia*, Bologna 1884, 5 ss. (spec. 8-9). Vedi pure PIOLA CASELLI, *Magistratura*, in *Dig. it.*, XV, 1, Torino 2903-07, 241. Più problematico sul punto il MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze 1896, 62 ss.

⁽³⁷⁾ La documentazione su questo punto è purtroppo ancora affidata a contributi notevoli ma necessariamente settoriali. Cfr. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico, Magistratura*, Bari 1973, il quale fa notare semmai come la Magistratura prendesse talvolta posizioni più spiccatamente conservatrici di quelle dell'esecutivo (*op. cit.*, *passim*). Di minor aiuto si rivela AA.VV., *Valori socio culturali nella giurisprudenza*, Bari 1970, Notevole materiale, anche se raccolto in modo molto confuso, si ritrova in MERLINO, *Politica e Magistratura dal 1860 ad oggi in Italia* (1^a ed. 1925) e nel capitolo *Giustizia e tribunali de L'Italia qual'è* (1^a ed. 1890) oggi ristampati (Malino 1974).

⁽³⁸⁾ Cfr. le pagine di NEUMANN di cui a nota 15 e pure AMATO, *Sistema giudiziario*, cit., 307-308.

giudice ordinario annullare gli atti amministrativi (potendo solo dichiararli illegittimi in relazione al giudizio in corso ed eventualmente disapplicarli — artt. 4, 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E) non era consentito al potere esecutivo alcun sindacato sul contenuto delle pronunce giurisdizionali.

D'altra parte, però, i provvedimenti riguardanti lo *status* del giudice, a causa del rapporto di servizio che lo legava all'amministrazione, erano di competenza dell'esecutivo, per la precisione del Ministro della Giustizia. Ciò si verificava in riferimento alle assunzioni, operate da commissioni di nomina ministeriale⁽³⁹⁾. Per quanto riguarda le promozioni l'esecutivo godette per lungo tempo di vasta discrezionalità: l'ordinamento giudiziario del 1865 conteneva a questo riguardo poche disposizioni concernenti i limiti minimi di permanenza in una funzione⁽⁴⁰⁾; il regolamento generale giudiziario per l'esecuzione della legge sull'ordinamento giudiziario (adottato con r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641) prevedeva poi all'art. 66 che la formulazione delle proposte di promozione fosse demandata congiuntamente al primo presidente e al procuratore generale presso la Corte di Appello nel cui distretto il giudice svolgeva le funzioni; in caso di dissenso ambedue i pareri sarebbero stati inoltrati al ministro il quale avrebbe certamente tenuto in particolare conto le osservazioni del magistrato inquirente rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria. Solo verso la fine del secolo i poteri dell'esecutivo in questa materia furono limitati⁽⁴¹⁾. Ciò che rileva tuttavia in modo determinante per il nostro discorso è la competenza dell'esecutivo in materia di trasferimenti. Al riguardo è d'obbligo citare l'art. 199 dell'ordinamento giudiziario del

(39) Cfr. artt. 18-19 r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626 il quale costituisce l'ossatura della disciplina dell'ordinamento giudiziario dell'Italia monarchica.

(40) Artt. 39, 50, 72, 128 r.d. n. 2626.

(41) Attraverso l'istituzione di Commissioni formate da magistrati o da questi ultimi con l'aggiunta di elementi estranei alla Magistratura incaricate di fornire pareri di promovibilità e di compilare le graduatorie degli aspiranti (cfr. II, n. 3).

1865 ⁽⁴²⁾: vi si prevede che « i magistrati possono per l'utilità del servizio essere tramutati da una Corte o da un Tribunale ad altra Corte o Tribunale con parità di grado e di stipendio ».

Proprio attraverso quest'ultimo strumento si fece valere in modo particolare l'influenza politica dell'esecutivo sulla Magistratura.

Una sentenza che contenesse valutazioni dissonanti rispetto all'indirizzo politico dispiegava naturalmente efficacia di cosa giudicata; il controllo del potere politico non avveniva sull'atto ma sulla persona del giudice. Questi, irresponsabile politicamente del contenuto delle sue decisioni, finiva per subire una responsabilizzazione di fatto nei confronti dell'esecutivo, che, nella misura in cui le pronunce giurisdizionali uscivano dai limiti di tollerabilità a volta a volta propri della gamma di posizioni costituenti l'indirizzo politico dominante, poteva utilizzare un efficace mezzo di sanzione indiretta costituito dall'adozione di provvedimenti aventi un certo segno attinenti allo *status*, alla carriera, alla stabilità di sede del giudice.

Esiste a questo riguardo una notevole documentazione purtroppo non ancora ordinata sistematicamente ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Articolo che fu modificato, attenuandone la portata, solo con la legge 24 luglio 1908 n. 438 per essere poi ripristinato dal r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (ord. giudiz. Grandi) all'art. 219.

⁽⁴³⁾ Un caso emblematico si verifica nel 1869 a Milano (esso dà luogo ad una serie di dibattiti giornalistici sul problema del controllo parlamentare sull'azione del Ministro della giustizia per l'inquadramento dei quali si rimanda al testo).

In occasione di una manifestazione contro il governo vengono arrestati elementi repubblicani e socialisti sotto diverse imputazioni tra le quali quella di aver recato offesa all'autorità governativa. Circa un mese dopo la sezione istruttoria del tribunale proscioglie gli imputati da qualsiasi addebito. I giudici della sezione istruttoria vengono trasferiti immediatamente per esigenze del servizio ex art. 199 ord. giudiz. Ampiamente sul tema D'ADDIO, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano 1966, 217 ss. Cfr. pure, sempre in D'ADDIO, *op. cit.*, 202 ss. il caso del presidente della Corte di Cassazione di Palermo, Calvi, trasferito, per una serie di sentenze notevolmente in contrasto con l'indirizzo politico del governo, a Firenze nell'ambito di una serie di trasferimenti riguardanti la Magistratura palermitana (furono complessivamente trasferiti 42 magistrati) nei primi anni successivi all'Unità. Il MIRABELLI, *L'immovibilità della Magistratura nel regno d'Italia*, Napoli 1880, 49-50, ricorda che il guardasigilli

È importante soffermarsi piuttosto sul congegno istituzionale proprio della forma di governo dell'Italia monarchica per mezzo del quale poteva sindacarsi il potere dell'esecutivo sopra descritto: la responsabilità politica, questa ultima istituzionalizzata, dell'esecutivo e in particolare del Ministro della Giustizia nei confronti del Parlamento.

Proprio in occasione di una serie di trasferimenti di magistrati, verificatisi nei primi anni successivi all'Unità, a seguito di una vicenda giudiziaria dai riflessi chiaramente politici⁽⁴⁴⁾, i giornali del tempo riassumono in modo sintetico i termini della questione di cui si tratta.

« La Perseveranza » allora giornale di opposizione, faceva notare che se il diritto di traslocazione è nelle mani del potere esecutivo per legge il trasferimento deve essere motivato « non già dal fatto che in tale o tal altro giudizio particolare la sentenza data da loro [i giudici] non sia piaciuta al governo, o anche non sia piaciuta al ministero... altrimenti il giudice verrebbe a trovarsi punito perché esercita l'ufficio secondo coscienza »⁽⁴⁵⁾. Ove appare chiara l'adesione ad un principio proprio della tradizione costituzionale liberale: l'esigenza di assicurare alla Magistratura una funzione garantista in conseguenza della sua sotmissione soltanto alla legge. Lo stesso giornale, alcuni giorni dopo, sosteneva che un trasferimento inficiato dall'abuso (il che significava determinato da un giudizio surrettizio sul contenuto della pronuncia giurisdizionale e quindi viziato da eccesso di potere⁽⁴⁶⁾) poteva venire censurato dal Parlamento con la possibile conseguenza del « licenziamento » del Ministro in questio-

Tajani operò 122 trasferimenti di magistrati tra il 20 dicembre 1878 e il 30 giugno 1879. Il BONASI, *La Magistratura*, cit., 40, riferisce di 211 trasferimenti nel periodo che segnò il passaggio dalla Destra alla Sinistra.

(44) Ci si riferisce ai trasferimenti di cui fu oggetto la Magistratura milanese, su cui cfr. nota precedente.

(45) « La Perseveranza », 27 agosto 1869 in D'ADDIO, *Politica*, op. cit., 788.

(46) L'impugnabilità degli atti di trasferimento sulla base di questo vizio era in ogni caso esclusa fino al 1889 per la mancanza di una giurisdizione che tutelasse gli interessi legittimi.

ne ⁽⁴⁷⁾. Era però lo stesso giornale che affermava, in contrasto con i fogli fiancheggiatori del governo ⁽⁴⁸⁾, che « l'autorità del Parlamento si esercita da una maggioranza partigiana di sua natura e necessariamente tale. Il Ministro quindi si può ritenere sicuro da ogni sindacato finché si serve del suo diritto di trasferimento dei giudici secondo il desiderio e l'interesse della maggioranza ».

Faceva eco il Minghetti che, rispondendo a chi difendeva come valido il meccanismo della responsabilità parlamentare per preservare i giudici da indebiti interventi nella loro attività giurisdizionale, osservava: « allorché il partito che governa ha per sé una maggioranza sicura in Parlamento, questa non solo lo assolve ma lo glorifica anche della ingiustizia se gli sembra nell'interesse del partito stesso » ⁽⁴⁹⁾.

Più compiutamente argomentava il Bonasi: « se è vero che il ministero non è altro che il comitato esecutivo della maggioranza parlamentare, il sindacato della Camera si riduce al giudizio del partito politico dominante su coloro che ne rappresentano le idee, e ne incarnano gli interessi, il quale partito potrà bensì in una questione di politica generale, esterna o interna, togliere al Ministro la propria fiducia, ma non si priverà certo di un organo che convenga a' suoi intenti perché abbia comunque fatto pesare la sua influenza sulle bilance della Giustizia; tanto più che l'abuso non può essere dal Ministro commesso che nell'interesse del partito, od a profitto dei suoi più influenti rappresentanti » ⁽⁵⁰⁾.

Appare chiaro quindi come l'influenza politica dell'esecutivo nei confronti della Magistratura desse origine ad un profondo disagio. Era chiara la difformità di questa situazione ri-

⁽⁴⁷⁾ « La Perseveranza », 29 agosto 1869, *Il trasferimento dei giudici*, in D'ANDIO, *op. cit.*, 794.

⁽⁴⁸⁾ « La Perseveranza », 30 agosto 1869, *L'immovibilità dei giudici*, in D'ANDIO, *op. cit.*, 804, in replica a « L'opinione », *ivi*, 799 e 803.

⁽⁴⁹⁾ MINGHETTI, *I partiti politici e la pubblica amministrazione*, Rocca S. Casciano 1969, (rist.), 95.

⁽⁵⁰⁾ BONASI, *La Magistratura*, cit., 24-25; per un'efficace sintesi della situazione cfr. pure PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, II, Firenze 1884, 660-661.

spetto alle concezioni dominanti sulla posizione costituzionale e sul ruolo della Magistratura: invece di essere indipendente essa, di fatto, subiva una notevole influenza da parte del potere politico; invece di costituire una garanzia per le minoranze la sua azione veniva pesantemente condizionata dall'indirizzo politico governativo.

Come si è visto si considerava inadeguato a frenare il tramodare del potere esecutivo il meccanismo costituito dalla responsabilità di quest'ultimo verso il Parlamento a causa del giudizio di natura politica espresso dalla maggioranza in merito a provvedimenti incidenti sullo *status* dei magistrati o a pressioni indebite esercitate nei loro confronti (la maggioranza parlamentare infatti concedeva al governo in occasioni di tal genere una sorta di *bill* di indennità). Di conseguenza si richiedeva, in forme differenti, un'efficace ed effettiva traduzione normativa del principio della separazione dei poteri nella regolazione dei rapporti tra esecutivo e giudiziario.

A quest'ultimo proposito possono individuarsi due direttrici fondamentali: in un primo tempo la critica si appuntò su quei poteri in mano all'esecutivo maggiormente suscettibili di incidere, anche se indirettamente, sul corretto svolgimento della funzione giurisdizionale (innanzitutto, quindi, sulla possibilità di trasferimento per « utilità del servizio »). Molte furono le opinioni tese ad assicurare l'inamovibilità della sede che si concretizzarono nella richiesta di subordinare la potestà del Ministro in ordine ai trasferimenti al parere di organi formati da magistrati. In un secondo tempo si fece strada l'idea di assegnare alla Magistratura stessa, attraverso organi composti da magistrati, le competenze più delicate in ordine al loro *status* e alla loro carriera; tale tendenza trovò una limitata concretizzazione legislativa nel Consiglio superiore istituito con la l. 14 luglio 1907, n. 511 ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Cfr. per questo svolgimento MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della Magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano 1967, cap. V (148 ss.) e cap. VI

Una prima osservazione da fare consiste nel sottolineare come, per lo meno fino all'istituzione del Consiglio superiore nel 1907, l'incisività di corpi consultivi di magistrati rispetto al potere di trasferimento ministeriale sia scarsa. Durante il periodo in cui funzionavano Commissioni locali presso le Corti d'Appello (istituite dal Ministro Vigliani con r.d. 3 ottobre 1873, n. 1595) come successivamente al 1880 (anno in cui fu istituita con r.d. 4 gennaio 1880, n. 5230 dal Ministro Villa una Commissione centrale con sede a Roma), i trasferimenti non solo non diminuirono ma talvolta aumentarono rispetto al periodo in cui essi erano di esclusiva competenza del Ministro⁽⁵²⁾. Si potrebbe a questo punto sostenere, e il motivo era comune alla pubblicistica del tempo, che l'insufficienza del rimedio derivava proprio dal carattere di organi consultivi delle Commissioni, per di più istituite mediante regolamento.

