

ANNO LXXV - 2008

NUOVA SERIE A - N. 59,2
monotematico

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 2

DOTTRINA

PIERO GUALTIERI, *Aspetti problematici della recente riforma dell'ordinamento giudiziario*, 239

CARLO GUARNIERI, *Magistrati in Europa: indipendenza, professionalità, responsabilità: il caso italiano*, 255

HANNA SUCHOCKA, *Le nomine dei giudici. Rapporto adottato dalla Commissione europea per la democrazia attraverso la legge (Commissione di Venezia) alla sua 70ª sessione plenaria (Venezia, 16-17 marzo 2007)*, 265

JOHN RONSON SPENCER, *Il sistema giudiziario nel Regno Unito*, 281

MANFRED MAIWALD, *Il ruolo dei magistrati in Germania*, 303

VÍCTOR MORENO CATENA, *Le garanzie costituzionali del giudice e la responsabilità per il funzionamento della giustizia in Spagna*, 317

CRISTINA MAURO, *Magistrati in Europa. Indipendenza, professionalità e responsabilità: problemi francesi*, 343

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: ANDREA AZZARO, MARCO CANGIOTTI, CARLO FANTAPPIÈ, PIERO GUALTIERI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, ANNA TONELLI

Redazione: VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXV - 2008

NUOVA SERIE A - N. 59,2

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

PIERO GUALTIERI
Università di Urbino

*ASPETTI PROBLEMATICI DELLA RECENTE RIFORMA
DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO*

La legge sull'ordinamento giudiziario, ancora non completamente abrogata, è stata approvata con il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, e dunque durante il regime fascista.

Essa si inseriva in un contesto profondamente autoritario e si rapportava con un processo penale, varato nel 1930, di impronta marcatamente inquisitoria, che teneva nella massima considerazione le esigenze di tutela e controllo sociale e trascurava i diritti individuali.

Caduto il regime fascista, il sistema ha subito significativi mutamenti.

Con l'entrata in vigore della costituzione si è attuato il principio della separazione dei poteri, prevedendo l'istituzione di un organo di autogoverno, il Consiglio superiore della magistratura, cui è stata attribuita la competenza esclusiva a decidere in materia di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati (art. 105 cost.): e la previsione di una composizione mista (due terzi dei membri eletti da tutti i magistrati ordinari e un terzo dal Parlamento in seduta comune: art. 104, comma 3, cost.) rappresenta una precisa scelta istituzionale, nel senso che il Consiglio non doveva assumere il ruolo di rappresentanza corporativa degli appartenenti all'ordine giudiziario e la presenza laica doveva assolvere alla funzione di garantire l'equilibrio tra i poteri dello Stato, preservando comunque la indipendenza dell'ordine giudiziario attraverso la maggioranza numerica assegnata ai magistrati.

Agli stessi magistrati sono state riconosciute le garanzie della inamovibilità e della distinzione tra di loro unicamente per diversità di funzioni (artt. 107, commi 1 e 3), secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, vale a dire con una riserva di legge ordinaria (artt. 105 e 107, comma 1, cost.).

Si è altresì affermata la soggezione soltanto alla legge dei giudici, e quindi l'eliminazione di ogni subordinazione gerarchica interna, mentre si è stabilito che il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 107,

comma 4) ed ha l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112), previsione, questa, considerata essenziale ai fini della sua autonomia.

È stata così assicurata a tutti i magistrati la piena indipendenza esterna.

Nella VII disposizione transitoria si è, tuttavia, previsto che, fino all'emanazione della nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la costituzione, continuassero ad applicarsi le norme dell'ordinamento vigente.

La istituzione del Consiglio superiore della magistratura è avvenuta dopo diversi anni con la legge 24 marzo 1958, n. 195, la quale, in attuazione dell'art. 105 cost., ha regolato la composizione e l'organizzazione di tale organo e ha definito i suoi poteri nonché le modalità di designazione dei suoi componenti e la relativa posizione giuridica.

Sull'assunto che le norme della costituzione risultavano incompatibili con qualunque concetto di gerarchia e di carriera e comunque che i concorsi favorivano i magistrati meno impegnati, i quali avevano quindi più tempo da dedicare alla stesura di sentenze elaborate e pubblicazioni scientifiche, la magistratura associata ha fortemente richiesto e ottenuto il varo delle leggi 25 luglio 1966, n. 570, e 20 dicembre 1973, n. 831, che hanno abolito il sistema dei concorsi per l'attribuzione delle funzioni rispettivamente di consigliere di corte d'appello e di consigliere di cassazione, rimesse sostanzialmente alla anzianità nel ruolo precedente (di undici e sette anni).

L'attribuzione di tali qualifiche è stata altresì svincolata dalla vacanza del posto, sicché la progressione (anche economica) è avvenuta automaticamente, senza necessità di mutamenti di sede.

Tali automatismi, uniti alla scomparsa di verifiche periodiche, non hanno certamente giovato alla produttività e all'aggiornamento dei magistrati e possono ipotizzarsi come importanti componenti dell'aumento della durata dei processi, insieme alle deficienze organizzative e di organico ed alla insufficiente erogazione di fondi per le strutture, le dotazioni informatiche e il personale amministrativo.

Nel frattempo, a decorrere dalla metà degli anni sessanta, sono sorte e hanno ottenuto crescenti consensi all'interno dell'Associazione nazionale magistrati, correnti su posizioni dichiaratamente di sinistra: e ciò ha provocato nel tempo alleanze con le forze politiche ritenute ideologicamente più vicine.

Il sistema di elezione dei componenti togati del Consiglio superiore della magistratura, lungamente basato su liste di candidati comuni

di giudici e pubblici ministeri, ha inoltre contribuito a creare sinergie e a cementare la coesione tra le diverse categorie.

E, al riguardo, considerando superato il dettato dell'art. 190 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, il Consiglio superiore della magistratura ha consentito praticamente senza vagli il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa: e questa prassi è proseguita anche dopo la riformulazione della norma ad opera dell'art. 29 del d.p.r. 23 settembre 1988, n. 449, che ha subordinato tale tramutamento alla domanda dell'interessato e soltanto quando il consiglio superiore della magistratura, previo parere del consiglio giudiziario, abbia accertato la sussistenza delle attitudini alle nuove funzioni.

Intrecci corporativi e reciproci interessi di carriera, hanno quindi portato ad una sempre maggiore confusione dei due pur profondamente distinti ruoli, poiché la sostanziale inesistenza di limitazioni al trasferimento dall'una all'altra funzione, consentiva di scegliere la sede più comoda o di accedere a uffici direttivi, indifferentemente come giudice o pubblico ministero.

Effetti perversi sull'opinione pubblica sono stati provocati anche dalla corrente qualificazione dei pubblici ministeri come giudici, che ha creato un convincimento di maggiore attendibilità dei risultati delle indagini e quindi di anticipata colpevolezza, dimenticando che invece si tratta di atti di una parte del processo e che la prova deve essere formata al dibattimento nel contraddittorio, davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

L'abolizione dell'autorizzazione a procedere (art. 11 legge cost. 29 ottobre 1993, n. 3), concepita dai costituenti come strumento per salvaguardare il principio di separazione dei poteri e non esporre i rappresentanti del popolo ad azioni della magistratura senza una preventiva verifica da parte del Parlamento, ha contribuito a rendere più difficili i rapporti tra la magistratura e la classe politica.

Dal canto suo, il Consiglio superiore della magistratura è andato trasformandosi, da organo deputato a garantire l'equilibrio tra i poteri dello Stato e a preservare la indipendenza dell'ordine giudiziario, in consesso a forte valenza politica e di rappresentanza corporativa delle istanze della magistratura associata, adottando deliberazioni e ordini del giorno sempre più spesso critici nei confronti delle scelte operate dalle Camere in materia di giustizia, così travalicando l'ambito dei poteri attribuiti dalla costituzione e dalla legge 24 marzo 1958, n. 195, mentre la sua giurisprudenza disciplinare non è apparsa sufficientemente rigorosa.

Molti magistrati non hanno avuto remore a manifestare apertamente la loro appartenenza politica, così minando l'apparenza di obiettività degli atti compiuti, ed hanno destato sospetti e discussioni le scelte operate dalle procure della Repubblica in ordine ai reati da perseguire, quasi mai rese note e soggette pertanto alla critica che le opzioni riguardassero spesso la persona da sottoporre a indagini piuttosto che la natura dell'illecito.

La situazione di contrasto con la classe politica è stata particolarmente virulenta nel corso della penultima legislatura, con manifestazioni di protesta spesso dai toni forti e scioperi dei magistrati, da un lato, e attacchi violenti da parte di esponenti della maggioranza contro le c.d. toghe rosse, dall'altro.

In questo duro clima di contrapposizione è stata approvata la riforma dell'ordinamento giudiziario, con la legge 25 luglio 2005, n. 1590, dopo il rinvio alle camere del primo testo ad opera del Presidente della Repubblica, e l'emanazione dei decreti delegati.

I tratti salienti della nuova disciplina hanno riguardato anzitutto l'accesso in magistratura, con l'introduzione dell'obbligo di indicare nella domanda, a pena di inammissibilità, la funzione giudicante o requirente alla quale il candidato intende(va) accedere (art. 1, comma 6, d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160) e la previsione di nuovi requisiti (ad esempio il conseguimento del titolo di dottore di ricerca o del diploma presso le scuole di specializzazione nelle professioni legali o l'abilitazione alla professione forense ovvero, ancora, il pregresso svolgimento di funzioni direttive nelle pubbliche amministrazioni o di magistrato onorario: art. 2) nonché un colloquio di idoneità psico-attitudinale all'esercizio della professione di magistrato, anche in riferimento alle funzioni prescelte, condotto da un professore universitario scelto tra i docenti di una delle classi di laurea in scienze tecniche e psicologiche, il cui esito è valutato collegialmente dalla commissione (artt. 1, comma 7, e 5, comma 1).

È stato pure stabilito che il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti, e viceversa, fosse consentito una sola volta entro il terzo anno di esercizio delle funzioni assunte subito dopo l'espletamento del tirocinio, mediante la partecipazione ad un concorso per titoli e dopo aver frequentato un apposito corso di formazione presso la Scuola superiore della magistratura

Sono stati, altresì, soppressi i c.d. ruoli aperti, prevedendo la progressione economica automatica per anzianità, ma con accesso alle funzioni giudicanti o requirenti di secondo grado e di legittimità limitato ai posti vacanti.

Altra importante innovazione è rappresentata dalla temporaneità degli incarichi direttivi, ripetutamente sollecitata dalla magistratura associata, discutibilmente esclusa, peraltro, per gli uffici direttivi superiori e superiori apicali di legittimità, riconoscendo al Ministro della giustizia il potere di impugnare le deliberazioni di conferimento di tali incarichi.

Di notevole rilievo è stata l'istituzione della Scuola superiore della magistratura (d. lgs. 30 gennaio 2006, n. 26), con il compito di provvedere alla formazione e all'aggiornamento obbligatorio di tutti i magistrati, anche al fine del passaggio di funzioni, e all'organizzazione e alla gestione del tirocinio degli uditori giudiziari (in passato diretto dal Consiglio superiore della magistratura).

In riferimento alla posizione di vertice dell'organo di legittimità è stato creato il consiglio direttivo della corte di cassazione (d. lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, artt. 1 e 7).