A nostro avviso la spiegazione, non solo della scarsa efficacia delle Commissioni consultive, ma pure della profonda contraddizione che investe la storia istituzionale della nostra Magistratura (una apparente indipendenza correlata ad una pesante responsabilizzazione « di fatto ») si ritrova risalendo al momento iniziale della sistemazione dei rapporti costituzionali tra Magistratura ed esecutivo e precisamente agli anni immediatamente successivi alla concessione dello Statuto albertino.

(168 ss.). Una tale ottica non fu estranea a personalità appartenenti a forze politiche considerate in questo periodo ai limiti della legalità. Cfr. MERLINO, *Politica e Magistratura*, cit., 311: « la Magistratura deve separarsi dalla politica, conquistare la propria indipendenza e acquistare l'energia necessaria per adempiere il suo compito di custode incorruttibile delle pubbliche libertà, e dei diritti dei cittadini contro le prevaricazioni degli altri poteri dello Stato e di tutte le fazioni e di tutti i partiti ».

(52) Cfr. i dati contenuti nel progetto COSTA presentato al Senato nella seduta del 10 settembre 1896 da cui risultava che da una media di 740 trasferimenti negli anni 1866-1873 (periodo in cui i tramutamenti erano di esclusiva competenza del Ministro) si era passati ad una media di 898 nel triennio 1874-76 e ad una di 992 nel novennio 1877-85. Si scendeva a 855 nel quinquennio 1886-90 per poi ritornare a 986 trasferimenti tra il 1891 e il 1895. Ancora più importante osservare che « i tramutamenti » di soli magistrati giudicanti erano stati 220 nel solo periodo 1873-75, anni in cui funzionavano le Commissioni consultive ricordate nel testo. Cfr. per questi dati MAROVELLI, *L'indipendenza*, cit., 175-176 ed *ivi* nota 13.

In questo periodo si erano confrontate, in occasione di una serie di dibattiti parlamentari sui temi dell'amministrazione della Giustizia, le concezioni dei moderati e della sinistra piemontese sulla posizione e sul ruolo della Magistratura all'interno della nuova struttura costituzionale. Di fronte ad una sinistra che richiedeva, per lo meno all'inizio, una epurazione del personale giudiziario di estrazione aristocratica e di tendenza fortemente conservatrice, gli elementi moderati avevano opposto i principi della scuola liberale in tema di potere giudiziario (indipendenza della Magistratura dagli altri poteri dello Stato, insindacabilità delle sentenze). La mediazione tra le opposte tendenze, condotta con accortezza dai moderati, si era risolta in un limitato vaglio del personale giudiziario, che non poneva in dubbio la riaffermazione dei principi liberali in tema di potere giudiziario, e nella adozione di un modello burocratico e gerarchico di organizzazione interna giudiziaria, mutuata dall'ordinamento napoleonico. Una tale sistemazione scaturisce appunto dalla prima legge in materia del Piemonte liberale (la legge Siccardi del 1851⁽⁵³⁾).

Tale sistemazione era destinata ad irrigidirsi ulteriormente attraverso l'azione di uno degli originari esponenti della sinistra piemontese, il Rattazzi, il quale, estremamente attento al problema costituito dalla sistemazione della Magistratura all'interno degli equilibri costituzionali, già nel 1853 aveva presentato un progetto complessivo di ordinamento giudiziario al Parlamento subalpino. Nel 1859 i suoi intenti si realizzavano con il nuovo testo di ordinamento giudiziario piemontese (d.l. 13 novembre 1859, n. 3781) praticamente trasfuso in quello del 1865 più volte qui ricordato.

La legge Siccardi concedeva un notevole potere alla Corte di Cassazione, organo giurisdizionale di vertice. Si disponeva infatti all'art. 1 che i giudici, che a termine dell'art. 69 dello Sta-

⁽⁵³⁾ Su questi problemi la documentazione e le osservazioni di PIASENZA, *L'irresponsabilità*, cit., 573 ss.

tuto avevano acquistato l'inamovibilità⁽⁵⁴⁾, non potevano essere privati della loro carica, né sospesi dall'esercizio delle loro funzioni, né senza il loro consenso essere traslocati o posti in aspettativa o a riposo se non previa deliberazione della Corte suprema su richiesta del pubblico ministero. La deliberazione della Corte costituiva quindi premessa legale del decreto con cui il guardasigilli (naturalmente libero di dare o meno corso alla deliberazione stessa) disponeva il provvedimento a carico del magistrato.

La concezione del Rattazzi era invece quella di fare della Magistratura un corpo di funzionari alle dipendenze del Ministro, al cui solo potere erano da far risalire i provvedimenti sullo *status* dei magistrati e la cui responsabilità era politica, di fronte al Parlamento. Una tal concezione si dimostrò estremamente funzionale alle esigenze di amministrazione centralizzata proprie dell'Italia post-unitaria.

Ciò che emerge da questa ricostruzione è la necessità (allora profondamente avvertita) di fare della Magistratura un corpo integrato nella compagine statale ;ciò poteva verificarsi attraverso una struttura gerarchica dell'istituzione in cui l'organo di vertice del potere giurisdizionale godesse di una serie di rilevanti competenze (si è appunto ricordata la legge Siccardi) ma il giudiziario rinunciasse a qualsiasi tentazione di svolgere un ruolo politico proprio (non bisogna dimenticare che la Magistratura piemontese era stata difesa dagli attacchi di chi ne voleva l'epurazione in concomitanza all'instaurazione del nuovo ordine costituzionale proprio in considerazione del fatto che i principi liberali da un lato la volevano insindacabile ma dall'altro fedele applicatrice delle leggi). Oppure l'integrazione della Magistratura nell'apparato statale poteva essere garantita in modo più sicuro ed energico modellandone la struttura su quella di un corpo amministrativo (come appunto pensava il Rattazzi).

(54) Che non valeva per i giudici di mandamento e per i primi tre anni di esercizio delle funzioni.

Se l'integrazione della Magistratura nella compagine statale è costante obiettivo specialmente delle forze politiche espressione della borghesia liberal-radical (la « sinistra » del Rattazzi) ciò è perché la Magistratura stessa costituiva un rilevante centro di potere dell'aristocrazia⁽⁵⁵⁾ e più in generale delle forze conservatrici ostili all'affermarsi dei principi liberali (si pensi alle resistenze opposte dai giudici nell'applicazione delle leggi sui beni ecclesiastici⁽⁵⁶⁾). Si deve quindi affermare che, nell'Italia dell'ottocento non solo l'insufficiente tutela giuridica dell'indipendenza ma pure la collocazione socio-istituzionale della Magistratura (prima corpo privilegiato di estrazione nobiliare, poi corpo burocratico), dà ragione della mancata assunzione di quel ruolo garantista che aprioristicamente i giuristi ottocenteschi di formazione liberale le assegnavano sulla scorta della ripartizione di competenze sancita dal principio della separazione dei poteri.

Deve però essere sottolineato che se l'integrazione della Magistratura nella compagine statale inizialmente ha un segno per così dire « progressista » (perché si contrappone alle tendenze conservatrici impersonate dal corpo dei giudici⁽⁵⁷⁾) essa acquista nel giro di pochi anni un significato di segno opposto: la forte esigenza di concentrazione del potere unita alla accettazione da

(55) Cfr. DIONISOTTI, *Storia della Magistratura piemontese*, II, Torino 1881 92-93.

(56) Sulla giurisprudenza piemontese in materia ecclesiastica e sulle influenze politiche cui fu soggetta in conseguenza di ciò la Magistratura cfr. D'ADDIO, *op. cit.*, 30 ss. il quale nota che « alcuni episodi avevano dato chiara dimostrazione che la Magistratura non era del tutto convinta ed era in fondo ostile all'atteggiamento ecclesiastico delle forze che sostenevano il governo. Tra il 1851 e il 1853 la questione del matrimonio civile, quella del sequestro di beni di alcuni enti ecclesiastici aggravarono i rapporti... fra Governo e Magistratura » (30).

(57) Non bisogna credere che i giudici nei paesi dell'Europa continentale facciano sempre blocco con l'aristocrazia e il sovrano. Anzi, i loro ricorrenti dissidi nei confronti del sovrano sono fin troppo noti (si pensi, ad es., ai reiterati rifiuti di interinare le ordinanze regie). Ciò che deve essere sottolineato è che nell'Europa continentale i dissidi tra sovrano e giudici non portano ad un collegamento di questi ultimi con le aspirazioni di ceti sociali emergenti come invece accade in Inghilterra attraverso il collegamento che viene ad instaurarsi per la difesa della sfera della *iurisdictio* tra giudici di *common law* e parlamento.

parte della Magistratura (salvata dalla epurazione ma privata di un peso politico autonomamente rilevante) di un ruolo tendenzialmente subordinato⁽⁵⁸⁾ fa sì che i meccanismi di controllo sulla attività del giudice cui si è fatto riferimento operino come deterrente proprio nei confronti di quel ristretto numero di magistrati meno legati a posizioni conservatrici⁽⁵⁹⁾.

In questo quadro complessivo trova quindi spiegazione il sovrapporsi ai principi liberali in tema di ordine giudiziario di una responsabilizzazione « di fatto » della Magistratura nei confronti del potere politico.

La sistemazione che si è ora prospettata da un punto di vista generale deve essere approfondita esaminandone due importanti specificazioni: in primo luogo l'organizzazione interna dell'ordine giudiziario e in particolare i legami che si vennero ad instaurare tra Magistrature superiori e potere esecutivo; in secondo luogo la posizione del pubblico ministero. Se quest'ultimo problema fu notevolmente dibattuto dalla pubblicistica del tempo il primo non formò oggetto di attenta considerazione, anzi fu affrontato ben più tardi, in occasione dei dibattiti relativi alla Magistratura in Assemblea costituente.

3. Il problema dell'indipendenza dei giudici dagli altri giudici non ha ragione di porsi in un'organizzazione giudiziaria che per le forme di reclutamento (si pensi per esempio all'elettività) o per l'impossibilità di avanzamenti non conosca il principio della carriera; così come la dipendenza dei giudici all'interno dell'ordine di cui fanno parte è accentuata da una configurazione

⁽⁵⁸⁾ Ma non inesistente, vedi nota 37.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. a questo proposito l'indagine di PAPA, *Magistratura e politica (origini dell'associazionismo democratico nella Magistratura italiana 1861-1913)*, Padova 1973, il quale, attraverso un vasta documentazione, fornisce alcuni esempi dell'esistenza di questi fermenti, quasi esclusivamente riferibili alla Magistratura inferiore. Si rammentino, in questa prospettiva i provvedimenti presi nei confronti dei giudici della sezione istruttoria del tribunale di Milano (cfr. nota 43).

piramidale dell'ordinamento giurisdizionale, basato sul principio dei gradi successivi di giurisdizione ⁽⁶⁰⁾.

L'indipendenza interna non costituisce quindi un problema nel periodo della Rivoluzione francese, periodo nel quale, come si è già accennato, i magistrati (pur con una serie di restrizioni di censo e di preparazione tecnica) furono reclutati elettivamente e che conobbe un sistema giurisdizionale in cui gli appelli nei confronti delle sentenze di primo grado erano decisi non da organi giudiziari superiori bensì equiordinati a quelli di prima istanza ⁽⁶¹⁾.

Il problema inerente all'organizzazione interna dell'ordine giudiziario nasce in concomitanza alla strutturazione della Magistratura in corpo burocratico e al conseguente porsi dei rapporti tra giudici in forme talora analoghe a quelle proprie dei funzionari dei corpi amministrativi. Tale processo, in Francia, è accompagnato dall'adozione di un sistema di successivi e sopraordinati gradi di giurisdizione al cui vertice si colloca la Corte di Cassazione. Tale organo, nato come custode della corretta interpretazione della legge formulata dal Parlamento (e in questo quadro fornito di poteri negativi, di annullamento delle sentenze contenenti « *contravention expresse au texte de la loi* ») ⁽⁶²⁾ acquistò nel corso del tempo la funzione di garante dell'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale attraverso la progressiva acquisizione di poteri positivi che si estrinsecarono compiutamente

⁽⁶⁰⁾ « I successivi gradi di giurisdizione costituiscono una garanzia solo in quanto rappresentano una sostituzione parziale o totale del giudizio da parte di giudici di uguale valore e posti sullo stesso piano morale e giuridico. Se al contrario il giudizio sia ripetuto ad opera di giudici disposti in scala gerarchica-amministrativa, inevitabilmente il primo giudice, in luogo di chiedere la decisione solo alla sua intelligenza e conoscenza, cercherà di anticipare la decisione del giudice successivo che in questo caso diverrà davvero giudice 'superiore' ». MARANINI, *Introduzione a AA.VV., Magistrati o funzionari?*, Milano 1962, XXVIII.

⁽⁶¹⁾ Cfr. legge 16-24 agosto 1790 su cui GODECHOT, *Les Institutions de la France sous la Revolution et l'Empire*, Paris 1951, 116 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. decr. 27 novembre - 1 dicembre 1790 su cui ampiamente CALAMANDREI, *La Cassazione*, cit., cap. XXI.

con il vincolo in punto di diritto per il giudice di rinvio ⁽⁶³⁾. Ciò contribuì a modellare sempre più le sentenze dei giudici inferiori, di merito, all'insegnamento dell'unica e suprema Corte di legittimità le cui pronunce, pur non costituendo precedente come negli ordinamenti anglo-sassoni, esercitarono una funzione notevole di persuasione.

Se il problema del ruolo esercitato dalla Corte di Cassazione si pone in termini differenti in relazione alla situazione italiana a causa del permanere delle Cassazioni regionali sino al 1923, notevoli analogie si riscontrano per quanto riguarda l'organizzazione interna dell'ordine giudiziario e il sistema della gerarchia delle giurisdizioni tra la Francia postrivoluzionaria e l'Italia monarchica.

Non deve infatti dimenticarsi a quest'ultimo proposito l'adeguamento, completato prima dell'emanazione dello Statuto, del sistema giurisdizionale piemontese a quello francese ⁽⁶⁴⁾. Ciò che in questa sede maggiormente interessa è la posizione del giudice all'interno dell'ordine giudiziario, strutturato già nel regno di

⁽⁶³⁾ Si veda la legge 1 aprile 1837 sulla Corte di Cassazione su cui CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, cap. XXII. L'art. 2 prevedeva l'obbligo per il giudice di rinvio di uniformarsi ai principi di diritto espressi dalla Corte suprema, nel caso di seconda cassazione per lo stesso motivo. In tal modo la Corte di cassazione influiva positivamente: a) sulla risoluzione della singola controversia che già era stata decisa dalla sentenza cassata b) sulla risoluzione di tutti i casi analoghi che potevano in seguito presentarsi in altri processi (CALAMANDREI, *op. cit.*, 527); infatti « l'opinione della Cassazione, quantunque non dovesse avere di diritto efficacia obbligatoria oltre il caso concreto, esercitava di fatto una disciplina sull'interpretazione giudiziale di tutti i tribunali imperocché se questi non si conformavano volontariamente al modello delle sue decisioni, essa aveva modo di togliere efficacia alle sentenze discordanti e di obbligare i ribelli ad adottare le sue massime giuridiche » (CALAMANDREI, *op. cit.*, 532).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. regi editti 7 e 30 ottobre 1814 che istituiscono i giudici di mandamento in sostituzione dei castellani e di balivi e regio editto 27 settembre 1822 n. 1392 che istituisce i tribunali di prefettura in luogo dei prefetti. Con il regio editto 30 ottobre 1847 n. 638 viene costituito il magistrato di Cassazione. I Senati vengono in questo periodo tramutati in tribunali d'appello e privati del potere di interinazione e registrazione con decorrenza immediata dal giorno della pubblicazione dello Statuto (art. 82 Stat.).

Sardegna analogamente ad un corpo amministrativo, con una conseguente molteplicità di gradi e di livelli retributivi ⁽⁶⁵⁾.

In questo quadro deve essere evidenziato il potere di sorveglianza del Ministro della Giustizia su tutta la Magistratura giudicante e, a sua volta, degli organi giurisdizionali superiori di questa sugli organi inferiori. Tale potere costituisce una costante della normativa in materia di ordinamento giudiziario dell'Italia monarchica ⁽⁶⁶⁾ e viene esplicitato in modo emblematico dall'art. 67 del regolamento di attuazione dell'ordinamento giudiziario del 1865: « i soli primi presidenti e i procuratori generali corrispondono per regola ordinaria con il Ministro della Giustizia e con gli altri capi del dicastero. Tutti gli altri funzionari corrispondono con il rispettivo superiore immediato, osservate le norme di gerarchia stabilite dalla legge di ordinamento giudiziario e dal presente regolamento ». Una tale sistemazione dei rapporti interni alla Magistratura era sostenuta dal potere politico: Vigliani, per lungo tempo Ministro della Giustizia della « destra » affermò alla Camera: « e la disciplina, signori, è nella milizia togata ciò che suol essere nella milizia armata. Se cede o si affievolisce, cedono e si affievoliscono i buoni ordini giudiziari » ⁽⁶⁷⁾. Attraverso il potere di sorveglianza era quindi costituito un potenziale canale di influenza in favore del Ministro della Giustizia e dei magistrati superiori. Era certo indubbio, in linea teorica, che la sorveglianza dei superiori rilevava, all'interno dell'ordine giudiziario, rispetto ai doveri inerenti al rapporto di servizio del magistrato e non costituiva uno strumento di censura dell'attività giurisdizionale; ma già in precedenza si è avuto modo di vedere come attraverso analoghi meccanismi passassero influenze politiche di non indifferente rilevanza.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. sui livelli retributivi della Magistratura piemontese e su quelli relativi all'ord. giudiz. del 1865 MAROVELLI, *op. cit.*, 16 nota 9, 67 nota 30.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. l. 19 maggio 1851 n. 1186 (legge Siccardi), artt. 26 ss.; r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626, artt. 216 ss.; r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786, artt. 178 ss.; r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, artt. 228 ss.

⁽⁶⁷⁾ *A.P. Senato, Discussioni*, Sessione del 1876, Tornata dal 23 giugno 1876, 489 ss.

Un cenno merita il problema delle promozioni solo al fine di sottolineare che se all'inizio nessuna garanzia fu predisposta per disciplinare l'attività discrezionale dell'esecutivo in questo campo, in seguito la materia venne regolata attribuendo sempre maggiori poteri a consessi (Commissioni locali istituite dal Ministro Vigliani, Commissione centrale, Consiglio superiore costituito con legge del 1907) ⁽⁶⁸⁾ formati da magistrati appartenenti ai gradi più elevati: infatti, sia per quanto attiene alla Commissione centrale che al Consiglio superiore, l'elettorato passivo era limitato ai magistrati di Cassazione e ai presidenti e procuratori generali di Corte d'Appello ⁽⁶⁹⁾.

Abbiamo fin qui posto in evidenza più volte l'importanza attribuita dalla legislazione sull'ordinamento giudiziario del periodo monarchico all'alta Magistratura. La progressione in carriera, a parte il primo periodo successivo all'Unità, si svolgeva in linea di massima attraverso lo scrutinio e la valutazione dei titoli da parte dei consessi cui si è fatto riferimento; se l'effetto di un tale sistema era l'adesione agli indirizzi giurisprudenziali delle magistrature superiori (da cui provenivano gli esaminatori dei titoli) in conseguenza di esso era sempre aperta la via per instaurare da parte dei magistrati superiori, attraverso una valutazione degli atti tipici (i titoli) del magistrato, un controllo sul merito delle scelte giurisdizionali operate dal personale giudiziario. Un controllo sugli atti poteva quindi in ogni momento trasformarsi in un controllo sui giudici.

⁽⁶⁸⁾ Le deliberazioni di questi consessi erano solo preventive e generiche di chiarazioni di promovibilità dei magistrati (art. 1 r.d. 5 gennaio 1905 n. 1; artt. 23, 24, 25, 31, 36, l. 14 luglio 1907 n. 511). Il valore delle classifiche era infatti reso incerto dall'arbitrio del ministero di concedere maggior numero di posti ora all'una ora all'altra classe di promovibili (buoni, buoni a pieni voti, ottimi, ottimi a pieni voti, di merito eccezionale), dando talvolta maggior preferenza al merito, talvolta all'anzianità. Cfr. PIOLA CASELLI, *La Magistratura*, cit., 230-231.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. art. 1 r.d. 4 gennaio 1880 n. 5230; art. 1 r.d. 10 novembre 1890 n. 7279; r.d. 1 aprile 1897 n. 117; r.d. 2 dicembre 1900 n. 291; r.d. 4 aprile 1901 n. 110.

Accanto a questo sistema si affermò più tardi, specialmente in riferimento al reclutamento dei magistrati di Cassazione il concorso per esami. I magistrati proposti ai settori nevralgici dell'amministrazione della Giustizia (quelli, come si direbbe oggi, preposti a funzioni direttive: primi presidenti, procuratori generali delle Corti d'Appello e di Cassazione), tuttavia vennero sempre nominati con deliberazione del Consiglio dei Ministri (analogamente ai più alti funzionari del potere esecutivo) ⁽⁷⁰⁾.

La sorveglianza, il sistema delle promozioni, la nomina agli uffici direttivi nelle mani del Governo forniscono un quadro emblematico dei canali attraverso cui le influenze politiche sulla attività giurisdizionale possono dispiegarsi. Se è vero che « lo strumento più importante per limitare l'indipendenza esterna della Magistratura è proprio quello di creare una struttura di carattere gerarchico e piramidale all'interno dell'ordine giudiziario, in modo da ottenere la subordinazione della Magistratura al potere politico facendo leva sui soli capi degli uffici » ⁽⁷¹⁾ tale aspetto non fu colto dalla pubblicistica giuridica del tempo ⁽⁷²⁾, pure in un momento in cui le richieste della dottrina di orientamento liberale si appuntavano sull'autonomia e indipendenza della Magistratura dagli altri poteri. Il traguardo che fu raggiunto da questo movimento di opinione, prima che la legge sull'ordinamento giudiziario del 1923 e più ancora quella del 1941 facessero del-

⁽⁷⁰⁾ Cfr. art. 1 n. 9 r.d. 25 agosto 1876 n. 3289; art. 2 n. 6 r.d. 14 novembre 1901 n. 466; art. 27 l. 14 luglio 1907 n. 511; artt. 139-142 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786; in particolare l'art. 188 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 disponeva che gli uffici direttivi cui si è fatto riferimento nel testo fossero attribuiti a coloro che « per precedenti di carriera o speciali incarichi assolti risultino non solo distinti per cultura giuridica ma anche particolarmente adatti a funzioni direttive ». L'art. 41 del r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511 prescrisse il parere motivato del CSM in ordine alla deliberazione del Consiglio dei ministri.

⁽⁷¹⁾ NEPPI MODONA, *La Magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, Torino 1973, 131-132.

⁽⁷²⁾ Un esempio non comune di sensibilità per il problema dell'indipendenza interna fornisce il PIOLA CASELLI, *op. cit.*, 231. Il problema era particolarmente sentito dal MERLINO, *L'Italia qual'è*, cit., 134 che affermava: « il magistrato di grado inferiore dipende dal suo superiore... come potrebbe essere reale l'indipendenza della Magistratura se non c'è indipendenza all'interno della Magistratura? ».

l'ordine giudiziario uno dei corpi amministrativi dello Stato i cui funzionari erano dotati di particolari se pur nominali garanzie, fu la spartizione del governo della Magistratura tra il potere politico e consessi di alti magistrati i cui membri elettivi a loro volta erano designati da un ristretto corpo elettorale ⁽⁷³⁾.

4. Resta da esaminare la posizione del pubblico ministero nella normativa di ordinamento giudiziario dell'Italia monarchica per completare il quadro delle influenze politiche sulla Magistratura giudicante.

Caratteristica fondamentale dell'istituto nel periodo considerato è la dipendenza dall'esecutivo: il pubblico ministero è infatti il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ⁽⁷⁴⁾.

I magistrati del p.m., amovibili, fino al 1908 sottoposti al potere disciplinare del diretto superiore gerarchico o del Ministro ⁽⁷⁵⁾ (il quale poteva sospendere dalle loro funzioni i procuratori generali con decreto reale ⁽⁷⁶⁾) erano suscettibili di in-

⁽⁷³⁾ Il decreto del 1905 già cit. prevedeva la designazione dei membri elettivi da parte delle Corti di Cassazione del regno; analogamente l'art. 34 l. 14 luglio 1907 n. 511 istitutiva del CSM; soltanto il r.d. 14 dicembre 1921 n. 1978 (Rodinò), rimasto in vigore per soli due anni, prevedeva un CSM eletto da tutti i magistrati, pur mantenendo come requisito per l'elettorato passivo il grado di consigliere di Corte di cassazione o equiparato.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. art. 129 r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626; art. 73 r.d. 14 dicembre 1921 n. 1978; art. 77 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786. Il r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 all'art. 69 adottava (prima del 1946) una terminologia differente, lasciando cadere il diretto riferimento al potere esecutivo, ma il significato della formula restava il medesimo.

⁽⁷⁵⁾ Infatti con la legge 24 luglio 1908 n. 438 (art. 34) si prevede che la dispensa dal servizio dei magistrati del P.M. adottata con decreto reale fosse preceduta dal parere non vincolante di una commissione da istituirsi secondo le norme di un futuro regolamento. A tenore della medesima legge i provvedimenti disciplinari a carico dei magistrati erano presi previo parere dei Consigli disciplinari o della Corte suprema disciplinare in speciale composizione (art. 32). Cfr. analog. art. 206 r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786. Il r.d. del 1941 prevedeva un unico procedimento disciplinare per i magistrati requirenti e giudicanti (cfr. artt. 236 ss.).

⁽⁷⁶⁾ Tale norma rappresenta una costante fondamentale nella disciplina del P.M. Si potevano cioè collocare a disposizione « per ragioni di servizio » i procuratori generali presso le Corti d'Appello, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

fluenzare, con la loro azione, indirettamente o direttamente le scelte della Magistratura giudicante.

In ordine al primo profilo vengono in esame i poteri del p.m. in ordine allo *status* dei magistrati: si è già vista (vedi *supra* n. II.2.) in precedenza l'importanza rivestita in tema di promozioni, nei primi anni di vigenza dell'ordinamento giudiziario del 1865, dai pareri dei procuratori generali presso le Corti di Appello. Né si deve dimenticare che il p.m. disponeva di poteri di iniziativa in materia disciplinare e per converso era sottratto a qualsiasi censura da parte della Magistratura giudicante che doveva ricorrere al potere esecutivo per inoltrare le sue rimostranze nei confronti di magistrati del pubblico ministero. L'ordinamento giudiziario del 1865 attribuiva al p.m. la promozione dell'azione disciplinare anche su attivazione di chi aveva il potere di sorveglianza; solo in seguito si specificò che l'azione disciplinare nei confronti di magistrati giudicanti era promossa dal pubblico ministero per ordine del Ministro della Giustizia ⁽⁷⁷⁾.

C'è inoltre da osservare che le norme dell'ordinamento giudiziario del 1865, per cui la carriera giudicante e quella requirante erano parallele e distinte e i passaggi erano eccezionali — artt. 136-137 —, venivano sistematicamente violate; in tal modo il governo faceva ricoprire i posti chiave della Magistratura a funzionari a lui devoti per abitudine e vocazione ⁽⁷⁸⁾.