Con lo stesso decreto si sono introdotte nuove disposizioni in materia di consigli giudiziari, con l'allargamento della partecipazione ad essi di quattro componenti non togati (un professore universitario, un avvocato, due nominati dal consiglio regionale e un rappresentante eletto dai giudici di pace), e l'attribuzione della competenza a formulare pareri sulle tabelle degli uffici giudiziari, sull'attività dei magistrati sotto il profilo della laboriosità e preparazione tecnico-professionale, acquisendo le motivate valutazioni del consiglio dell'ordine degli avvocati avente sede nel luogo ove il magistrato esercita le sue funzioni, e di esercitare la vigilanza sull'andamento degli uffici giudiziari del distretto (Titolo II).

Relativamente all'organizzazione delle procure della Repubblica, il d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, ha assegnato al capo dell'ufficio la titolarità esclusiva dell'azione penale, che deve esercitare sotto la sua responsabilità nei modi e nei termini stabiliti dalla legge, assicurando il corretto ed uniforme esercizio della stessa e l'osservanza delle norme sul giusto processo (artt. 1, commi 1 e 2, e 2): gli ha, altresì, riconosciuto il potere di dettare le regole cui i magistrati dell'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'utilizzo delle risorse finanziarie e tecnologiche dell'ufficio e nella impostazione delle indagini (artt. 1, commi 3 e 4, 2 e 4) e ha subordinato al suo previo assenso l'assunzione degli atti che incidano o richiedano di incidere su diritti reali o sulla libertà personale; ha stabilito inoltre che i rapporti con gli organi di informazione vanno tenuti personalmente dal capo dell'ufficio o da un magistrato appositamente delegato (art. 5), mentre il procuratore generale presso la corte d'appello può acquisire notizie e dati al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale (art. 6).

Infine, nel d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, è stata inserita la regolamentazione degli illeciti disciplinari, diretta alla individuazione di fattispecie tipiche e alla distinzione tra quelli compiuti nell'esercizio e fuori dell'esercizio delle funzioni¹, ed è intervenuta una rivisitazione del procedimento applicativo.

Chi scrive ha espresso sulla riforma un giudizio complessivamente positivo, salvo che per il riconoscimento al ministro della giustizia del potere di impugnazione delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura in tema di attribuzione degli uffici direttivi², in quanto i vari decreti hanno tentato di fornire soluzione ai molteplici problemi insorti nel corso degli anni, sopra descritti, in particolare relativamente alla necessità di ricondurre l'attività del Consiglio superiore della magistratura nell'alveo dei poteri a lui attribuiti dalla costituzione e dalla legge istitutiva, travalicati dalla imponente produzione c.d. paranormativa e dalla pretesa di interferire sulla produzione normativa con interventi di natura politica non confacenti alla struttura dell'organo e alla ormai indilazionabile esigenza di introdurre seri meccanismi di verifica periodica della preparazione tecnica e della laboriosità dei magistrati e di più chiare e stringenti regole disciplinari, a tutela del bene primario dell'indipendenza e imparzialità, anche sotto il profilo dell'apparenza, dei giudicanti, ma pure dei requirenti.

Le critiche della magistratura associata e del consiglio superiore della magistratura a queste innovazioni sono state invece vibranti.

Relativamente ai nuovi requisiti di partecipazione al concorso, è

¹ Tra i primi meritano di essere segnalati la grave violazione di legge o il travisamento del fatto determinati da ignoranza o negligenza inescusabili, il perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia, l'emissione di provvedimenti privi di motivazione o abnormi, il reiterato e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni, la divulgazione di atti del procedimento coperti da segreto e la tenuta di rapporti con organi di informazione, l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge (art. 2).

Tra i secondi appaiono di particolare interesse la frequentazione di persone sottoposte a procedimento penale o a misure di prevenzione, la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine ad un procedimento in corso, la partecipazione ad associazioni segrete, l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannino l'immagine del magistrato, ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità, anche sotto il profilo dell'apparenza (art. 3).

² Si veda GUALTIERI, *Ordinamento giudiziario: una riforma in bilico*, in *Giust. pen.*, 2006, III, p. 257 ss., alla cui analisi si rinvia per maggiori approfondimenti.

stato affermato trattarsi di una forma di concorso di secondo grado, che innalza l'età dell'accesso e rischia di introdurre una selezione per censo, ponendosi in contrasto con la *ratio* della previsione costituzionale del pubblico concorso, che “tende a far coincidere la composizione socio-culturale della magistratura con quella della società civile”³.

Ma a questa tesi può agevolmente replicarsi che gli evidenti ed apprezzabili fini della normativa sono il contenimento del numero dei candidati, risultato tanto eccessivo negli ultimi anni da aver consigliato l'adozione di prove di preselezione, onde ridurre i lunghi tempi di espletamento delle prove, nonché l'innalzamento del livello qualitativo degli aspiranti, quanto mai opportuno in riferimento alla delicatissima e importante funzione che essi saranno chiamati a svolgere: inoltre, l'elevazione dell'età, peraltro contenuta dalla prevedibile abbreviazione delle procedure, presenta l'aspetto positivo del raggiungimento di una maggiore maturità e, considerato il diffuso benessere della nostra società, non provoca certamente disuguaglianze economiche. Né viene posto in discussione il reclutamento per pubblico concorso, aperto dunque a tutti i cittadini, senza discriminazioni.

Non è nemmeno condivisibile la censura secondo cui “la previsione di test psico-attitudinali, rimettendo la possibilità di accesso in magistratura a valutazioni tecniche incontrollabili, frustra la garanzia di oggettività e imparzialità della selezione per pubblico concorso affidato alla responsabilità di un organo di governo autonomo”⁴.

In proposito va rilevato che questo vaglio è espressamente previsto per la nomina di avvocati e professori universitari a consigliere di casazione (art. 2, comma 1, lett. d), legge 5 agosto 1998, n. 303) e per i

³ Parere espresso l'11 gennaio 2006 dal consiglio superiore sullo schema di decreto legislativo, in *Foro it.*, 2006, III, p. 104; per la tesi per cui il reclutamento per pubblico concorso opererebbe una sorta di prelevamento di campione, che riprodurrebbe naturalmente le diversità esistenti nei soggetti rispetto ai quali tale campionatura avviene e consentirebbe l'ingresso nella magistratura di tutte le opinioni di partenza che si riscontrano nella realtà del paese, cfr. BORRÈ-MARTINELLI-ROVELLI, *Unità e varietà nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1971, V, p. 45 ss.

⁴ Così il Parere espresso l'11 gennaio 2006 dal consiglio superiore sullo schema di decreto legislativo, in *Foro it.*, 2006, III, p. 104. Cfr. tuttavia PIZZORUSSO, *Organizzazione della giustizia*, in *Enc. dir.* IV Agg., Milano 2000, il quale ha denunciato che “nessun serio tentativo è mai stato compiuto per rendere possibile l'accertamento del possesso delle doti fisio-psichiche e della formazione culturale generale, che sono del pari necessarie per l'esercizio delle funzioni giudiziarie (probabilmente anche in questo caso per la difficoltà di ottenere valutazioni affidabili)”.

magistrati onorari, compresi i giudici di pace (artt. 42 *ter*, comma 2, lett. c), 71, ord. giud. e 5, comma 1, lett. e), legge 21 novembre 1991, n. 374), e dunque ad esso si devono già sottoporre quanti intendono accedere a funzioni giudiziarie, anche in via temporanea, e provengono da altre attività nelle quali hanno dato dimostrazione della loro personalità e del loro equilibrio: risulta davvero difficile comprendere perché il medesimo principio non debba essere applicato a chi si appresta a svolgere tali funzioni permanentemente.

E il rischio prospettato che questo divenga uno strumento per “ottenere in partenza una omologazione dei giovani aspiranti magistrati ad un modello soggettivo precostituito, subordinando la loro assunzione al *placet* di esperti che non si limitano a valutare la loro sanità fisica e mentale, ma entrano nel merito della loro attitudine a svolgere funzioni giudiziarie”⁵, appare frutto di ingiustificate illazioni: insomma, ciò che (gratuitamente) si ipotizza è un comportamento profondamente scorretto del professore universitario specializzato nella materia e degli altri componenti della commissione (in larga maggioranza magistrati), i quali, ancorché designati dal Consiglio superiore della magistratura, sarebbero asserviti (si suppone) al potere esecutivo ed esorbendo dai loro compiti e doveri, violerebbero la legge o, quanto meno, ne farebbero un uso strumentale al fine di escludere dall’accesso in magistratura candidati non omologati (ma a cosa? e a chi?).

Altra e diversa questione è se possa considerarsi sufficiente un semplice colloquio per un accertamento così delicato: sarebbe quindi opportuna una migliore specificazione delle modalità di accertamento del requisito, attraverso l’adozione del modello diagnostico psicoanalitico proposto per il reclutamento dei magistrati all’esito di una specifica indagine pluridisciplinare effettuata in passato sul tema⁶, con gli eventuali aggiornamenti suggeriti dalla evoluzione della materia⁷.

⁵ GIOVANETTI, *L’accesso alla magistratura*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 15, il quale aggiunge di condividere i dubbi di quanti hanno sottolineato come questa prova, secondo una logica propria di una organizzazione aziendale di tipo gerarchico-verticistico, ma certamente estranea alla natura e alle caratteristiche del potere giudiziario (l’opinione riferita è di Silvestri, *L’organizzazione giudiziaria*, relazione al Convegno dell’Aic del 2004).

⁶ PEDRAZZI-DI FEDERICO-ERMENTINI-GULOTTA, MENEGHELLO-MESCHIERI-ONOFRI-PAJARDI, *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976, i quali danno conto dell’esito di studi e ricerche mirate in materia.

⁷ Si veda il modello diagnostico psicoanalitico per il reclutamento dei magistrati proposto nell’opera citata alla nota precedente e redatto da GULOTTA, p. 149 ss..

Ad avviso di chi scrive, non sono fondate neanche le censure rivolte all'indicazione obbligatoria dell'area funzionale requirente o giudicante al momento della domanda di ammissione al concorso e sul divieto di mutamento di esse dopo cinque anni dall'ingresso in magistratura, che si porrebbe in contrasto con l'art. 102, comma 1, cost., che attribuisce l'esercizio della funzione giurisdizionale indifferentemente ai giudici e ai pubblici ministeri, e con l'art. 104, che considera gli stessi giudici e pubblici ministeri componenti di un unico ordine⁸.

Invero, non sembra possano sussistere dubbi in ordine alla circostanza che le professionalità richieste per le funzioni di pubblico ministero e giudice siano profondamente diverse. Il primo deve svolgere un ruolo attivo di investigazione e ricerca degli elementi di prova necessari per sostenere l'accusa in giudizio, dirigendo e controllando la polizia giudiziaria; il secondo, al contrario, riveste una posizione passiva di arbitro tra le tesi dialetticamente contrapposte delle parti.

Né assume rilevanza l'osservazione per cui, separando nettamente le funzioni (o meglio ancora le carriere), il pubblico ministero perderebbe la c.d. cultura della giurisdizione e diverrebbe un super poliziotto. Intanto, un magistrato requirente con una forte caratterizzazione di parte non è suscettibile di creare allarmi o timori se si ha la certezza che le decisioni saranno assunte da un giudice terzo ed imparziale, non condizionabile, nemmeno psicologicamente, da rapporti di colleganza o di appartenenza a comuni formazioni sindacali.

Ma, soprattutto, nel vigente sistema processuale, ai magistrati requirenti non si richiede affatto tale cultura, che appartiene soltanto ai giudici.

Allorquando ha definito i canoni del giusto processo, la corte costituzionale ha osservato che in questa formula si compendiano i principi che la costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio, e comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: "imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di terzietà che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale, quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio"⁹; e la corte europea dei diritti umani ha qualificato diritti

⁸ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia*, approvato dal plenum del C.S.M. il 27 luglio 2006, cit., VI e VII.

⁹ Corte cost. 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1491.

soggettivi le garanzie dell'indipendenza e imparzialità del giudice, sottolineando l'importanza che esse appaiano anche tali¹⁰.

Anche dal punto di vista normativo, interno (artt. 101, comma 2, e 111 cost., e 1 c.p.p.) ed internazionale (artt. 6, comma 1, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e 14, comma 1, Patto internazionale sui diritti civili e politici, resi esecutivi in Italia rispettivamente, con le leggi 4 agosto 1955, n. 848, e 25 ottobre 1977, n. 881) queste caratteristiche sono riservate ai magistrati giudicanti, mentre il ruolo riconosciuto ai rappresentanti dell'accusa è quello di parte, su un piano di parità con la difesa dell'imputato.

Ai pubblici ministeri si deve, quindi, richiedere la cultura della legalità, che deve essere patrimonio anche della classe forense: e se la varietà e pluralità delle esperienze rappresenta un arricchimento irrinunciabile, non si comprende perché, allora, tale fungibilità non debba venire parimenti riconosciuta agli avvocati.

Il pericolo derivante da una stretta contiguità tra le due figure, semmai, è quello contrario di permeare il giudice della cultura dell'accusa, inducendolo ad assumere un ruolo attivo di integrazione della prova a carico dell'imputato, in una distorta visione del processo penale come strumento di lotta alla criminalità e ricerca della verità sostanziale (come purtroppo ha dimostrato l'esperienza pratica nell'applicazione degli artt. 441, comma 5, e 507 c.p.p.), abdicando, così, alla sua posizione di neutralità.

Una netta e definitiva separazione tra magistrati requirenti e giudicanti avrebbe, inoltre, il benefico effetto di fare chiarezza nelle percezioni e valutazioni dell'opinione pubblica, in quanto, si spera, provocherebbe la cessazione del malvezzo di denominare giudici gli appartenenti agli uffici requirenti, che oggi contribuisce a rendere maggiormente credibili e fondate, già quasi un giudizio di colpevolezza, quelle che invece sono e devono restare acquisizioni di una parte.

Va infine ricordato che la stessa corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del referendum abrogativo degli artt. 190, comma 2, 191, 192, comma 6, e 198, della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, ha osservato che "Non può dirsi che il quesito investa disposizioni il cui contenuto normativo essenziale sia costi-

¹⁰ Da ultimo, Corte eur. 28 gennaio 2003, Dell'Utri c. Italia, in *Cass. pen.* 2003, p. 2064.

tuzionalmente vincolato, così da violare sostanzialmente il divieto di sottoporre a referendum abrogativo norme della costituzione o di altre leggi costituzionali. La costituzione, infatti, pur considerando la magistratura come un unico ordine, soggetto ai poteri dell'unico consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni”¹¹.

Pur dovendosi riconoscere la farraginosità della regola dei concorsi ai fini della progressione nelle funzioni introdotta dalla riforma (ed eliminata dalla controriforma), non paiono cogliere nel segno le censure rivolte al riguardo dal Consiglio superiore della magistratura, che lo ha definito un sistema “ingiusto (perché penalizza i magistrati più impegnati nel lavoro giudiziario); inadeguato (perché inidoneo a valutare laboriosità, equilibrio, imparzialità e indipendenza); controproducente (perché distoglie i magistrati dal lavoro giudiziario, sia in quanto esaminatori, sia in quanto concorrenti)”, oltre a tradursi, assieme ad altre norme, in una limitazione dei poteri che la costituzione assegna al Consiglio superiore della magistratura¹².

L'art. 101, comma 2, cost., stabilisce che i giudici sono soggetti soltanto alla legge: ma tale precetto è diretto a garantire l'assoluta libertà e l'indipendenza interna ed esterna unicamente nel momento della decisione, che deve essere scevra da ogni condizionamento¹³.

Attesa la strutturazione dei processi su diversi gradi di giudizio,

¹¹ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 37, in *Foro it.*, 2000, I, p. 733: il referendum non ha raggiunto il prescritto *quorum*, pur avendo ricevuto il voto favorevole di oltre otto milioni di cittadini.

In materia per ulteriori riferimenti, si veda, volendo, GUALTIERI, *La separazione delle carriere: previ riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1409 ss.

¹² *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia*, approvata dal *plenum* il 27 luglio 2006, cit., III.

¹³ I poteri di assegnazione degli affari giudiziari riconosciuti ai capi degli uffici (anche ai fini di sorveglianza e in prospettiva disciplinare) sono inidonei ad inficiare l'assunto appena esposto: inoltre, essi trovano limitazioni nelle tabelle approvate dal consiglio superiore della magistratura, tendenti ad ottenere il rispetto del principio della naturalità e precostituzione del giudice, sancita dall'art. 25 cost.. In questo senso e con questi limiti deve essere negato il concetto di gerarchia tra i giudici. Sulla riferibilità ai soli giudici del principio fissato dall'art. 101, comma 2, cost., si veda *supra* la nota 2.

non può pertanto considerarsi lesiva di principi costituzionali la previsione di una progressione economica e di funzioni, sottoposta a controlli.

Tuttavia, non va dimenticato che l'art. 105 cost. parla espressamente di «promozioni»¹⁴, espressione tipica di uno svolgimento di carriera, e che l'acquisizione delle qualifiche superiori conferisce maggiore prestigio e apre la strada al conseguimento di incarichi direttivi.

Non solo. L'art. 104, comma 4, cost. prevede che i magistrati appartengano a «varie categorie» e lo stesso art. 107, comma 3, riconosce che le funzioni dei magistrati possano essere «diverse».

Relativamente all'assetto degli uffici della procura della Repubblica, il Consiglio superiore della magistratura ha affermato le nuove disposizioni segnerebbero un notevole passo indietro, in quanto la radicale gerarchia introdotta si porrebbe in contrasto con gli artt. 101, comma 2, cost., poiché mette in forte pericolo la soggezione soltanto alla legge del magistrato ad esso addetto, e 107, comma 3, cost., secondo cui i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni: e il profilo sarebbe ancor più fortemente palesato dalla norma che prevede in capo al procuratore generale il potere di controllo sul corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, sull'osservanza delle norme sul giusto processo, sul corretto esercizio dei poteri del procuratore della Repubblica, creando così una sorta di “vertice dei vertici, caratterizzato da un ulteriore rafforzamento della gerarchizzazione dei rapporti che va ben oltre la mera necessità di direzione, controllo e coordinamento e che pare porsi in contrasto con i valori fondamentali della giurisdizione”. La

¹⁴ Osserva in proposito DI FEDERICO, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, p. 610, che non esiste nessuna indicazione che l'attuale costituzione, assegnando al CSM il compito di effettuare le “promozioni” dei magistrati, volesse attribuire a quel termine un significato diverso da quello che ha nella lingua italiana, cioè di una attività “con cui si conferisce il passaggio ad un grado, a una qualifica, a una dignità superiore di quella che uno ha”. BONIFACIO-GIACOBBE, *Commento all'art. 105 cost.*, in *Commentario della costituzione* (a cura di Branca), *La magistratura*, tomo II, Bologna, 1986, p. 86 ss., sostiene invece che la disposizione deve essere inserita e coordinata nel complesso organico di norme dettate dalla costituzione per disciplinare la magistratura, che esclude ogni strutturazione gerarchica di essa: conseguentemente, potrebbe ritenersi che il richiamo al meccanismo delle promozioni, per un verso, abbia un preciso contenuto temporaneo e transitorio, e per altro verso, rappresenti la chiara indicazione che ogni atto relativo allo stato giuridico del magistrato (e quindi anche la “promozione”, ove questa dovesse sussistere ed essere ritenuta compatibile con il complesso sistema costituzionale) deve essere riservata alla competenza esclusiva del Consiglio.

scelta lederebbe altresì l'effettiva attuazione del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale e comprimerebbe le prerogative del consiglio superiore, al quale non è riconosciuto alcuno spazio di intervento nelle ipotesi di contrasto o divergenze tra magistrato e procuratore e neanche rispetto alle scelte che definiscono l'assetto complessivo dell'ufficio, specie in relazione alla designazione del vicario. Ed infine è stata valutata negativamente la disposizione relativa ai rapporti con i *media*, riservati al capo dell'ufficio o ad altro magistrato da lui delegato, che sembra avere un ambito applicativo più vasto di quello degli atti coperti da segreto investigativo che meritava di essere trattato con normativa di più ampio respiro, auspicabilmente applicabile non solo alle Procure, ma a tutti gli uffici giudiziari, alla luce della delicatezza e della rilevanza dei diritti anche costituzionali in gioco, non ultimi quelli alla manifestazione del pensiero, alla tutela della privacy dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, al buon andamento della pubblica amministrazione e alla presunzione di non colpevolezza¹⁵.

Queste argomentazioni critiche non sono per nulla condivisibili.

Non si tratta, in effetti, di innovazioni tali da scardinare il sistema, bensì di interventi diretti a razionalizzarlo, non essendo contestabile che gli uffici del pubblico ministero siano sempre stati tradizionalmente e normativamente regolati secondo i principi della unità, indivisibilità e impersonalità e della gerarchia tra dirigente e sostituti (e l'uso di questo termine è significativo): e la materia appare totalmente estranea alle competenze del Consiglio superiore, determinate dall'art. 105 cost.

¹⁵ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia*, cit., XX ss. Si veda anche, sulla stessa falsariga, SCARSELLI, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 28, il quale si spinge a sostenere (c. 29) che "prima della riforma erano indipendenti tutti i giudici (sic!) del pubblico ministero, ora solo i capi degli uffici", peraltro "sotto l'occhio vigile del procuratore generale, ed è funzione dirigenziale sotto l'occhio vigile del ministero della giustizia": ed aggiunge che "prima della riforma la scelta dei capi degli uffici spettava interamente all'organo di autogoverno della magistratura, ora anche ad una commissione cui partecipano componenti laiche ed anche (per il parere) al ministro della giustizia"; dimenticando alcuni particolari non proprio trascurabili, quali che il procuratore generale non dipende affatto dal ministro, che ai sensi dell'art. 69 ord. giud. 1941, i poteri del pubblico ministero sono esercitati sotto la vigilanza del ministro della giustizia, che il procuratore generale presso la corte d'appello esercita a sua volta la sorveglianza sui magistrati e sugli delle procure del distretto (art. 16 r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, come sostituito dall'art. 30 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449). e che la designazione dei capi degli uffici ha sempre richiesto il "concerto" del ministro (art. 11, comma 3, legge 24 marzo 1958, n. 195).

Sconcerta, altresì, la pervicacia con la quale si insiste sull'applicabilità ai magistrati del pubblico ministero dell'art. 101, comma 2, cost., invece chiaramente riferibile soltanto ai giudici, e su una lettura dell'art. 107, commi 3 e 4, cost. sconfessata dalla corte costituzionale e dalla dottrina largamente maggioritaria¹⁶.