Anche se tale periodo non poteva superare i sei mesi, c'era la possibilità, ove non fosse in questo termine richiamato in servizio, di collocare il P.G., già messo a disposizione, in aspettativa e poi a riposo. La norma resistette a innovazioni parziali o integrali dell'ordinamento giudiziario. Cfr. art. 35 della legge del 1908, art. 75 dell'ord. giudiz. del 1923, art. 225 dell'ord. giudiz. del 1941. Appare molto chiara l'importanza attribuita, a ragione, dall'esecutivo alla figura del P.G. presso la Corte d'Appello.

(77) Cfr., rispettivamente, art. 220 r.d. del 1865 e art. 23 della l. del 1908, art. 193 del r.d. 1923, art. 243 del r.d. del 1941.

(78) D'ADDIO, *op. cit.*, 45-46. Pure in D'ADDIO la denuncia de « La Nazione » su tale abuso dell'esecutivo (189-190).

In via diretta l'influenza politica si esercitava attraverso i poteri di carattere processuale attribuiti al pubblico ministero.

Attraverso il potere di archiviazione nelle mani del pubblico ministero la Magistratura giudicante non veniva investita della risoluzione del caso quando ciò paresse opportuno al p.m. e/o al suo superiore gerarchico; come d'altronde era possibile il caso inverso, dell'accanimento nel perseguire certe manifestazioni delittuose che il Governo considerava necessario reprimere ⁽⁷⁹⁾.

I rilevanti poteri del pubblico ministero furono ampiamente dibattuti dalla dottrina italiana del tempo; la chiara coscienza che si ebbe dell'influenza politica esercitata sulla Magistratura attraverso il p.m. sfociò nella richiesta di vasta parte della dottrina di uno sganciamento della Magistratura requirente dal potere esecutivo per fare del p.m. un organo cosiddetto « di giustizia » (o addirittura nella richiesta di soppressione dell'istituto affidandone le funzioni temporaneamente a magistrati giudicanti).

Tuttavia, proprio per il ruolo estremamente funzionale alle esigenze del potere politico svolto da quest'organo, un orientamento di tal genere non riuscì a provocare un mutamento della normativa in vigore, pur avendo fornito oggetto di più d'un progetto di legge ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ L'archiviazione, nell'Italia monarchica, fu subordinata al decreto del giudice istruttore dal 1913 al 1931. Cfr. art. 179 comma 2° c.p.p. 27 febbraio 1913. Particolare attenzione merita poi la sottoposizione dei pretori e dei giudici istruttori al P.M.: cfr. art. 231 ord. giudiz. del 1941.

⁽⁸⁰⁾ Il dibattito intorno alla figura del pubblico ministero si può leggere in BORTOLOTTO, *Ministero pubblico (materia penale)*, in *Dig. it.*, XV, 2, 524 ss. ove si prendono in considerazione le posizioni di chi voleva conservare la dipendenza dall'esecutivo del P.M. (LUCCHINI, BORSARI, MATTIROLI), di chi ne voleva fare un organo indipendente, « di giustizia » (CARRARA, BONASI, CESARINI, MIRACLIA), di chi, infine, voleva abolirne la figura (come è già ricordato nel testo) (BROFFERIO, MUSIO, MORTARA). Cfr. p. 586 ss. Pure sul P.M.: BARTELLINI MOECH, *Il pubblico ministero dallo stato liberale allo stato fascista*, in *Natura e funzioni del pubblico ministero - lineamenti di una riforma*, Comitati di azione per la giustizia, Roma 1967, 35 ss.

5. Il lavoro di ricostruzione ⁽⁸¹⁾ che precede ha mostrato come nel periodo considerato non si pongano dei problemi di responsabilità politica del giudice: si può semmai dire che tali problemi, nel periodo monarchico-liberale, furono affrontati in modo per così dire rovesciato attraverso una pressante richiesta di affrancare la Magistratura dall'influenza esercitata su di essa dal potere politico, per restituirla alla sua immagine (nel presente contesto, probabilmente « ideologica ») di corpo formato da giudici indipendenti soggetti soltanto alla legge e quindi non assoggettabili ad alcun tipo di controllo diretto o indiretto nello svolgimento della loro attività tipica.

Sullo sfondo di questa impostazione stanno fattori che già abbiamo precedentemente considerato: l'esigenza del rispetto del principio della separazione dei poteri; l'affermarsi e il profondo radicarsi nella *forma mentis* dei pratici del diritto di una concezione dell'interpretazione « come di un'attività intellettuale di coscienza e non di volontà, di carattere tecnico e non di carattere

(81) Come si noterà la ricostruzione che precede comprende sia il periodo della monarchia liberale sia quello contraddistinto dal regime fascista. Fin troppo chiaro che questo non significhi considerare alla stessa stregua due periodi della nostra storia che non devono essere semplicisticamente o artificiosamente accomunati. La trattazione unitaria è dovuta alla considerazione di una sostanziale continuità di disciplina per quanto attiene alla materia di ordinamento giudiziario tra lo stato liberale e lo stato fascista e alle medesime problematiche in tema di responsabilità politica del giudice (si noterà infatti che nelle pagine che precedono ci si è spesso riferiti agli ord. giudiz. del 1923 e del 1941). Tale continuità di disciplina ha portato sovente a concludere che, per lo meno per quanto attiene alla storia del potere giudiziario, il regime liberale si è comportato alla stessa stregua di quello che gli è succeduto (facendo della Magistratura un corpo burocratico sottoposto al controllo del potere politico) in contraddizione con i principi generali del sistema costituzionale (in questa corrente di pensiero da ultimo PICNATELLI, *I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista*, in *Pol. del dir.* 1975, 109 ss.). L'omogeneità di normativa non dovrebbe costituire tuttavia una remora all'approfondimento degli studi sulla Magistratura nel periodo fascista, affidati ora a contributi magari pregevoli ma settoriali e, in ogni caso, poco numerosi (cfr. a questo proposito il saggio di NEPPI MODONA, *La Magistratura e il fascismo*, cit., e i due saggi di JOCTEAU, *Lo stato fascista e le origini della Magistratura del lavoro* e *La Magistratura del lavoro nello stato fascista*, in *Pol. del dir.*, 1973, rispett. 163 ss. e 347 ss.).

politico » (⁸²); il tramonto dell'elettività come metodo di reclutamento per le cariche giudiziarie.

All'avvento del regime fascista il problema della responsabilità politica del giudice non viene affrontato direttamente ma viene meno la prospettiva di stampo liberale che, se ne aveva impedito l'affermarsi, aveva giustificato, sia pur implicitamente, questa presa di posizione con l'inutilità o meglio la pericolosità di un controllo sui magistrati; al contrario, nel regime fascista, la posizione della Magistratura si riduce in tutto e per tutto a quella di un corpo amministrativo dalle particolari (e quanto mai nominali) garanzie all'interno di una struttura statale spiccatamente autoritaria; per cui appaiono con sempre maggiore chiarezza i condizionamenti e le influenze del potere politico e il collegamento tra alti gradi della Magistratura ed esecutivo (⁸³). Proprio quest'ultima sistemazione dei rapporti tra giudiziario e potere politico avrà presente e cercherà di modificare profondamente il legislatore costituente del 1947.

Spetterà alle pagine che seguono mostrare quali problemi si pongono rispetto alla tematica della responsabilità del giudice nel vigente ordinamento costituzionale italiano.

III

1. Giunti a questo punto occorre chiedersi se la posizione del giudice nello stato contemporaneo abbia subito modificazioni tali da riproporre in termini differenti il problema di una sua responsabilità di carattere politico.

(⁸²) Le parole sono di TARELLO, *Orientamenti*, cit., 463 a proposito della concezione dell'interpretazione propria della scuola storica ma possono assurgere a considerazioni di carattere generale. Vedi, per le concezioni radicate nei pratici del diritto MERRYMAN. *Lo stile italiano*, cit., spec. 380 ss.

(⁸³) Cfr. su questo specifico punto NEPPI MODONA, *La Magistratura*, cit., 157-158, il quale fa peraltro notare la continuità di normativa tra il periodo liberale e quello fascista in tema di ordine giudiziario.

Il fatto che ci si riferisca alla situazione italiana non impedisce di osservare che, accanto a tematiche specifiche inerenti allo sviluppo politico-istituzionale del nostro paese, stanno una serie di considerazioni di carattere generale che è bene porre in evidenza ⁽⁸⁴⁾.

A giudizio di chi scrive è necessario prendere le mosse dal declino dell'importanza della legge ⁽⁸⁵⁾ (nell'ambito della più generale crisi che investe il principio di legalità ⁽⁸⁶⁾): si pensi innanzitutto alla complessità asunta dal sistema delle fonti (costituzioni rigide; dilatazione del potere regolamentare; produzione del diritto da parte di soggetti forniti di autonomia normativa costituzionalmente garantita — ad es. autonomia sindacale); in secondo luogo si rammenti il moltiplicarsi e l'intrecciarsi della normazione a causa dei nuovi poteri d'intervento (specie nel settore economico-sociale) propri delle democrazie liberali e la perdita di omogeneità del sistema legislativo a causa del dilatarsi della legislazione di settore o speciale.

Da una situazione in cui la legge era la prima e principale fonte del diritto e il sistema legislativo (attraverso l'elaborazione di codici) possedeva una tendenziale coerenza interna si è passati ad un pluralismo di fonti e ad una normazione sempre più complessa e difficilmente armonizzabile. Non solo: la mediazione tra differenti ideologie politiche da cui deriva la natura compromissoria delle Costituzioni contemporanee tende a trasferirsi sul piano della legislazione ordinaria. Di qui la sua difficile praticabilità così come, pure, l'imprecisione tecnica dell'enunciato normativo (anch'essa, molto spesso, un sintomo dei compromessi intervenuti nella fase di elaborazione del testo).

⁽⁸⁴⁾ Cfr. brevemente su questi temi VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Foro it.* 1975, V, c. 63 ss., in part. c. 68.

⁽⁸⁵⁾ Vedi le osservazioni formulate da DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1970, 63-64.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 696 ss. e, in special modo, sul contrasto tra principio di legalità e principio di effettività, 698 ss.

Per di più ad una situazione normativa di questo tipo fa riscontro una situazione socio-politica caratterizzata dall'affermarsi di poteri privati (cioè le formazioni sociali che impersonano gli antagonismi di classe presenti nella società civile: gruppi industriali, sindacati, partiti, ecc.) in conflitto tra loro e nei confronti dello Stato-persona.

In questo contesto la stretta subordinazione alla legge non costituisce più la caratteristica dominante (e tendenzialmente esclusiva) del ruolo del giudice; egli acquisisce una posizione per lo meno parzialmente diversa da quella assegnatagli dalla dottrina costituzionale liberale: da un lato si pone come ordinatore di un diritto sempre più complesso e meno razionalizzato, dall'altro come mediatore (assumendo un ruolo che è stato definito « paterno »⁽⁸⁷⁾) delle istanze fatte proprie dai gruppi intermedi in contrasto tra loro e con lo Stato-persona.

È quindi logico che chi tenga conto dell'attività dei giudici riscontri come assuma sempre maggiore importanza, in correlazione con la problematica della creazione del diritto da parte dei giudici (di cui si avrà occasione di accennare tra poco) « l'affermazione del proprio ruolo in quanto potere concorrente nel processo di decisione politica ». Ciò implica una considerazione dell'indipendenza come « partecipazione con autonomia al processo di decisione » e un rigetto dell'indipendenza intesa come « neutralità o apoliticità »⁽⁸⁸⁾.

La modificazione della posizione del giudice nell'ordinamento si riscontra non solo sotto un profilo oggettivo, a causa del moltiplicarsi e intrecciarsi delle fonti normative e del ruolo arbitrale e mediatore che il giudice deve assumere in società come le attuali, contrassegnate da una pluralità di centri di potere; ma pure sotto un profilo soggettivo in quanto i giudici stessi (o per meglio dire

(87) CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1969, 443. Sui problemi della mediazione giudiziale correlata alle debolezze del sistema politico TREU, *L'uso politico dello statuto dei lavoratori*, Bologna 1975, 28 ss.

(88) CASSESE, *Problemi*, cit., 422.

una parte di questi) acquisiscono consapevolezza delle responsabilità di ordine politico e sociale che a loro competono (responsabilità che nelle società contemporanee sono particolarmente percepibili) e tendono ad assumere coscientemente, a differenza che nel secolo scorso, un ruolo politico proprio. Non è un caso che di fronte ai fenomeni sopra descritti i magistrati orientati in senso conservatore tendano, al contrario, a privilegiare (a nostro avviso acriticamente), la tradizione liberale ottocentesca in tema di Magistratura sostenendo il carattere puramente meccanico e vincolato delle scelte giurisdizionali e facendosi strenui difensori di una rigida divisione di competenze tra poteri dello Stato (non per questo tuttavia rinunciando a operare anch'essi scelte di politica giudiziaria di notevole rilievo).

D'altronde i fenomeni cui si è fatto riferimento si riverberano pure sulle concezioni che si hanno dell'attività interpretativa: una concezione sillogistica dell'interpretazione giudiziale tende ad entrare in crisi⁽⁸⁹⁾ di fronte al sovrapporsi e moltiplicarsi delle fonti; e gli stessi concetti generali della completezza e della univocità dell'ordinamento giuridico finiscono per essere oggetto di profondo ripensamento.