Lascia, parimenti, perplessi l'affermazione del Consiglio superiore che l'obbligatorietà dell'azione disciplinare provocherebbe, con l'aumento del numero di magistrati inquisiti, un "conseguente effetto intimidatorio e di spinta al conformismo giurisprudenziale e all'assunzione di un ruolo meramente burocratico"¹⁷.

La tipizzazione degli illeciti è un'antica rivendicazione dei magistrati ed ha un contenuto certamente garantista, servendo a circoscrivere in modo più preciso i limiti di liceità delle condotte: la norma di chiusura contenuta nell'art. 3, lett. l) ("ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità dei magistrati, anche sotto il profilo dell'apparenza") appare ineccepibile, in quanto i valori tutelati dalle norme sono "da un lato la fiducia e la considerazione di cui deve godere ciascun magistrato e dall'altro il prestigio dell'ordine giudiziario".

La maggioranza scaturita dalle elezioni del 2006 ha attuato una rapida controriforma, prima attraverso l'introduzione di modifiche ad alcuni decreti legislativi emanati in attuazione della delega e la sospensione dell'efficacia delle altre disposizioni (legge 14 ottobre 2006, n. 269) e successivamente con la legge 30 luglio 2007, n. 111, che ha inciso su punti qualificanti del precedente provvedimento.

Sono stati infatti eliminati l'obbligo del candidato di specificare nella domanda di partecipazione al concorso se intendeva accedere alle funzioni giudicanti o requirenti e la sua sottoposizione al test psico-attitudinale.

È intervenuta l'abrogazione del sistema dei concorsi interni, sostituita da una verifica quadriennale della professionalità, affidata al consiglio superiore della magistratura, previo parere del consiglio giudiziario, al

¹⁶ Cfr. per tutti, GUASTINI, *Commento all'art. 101 cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca-Pizzonesso), *La magistratura*, tomo I, Bologna, 1994, p. 173 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 211; Corte cost. 16 dicembre 1970, n. 190, in *Foro it.*, 1971, I, p. 8; Corte cost. 16 marzo 1976, n. 52, in *Giur. cost.*, 1976, p. 388; *contra*, Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88 (in *Giust. pen.*, 1991, I, p. 165 ss.

¹⁷ Parere 18 gennaio 2006 sullo schema di decreto riguardante la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, in *Foro it.*, 2006, III, p. 97.

cui esito positivo sono stati condizionati il conferimento e la progressione nelle funzioni, che avvengono attraverso un concorso per titoli.

Il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa è stato vietato all'interno dello stesso distretto ed è stato subordinato ad una procedura concorsuale e alla partecipazione ad un corso di qualificazione professionale..

Sono state, altresì, profondamente modificate le norme sulla struttura, le finalità e le modalità di funzionamento della scuola superiore della magistratura, sul consiglio direttivo della corte di cassazione e sulla composizione dei consigli giudiziari, ridimensionando in particolare il ruolo degli avvocati.

Sono state invece di minor rilievo le innovazioni in materia di organizzazione degli uffici del pubblico ministero e di responsabilità disciplinare ed è stata mantenuta la temporaneità degli uffici direttivi.

Il nuovo assetto normativo ha quindi indotto ad organizzare un incontro di studio, al fine di confrontare la situazione normativa interna in tema di indipendenza, professionalità e responsabilità dei magistrati con quella dei principali Paesi europei e con le regole enunciate dal consiglio di Europa.

Il quadro scaturito dalle relazioni svolte da illustri studiosi ha evidenziato come la tutela della indipendenza e della terzietà sia assicurata soltanto ai giudici, mentre i pubblici ministeri sono di regola posti alle dipendenze del potere esecutivo e l'azione penale non è inderogabilmente obbligatoria.

A quest'ultimo proposito, va osservato come la discrezionalità nel perseguimento dei reati può essere giustificata affidando i relativi controlli e le conseguenti responsabilità ad un organo politico, appunto il Ministro della giustizia, al quale dovrebbero essere in questo subordinati i magistrati requirenti, come forse permetterebbe anche in Italia il contenuto dell'art. 107, comma 4, cost., che rinvia alla legge sull'ordinamento giudiziario la determinazione delle garanzie da riconoscere al pubblico ministero.

Epilogo, tuttavia, non auspicato da chi scrive, che vede con maggior favore il mantenimento della obbligatorietà dell'azione penale a tutela dell'effettivo rispetto del principio di uguaglianza e della indipendenza degli stessi pubblici ministeri¹⁸ ed eventualmente e semmai la fissazione di criteri di priorità da parte del Parlamento.

¹⁸ A puro titolo esemplificativo, si indicano una ulteriore e più incisiva depenalizzazione (pur non nascondendo i riflessi che ciò comporta sui carichi della giustizia

civile), l'estensione dei casi perseguibilità a querela di parte, la generalizzazione degli istituti della improcedibilità per particolare tenuità del fatto e di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, e soprattutto più stringenti verifiche sulla laboriosità dei magistrati ed ampliamenti di organico. Va in proposito rammentato che nella Raccomandazione n. 12 (1987) adottata il 17 settembre 1987 dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, si auspica che "il principio di opportunità venga introdotto pur nel rispetto del contesto storico di ciascuno degli Stati membri".

Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale, anche con riferimenti di diritto comparato, cfr. AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994; AA.VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, (a cura di Gaito), Napoli, 1991; CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995; AA.VV., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale* (a cura di Tirelli), Milano, 1998; GREVI, *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 443; GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984; Nobili, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 173; RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 373; UBERTIS, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1891; si veda anche recentemente, QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004.

Corte cost. 8 settembre 1995, n. 420, in *Arch.nuova proc. pen.*, 1995, p. 785 ss., con richiamo dei precedenti conformi, evidenzia proprio come l'obbligatorietà dell'azione penale sia punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale e costituisca la fonte essenziale della garanzia di indipendenza del pubblico ministero, come già ritenuto nella decisione n. 88 del 1991, in *Giust. pen.*, 1991, I, p. 165 ss.

Per una forte presa di posizione in favore dell'introduzione del principio di discrezionalità, di fatto già presente nell'ordinamento, si vedano i numerosi scritti di Di Federico, oggi raccolti in DI FEDERICO, *Manuale di ordinamento giudiziario*, cit. p. 422 ss., 441 ss., 455 ss., 596 ss.

CARLO GUARNIERI
Università di Bologna

*MAGISTRATI IN EUROPA: INDIPENDENZA,
PROFESSIONALITÀ, RESPONSABILITÀ
IL CASO ITALIANO*

Per analizzare il caso italiano e confrontarlo – anche implicitamente – con quello degli altri paesi europei è necessario considerare innanzitutto le profonde trasformazioni che hanno toccato l'assetto della nostra magistratura nella seconda metà del Novecento, anche in conseguenza del processo di attuazione della Costituzione del 1948. Solo così, infatti, è possibile valutare le differenze fra l'assetto italiano e quello che prevale negli altri paesi europei e allo stesso tempo comprendere le difficoltà che qualunque tentativo di riforma è destinato ad incontrare.

1.

Non c'è dubbio che il modello di ordinamento giudiziario ideato dai costituenti sia stato fortemente influenzato dal modo con cui in quel periodo veniva definita la funzione istituzionale del giudice. Prendendo a prestito la notissima espressione di Montesquieu, il giudice era infatti considerato sostanzialmente la “bocca che pronunzia le parole della legge”. In quel contesto l'indipendenza era vista come lo strumento indispensabile per far svolgere al giudice la sua funzione senza interferenze illegittime da parte di altri poteri, soprattutto dall'esecutivo, anche perché ancora forte era il ricordo degli abusi commessi durante il periodo liberale e, soprattutto, quello fascista.

La funzione giudiziaria – almeno quella esercitata dal giudice ordinario – veniva così considerata una funzione sostanzialmente “tecnica”, il cui esercizio era privo di margini significativi di discrezionalità e il cui rilievo politico – se c'era – era solo indiretto. Del resto, a riprova di questo atteggiamento va considerato che, quando i costituenti si trovarono ad affrontare il problema di organizzare il controllo giudiziario di costituzionalità – caratterizzato da margini più ampi di discrezionalità interpretativa e, quindi, di politicità – dopo qualche esitazione, decisero di affidarlo ad una corte specializzata, con una compo-

sizione diversa da quella delle corti ordinarie (e dove istituzioni politiche come il Parlamento e lo stesso presidente della Repubblica si trovano a svolgere un ruolo di rilievo nella scelta dei giudici).

D'altra parte, proprio perché doveva svolgere una funzione fondamentalmente tecnica, i costituenti pensarono che il giudice dovesse possedere competenze adeguatamente verificate. Da qui la prescrizione del pubblico concorso per la selezione iniziale, ma anche, all'articolo 105, l'attribuzione al Consiglio superiore della magistratura del compito di effettuare le "promozioni". E non si può non ricordare che una promozione implica l'"avanzamento" di qualcuno rispetto ad altri. In altre parole, implica una selezione, una scelta. Del resto, proprio da tale natura deriva probabilmente la decisione di affidare tali decisioni al CSM: per garantire il magistrato da scelte basate su considerazioni altre da quelle del merito. Si può quindi aggiungere che molto difficilmente i costituenti potrebbero ritenere gli avanzamenti per semplice anzianità che caratterizzano ormai da decenni la nostra magistratura delle vere promozioni.

2.

Il processo di attuazione del dettato costituzionale in tema di ordinamento giudiziario, che si sviluppa a partire dalla fine degli anni '50 e che si conclude sostanzialmente a metà degli anni '70 del '900, ha portato con sé dei profondi mutamenti. Vi è stato in primo luogo un forte aumento dell'indipendenza esterna, conseguenza dell'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura – nella composizione indicata dalle norme costituzionali – e delle competenze che gli sono state attribuite. Rilevante è stato soprattutto il ruolo di "governo" dell'ordine giudiziario che questa istituzione ha assunto, con la conseguente riduzione drastica dei poteri del ministro. Mi riferisco al fatto che, al contrario per esempio del CSM francese, il CSM italiano non svolge un ruolo di semplice garanzia dell'indipendenza, inteso come controllo sulle scelte effettuate dal ministro della Giustizia, ma provvede direttamente a prendere e a far eseguire tutte le decisioni che toccano lo *status* del magistrato.

Vi è stato anche un aumento dell'indipendenza interna, ottenuto grazie allo smantellamento della tradizionale carriera. Qui i mutamenti di rilievo sono stati due: l'introduzione dei "ruoli aperti" – e cioè della possibilità di procedere a promozioni senza vincoli quantitativi, anche

al di là di posti presenti nella pianta organica – e il fatto di affidare le valutazioni ad organi elettivi – i Consigli giudiziari e il CSM – diventati responsabili verso un elettorato composto prevalentemente da coloro che devono essere valutati. Questa responsabilità è stata resa possibile da una serie di fattori. In primo luogo il suffragio elettorale per l'elezione dei membri togati del Consiglio è stato "democratizzato": tutti i magistrati hanno acquisito un eguale diritto di voto, a prescindere dal loro grado. Poi, le elezioni giudiziarie sono state strutturate dalla presenza delle correnti giudiziarie, veri e propri micro-partiti. Le correnti, infatti, hanno monopolizzato di fatto la rappresentanza del corpo giudiziario e sono quindi in grado di influire in modo notevole sul comportamento degli eletti nei consigli. In questo modo, l'organo che decide della carriera dei magistrati è composto, per due terzi, da rappresentanti di gruppi il cui potere dipende appunto dal voto dei magistrati e che, quindi, non hanno molto interesse a scontentare i propri elettori, anche perché i costi delle loro decisioni ricadono comunque all'esterno.

Questa trasformazione, che abbiamo sommariamente descritto, non è stata senza problemi. Ad esempio, ci può domandare se le correnti giudiziarie garantiscano, oltre all'indipendenza esterna, anche quella del singolo giudice, magari non affiliato a nessuna corrente. Va inoltre segnalato che il CSM è un organo che si rinnova totalmente – elemento che aumenta l'importanza dell'elezione – ogni quattro anni, fatto che lo rende sensibilissimo ai mutamenti degli equilibri politici dentro e fuori la magistratura. Va anche aggiunto che il divieto costituzionale di rielezione immediata (art. 104, 6) – che probabilmente mirava ad evitare un rapporto troppo stretto fra i componenti del CSM ed i loro elettori – è di fatto vanificato dal ruolo che vi svolgono partiti e correnti. La conseguenza è che il CSM, come mise in luce a suo tempo un grande giurista come Giovanni Tarello¹, tende ad oscillare fra corporativismo e politicizzazione, a seconda che i processi decisionali siano maggiormente influenzati dalle correnti o dai laici designati dal Parlamento. Si tratta di una constatazione che non dovrebbe sorprendere e che non deriva dalla cattiva volontà dei singoli, ma dalle caratteristiche dell'assetto istituzionale. Se non si modificano le modalità di scelta dei componenti del Consiglio è molto difficile che

¹ G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 361-368.

le cose possano cambiare e poco possono fare appelli ai “doveri deontologici” dei consiglieri.

3.

Ad ogni modo, dopo le riforme di attuazione della Costituzione che abbiamo rapidamente ricordato, l'indipendenza della magistratura italiana sembra essere diventata decisamente elevata. Questo risultato – che in linea di massima va considerato positivamente – non ci deve però nascondere i problemi. Alcuni li abbiamo appena accennati, altri cercheremo di considerarli ora.

Innanzitutto, vi è una certa ambiguità nell'uso del termine indipendenza, che sia riferito al giudice o alla magistratura nel suo complesso. Bisogna, infatti, distinguere fra garanzie istituzionali di indipendenza e indipendenza intesa come reale indipendenza del giudice dalle parti in causa, in altre parole come comportamento imparziale: le prime possono essere considerate un condizione necessaria della seconda, ma di per sé non la garantiscono. Un comportamento davvero imparziale da parte del giudice, che rispetti quindi i dettami del suo ruolo, dipende anche da molti altri fattori ed in particolare dalla sua identificazione con i fini dell'organizzazione giudiziaria, fatto che a sua volta dipende in larga misura dalle sue qualificazioni professionali. In altre parole, sono i giudici professionalmente qualificati a identificarsi maggiormente con il loro ruolo istituzionale, dato che, come è stato autorevolmente osservato, “le persone interiorizzano regole e ruoli che riescono a soddisfare efficacemente. I professionisti che si sentono competenti nel loro lavoro hanno più probabilità di interiorizzare le norme della professione”².

Quindi, la concreta indipendenza e imparzialità del giudice dipende non solo dalle sue garanzie di indipendenza ma anche dalle sue qualificazioni professionali. Dirò di più, le seconde sono forse più importanti delle prime: un giudice che ha profondamente interiorizzato i dettami del suo ruolo farà di tutto per adeguarvisi, anche a costo di pagare dei prezzi, ad esempio in termini di possibilità di “fare carriera”. Al contrario, un giudice ben garantito ma professionalmente debole e poco interessato a svolgere bene il suo ruolo sarà molto più propenso a cedere alla tentazione di esercitare il suo potere in modo

² J.G. MARCH, *Prendere Decisioni*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 76.

partigiano. Proprio per questo alcune affermazioni presenti in solenni dichiarazioni internazionali andrebbero quantomeno precisate, in modo da evitare fraintendimenti. Ad esempio, fra i Principi di base dell'indipendenza della magistratura approvati nel 1985 dall'Assemblea Generale dell'ONU si afferma al punto 2 che "la magistratura deciderà i casi che le sono presentati in modo imparziale, sulla base dei fatti e secondo la legge, senza *alcuna* restrizione, influenza o gratificazione impropria, pressione, minaccia o interferenza, diretta o indiretta, da *qualunque* parte o per *qualunque* ragione" (corsivo aggiunto). Si tratta di affermazioni che prese alla lettera sembrerebbero impedire, ad esempio, una seria verifica delle capacità professionali del giudice. Peraltro, è impossibile ottenere un completo isolamento della magistratura dal suo ambiente. Se ci si limita ad isolare il corpo giudiziario dalle influenze istituzionali – obiettivo che può essere perseguito anche con un certo successo – c'è il forte rischio di lasciare il campo alle influenze non istituzionali, poco o per nulla trasparenti e ancor meno controllabili.

4.

Se quindi la professionalità del giudice e del magistrato svolge un ruolo cruciale nel favorire la sua indipendenza, ben si giustifica l'attenzione che le è stata data in questo convegno. Del resto, in Italia si tratta di un punto dolente. Infatti, i tradizionali strumenti di verifica della professionalità – incentrati su concorsi gestiti dall'élite giudiziaria e basati sull'accertamento di un sapere astratto, di frequente non collegato ai compiti da svolgere – sono stati smantellati negli anni '60 e '70. Così, oggi, l'unica verifica seria è effettuata dal concorso iniziale: una prova certamente impegnativa, anche se la sua affidabilità – cioè la sua capacità di valutare la futura capacità lavorativa del magistrato – è limitata sia dal fatto di basarsi sulla verifica di conoscenze di carattere astratto sia dall'aleatorietà che tutte le prove concorsuali di necessità comportano. Al di là del concorso iniziale, non esistono verifiche efficaci delle qualità professionali dei magistrati. Di fatto, la progressione economica è legata alla semplice anzianità, con scarse eccezioni. La stessa nomina all'effettivo esercizio di funzioni superiori è spesso basata su informazioni insufficienti, fatto che fra l'altro lascia ampio spazio all'influenza di correnti e partiti.

Va poi aggiunto che la magistratura italiana presenta un grado

molto elevato di separazione dalle altre professioni giuridiche³. Il momento della separazione avviene subito dopo l'università e permane sostanzialmente per tutta la vita lavorativa. Da qui nasce probabilmente una tendenza ad isolare la professionalità del magistrato e a contrapporla, ad esempio, a quella dell'avvocato. È quanto avviene, ad esempio, in argomentazioni su una "cultura della giurisdizione" che unirebbe giudici e pubblici ministeri e li distinguerebbe dagli avvocati. Si tratta di argomentazioni dal fondamento molto discutibile. Soprattutto, sono fortemente dannose nel loro contrapporre magistrati ed avvocati. Infatti, oltre a favorire un'eccessiva conflittualità fra le due categorie, tendono a causare un generale impoverimento dell'identificazione professionale dei magistrati (e anche di quella degli avvocati).

Semmai, si può aggiungere che oggi svolgere con successo la funzione giudiziaria richiede che la professionalità del giudice sia in grado di tener conto di nuovi saperi e nuove competenze. Vanno quindi allargati i contenuti della formazione, andando anche oltre al necessario aggiornamento sull'evoluzione del sistema normativo. Ad esempio, una recente accurata analisi⁴ dell'evoluzione dei sistemi di formazione giudiziaria nei paesi democratici ha individuato le seguenti aree di sviluppo:

1. Le capacità più strettamente giuridiche (*legal skills*), come la redazione di sentenze, la valutazione dei testimoni e degli esperti, l'uso della mediazione e di altre forme di *Alternative Dispute Resolution*, ecc...

2. L'etica e deontologia giudiziaria, collegata anche alla materia disciplinare.

3. Le nuove capacità giudiziarie (*new judicial skills*): capacità manageriali di gestione dell'ufficio, relazione con i media, uso delle tecnologie, decisioni in contesti multilingue...

4. Le conoscenze del contesto "sociale" – e non solo – in cui si colloca l'azione del giudice: ad esempio l'impatto delle sentenze, le strategie antidiscriminatorie...

5. Le strategie per salvaguardare il benessere personale del giudice, come ad esempio le tecniche di controllo dello stress in udienza.

³ È il fenomeno che a suo tempo John Merryman ha battezzato con un'espressione efficace la "Balkanizzazione delle professioni legali". Cfr. *The Civil Law Tradition*, Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 102.

⁴ Vedi C.A. THOMAS, *Review of Judicial Training and Education in Other Jurisdictions*, Londra, Judicial Studies Board, 2006, specie pp. 55-87.

Come si può vedere, il lavoro da fare è molto. In altre parole, la strada per aggiornare i contenuti della professionalità del giudice è lunga, anche se i suoi contorni possono essere già in una certa misura identificati.

In Italia, non si può certo affermare che negli ultimi anni non si sia discusso di come migliorare la professionalità dei nostri magistrati. La stessa riforma varata nella scorsa legislatura dal ministro Castelli mirava, a suo modo, a migliorare le qualificazioni del corpo giudiziario. Il problema stava semmai nel fatto che lo strumento prescelto era un sistema di concorsi molto macchinoso, che non sembrava in grado di raggiungere l'obiettivo. Anzi, la sua somiglianza con le esperienze del passato spingeva a ritenere che ne sarebbero state premiate le conoscenze astratte piuttosto che le concrete capacità. Com'è noto, nel luglio scorso la riforma Castelli è stata profondamente modificata, proprio nelle parti relative alle valutazioni di professionalità. Che dire allora del nuovo provvedimento, di quella che si può chiamare la riforma Mastella? La risposta deve essere articolata, anche se – a ben vedere – le ombre prevalgono sulle luci.

Una valutazione positiva va data alle nuove norme in tema di reclutamento, dato che richiedono un'ulteriore esperienza o titolo, oltre alla laurea in giurisprudenza, per poter partecipare al concorso. Infatti, almeno in teoria, si allunga, anche se di poco, il periodo di socializzazione professionale comune alle professioni giuridiche e questo, per le ragioni che abbiamo sopra esposto, è un fatto senz'altro positivo. Naturalmente, allungare il periodo di preparazione alla carriera giudiziaria può avere riflessi negativi dal punto di vista della selezione sociale, nel senso di rendere più difficile a chi non dispone di mezzi sufficienti sostenere un più lungo periodo di preparazione al concorso. È una considerazione da condividere, anche se già oggi gli studi universitari di giurisprudenza sono, dal punto di vista sociale, molto selettivi. Il problema quindi esiste, ma va affrontato con strumenti adeguati: istituendo fin dall'università un organico sistema di borse di studio per i "capaci e meritevoli" e favorendo il reclutamento laterale, cioè l'inserimento nella magistratura di personale con esperienze professionali diversificate. Si tratta di una soluzione che da qualche tempo è stata sperimentata in Francia e che andrebbe presa in considerazione, anche perché, a ben vedere, ormai solo l'Italia resta completamente fedele al modello napoleonico che vuole reclutare i magistrati solo fra coloro che hanno da poco terminato gli studi universitari.