2. In Italia la scelta operata nel 1948 per una costituzione di tipo rigido (con la conseguente necessità di adeguamento della normativa ordinaria a quella costituzionale) introduce nell'ordi-

(89) Non deve dimenticarsi come la concezione che considera l'attività del giudice creativa di diritto nuovo e quindi, implicitamente, il carattere *lato sensu* politico delle decisioni di quello sia stata affermata dal più insigne rappresentante del neo-positivismo giuridico, KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it., Milano 1952, 90 e 99). Chiaro però come un indirizzo quale quello descritto sia maggiormente diffuso nelle concezioni che in qualche misura si richiamano al realismo giuridico. Si pensi, ad esempio, al CARDOZO quando afferma: «Le scelte dei metodi, l'apprezzamento dei valori, devono essere guidati per l'uno come per l'altro [il giudice e il legislatore] da considerazioni simili. Ciascuno infatti adempie ad una funzione legislativa entro i limiti della sua competenza. Senza dubbio i limiti sono più ristretti per il giudice. Egli legifera soltanto negli interstizi. Riempie gli spazi vuoti del diritto». *Il giudice e il diritto*, Firenze, 1961, 54. Né si deve dimenticare il diverso ruolo del giudice nei paesi di *common law*.

namento una serie di problematiche estranee alla tradizione giuridica italiana e alla formazione dei pratici del diritto.

Le norme costituzionali posero delle prescrizioni dal lato contenuto politico e dal carattere di clausole generali ⁽⁹⁰⁾ recisamente in contrasto con i principi e le disposizioni proprie della norma ordinaria allora vigente; gli organi di indirizzo politico abdicarono, per una serie di cause fin troppo note che non è possibile qui richiamare, alla loro funzione di predisposizione di una normativa ordinaria in armonia con il testo costituzionale; furono perciò i giudici a dover occupare l'area in tal modo lasciata libera ⁽⁹¹⁾; furono essi cioè a dover operare quelle opzioni di fondo che in precedenza un sistema normativo maggiormente univoco o un corpo di principi « generali » del sistema largamente accettato aveva fatto considerare (o supporre) come eteronome, non proprie del soggetto giudicante. Infatti, fin dai primi anni del secondo dopoguerra comincia a manifestarsi l'opinione di una immancabile opzione politica insita nell'attività giurisdizionale ⁽⁹²⁾. D'altronde lo stesso sistema istituzionale repubblicano attribuì al giudice il fondamentale potere-dovere di denunciare alla Corte costituzionale

⁽⁹⁰⁾ Sul problema della univocità del testo costituzionale si è svolta in dottrina una lunga disputa. Chi scrive è convinto che, se non tutte le norme presentano lo stesso grado di determinatezza, pure esse non rappresentano una forma di compromesso potenzialmente aperto a tutte le interpretazioni possibili, sia in chiave conservatrice che in chiave progressista (così CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. del dir.*, 1973, 513). Su questo problema si vedano pure le opinioni di CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, CXXXIII; BOBBIO, *Profilo ideologico del 900*, in *Storia della letteratura italiana*, IX, Milano 1969, 217; MALAGUINI, *La Costituzione, la libertà personale e il fermo di polizia*, in *Quale giustizia*, 1973, 702-703. Sul carattere comunque tendenzialmente compromissorio delle Costituzioni contemporanee cfr. LAVAGNA, *Le Costituzioni rigide*, Roma 1964, 15.

⁽⁹¹⁾ In questo quadro non è certo priva di giustificazione la richiesta, formulata da DI GIOVINE, *Introduzione*, cit., 130 ss., di una restrizione dell'ambito del potere discrezionale del giudice (nelle materie di riserva di legge) nel quadro di un privilegiamento dell'azione del Parlamento. Cfr. in generale sul problema delle « supplenze » del giudice TREU, *L'uso politico*, cit., 28.

⁽⁹²⁾ Cfr. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Bari, 1962, 5-6 e dello stesso autore *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Dieci anni dopo*, Bari 1955, pp. 179 ss.

le norme sospette di incostituzionalità; il giudice italiano venne chiamato, per la prima volta, sia pure in via preliminare e deliberatoria ⁽⁹³⁾, ad esprimere dei giudizi di valore sui principi informativi del nostro sistema giuridico; non a caso i diversi organi giudicanti ottemperarono in modo notevolmente differenziato a questo nuovo tipo di competenza loro assegnata.

Attraverso i fenomeni storico-istituzionali che si sono visti è maturato, sebbene a livello sotterraneo, il problema della responsabilità del giudice: la complessità del sistema normativo, la difficoltà e la necessità di darvi un ordine non solamente sistematico ma pure in qualche misura « ideologico »; il ruolo di mediatore che il giudice è venuto ad assumere nei conflitti sociali, il soefficiente di politicità insito nelle scelte giurisdizionali, alcuni problemi istituzionali peculiari allo storia italiana del dopoguerra hanno operato una serie di profonde lacerazioni politiche all'interno della Magistratura stessa sempre più divisa intorno al significato del suo ruolo e della sua funzione non solo all'interno del sistema costituzionale ma pure della società civile.

In presenza di questa situazione la legittimazione democratica dell'ordinamento unita alla sempre maggiore consapevolezza dell'ampio ventaglio di discrezionalità sotteso alle scelte del giudice porta inevitabilmente a chiedersi se il giudice stesso debba continuare a godere dell'irresponsabilità verso il corpo sociale per il contenuto dei suoi atti tipici.

3. Dall'esame della posizione del giudice e della Magistratura nel sistema costituzionale italiano si giunge alla constatazione dell'estrema difficoltà di configurare una responsabilità politica a livello istituzionale a carico del giudice.

⁽⁹³⁾ Si deve ricordare che sia la normativa (art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e art. 23 l. 11 marzo 1953 n. 87) sia vasta parte della dottrina (cfr. per tutti MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1390) mirarono a fare del potere-dovere del giudice di sollevare la questione di legittimità costituzionale una attività a carattere tendenzialmente vincolato.

In questo senso l'ordinamento giuridico italiano si conforma ad una regola generale dei sistemi giuridici contemporanei dell'Europa continentale.

Il sindacato sulle pronunce del giudice si effettua solamente in sede giurisdizionale da parte di altri giudici, in una posizione di indipendenza (tutelata dall'ordinamento) rispetto agli organi o poteri che potrebbero influenzare il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale.

L'indipendenza dei giudici è particolarmente assicurata sia tramite il riconoscimento dell'indipendenza funzionale sia attraverso il riconoscimento di quella organizzativa⁽⁹⁴⁾. In ordine al primo punto si pensi al collegamento che si viene ad instaurare tra l'art. 101, 2° comma (sottoposizione del giudice alla legge senza alcuna altra intermediazione⁽⁹⁵⁾), e l'art. 107, 3° comma che, stabilendo che i magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni, ha lo scopo di eliminare ogni possibilità di istituire rapporti di tipo gerarchico, da superiore ad inferiore, in-

⁽⁹⁴⁾ Ci si riferisce qui alla sistemazione delle garanzie di indipendenza dei magistrati effettuata da MORTATI, *op. cit.*, II, 1276 ss., n. 26-27. Svariattissime sono le classificazioni intorno ai vari tipi di indipendenza dei giudici. Ad es. il DAGA, *Il consiglio*, cit., XIII ss. e nota 1 del cap. II distingue tra indipendenza costituzionale (artt. 101, 2° comma; 104, 1° comma), indipendenza funzionale (artt. 104, 105, 109) e indipendenza istituzionale (artt. 102, 106, 107, 108). Per la prima la Magistratura come potere dello stato non ne riconosce alcun altro ad essa superiore ed è soggetta soltanto alla legge. La seconda si estrinseca nell'autogoverno e nei poteri sui corpi di polizia necessari per l'amministrazione della giustizia. La terza si concreta nell'unità della giurisdizione e nelle garanzie di *status* dei magistrati.

Cfr. per una, in parte, differente categorizzazione LENER, *L'indipendenza della Magistratura nella nuova Costituzione*, in *Civiltà catt.*, 1947 (quad. 2326), 1 ss. La sistemazione data dal MORTATI offre alla materia maggiori requisiti di agilità e chiarezza.

⁽⁹⁵⁾ « Il rapporto tra legge e attività amministrativa non è... diretto e senza residui, ma risulta mediato, appunto dall'imperativo puntuale e specifico di agire applicando la prima alla stregua del pubblico interesse » per converso « il contatto fra legge e sentenza è immediato, modellandosi secondo la latitudine di scelte offerte dalla formula normativa, e da essa soltanto »; da ciò deriva che per la pubblica amministrazione l'imparzialità non è che una modalità di realizzazione del fine pubblico, mentre per la giurisdizione rappresenta l'essenza stessa dell'attuazione dei precetti legislativi. Vedi LOMBARDI G., *Principio costituzionale dell'indipendenza del giudice e composizione delle commissioni tributarie*, in *Riv. dir. fin e sc. fin.* 1964, 116-119.

conciliabili con l'autonomia spettante ad ogni giudice⁽⁹⁶⁾. In ordine poi all'indipendenza organizzativa viene in considerazione il Consiglio superiore della Magistratura, l'organo che deve rendere effettivo il precetto di cui all'art. 104, 1° comma Cost. « la Magistratura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ». I provvedimenti amministrativi inerenti allo *status* del magistrato, in precedenza in linea di massima di competenza dell'esecutivo, sono demandati ad un organo collegiale formato in maggioranza da magistrati la cui composizione, da un lato, mira ad un collegamento della Magistratura con gli altri organi supremi dello stato (presidenza del Capo dello Stato, presenza di membri di nomina parlamentare), dall'altro tende ad assicurare l'imparzialità delle decisioni del consesso (con l'esclusione dell'organo « politico » — Ministro della Giustizia)⁽⁹⁷⁾.

Sia dall'esame degli atti dell'Assemblea costituente sia dalla normativa costituzionale menzionata appare che il ruolo del Consiglio è stato visto come strumentale rispetto al corretto esercizio della funzione giurisdizionale affrancando i titolari di questa da quelle possibili forme di influenza inerenti alla loro condizione di pubblici impiegati le cui conseguenze si sono mostrate in precedenza⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 1278.

⁽⁹⁷⁾ Sotto questo profilo si può anche giungere a inquadrare la presidenza del Capo dello Stato come manifestazione di quel potere neutro che lo fa garante della Costituzione; cfr. C. Cost. sent. n. 44 del 1968, in *Giur. cost.* 1968, I, 697. In generale sulla posizione della C. Cost. cfr. PIZZETTI, *Corte costituzionale e Presidente della Repubblica: considerazioni su due non recenti sentenze*, in *Giur. cost.*, 1970, 1460 ss.

⁽⁹⁸⁾ La presenza di membri « laici » di derivazione parlamentare all'interno del Consiglio non contrasta con quanto si è affermato. La loro funzione fu individuata, dalla maggioranza dei costituenti, nella partecipazione, accanto ai componenti magistrati del CSM, agli atti incidenti sullo *status*, la carriera e la disciplina del giudice al fine di evitare il costituirsi della Magistratura in « casta chiusa » (LEONE G., *Atti Ass. cost.*, in *Ass. plen.*, 2105, 2114, 2115). La prospettiva che portò all'inserimento dei laici nel CSM fu quindi di natura garantista e non certo dettata da una esigenza di controllo sull'attività del giudice da parte di elementi estranei all'ordine giudiziario (in questo senso invece, sebbene larvamente, vi furono delle propensioni da parte comunista. Cfr. GULLO F., *Atti Ass. cost.*, *ivi*, 2015 ss.). Cfr. su questo ultimo punto, recentemente, uno spunto di PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana* (1892-1974), Roma 1975, 111-112.

In questo quadro di consolidamento delle classiche garanzie della Magistratura e del singolo giudice possono essere collocate una serie di disposizioni del testo costituzionale: l'art. 106, 1° comma che prescrive in via generale il reclutamento per pubblico concorso volto ad accentuare il carattere, proprio dello stato di diritto, di imparzialità del reclutamento stesso; l'art. 108, 1° comma della Cost. che prevede una riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario⁽⁹⁹⁾; l'art. 109 che si premura di assicurare una dipendenza diretta della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria⁽¹⁰⁰⁾; l'art. 112 che, sancendo in Costituzione la obbligatorietà dell'azione penale, la sottrae alla discrezionalità dell'esecutivo (e ciò indipendentemente dal futuro assetto che si vorrà dare alla natura e alle attribuzioni del pubblico ministero) e fa cadere le limitazioni che al potere del giudice potevano derivare dall'impossibilità di attivarsi di ufficio⁽¹⁰¹⁾.

Se quanto precede è esatto, se cioè la Costituzione ha voluto sottrarre l'attività giurisdizionale non solo a qualsiasi tipo di influenza proveniente dal vertice del potere politico ma pure, tenendo presente il combinato disposto degli artt. 104, 1° comma e 107, 3° comma Cost., da qualsiasi altra influenza suscettibile di

⁽⁹⁹⁾ Per il carattere assoluto della riserva vedi BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., 248-250. Recentemente ZAGREBELSKY G. (*La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. di dir. proc.* 1975, 442) ha posto il problema di considerare la riserva di cui all'art. 108 Cost. come assoluta nei confronti del potere esecutivo e come relativa nei confronti del Consiglio superiore. Cfr. pure i rilievi di questo autore sui notevoli riflessi della riserva di legge contenuta nell'art. 107, 1° comma Cost. nei confronti dei principi informatori della normativa disciplinare inerente ai magistrati (433 ss.). Il richiamo alla riserva di legge operato nel testo vuole limitarsi a sottolinearne il valore garantista attribuitole dalla più parte della dottrina (per il principio democratico come *ratio* generale della riserva DI GIOVINE, *Introduzione*, cit.).

⁽¹⁰⁰⁾ Sulla genesi della norma e sul definitivo affermarsi del concetto di dipendenza diretta rispetto a quello di dipendenza esclusiva CAVALLACCI CHIOCCETTI, *La direzione della polizia giudiziaria*, in *L'ordinamento giudiziario*, cit., 475 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Una simile normativa esisteva nei codici di rito già anteriormente alla Costituzione ma non era di fatto osservata: «l'astratta previsione del principio di obbligatorietà non poteva essere di per sé sufficiente ad arginare eventuali pressioni in senso contrario provenienti dall'esecutivo, qualora si fosse trattato di indiziati a questo benevisi», CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano 1967, 80.

distorcere in qualche modo il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, si debbono trarre tre conseguenze: l'incostituzionalità di quelle proposte volte a ristabilire in modi diversi e surrettizi quell'inframmettenza tra potere politico e giurisdizione che hanno caratterizzato la nostra storia istituzionale passata; l'inaccettabilità di un'articolazione interna dell'organo CSM da cui possano derivare o conseguano rapporti di subordinazione all'interno della Magistratura tra i giudici; come ancora l'inaccettabilità di quelle soluzioni che tendono ad assegnare al Consiglio superiore il potere di determinare, attraverso la forzatura o l'allargamento delle competenze di cui gode, un indirizzo univoco di politica giudiziaria.

a) La prima delle tendenze considerate mira a riproporre in nuove forme un collegamento in qualche misura più saldo di quello previsto dalla Costituzione tra Magistratura e potere politico.

Per la Costituzione infatti il combinato disposto degli articoli 104, 105 e 110 mira ad assegnare al Ministro della Giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi ad essa relativi. Frase volutamente generica, e che acquista significato correlandola con le competenze che al Ministro sono tassativamente inibite (« ferme le competenze del Consiglio superiore... »; art. 110 Cost.). Questa interpretazione dei poteri del Ministro non vuole ridurre le competenze « all'allestimento e ammobiliamento dei locali necessari alle aule giudiziarie »⁽¹⁰²⁾ ma circoscriverla all'attività diretta ad organizzare i servizi giudiziari ad esclusione di quanto concerne lo *status* e la carriera dei magistrati ordinari⁽¹⁰³⁾. Un'interpretazione che è rieccheggiata da talune prese di posizione della Corte Costituzionale: quando, ad esempio essa sostiene che nell'organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla Giustizia si devono includere « sia l'organizzazione degli uffici nella

(102) BARTOLE, *Autonomia*, cit., 258 riferendo le tesi che miravano a comprimere al massimo i poteri del Ministro.

(103) BARTOLE, *op. cit.*, 258.

loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia il funzionamento dei medesimi in relazione all'attività e al comportamento dei magistrati che vi sono addetti » (104), o quanto la Corte ha ritenuto legittima la competenza del Ministro di dare esecuzioni ai deliberati del Consiglio nella forma del decreto presidenziale o ministeriale (105).

Tutto ciò premesso, la coordinazione tra diversi organi dello stato a cui si ispira la esposta ripartizione di competenze, si tramuta in una vera e propria interferenza, proibita dalla Costituzione, dell'organo esecutivo, ove si assegni al Ministro, come fu fatto, un potere di attivazione esclusiva dell'organo CSM (106) o permanga in capo ad esso, attraverso l'istituto del « concerto », di vietare nomine non gradite con riferimento agli uffici direttivi (107).

Nell'orientamento che stiamo prendendo criticamente in esame si situa pure il progetto di legge costituzionale di iniziativa parlamentare democristiana n. 2811 volto ad inserire nel Consiglio superiore il Ministro della Giustizia in luogo del procuratore generale della Cassazione e a rovesciare la proporzione tra

(104) C. Cost. sent. 23 dicembre 1963 n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, 1678.

(105) C. Cost. sent. 14 maggio 1968 n. 44, *cit.*, 708 e pure sent. n. 168, *cit.*, 1680. Altro problema, sebbene connesso, è quello dell'impugnazione dei provvedimenti emessi dal CSM. Cfr. l'opinione del BARILE il quale sostiene che opinando in senso affermativo si sottoporrebbero a sindacato del Consiglio di Stato atti che non sono della P.a. (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, 208) e quella dell'ELIA il quale, sostiene, al contrario, che eliminando questo controllo si uscirebbe dalla grande regola sancita dall'art. 24 Cost. (*Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, in *Giur. cost.*, 1968, I, 710).

(106) Così come disponeva l'art. 11, 1° comma della l. 24 marzo 1958 n. 195 istitutiva del CSM. La C. Cost. considerò costituzionalmente illegittima tale norma in quanto escludeva l'iniziativa del Consiglio superiore della Magistratura (sent. n. 168 del 1963) in una sentenza dal carattere « creativo ».

(107) Cfr. le critiche all'istituto del « concerto » formulate da DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della Magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato* in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario*, *cit.*, 311. L'istituto del concerto è previsto dall'art. 11, 3° comma della l. n. 195 del 1958; c'è da notare che, in seguito alla caducazione del potere di esclusiva iniziativa ministeriale nell'attivazione del CSM, si ritiene che questo resti libero non solo di respingere la proposta concertata dalla Commissione uffici direttivi ma pure di adottare un provvedimento difforme (DEVOTO, *Il ruolo*, *cit.*, *loc. cit.*).

membri laici e membri togati all'interno del Consiglio con lo scopo di attenuare notevolmente la indipendenza organizzativa della Magistratura (in luogo dell'attuale 1° comma dell'art. 104 ponendo la formula « i giudici sono indipendenti »). Appare chiaro a chi scrive che la funzione strumentale assegnata dalla Costituzione al Consiglio verrebbe meno ove, attraverso una mutata composizione, potessero facilmente costituirsi maggioranze rispecchianti l'indirizzo politico governativo (108).

Le posizioni che si sono richiamate non mirano certo a responsabilizzare democraticamente il giudice ma vogliono perpetuare forme di influenza e controllo politico analoghe a quelle esaminate in riferimento al periodo statutario,

b) Passiamo ora al problema, prima ricordato, di evitare che alle influenze più propriamente politiche se ne sostituiscano altre provenienti dallo stesso Consiglio, in certa misura anche più pericolose, perché assolutamente incontrollabili. In questa prospettiva deve censurarsi quella normativa che favorisce il cristallizzarsi all'interno del CSM di artificiali dislocazioni di potere in capo ad una parte dei componenti l'organo, per il concreto pericolo che centri di potere così formati possano influire (sia pure solo mediamente) sul corretto esercizio della funzione giurisdizionale attraverso un uso distorto dalle rilevanti competenze inerenti allo *status* (in specie trasferimenti) o alla disciplina dei magistrati (109).

In questo quadro deve essere criticata tanto l'originaria struttura categoriale del Consiglio (110) (poiché cristallizza un ap-

(108) Hanno criticato il progetto di legge cost. di cui nel testo ZACREBELSKY G., *Il ruolo del Consiglio superiore della Magistratura in una recente proposta di revisione costituzionale*, in *Studi parl. e di pol. cost.* 1974, 69 ss. (che ha parlato, richiamando l'ESPOSITO, di frode alla Costituzione) e SENESE, *Sovranità popolare o accentramento del potere?*, in *Quale giustizia* 1974, 632 ss.

(109) Importanti considerazioni in questa prospettiva svolge ZACREBELSKY G., *Magistratura, la gerarchia da smantellare*, in *Relaz. soc.*, 1972, n. 2, 20 ss.

(110) Contro un apporto paritetico delle varie categorie in Consiglio superiore si pronunciò l'allora Ministro della Giustizia on. Moro (Atti Sen. 1956, 19096) con argomentazioni che possono destare un certo stupore: « il Consiglio con una rappre-

porto ingiustificatamente sbilanciato tra le varie componenti di provenienza giudiziaria) ⁽¹¹¹⁾, dovuta alla legge di attuazione, quanto l'adozione di procedimenti di elezione dei membri togati dell'organo di stampo maggioritario, per il loro effetto di sovrarappresentare certe tendenze presenti all'interno della Magistratura rispetto ad altre e indirettamente di ridurre la componente di nomina parlamentare ad un ruolo di scarsa incidenza.

Ambedue i profili qui criticati sono, come è noto, in gran parte stati superati dalla evoluzione legislativa della materia. Meritano comunque un breve commento, sia per le vaste discussioni cui hanno dato luogo, sia per il valore emblematico che assumono in questa trattazione.

La struttura categoriale del Consiglio fu sospettata di incostituzionalità sotto un duplice profilo: quello da noi poco sopra posto in evidenza (la disparità di posti in Consiglio tra Cassazione e altre categorie di magistrati) e quello inerente alla legittimità costituzionale della elezione per categorie. In ordine al primo argomento poco soddisfacente fu la spiegazione fornita dalla Corte costituzionale secondo la quale il differente apporto delle categorie doveva farsi risalire alla maggior esperienza e prestigio dei magistrati di Cassazione ⁽¹¹²⁾; in ordine al secondo argomento deve osservarsi come la più corretta interpretazione dell'art. 104, comma 4° Cost. (ove si dice che i componenti del CSM sono eletti « per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie ») consistesse, rispetto all'elettorato passivo,

sentenza paritetica di magistrati delle varie categorie a che cosa porterebbe se non a creare un organo politico perché la politica è, non tanto nelle parole quanto nelle cose? Nel momento in cui voi chiamate in composizione paritetica magistrati di tribunale, magistrati di appello, magistrati di cassazione, insieme a membri estranei alla Magistratura a fare degli scrutini, a fare dei concorsi, a fare delle scelte, poiché queste attività non sarebbero presidiate ovviamente da una adeguata esperienza, autorità e dottrin, queste scelte finirebbero per essere scelte politiche, cioè scelte al di fuori della valutazione della competenza tecnica delle persone chiamate ad assolvere queste funzioni ».

⁽¹¹¹⁾ BARILE, *Un'opera da compiere*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova 1967, 558.

⁽¹¹²⁾ C. cost. sent. n. 168 del 1963, cit., 1673.

nel divieto di esclusione di una componente (categoria) dei magistrati dal Consiglio, e rispetto all'elettorato attivo, nel suggerimento di un corpo elettorale unitario e indiscriminato ⁽¹¹³⁾.

In ogni caso, però, le norme attinenti alla composizione interna del CSM e all'elezione per categorie furono considerate a suo tempo non costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale ⁽¹¹⁴⁾.

Per quanto attiene al secondo profilo (il sistema elettorale di stampo maggioritario dei componenti togati del CSM) si deve richiamare la legge n. 1197 del 1967 ⁽¹¹⁵⁾. Essa ha avuto cura di sostituire all'originaria votazione per categorie prevista dalla legge del 1958 un sistema maggiormente rispettoso del dettato costituzionale (quando, appunto, si prevede che tutti i magistrati votano per tutte le categorie); ma, ovviamente, il meccanismo maggioritario di elezione ha consentito alla corrente ⁽¹¹⁶⁾ o alle correnti di maggioranza relativa presenti nella Magistratura di ottenere un peso e un potere in seno al Consiglio sproporzionato rispetto alla loro effettiva consistenza.

I problemi di cui si è trattato sono stati di recente superati dall'evoluzione legislativa. La l. 22 dicembre 1975 n. 695 ha in-

⁽¹¹³⁾ Per confortare la tesi qui esposta si tenga presente come, da un lato fosse stato proposto in Assemblea costituente di limitare l'elettorato passivo ai soli consiglieri di Corte di cassazione e di appello (prop. GRASSI, *Atti Ass. cost., Ass. plen.*, 2459), il che, come è noto, non ebbe successo; dall'altro che un emendamento TARGETTI-AMADEI che poneva condizioni esplicite per l'elettorato attivo (aggiungendo alla formula dell'art. 104, comma 4° Cost. citata nel testo « in rappresentanza di ciascuna di queste ») fu respinto dall'Ass. cost. Cfr. inoltre, in dottrina, AMATO, *L'uguaglianza dei giudici e l'indipendenza della Magistratura di fronte alla Corte costituzionale*, in *Democr. e dir.*, 1964, 137 e BARILE, *Istituzioni*, cit., 208.

⁽¹¹⁴⁾ Nella già citata sentenza n. 168 de 1963. Pure, indirettamente la sentenza n. 12 del 1971 (in *Giur. cost.* 1971, I, 1, 83 ss.) non considerò meritevole di censura la dimensione categoriale del CSM.

⁽¹¹⁵⁾ Per un'efficace sintesi del complesso sistema elettorale introdotto dalla legge del 1967 CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino 1971, 355 ss.

⁽¹¹⁶⁾ La divisione della Magistratura in correnti costituisce, come è noto, una realtà che non si può negare e che è dovuta ai fenomeni cui si fa riferimento *retro* III n. 1 e n. 2. Attualmente tutti i seggi in Consiglio superiore sono occupati da magistrati appartenenti alla corrente di Magistratura indipendente.

fatti radicalmente modificato la normativa cui si è fatto poco sopra riferimento. Due sono i punti essenziali da sottolineare. In primo luogo la legge n. 695 ha ripartito diversamente rispetto alla passata normativa il numero dei seggi da attribuire in Consiglio alle varie categorie di magistrati. Così facendo essa ha tenuto in maggior conto della precedente disciplina il rapporto tra numero dei seggi da attribuire ad ogni categoria e consistenza numerica della stessa ⁽¹¹⁷⁾. In secondo luogo essa (e questa è l'innovazione di maggior rilievo) ha introdotto per le elezioni dei componenti magistrati del CSM il sistema proporzionale sulla base di liste concorrenti (artt. 5 ss. della legge n. 695).

Attraverso queste disposizioni è venuta meno una normativa che favoriva il cristallizzarsi di rapporti di subordinazione del tutto ingiustificati tra i magistrati.

C) Deve ora prendersi in considerazione il terzo ordine di considerazioni che, in base all'analisi da noi prima fatta delle disposizioni costituzionali in tema di ordine giudiziario, è da considerarsi inaccettabile. Si tratta questa volta non più di un'influenza indiretta e surrettizia nei confronti del giudice ma di una richiesta di responsabilizzazione palese dei magistrati verso il Consiglio superiore.