Quanto alle valutazioni quadriennali di professionalità che la nuo-

va legge prevede, il giudizio è invece sostanzialmente negativo: sembrano, infatti, inutili se non dannose. È vero che valutare in astratto le qualificazioni del magistrato non è semplice e che, forse anche per questo, il nuovo assetto prevede una griglia di criteri molto complessa, basata in parte anche su parametri quantitativi. È però probabile che il tutto si tramuterà in un forte volume di lavoro da parte degli organi collegiali cui non corrisponderà un risultato equivalente. I parametri quantitativi – anche quando si basano su dati attendibili, cosa non sempre vera – possono essere utili ad individuare casi devianti di particolare rilievo ma non a valutare in modo affidabile le reali capacità del magistrato. Quanto ai parametri di tipo qualitativo, essi si traducono spesso, e di necessità, in formule verbali abbastanza elastiche che lasciano ampi margini di discrezionalità agli organi decisionali. È probabile che per evitare arbitri o sperequazioni – e ricorsi alla giustizia amministrativa – alla fine nelle valutazioni prevarranno atteggiamenti più o meno lassisti.

Il punto cruciale è che non è stata modificata la struttura del procedimento di valutazione: gli attori che vi giocano un ruolo sono sempre gli stessi, le correnti giudiziarie e, al CSM, anche i partiti. In ogni caso, il già analizzato circolo vizioso fra valutati e valutatori non è stato spezzato. Non solo, la necessità di tener conto di una griglia di valutazione molto complessa appesantirà certamente le procedure, che sono destinate ad aumentare molto di numero: si può approssimativamente stimare che non ci saranno meno di 2000 valutazioni l'anno! Tutto questo non potrà non avere conseguenze negative sul funzionamento degli organi di valutazione – CSM e consigli giudiziari – e sull'accuratezza dell'intero processo. Per riassumere, con l'eccezione dei casi più gravi – che peraltro già ora cominciano ad essere sanzionati – poco cambierà e la capacità del nostro assetto di valutare correttamente la professionalità dei magistrati e di premiare i migliori resterà molto, troppo limitata.

Un cenno va fatto anche alla Scuola della magistratura. La decisione di istituirla va giudicata positivamente, in quanto va a colmare una lacuna da tempo segnalata da molti. Il problema è semmai quello di riuscire ad istituirla in tempi ragionevoli e a farla funzionare in modo passabilmente efficace. Purtroppo, le schermaglie che hanno caratterizzato l'elaborazione delle norme al riguardo non sembrano di buon auspicio. L'aspetto che ha attirato maggiore attenzione – e maggiore conflitto – è stato la composizione degli organi direttivi, cioè i “rapporti di forza” fra ministero della Giustizia e CSM. L'esigenza più av-

vertita sembra essere stata quella di controllare l'istituzione, con un atteggiamento che tradisce una visione tutto sommato strumentale della formazione: luogo da occupare con fedeli o dove magari organizzare l'indottrinamento dei giovani magistrati. Si può certo dubitare del realismo di quest'ultima prospettiva: quasi che i giovani magistrati, la cui età comunque oscilla fra i 25 e 30 anni e che potrebbe aumentare in conseguenza delle novità introdotte nel reclutamento, siano materiale facilmente plasmabile. La domanda cui rispondere è però se con queste premesse sarà possibile costruire una Scuola della magistratura che possa anche in minima parte dare soddisfazione alle impegnative esigenze che abbiamo sopra delineato.

5.

Il tema della professionalità del magistrato si collega anche a quello della sua responsabilità. Come è ben noto⁵, esistono varie forme di responsabilità del magistrato: penale, civile, disciplinare. Delle prime due non occorre dire molto. La prima è ovviamente limitata a reati comuni o di corruzione: tutte ipotesi molto gravi, per fortuna non troppo frequenti. Quanto alla responsabilità civile, la legge varata dopo il referendum del 1988 – grazie anche al modo con cui è stata interpretata – è difficilmente applicabile: non dispongo di dati certi, ma credo che i casi siano rarissimi. Maggiore, almeno in Italia, è l'uso della responsabilità disciplinare, forse anche perché il declino della carriera tradizionale ha fatto rivalutare questa forma di sanzione. Ad esempio, in Italia fra il 1991 e il 2002 ci sono stati ben 1338 casi con 337 condanne (anche se solo in 10 casi con la sanzione più grave della rimozione). A confronto, in Francia in un periodo analogo (1994-2003) le sanzioni sono state solo 89⁶.

Il limite principale di queste forme di responsabilità è che – se non si vuole mettere a rischio l'indipendenza – il loro raggio d'azione è necessariamente circoscritto ai casi più gravi e dove comunque le prove delle mancanze commesse dal magistrato sono evidenti. La loro capacità di scoraggiare comportamenti negativi è quindi limitata. Inol-

⁵ Vedi la sempre valida analisi di M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁶ Vedi G. DI FEDERICO (ed.), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Bologna, IRSIG-CNR, 2005.

tre, si tratta di strumenti che intervengono solo *ex-post*, dopo che il fatto è stato commesso. Perciò, data la delicatezza del ruolo svolto dal giudice, sarebbe opportuno investire piuttosto su misure che limitino *ex-ante* le violazioni. Il problema andrebbe quindi reimpostato: se è difficile – per via dei costi elevati e dei benefici tutto sommato modesti – rendere il giudice responsabile, che si può fare per cercare che si comporti in modo responsabile? Si torna così al tema delle qualità professionali, dell'identificazione del giudice con il suo ruolo e alla parte che le professioni giuridiche possono svolgere, in quanto gruppo di riferimento, nel responsabilizzarlo. Quindi, per concludere, la strada maestra per una magistratura che sia il più possibile indipendente e responsabile è probabilmente quella di puntare sulla professionalità, ma una professionalità che non separi il magistrato dalle altre professioni giuridiche e che sia al passo con le nuove e complesse esigenze della funzione giudiziaria.

HANNA SUCHOCKA
Consiglio d'Europa

LE NOMINE DEI GIUDICI *

SOMMARIO

Introduzione. – Sistema di nomina. Il sistema elettivo. Il sistema a designazione diretta. – Il ruolo del Consiglio giudiziario nella procedura di nomina. – Composizione di un alto Consiglio Giudiziario. – Presidenza del Consiglio. – Basi per la nomina. – Nomina per un periodo di prova. – Conclusioni.

1. La Commissione di Venezia ha adottato il presente rapporto alla 70° Sessione Plenaria (Venezia, 16-17 March 2007) come contributo all'elaborazione del parere n. 10 del *Consultative Council of European Judges* (CCJE – Consiglio consultivo dei giudici europei) sulla struttura e sul ruolo delle corti giudiziarie, come previsto dal *Terms of Reference* del CCJE per il 2007 (CCJE (2007), 2, punto 4.i), che impone al CCJE di consultarsi per questo parere con la Commissione di Venezia. La Commissione ha presentato il suo rapporto agli incontri del *Working Party* della CCJE (CCJE-GT) a Roma (28-29 marzo 2007) e a Graz (25-26 giugno 2007).

Introduzione

2. Scegliere il sistema appropriato per la nomina dei giudici è uno dei primi scogli che devono affrontare i paesi di recente democrazia, in cui spesso permangono preoccupazioni collegate all'indipendenza e all'imparzialità politica dell'ordine giudiziario.

In questi Stati il coinvolgimento politico nella nomina dei giudici mette a rischio la neutralità dell'ordine giudiziario, mentre in altri paesi, in specie quelli di più lunga tradizione democratica, tali metodi di nomina sono considerati tradizionali ed efficaci.

* Rapporto adottato dalla commissione europea per la democrazia attraverso la legge il 16 marzo 2007.

3. Gli *standard* internazionali in questa materia sono maggiormente in favore di un'incisiva depoliticizzazione del sistema.

Comunque non esiste nessun singolo modello di nomina "non politico" che possa idealmente accordarsi con il principio di separazione dei poteri e che assicuri piena indipendenza dell'ordine giudiziario.

Sistema di nomina

4. Il principio 1.2.c della Raccomandazione n. (94)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa stabilisce che *"Tutte le decisioni relative alla carriera professionale dei giudici dovrebbero basarsi su criteri oggettivi, e la selezione e la carriera dei giudici dovrebbero essere fondate sul merito, tenendo conto delle qualifiche, dell'integrità, della competenza e dell'efficienza. L'autorità competente in materia di selezione e di progressione in carriera dei giudici dovrebbe essere indipendente dal Governo e dall'amministrazione. Per garantire la sua indipendenza, le norme dovrebbero assicurare, per esempio, che i suoi membri siano designati da parte dell'ordine giudiziario e che l'autorità decida autonomamente sulle proprie regole procedurali. Tuttavia, laddove le previsioni costituzionali o legali e la tradizione consentono che i giudici siano nominati dal Governo, ci dovrebbero essere delle garanzie per assicurare che le procedure di nomina dei giudici siano trasparenti e in pratica indipendenti e che le decisioni non saranno influenzate da ragioni diverse da quelle collegate ai criteri oggettivi più sopra menzionati"*.

5. In alcune democrazie di più lungo corso, esistono sistemi in cui il potere esecutivo ha una forte influenza sulle nomine dei giudici. Questi possono funzionare bene nella pratica e assicurare l'indipendenza dell'ordine giudiziario perché l'Esecutivo è tenuto a freno dalla cultura giuridica e dalla tradizione sviluppate in un lungo arco di tempo.

6. Le nuove democrazie, invece, non hanno ancora sviluppato queste tradizioni che permettono di prevenire gli abusi. Perciò, almeno nelle nuove democrazie, esplicite previsioni costituzionali sono necessarie quali garanzie per prevenire l'abuso politico da parte di altri poteri dello Stato nella nomina dei giudici.

7. In Europa, i metodi di nomina variano grandemente in relazione ai diversi paesi e ai loro sistemi giuridici; per di più possono diffe-

rire all'interno del medesimo sistema in relazione ai vari tipi di giudici da nominare¹.

8. Al di là delle loro peculiarità, le regole di nomina possono essere raggruppate in due grandi categorie².

Il sistema elettivo

9. Nei sistemi elettivi i giudici sono direttamente eletti dal popolo (questo è un caso decisamente raro, che si registra nel sistema cantonale svizzero) o dal Parlamento (questo metodo è usato per eleggere i giudici al livello federale svizzero e in Slovenia; in Ucraina, la Verkhovna Rada di Ucraina è competente per eleggere tutti i giudici che non siano professionali). Questo sistema è talora considerato quello che garantisce una maggiore legittimazione democratica, ma può anche tradursi in un coinvolgimento dei giudici nelle campagne politiche e nella politicizzazione della selezione.

10. Il coinvolgimento del Parlamento nelle procedure di designazione può comportare una politicizzazione delle nomine dei giudici. Alla luce degli *standards* europei la selezione e la progressione in carriera dei giudici dovrebbe “essere basata sul merito, tenendo conto delle qualifiche, dell'integrità, della competenza ed efficienza dei candidati”³. Le designazioni da parte del Parlamento costituiscono comunque atti discrezionali; perciò, anche se le proposte provengono da un consiglio giudiziario non si può escludere che un Parlamento sovrano decida, senza autolimitarsi, di respingere le candidature; per conseguenza, considerazioni di carattere politico potrebbero prevalere sui criteri oggettivi.