Partendo dalla considerazione che il CSM deve essere anoverato tra gli organi di indirizzo politico e che il meccanismo

(117) Per la legge del 1958 (come per quella del 1967 che non aveva innovato sul punto) i componenti magistrati del CSM erano 14 e i seggi tra le categorie erano così ripartiti: 6 ai magistrati di Cassazione (di cui 2 a quelli con ufficio direttivo); 4 ai consiglieri di Corte d'Appello; 4 ai consiglieri di Tribunale. La legge del 1975 fissa in 20 il numero dei componenti magistrati e in 8 i seggi per i magistrati di Cassazione (di cui 2 per quelli con funzioni direttive); in 4 i seggi per i consiglieri di Appello e in 8 i seggi per i giudici di Tribunale (artt. 1 e 3 legge n. 695). La diversa proporzione tiene conto della notevole consistenza della categoria dei magistrati di Tribunale, della modesta consistenza (a causa del sistema di promozione) della categoria dei magistrati di Appello. La Cassazione continua ad essere sovrarappresentata in Consiglio (anche se le ultime leggi in tema di promozioni ne hanno aumentato notevolmente i componenti). Si deve in ogni caso sottolineare come l'automatismo della carriera combinato con il meccanismo dei « ruoli aperti » ha notevolmente svuotato il contenuto della polemica sulla composizione categoriale del CSM.

delle elezioni giudiziarie ha la funzione di sostituire all'indirizzo di politica giudiziaria formulato dall'esecutivo quello che emerge dal seno dell'ordine giudiziario, si è giunti ad affermare che il Consiglio superiore potrebbe essere configurato « come un limite, ma di natura democratica ai rischi del cosiddetto 'diritto libero', proprio in quanto... sia in grado di elaborare e di attuare nell'ambito delle sue attribuzioni delle scelte di 'valori politici' nel quadro costituzionale » ⁽¹¹⁸⁾.

Chi scrive è consapevole dei maggiori poteri acquisiti, *de iure* o *de facto*, progressivamente dal CSM. Da un punto di vista tecnico quest'organo, in conseguenza delle recenti leggi sulla carriera dei magistrati (l. 25 luglio 1966 n. 570 e l. 20 dicembre 1973 n. 831), ha assunto il compito di valutare l'idoneità dei promovibili sulla base di elementi attitudinali di notevole genericità; più in generale il Consiglio è venuto assumendo una funzione « paranormativa » la cui legittimità è dubbia ⁽¹¹⁹⁾. Lo stesso CSM ha poi assunto posizioni sempre maggiormente cariche di significato politico ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ MERLINI, *Il Consiglio superiore della Magistratura, la Costituzione e la democrazia*, in *Quale giustizia* 1971, 405 ss. (la citaz. a p. 410).

⁽¹¹⁹⁾ Le manifestazioni di maggior rilievo di tale funzione « paranormativa » si sono avute attraverso l'emanazione di circolari volte a determinare i criteri di massima per l'adozione di provvedimenti in tema di promozioni (in considerazione dei maggiori poteri attribuiti al CSM dalle leggi n. 570 e n. 831 di cui si fa cenno nel testo). Il Consiglio, mosso dal lodevole intento di regolamentare l'esercizio del suo potere discrezionale, ha finito per introdurre disposizioni totalmente nuove che non trovano riscontro nell'ordinamento giudiziario vigente. Si è così intervenuto in materia coperta da riserva assoluta di legge introducendo nuove norme addirittura « *contra legem* ». Cfr. DEVOTO, *Il ruolo*, cit., 287 ss. Da ultimo sul significato complessivo che è da attribuire alla funzione « paranormativa » svolta dal CMS, v. l'ampio saggio di DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.* 1975, 3352 ss.

Diversamente potrebbe però prospettarsi il problema quando si considerasse la riserva di cui all'art. 108 Cost. assoluta nei confronti dell'esecutivo ma relativa nei confronti del CSM. Cfr. ZAGREBELSK G., *La responsabilità disciplinare*, cit. [cfr. nota 99].

⁽¹²⁰⁾ Già la « Relazione sullo stato della giustizia » al Parlamento nel 1970 si articolava come un corpo di proposte politiche nel settore penale, civile e di procedura e di riforme dell'ordine giudiziario (MERLINI, *Il Consiglio*, 411). Sull'acutizzarsi di questa tendenza BARTOLE, *Materiali*, cit., 6 ss. e 19 ss.; in particolare sull'atteggiamento tenuto del CSM in un caso giudiziario che ha coinvolto l'on. Mancini e la Procura di Roma, ZAGREBELSKY, *Magistratura*, cit., 20 ss.

Tutto ciò non significa però ipotizzare per il Consiglio superiore delle competenze che decisamente contrastano con la disciplina e il ruolo a lui assegnato dal testo costituzionale. Da un lato sta il combinato disposto degli artt. 101, comma 2° e 107, comma 3° Cost.: la chiara affermazione dell'indipendenza funzionale dei magistrati; dall'altro sta l'art. 105 Cost. che assegna al CSM una serie di competenze nelle quali è impossibile far rientrare una funzione regolatrice delle scelte giudiziarie. Il Consiglio non può farsi portatore di direttive di politica giudiziaria e, a maggior ragione, non può comminare sanzioni in caso quelle vengano disattese dai giudici comuni. Un tal risultato potrebbe ottenersi solo utilizzando una serie di poteri giuridici di cui il Consiglio è titolare (quali l'uso della potestà disciplinare) in palese contrasto con i principi informatori del testo costituzionale (121). Semmai, dovrebbe aggiungersi, qualcosa di simile si verifica a tutt'oggi all'interno del Consiglio il cui indirizzo in tema di sanzioni disciplinari è troppo spesso quello di estendere le considerazioni di deontologia giudiziaria che sono alla base delle sanzioni disciplinari e dei trasferimenti « per menomato prestigio » dal campo dei comportamenti personali del magistrato a quello dei comportamenti sociali, dal campo dei doveri d'ufficio a quello del sindacato sul contenuto delle pronunce dei giudici (122). Una

(121) Contro l'orientamento espresso dal MERLINI sono i due saggi di ZACREBELSKY prima citati e pure DEVOTO, *Il ruolo*, cit., 291. Cfr. anche i rilievi di CHELI sul tema « *Sulla posizione costituzionale della Magistratura* », in *Rass. parl.* 1974, 351 ss. Si è anche parlato (FERRARI, *Consiglio superiore della Magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Democr. e dir.* 1969, 407 ss.) di una possibilità di controllo sul cattivo uso della funzione giurisdizionale da esercitarsi da parte del CSM: a chi scrive pare che, da un lato, se ne debba precisare con chiarezza l'ambito perché essa non si traduca da mezzo di selezione degli incapaci in illegittimo sindacato sul contenuto delle pronunce; dall'altro, che sia difficile farlo derivare da una autonomia « normativa » attribuita dalla Costituzione al CSM, di cui non si scorgono i presupposti né nei lavori dell'Assemblea costituente né nel testo costituzionale.

(122) Gravi esempi di questa tendenza sono forniti dal procedimento disciplinare contro tre pretori del lavoro di Milano (CANOSA, FEDERICO e MONTERA) peraltro prosciolti dagli addebiti al termine del procedimento stesso (cfr., per la motivazione della sez. discipl., *La Repubblica*, 26 marzo 1976, 5 e il commento di MANCINI F., *Anche per i magistrati elezioni in vista*, *ivi*, 28 marzo 1976, 6) (vedi in *Quale giustizia* 1974,

tendenza quest'ultima, gravissima, priva delle chiare, anche se non condivisibili, motivazioni dell'opinione che si è sopra riferita.

4. L'esposizione che precede, dalla quale emerge la riaffermazione operata dalla Costituzione, rispetto alla Magistratura, del principio della separazione dei poteri e l'accentuata tutela delle garanzie di indipendenza dei giudici (soggetti solo alla legge, diversi solo per le funzioni esercitate, tutelati nel loro *status* e disciplina dal CSM), mostra le difficoltà che incontra un discorso sulla responsabilità del giudice rispettoso delle prescrizioni costituzionali. Se l'attività tipica del giudice tende ad acquisire un diverso significato e una differente portata in conseguenza delle modificazioni sociali ed istituzionali cui si è fatto cenno, la Costituzione, in linea di massima, assegna al potere giurisdizionale, corredandolo di notevoli garanzie, il ruolo proprio della dottrina liberale dello stato ⁽¹²³⁾.

In quest'ottica si collocano quelle posizioni che hanno cercato nella Corte Costituzionale una realistica soluzione del problema della responsabilità del giudice.

732 ss. le fasi della complessa vicenda) e dal trasferimento ai danni del giudice di sorveglianza presso il tribunale di Pisa ACCATTATIS (su cui le osservazioni di BARTOLE, *Materiali*, cit., 31 e *Il caso Accattatis*, in *Pol. del dir.* 1973, 312 ss.). Presenta un carattere apparentemente differente il recente provvedimento di trasferimento, ai sensi dell'art. 2 r.d.l. 31 maggio 1946 n. 51, del sostituto procuratore della Repubblica di Roma MARRONE. In questo caso infatti il provvedimento non consegue, come quelli sopra citati, ad un indebito sindacato sul merito delle scelte giurisdizionali ma all'esercizio da parte del magistrato di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione (art. 21). Tale esercizio, a giudizio del CSM (giudizio che non è da noi condiviso), ha posto il giudice MARRONE nella condizione di non potere, nella sede che occupa, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario. Cfr. per il testo del provvedimento del CSM *La Repubblica*, 20 gennaio 1976, 17.

⁽¹²³⁾ Tutto ciò non è che un riflesso della difficoltà di impostare il problema nel suo complesso. Per il contrasto del principio di responsabilità con quello di indipendenza VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 443. Una impostazione tradizionale al problema della posizione del giudice nell'ordinamento dà SCHMIDT E., *La responsabilità del giudice*, in *Arch. pen.* 1972, 24 ss. Per una accentuazione della posizione che i giudici devono mantenere di difesa delle istituzioni in funzione frenante rispetto all'affermarsi dei nuovi principi della democrazia FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano 1973, 29 ss., 233 ss.

Si è così pensato di far valere « la responsabilità politica del giudice introducendo il controllo della conformità a norme e principi della Costituzione (in particolare ai diritti di libertà) del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, impugnati dinnanzi al giudice di costituzionalità da singoli cittadini o anche da gruppi organizzati, che si ritengono lesi da tali provvedimenti nei diritti soggettivi garantiti dalla Costituzione » utilizzando a tale scopo un procedimento assimilabile al *Verfassungsbeschwerde* di cui ai par. 90-96 della legge fondamentale della Germania federale. All'annullamento del provvedimento giudiziario impugnato potrebbero poi far seguito sanzioni disciplinari nei confronti del magistrato che lo ha emesso (¹²⁴).

Partendo da una differente prospettiva (il problema di limitare il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della norma) si è finito per sfiorare indirettamente il problema della responsabilità del giudice, indicando nella Corte Costituzionale l'unico organo che dovrebbe essere abilitato a pronunciarsi sui concetti valvola (sulla base del principio generale della « natura della cosa ») presenti nel testo della Costituzione e assegnando quindi al giudice ordinario o speciale la funzione di inoltrare alla Corte le questioni attinenti all'armonizzazione della normativa ordinaria con i principi generali dell'attuale sistema costituzionale (¹²⁵). In quest'ultimo caso il problema della responsabilità del giudice non viene esplicitamente affrontato; l'opinione riferita tende semmai a rimuoverne le cause attraverso una restrizione del potere del giudice nell'adempimento della sua funzione tipica.

Le ultime due posizioni sopra esaminate non si pongono in contrasto con la Costituzione nella misura in cui l'una riduce la ipotesi di responsabilità del giudice a violazioni della normativa costituzionale in cui egli sia incorso; l'altra tende a risolvere im-

(¹²⁴) VOLPE, *Sulla responsabilità*, cit., c. 66.

(¹²⁵) FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico sociale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1972, II, 890 ss. (pure, con il titolo *Il giudice e la realtà sociale*, in *Società, legge, ragione*, Milano 1974, 89 ss.).

plicitamente il problema della responsabilità del giudice attraverso un'interpretazione autoritativa del testo costituzionale da parte dell'organo a ciò deputato, interpretazione che avrebbe l'effetto di far venir meno le ragioni di un controllo sull'attività del magistrato.

Deve però sottolinearsi che la responsabilità politica del giudice, intesa nella sua accezione più ampia, travalica queste limitate prospettive. Essa infatti postula un'investitura legittimante da parte dei cittadini; e la conferma o la sfiducia nei confronti del giudice da essi operata (generalmente al momento di proporlo alla carica) può dipendere dai motivi più vari (e non soltanto — per riferirci alla prima delle due opinioni sopra-citate — dalla violazione o meno delle norme costituzionali da parte del giudice nello svolgimento del suo compito).

Le proposte cui si è fatto riferimento hanno poi l'inconveniente di spostare, senza risolverlo, il problema in oggetto dagli organi giudiziari alla Corte Costituzionale, organo per sua natura irresponsabile (si pensi alla particolarità dei procedimenti di elezione dei suoi membri e alla lunga durata del mandato), aumentandone in misura rilevantissima (e, forse, ingiustificata) il potere ⁽¹²⁶⁾.

5. Si è sottolineata in precedenza l'adesione della Costituzione ai principi della dottrina dello stato di indirizzo liberale in ordine al ruolo e alla collocazione del giudice e della Magistratura nell'ordinamento.