¹ Per via delle funzioni speciali svolte dai giudici della Corte costituzionale e della maggiore necessità per essi di una legittimazione democratica, in quanto chiamati ad annullare atti del Parlamento sovrano, la procedura per la loro nomina è spesso diversa da quella dei giudici ordinari, ai quali il presente documento si riferisce (vedi “La composizione delle Corti costituzionali, Scienza e tecnica della democrazia, no. 20).

² Gli esempi offerti nel presente documento esemplificano i punti toccati e non intendono essere esaustivi. Le informazioni offerte sono basate soprattutto sulle norme costituzionali che riguardano l'organizzazione del potere giudiziario.

³ Raccomandazione No. R (94)12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, efficienza e sul ruolo dei giudici.

11. La Commissione di Venezia ha ritenuto che *“il Parlamento sia indubbiamente più immerso nei giochi politici e che la nomina dei giudici possa diventare il frutto di negoziazioni politiche nel Parlamento, in cui ogni deputato di ciascuna circoscrizione geografica desidera ottenere il proprio giudice”*⁴.

12. Le nomine dei giudici ordinari non sono materia appropriata per un voto del Parlamento perché il pericolo che considerazioni politiche prevalgano sui meriti oggettivi di un candidato non può essere escluso.

Il sistema di nomina diretta

13. Nel sistema di nomina diretta, l'organo competente alla designazione può essere il Capo dello Stato. È quanto avviene in Albania, dietro proposta dell'Alto consiglio di giustizia; in Armenia, sulla base della raccomandazione del Consiglio Giudiziario; nella Repubblica Ceca; in Georgia, su proposta dell'Alto consiglio di giustizia; in Grecia, dopo una precedente decisione del Consiglio Supremo dei giudici; in Irlanda; in Italia, su proposta del Consiglio Superiore della Magistratura⁵; in Lituania, in forza dei suggerimenti provenienti da uno “speciale organo giudiziario previsto dalla legge”; a Malta, su indicazione del Primo ministro; in Moldavia, su proposta presentata dal Consiglio Superiore dei Magistrati; nei Paesi Bassi, su parere della Corte chiamata in causa dal Consiglio per l'ordine giudiziario; in Polonia, su impulso del Consiglio nazionale della Magistratura; in Romania, sulla base delle proposte del Consiglio Superiore della Magistratura; nella Federazione Russa, i giudici delle corti federali ordinarie sono nominati dal Presidente dietro indicazione, rispettivamente, del Presidente della Corte Suprema e del Presidente della Alta Corte Arbitrale, i candidati sono normalmente scelti sulla base di segnalazione da parte di organismi qualificati; in Slovacchia, sulla base di una proposta del Consiglio Giudiziario; in Ucraina, su proposta dell'Alto Consiglio di giustizia.

⁴ Commissione di Venezia, Parere sul progetto di legge (opinion on the draft law) sull'ordine giudiziario e conseguenti modifiche costituzionali della Lituania, CDL-AD (2002) 26, para. 22.

⁵ In Italia il decreto del Presidente della Repubblica – che è anche il Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura – è una mera formalità.

14. Nel considerare questo metodo tradizionale, una distinzione deve essere fatta tra sistemi parlamentari, in cui il presidente (o il Re) ha più che altro poteri formali e sistemi (semi) presidenziali. Nel primo sistema è più frequente che il presidente sia estraneo alla lotta politica e che perciò la sua influenza costituisca un pericolo minore per l'indipendenza dei giudici. *Ciò che conta di più è l'ampiezza con cui il capo di stato è libero di decidere sulla nomina.* Deve essere assicurato che il ruolo fondamentale nella procedura di selezione sia dato a un organo indipendente, un consiglio giudiziario. Le proposte di questo consiglio possono essere rigettate solo in via eccezionale e al presidente non dovrebbe essere permesso di nominare un candidato non incluso nelle liste presentate dal consiglio⁶. *Finché il presidente sia vincolato alla proposta fatta da un consiglio giudiziario indipendente, la nomina da parte del presidente non sembra suscitare perplessità.*

15. In alcuni paesi i giudici sono nominati dal governo (in Svezia “le nomine agli incarichi nelle corti giudiziarie...devono essere fatte dal governo o da una pubblica autorità designata dal governo”).

Può esserci una designazione mista da parte del capo di Stato e del governo. Così nei Paesi Bassi il ministro della giustizia è politicamente responsabile per le nomine a mezzo di regio decreto e perciò viene chiamato anche a controfirmare le nomine. Come già puntualizzato, questo metodo può funzionare in un sistema di tradizioni giudiziarie ben consolidate ma la sua introduzione in paesi di recente democrazia darebbe chiaramente adito a preoccupazioni.

16. Un'altra possibilità è la nomina diretta (non solo una proposta) da parte del consiglio giudiziario. Per esempio, in Italia e Portogallo il consiglio giudiziario ha il potere di nominare, assegnare alle funzioni, trasferire e promuovere i giudici delle corti giudiziarie e di esercitare il controllo disciplinare su di essi. In Bulgaria i giudici, i pubblici ministeri e i magistrati istruttori sono nominati dal supremo consiglio giudiziario. In Croazia i giudici sono nominati e rimossi dall'incarico dal consiglio giudiziario statale. A Cipro la nomina, la promozione, il trasferimento e la decadenza dall'ufficio, la rimozione e le questioni disciplinari dei giudici sono di esclusiva competenza della Consiglio superiore della giurisdizione. Nella “ex-repubblica jugoslava di

⁶ Commissione di Venezia, Parere sulle Norme sull'ordine giudiziario nel progetto di Costituzione della Repubblica Serba, CDL-AD(2005)023, para. 17.

Macedonia” i giudici e i presidenti delle Corti debbono essere eletti e rimossi dal Consiglio giudiziario. In Turchia il consiglio supremo dei giudici e dei pubblici ministeri è competente per la nomina dei giudici, il trasferimento ad altri incarichi, la loro promozione e le questioni disciplinari. La legge ungherese sulla organizzazione e amministrazione delle Corti (Act LXVI) del 1997 istituisce il consiglio nazionale giudiziario che esercita il potere di amministrazione delle corti giudiziarie, inclusa la nomina dei giudici.

17. Sino a che l'indipendenza e l'autonomia del consiglio giudiziario risulti assicurata, la nomina diretta dei giudici da parte del consiglio giudiziario è chiaramente un valido modello.

Il ruolo del consiglio giudiziario nella procedura di nomina

18. Secondo il parere n. 1 (2001) della CCEJ, *“tutte le decisioni relative alla nomina o alla carriera di un giudice debbono essere basate su criteri oggettivi e possono, in alternativa, o essere assunte da un'autorità indipendente, o essere comunque soggette a garanzie tali da assicurare che la decisione non sia presa sulla base di criteri diversi da questi”*.

19. La Carta europea sullo statuto dei giudici adottata a Strasburgo nel luglio 1998 (DAJ/DOC(98)23) stabilisce al punto 1.3: *“Con riferimento ad ogni decisione che riguardi la selezione, il reclutamento, la nomina, la progressione in carriera o la decadenza di un giudice, lo statuto prevede l'intervento di un'autorità indipendente dal potere esecutivo e da quello legislativo, all'interno della quale almeno la metà dei componenti siano giudici eletti dai loro colleghi secondo metodi che garantiscano la più ampia rappresentanza dell'ordine giudiziario”*. Secondo il memorandum esplicativo della Carta europea, il termine “intervento” di una autorità indipendente significa un parere, una raccomandazione o una proposta così come una effettiva decisione.

20. La CCEJ condivide gli *standards* definiti dalla Carta europea *“in quanto riservano l'intervento (in un senso sufficientemente ampio da includere un parere, una raccomandazione o una proposta così come una decisione effettiva) ad una autorità indipendente composta da una sostanziale rappresentanza di giudici democraticamente scelti dagli altri giudici”*.

21. A prescindere dal sistema di nomina, molti Stati europei hanno introdotto un organo apposito, alto consiglio giudiziario, talora con una competenza esclusiva, talora con un ruolo minore nella nomina dei giudici⁷.

22. *“Molte democrazie europee hanno introdotto un Alto Consiglio giudiziario politicamente neutrale, o un organo equivalente, nei loro sistemi giuridici – talvolta come parte integrante delle loro Costituzioni – quale strumento effettivo che funga da presidio dei principi democratici basilari, in cui vanno inclusi l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario, il suo ruolo nella salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali e la sopravvivenza di un costante dibattito sul ruolo del potere giudiziario all'interno di un sistema democratico. La sua indipendenza ed autonomia deve essere effettiva e reale quale concreta affermazione e manifestazione della separazione dei poteri dello Stato”*⁸.

23. La mera esistenza di un Alto consiglio giudiziario non può automaticamente escludere valutazioni di carattere politico nella procedura di nomina. Per esempio, *“in Croazia, un alto consiglio giudiziario di undici membri (sette giudici, due avvocati, due professori) ha la responsabilità di queste nomine, ma il Ministro della giustizia può proporre che gli undici membri siano eletti dalla camera dei rappresentanti del parlamento croato e l'alto consiglio giudiziario deve allora consultarsi con la commissione giudiziaria del parlamento croato, controllata dal partito al governo in quel momento, con riferimento a ciascuna di queste nomine. Per quanto l'articolo 4 della modificata costituzione croata si riferisca al principio della separazione dei poteri, esso afferma anche che ciò include “tutte le forme di mutua cooperazione e di reciproco controllo tra i detentori del potere”, che certamente non esclude un'influenza politica sulle nomine giudiziali o sulle promozioni. In Irlanda, sebbene vi sia una commissione giudiziale per le nomine, considerazioni*

⁷ Albania, Andorra, Belgio, Bulgaria, Cipro, Georgia, Grecia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Islanda, Irlanda, Italia, Lituania, Moldavia, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Russia (ci sono organi qualificati inclusi il Consiglio di qualificazione avanzata, che effettua raccomandazioni circa la nomina e – in casi speciali – la rimozione dei giudici), Slovacchia, Slovenia, “Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia”, Regno Unito, Ucraina, Turchia.

⁸ Commissione di Venezia, parere sui recenti emendamenti alla legge sulle disposizioni costituzionali fondamentali della Repubblica di Albania, CDL-INF (1998)009, para. 5.

politiche possono comunque determinare quali dei candidati in corsa, tutti approvati dalla commissione, siano effettivamente nominati dal ministro della giustizia (e la commissione non ha alcun ruolo quanto alle promozioni)”⁹.

24. Il ruolo dell’alto consiglio giudiziario può variare moltissimo. Per esempio, il ruolo di questi consigli in Germania può essere differente a seconda del livello delle corti; ci sono consigli per la nomina dei giudici che sono puramente consultivi. In Ungheria, la legge sull’Amministrazione delle Corti (Act LXVI del 1997) istituisce il Consiglio Giudiziario Nazionale che esercita il potere di amministrazione delle corti, ivi inclusa la nomina dei giudici. In Italia e in Portogallo il Consiglio giudiziario ha il potere di nominare, assegnare alle funzioni, trasferire e promuovere i giudici delle corti giudiziarie e di esercitare il controllo disciplinare su di essi. Nei Paesi Bassi, il Consiglio per l’ordine giudiziario opera soltanto come intermediario, poiché le nomine sono nelle mani delle corti competenti.