La nostra Costituzione, come si è visto, dà un significato particolarmente ampio al concetto tradizionale di indipendenza perché ha cura di apprestare garanzie idonee al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale non solo nei confronti del potere po-

⁽¹²⁶⁾ Si tenga presente la molta cautela usata dal VOLPE nella posizione del problema, a causa della consapevolezza dell'impossibilità di trovare una soluzione integralmente soddisfacente (cfr. c. 66 e nota 17), e la giustificazione che egli fornisce della soluzione da lui prospettata in considerazione del già alto potenziale di politicità del giudice di costituzionalità.

litico ma pure degli altri poteri od organi supremi dello Stato (di ciò è sintomo l'art. 104, comma 1° Cost. « la Magistratura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ») e persino nei confronti delle possibili interferenze all'attività tipica del giudice provenienti dalla Magistratura stessa (si rammenti l'articolo 107, comma 3° Cost. che sancisce la cosiddetta indipendenza « interna »).

D'altro canto però nel testo costituzionale sono contenute una serie di disposizioni attraverso le quali è possibile instaurare certe forme di controllo popolare sull'operato dei giudici; si potrebbe anche dire che ad una tutela estremamente rigorosa dell'indipendenza come divieto di indebita ingerenza dei poteri od organi dello Stato nello svolgimento della funzione giurisdizionale non sembra far riscontro una tutela dell'indipendenza dei giudici intesa come assoluto divieto di sindacabilità del loro operato da parte dei cittadini.

In questa prospettiva viene in considerazione in primo luogo la norma contenuta nell'art. 106 Cost. (« la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina anche elettiva di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli »). Tale norma ha già di per sé stretti margini di operatività ed è stata tradizionalmente oggetto di interpretazioni riduttive da parte della dottrina ⁽¹²⁷⁾ tanto da finire per rappresentare una sorta di aporia del sistema e, non a caso, non trovare attuazione. Tuttavia può ben dirsi che l'accettazione da parte della Costituzione del sistema di reclutamento dei giudici di cui all'art. 106 Cost. permette di instaurare all'interno dell'ordinamento costituzionale un meccanismo di responsabilità dei (anche se non di tutti i) giudici nei confronti della collettività (più o meno ampia) chiamata ad eleggerli e, soprattutto, a rieleggerli. D'altronde questa disposi-

(127) Cfr. ad esempio l'estrema diffidenza con la quale è affrontata la questione dell'elettività ex art. 106 Cost. da PUNZI, *Il giudice onorario elettivo e l'attuazione dell'art. 106 della Costituzione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1969, 268 ss., spec. 280 ss.

zione del testo costituzionale si armonizza con il combinato disposto degli artt. 1, comma 1° e 101, comma 1° Cost.: con il collegamento cioè che si può operare tra la legittimazione democratica dell'ordinamento costituzionale nel suo insieme e quella attinente in specifico all'esercizio della funzione giurisdizionale resa in nome del popolo organo sovrano (¹²⁸).

Se attraverso l'art. 106 Cost. è possibile configurare un, sia pur limitato, controllo di tipo « forte » nei confronti dei giudici, altre forme di controllo di carattere « diffuso » si possono ipotizzare in base all'esercizio dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Viene in considerazione, in questa prospettiva, l'articolo 21 della Cost.: tale norma costituisce l'indispensabile presupposto del pluralismo e uno degli strumenti essenziali per la partecipazione all'esercizio della sovranità; né si può dire che un controllo dell'opinione pubblica attraverso l'uso delle facoltà accordate dall'art. 21 potrebbe turbare lo svolgimento della funzione giurisdizionale; anzi le reazioni ai provvedimenti giurisdizionali da parte della pubblica opinione potrebbero dare ai magistrati utili elementi in relazione all'applicazione delle « clausole generali », il cui contenuto aperto e mutevole obbedisce proprio alla ragione di un adeguamento della normativa alle esigenze e alla evoluzione della società civile.

In questo quadro, senza porre in discussione i principi dell'ordinamento costituzionale, si è qualificata la responsabilità politica del giudice come un controllo diffuso, da parte della pubblica opinione, sull'operato dei magistrati attraverso la libertà di critica dei loro provvedimenti tipici (¹²⁹). È più che chiaro in

(¹²⁸) In questo senso la dizione dell'art. 101, 1° comma Cost. si distacca decisamente da quella dell'art. 68 dello Statuto secondo cui « la giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome » (cfr. MORTATI, *Istituzioni*, II, 1250). Deve però rilevarsi che l'interpretazione dominante assegna all'art. 101, 1° comma Cost. un valore simbolico, formale (LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1970, II, 956) o al più programmatico, quale aspirazione ad un esercizio della funzione giurisdizionale scevro da preconcetti di classe (BARILE, *Istituzioni*, cit., 301).

(¹²⁹) RAMAT, *Responsabilità politica della Magistratura*, in *Foro amm.* 1969, III, 15 ss.

ogni caso da quanto precede che in tale prospettiva il momento della responsabilità viene ad essere oltremodo sfumato se si tien conto del particolare tipo di sanzione (la manifestazione del dissenso rispetto alle scelte operate dai giudici) cui questi sarebbero in tal modo assoggettati (¹³⁰).

IV

È venuto il momento di tirare le fila del discorso che è stato fin qui condotto.

Dalle pagine che precedono emerge innanzitutto una possibile definizione di responsabilità politica del giudice: quella in cui questi incorre per il contenuto, per il merito delle scelte operate nell'adempimento della sua funzione tipica nei confronti di chi lo prepone alla carica. In questo quadro tra cittadino e giudice viene ad instaurarsi un rapporto di mandato: ed attraverso la revoca di questo (revoca che ha la sua forma più emblematica e allo stesso tempo più democratica nell'elezione diretta del giudice da parte del cittadino) viene fatta valere la responsabilità del

(¹³⁰) Cfr. a questo proposito PIZZORUSSO, *Introduzione*, cit., 47. L'opinione di RAMAT implica necessariamente l'eliminazione di ogni possibile limitazione al diritto di critica: ed in questa prospettiva viene in considerazione il problema della tutela penalistica assegnata all'ordine giudiziario mediante il delitto di vilipendio. Si deve precisare che la norma di cui all'art. 290 c.p., per lo meno nell'interpretazione che ne viene data dalla giurisprudenza prevalente, potrebbe non costituire un ostacolo alla libertà di critica dei provvedimenti giurisdizionali nella misura in cui per vilipendio deve intendersi una critica avente carattere di dileggio (nella quale l'agente mostri di tenere a vile l'istituzione tutelata dalla legge) e non anche la manifestazione di un acceso biasimo nei confronti della istituzione criticata (cfr. ad es.: Cass. Sez. I, 29 giugno 1967, Marocco, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1968, 575; Cass. Sez. I, 10 maggio 1966, Bari, in *Giust. pen.* 1967, II, 296; Cass. Sez. I, 10 maggio 1966, Patruno, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1967, 562). In realtà l'estrema genericità della fattispecie di cui all'art. 290 c.p.; l'evanescenza della distinzione operata dalla giurisprudenza su ciò che ha da considerarsi o meno come fatto integrante l'ipotesi di vilipendio; così come considerazioni di carattere più generale volte a contesare la legittimità delle ipotesi di reati cosiddetti « di opinione », mostrano la pericolosità di questa limitazione al diritto di manifestazione del pensiero e suggeriscono l'abolizione della figura di reato in questione.

giudice per le scelte da lui operate nell'adempimento della sua funzione.

Mi pare chiaro da quanto precede che l'esigenza di assoggettare il giudice a tale tipo di responsabilità si faccia particolarmente sensibile in presenza di un sistema normativo contrassegnato dalla pluralità e dalla scarsa coordinazione delle fonti del diritto e da una struttura socio-politica contrassegnata dal pluralismo dei gruppi e delle formazioni sociali e dalla loro forte conflittualità reciproca: tali fenomeni palesano il vasto ambito di discrezionalità di cui il giudice gode nello svolgimento della sua funzione e suscitano perplessità sulla tradizionale insindacabilità dei suoi atti da parte del cittadino (¹³¹).

Le considerazioni svolte nelle pagine precedenti portano ad affermare che la soluzione che si avvicina maggiormente al modello di definizione che si è proposto è la possibile attivazione del meccanismo elettivo per gli organi giudiziari monocratici (articolo 106 Cost.). Non si deve però dimenticare che la circoscritta operatività dell'articolo in questione e il richiamo da questo operato di un metodo di reclutamento del personale giudiziario estraneo alla nostra tradizione istituzionale impediscono di rintracciare in questa disposizione una soluzione soddisfacente del problema della responsabilità politica del giudice nell'ordinamento italiano.

In realtà, nel corso di queste pagine, ci si è dovuti confrontare sempre con forme, per così dire, « indirette » o « imperfette » di responsabilizzazione politica dei giudici: talune delle quali surrettizie, operanti *de facto* all'interno di un ordinamento che, in base ai principi generali cui si informa, non le consente (si ricordino le situazioni di influenza descritte trattando il ruolo del giudice e della Magistratura nell'Italia monarchica, o, con riferimento all'attuale sistema costituzionale, i tentativi, che si sono considerati inaccettabili, di allargare le competenze del potere politico e in ispecie del guardasigilli nei confronti della Ma-

(¹³¹) In questo quadro il sistema delle impugnazioni non può che configurarsi come una sorta di controllo di carattere interno.

gistratura o di assegnare particolare peso a settori di quella all'interno dell'organo di « autogoverno »); tal'altre maggiormente rispettose dei principi del sistema costituzionale ma tuttavia, pur riconoscendosi loro l'indubbio merito di aver cercato di affrontare questa complessa problematica in una prospettiva concreta e operativa, nel complesso non appaganti.

Invero, a primo acchito, la questione qui trattata può apparire in certo senso marginale e può suggerire come soluzioni una serie di misure indirette, correttive, di carattere settoriale (come, tanto per fare alcuni esempi, l'ampiamiento dei casi di responsabilità civile o disciplinare oppure l'attribuzione alla Corte costituzionale di nuovi e rilevanti poteri in materia).

A mio avviso, al di là dell'importanza di queste proposte, il problema della responsabilità del giudice si pone come una delle questioni di fondo della dottrina costituzionale poiché investe alla radice la forma di stato. La forma di stato liberale, nella concretizzazione che ha avuto nei paesi dell'Europa continentale, non conosce, per i presupposti di fondo che le sono propri, il problema della responsabilità politica del giudice; e il ruolo e la posizione assegnati dalla nostra Costituzione alla Magistratura e al giudice si conformano a questa tradizione. Per questo è estremamente difficile configurare meccanismi di responsabilità politica del giudice non in contrasto con l'ordinamento costituzionale italiano.

D'altronde, il diverso (anche se non antitetico rispetto al passato) ruolo acquistato dal giudice nello stato contemporaneo ripropone la discussione intorno ad una serie di principi informativi della dottrina costituzionale liberale per lungo tempo largamente condivisi o, per lo meno, largamente accettati. Infatti il problema della responsabilità del giudice può inquadrarsi nel generale dibattito intorno alla configurabilità o meno delle cosiddette funzioni pubbliche imparziali o neutre ⁽¹³²⁾: ed è chiaro come un'adesione a questo orientamento porti, in linea generale,

(132) Si pensi ai dibattiti intorno alla natura delle funzioni del pubblico ministero o alla collocazione istituzionale della burocrazia rispetto al potere politico.

a configurare gli organi titolari di funzioni di questo tipo come tendenzialmente svincolati da controlli di carattere politico.

In questo generale contesto due sono le osservazioni conclusive da fare.

La prima si riferisce ai concetti di imparzialità ed indipendenza. Chi scrive è convinto che se ne debba rifiutare una accezione assolutizzante o « ideologica », frutto, molto spesso, di una adesione tralattizia ad elaborazioni proprie della dottrina costituzionale ottocentesca (la quale, come si è visto, ebbe un profondo significato, nell'ambito della situazione istituzionale dell'epoca, di denuncia della discrasia esistente tra effettiva collocazione del giudice nel sistema costituzionale e principi generali della dottrina liberale dello stato). Si è del pari convinti, però, che un tale ripensamento critico non debba far perdere di vista la necessità di assicurare al giudice all'interno del sistema costituzionale una ragionevole indipendenza; e ciò soprattutto perché si aderisce ad una concezione che vuole il sistema costituzionale improntato al principio della maggior diffusione del potere tra i vari organi dello Stato.

È certo però, e qui si giunge alla seconda delle osservazioni conclusive che si vogliono formulare, che il principio dell'indipendenza contrasta con quello della responsabilità del giudice. Questa responsabilità si pone sempre più come problema delle democrazie liberali contemporanee all'interno delle quali la latitudine del potere del giudice è particolarmente percepibile; l'indipendenza degli organi giudicanti viene a spezzare il nesso tra potere e responsabilità e costituisce un'eccezione al principio di legittimazione democratica degli organi dello stato.

La difficoltà di fornire soluzioni appaganti al problema che in queste pagine si è trattato risiede quindi nella contraddizione che investe la figura del giudice nei sistemi costituzionali della Europa occidentale: si assegnano al giudice dei compiti ed una posizione istituzionale propri della dottrina liberale dello stato; d'altra parte il suo effettivo ruolo all'interno del sistema costitu-

zionale tende a modificarsi e l'ampiezza del suo potere sembra esigere un controllo popolare sulle sue scelte.

Non è più possibile accantonare per altro tempo ancora la contraddizione che si è prospettata; né sarebbe certo una soluzione la riaffermazione dei principi classici della dottrina dello stato liberale accompagnata da nuove e diverse forme di responsabilizzazione occulta dei giudici. Il problema che si pone, mi sia concesso di riaffermarlo ancora una volta, è di fondo: non riguarda tanto il giudice in sé considerato quanto piuttosto l'evoluzione in atto nelle forme di stato proprie delle democrazie occidentali. È nell'affrontare questo tema nel suo complesso che potranno, a mio avviso, sciogliersi le contraddizioni che rendono, a tutt'oggi, difficilmente praticabile la problematica sul giudice e sulla sua responsabilità.