25. La Commissione di Venezia ritiene che il consiglio giudiziario dovrebbe avere una decisiva influenza sulle nomine e sulle promozioni dei giudici e (forse attraverso un collegio disciplinare istituito a fianco al Consiglio) sulle sanzioni disciplinari contro di loro. Deve essere garantita un’impugnazione davanti ad un giudice indipendente contro le decisioni che irrogano sanzioni disciplinari.

26. Mentre la partecipazione del consiglio giudiziario nella nomina dei giudici è determinante, non è altrettanto necessario che assorba l’intera attività di amministrazione del sistema giudiziario, che può essere lasciata al Ministro della Giustizia. *“Un autonomo consiglio giudiziario che garantisca l’indipendenza del potere giudiziario non implica che i giudici si auto-governino. La gestione dell’organizzazione amministrativa dell’ordine giudiziario non dovrebbe essere interamente rimessa nelle mani dei giudici”¹⁰.*

⁹ Parere n. 1 (2001) della CCEJ sugli standards relativi all’indipendenza dell’ordine giudiziario e all’irremovibilità dei giudici, para. 20.

¹⁰ Commissione di Venezia, Parere sui recenti emendamenti alla legge sulle disposizioni costituzionali fondamentali della Repubblica di Albania, CDL-INF (1998)009, par. 5.

Composizione del consiglio giudiziario

27. Un bilanciamento deve essere trovato tra indipendenza della giurisdizione e auto-amministrazione, da un lato, e tra indipendenza della giurisdizione e la necessaria responsabilizzazione dall'altro, così da evitare gli effetti negativi del corporativismo all'interno dell'ordine giudiziario. Sotto questo aspetto è necessario assicurare che le sanzioni disciplinari contro i giudici siano applicate effettivamente e non siano disinnescate da un indebito lassismo dei colleghi. Un modo per raggiungere quest'obiettivo è quello di istituire un consiglio giudiziario con una composizione bilanciata dei suoi membri.

28. Secondo la Commissione di Venezia, **“non c'è un modello standard che un paese democratico sia vincolato a seguire nell'istituire il proprio consiglio giudiziario, fintantoché le funzioni di questo consiglio siano tali da garantire il corretto funzionamento di un sistema giudiziario indipendente all'interno di uno Stato democratico. Per quanto esistano modelli in cui il coinvolgimento di altri poteri dello Stato (il legislativo e l'esecutivo) è apparentemente escluso o ridotto al minimo, questo coinvolgimento è riconosciuto con gradazioni differenti da molte legislazioni ed è giustificato dal contenuto sociale delle funzioni del Consiglio Giudiziario Supremo e dall'esigenza che l'attività amministrativa dell'ordine giudiziario sia monitorata da altri poteri dello Stato. È ovvio che il potere giudiziario deve essere chiamato a rispondere delle sue azioni secondo la legge, purché siano assicurate procedure adeguate e giuste e, altresì, che una rimozione dall'ufficio possa essere disposta soltanto per ragioni che siano dimostrate. Nondimeno, è opinione comune che l'obiettivo primario dell'esistenza stessa di un Consiglio Superiore Giudiziario sia la protezione dell'indipendenza dei giudici, isolandoli da indebite pressioni da parte di altri poteri dello Stato in materia, come per la selezione e la nomina dei giudici e l'esercizio delle funzioni disciplinari (...)**”¹¹.

29. Per quanto riguarda le pratiche esistenti quanto alla composizione dei consigli giudiziari, **“una regola base sembra quella secondo cui una larga proporzione dei membri debba essere costituita da appartenenti all'ordine giudiziario e, inoltre, che debba essere raggiunta una composi-**

¹¹ Commissione di Venezia, Parere sulla riforma dell'ordine giudiziario in Bulgaria, CDL-INF (1999)005, par. 28.

zione equilibrata tra i componenti provenienti dall'ordine giudiziario e quelli designati ex officio o eletti"¹². Pertanto, una componente sostanziale o una maggioranza dei membri del Consiglio Giudiziario dovrebbe essere eletta dall'ordine giudiziario medesimo. Per assicurare poi una legittimazione democratica del Consiglio giudiziario, altri membri debbono essere eletti dal Parlamento tra persone con adeguata preparazione giuridica, tenendo conto di possibili conflitti d'interesse.

30. Generalmente i consigli giudiziari includono anche membri che non appartengono all'ordine giudiziario e che rappresentano altri poteri dello Stato o l'ambito accademico o gli ordini professionali. Una simile composizione è giustificata dal fatto che *“il controllo sulla qualità ed imparzialità della giustizia è un compito che va oltre gli interessi del singolo giudice. La prestazione da parte del Consiglio di questo controllo determinerà un incremento della fiducia dei cittadini nella amministrazione della giustizia”*¹³. Per di più, una schiacciante supremazia della componente giudiziale può sollevare preoccupazioni collegate ai rischi di *“gestione corporativa”*.

31. Altrettanto tipica è la partecipazione del potere legislativo alla composizione di questa autorità. *“In un sistema governato da principi democratici sembra ragionevole che il Consiglio della Giustizia sia collegato alla rappresentanza della volontà del popolo, come espressa dal Parlamento (l'organo che rappresenta la volontà popolare)”*¹⁴. In genere, gli organi legislativi sono competenti per l'elezione di una parte dei membri degli alti consigli giudiziari tra gli operatori giuridici professionali¹⁵;

¹² Commissione di Venezia, Parere sui recenti emendamenti alla legge sulle disposizioni costituzionali fondamentali della Repubblica di Albania, CDL-INF (1998)009, par. 12.

¹³ Commissione di Venezia, Parere sui recenti emendamenti alla legge sulle disposizioni costituzionali fondamentali della Repubblica di Albania, CDL-INF (1998)009, par. 9.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Per esempio, in Bulgaria (*“avvocati praticanti di alta professionalità ed onestà morale con almeno 15 anni di esperienza professionale”*), in Italia (*“professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano 15 anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori”*), e in Slovenia (*“Cinque membri debbono essere eletti con voto del dell'Assemblea Nazionale su indicazione del Presidente della Repubblica tra gli avvocati che esercitino la professione, i professori di legge e altri avvocati. Sei membri devono essere eletti tra i giudici che abbiano un incarico giudiziale permanente”*).

tuttavia in qualche sistema gli stessi membri del Parlamento sono componenti del Consiglio giudiziario¹⁶. Comunque, ci sono anche sistemi in cui la nomina dei giudici è nelle mani dell'Esecutivo e i membri del Parlamento sono esclusi dalla partecipazione al Consiglio giudiziario¹⁷.

32. Comunque, per isolare il Consiglio giudiziario dalla politica i suoi componenti non dovrebbero essere membri attivi del Parlamento. La Commissione di Venezia è altresì decisamente favorevole ad una depoliticizzazione di questi organismi tramite la previsione normativa che l'elezione della componente parlamentare del consiglio avvenga da parte di una maggioranza qualificata¹⁸. Questo dovrebbe assicurare che una maggioranza di governo non possa coprire i posti vacanti con propri candidati.

33. Sebbene la presenza dei membri del potere esecutivo nei consigli giudiziari possa suscitare preoccupazioni sull'affidabilità dell'organo, una simile pratica è piuttosto diffusa. È questo, per esempio, il caso della Francia (il Presidente della Repubblica è il Presidente del Consiglio, il Ministro della Giustizia ne è d'ufficio il Vice-Presidente), della Bulgaria (in cui le sedute del Supremo Consiglio giudiziario sono presiedute dal Ministro della Giustizia senza potere di voto), della Romania (le procedure per l'individuazione dei candidati alla nomina debbono essere presiedute dal Ministro della Giustizia, che non deve avere diritto di voto). In Turchia, il Ministro della Giustizia e il sottosegretario del Ministro della Giustizia sono d'ufficio membri del Consiglio Supremo dei giudici e dei pubblici ministeri; gli altri cinque membri del Consiglio sono eletti dalle due corti supreme (Corte di cassazione e Consiglio di Stato). Questa presenza non sembra, in sé, mettere in discussione l'indipendenza del Consiglio, secondo l'opinione della Commissione di Venezia. Tuttavia, i Ministri della giustizia non debbono prendere parte alle decisioni del Consiglio, per esempio, a quelle relative all'applicazione di sanzioni disciplinari.

34. *“La presenza del Ministro della Giustizia nel Consiglio suscita*

¹⁶ Per esempio, in Georgia e Ungheria.

¹⁷ I paesi Bassi, con l'eccezione della nomina dei membri della Corte di Cassazione che è nelle mani del Parlamento.

¹⁸ Commissione di Venezia, Parere sul progetto di legge sulle modifiche alla legge sul sistema giudiziario di Bulgaria (*Judicial System Act of Bulgaria*), CDL-AD (2002) 015, par. 5.

perplexità per quanto riguarda le questioni relative al trasferimento e alle sanzioni disciplinari comminate nei confronti di giudici di prima istanza, di seconda istanza e di pubblici ministeri. La nomina di questi giudici e pubblici ministeri è stata completamente affidata all'Alto Consiglio di giustizia, così sottraendo queste decisioni a indebite influenze politiche. Comunque, è raccomandabile che il Ministro della Giustizia non sia coinvolto in questioni che riguardano il trasferimento dei giudici e l'applicazione di sanzioni disciplinari contro i giudici, in quanto ciò potrebbe portare ad improprie interferenze da parte del Governo”¹⁹.

Presidenza del consiglio

35. È necessario assicurare che la presidenza del consiglio giudiziario sia esercitata da un soggetto imparziale che non sia contiguo ai partiti politici. Di conseguenza, nei sistemi parlamentari, ove il presidente/capo dello Stato ha poteri essenzialmente formali, non vi sono obiezioni al fatto di attribuire la presidenza del Consiglio giudiziario al capo dello Stato, mentre nei sistemi (semi)presidenziali **il presidente del consiglio dovrebbe essere eletto dal Consiglio stesso fra quei suoi membri che non siano magistrati**. Questa soluzione potrebbe garantire equilibrio fra la necessaria indipendenza del presidente e l'esigenza di evitare spinte corporative all'interno del consiglio stesso.

Criteria per la nomina

36. Anche i criteri da cui dipendono le nomine e le promozioni dei magistrati devono essere tenuti in adeguata considerazione. In numerosi paesi i giudici sono nominati sulla base dei risultati di un concorso²⁰, in altri sono scelti fra i pratici di maggiore esperienza²¹. *A priori*, entrambe le tecniche di selezione possono generare dubbi. Ci si potrebbe domandare se sia opportuno che il concorso costituisca l'u-

¹⁹ Commissione di Venezia, Parere sui recenti emendamenti alla legge sulle disposizioni costituzionali fondamentali della Repubblica di Albania, CDL-INF (1998)009, par. 16.

²⁰ Ad esempio in Italia, dove questo principio è stabilito dalla Costituzione (Art. 106).

²¹ Ad esempio a Cipro, Malta, Regno Unito. In Olanda trovano applicazione entrambe le procedure in parallelo.

nico fattore della nomina, oppure se non sia il caso di dar peso anche all'esperienza e alle qualità personali del candidato. Quanto alla scelta dei giudici in una rosa di avvocati con ampia esperienza professionale, si possono nutrire dubbi circa il grado di oggettività della selezione.

37. Nel parere n. 1 (2001) sugli standards relativi all'indipendenza del sistema giudiziario e sull'irremovibilità dei magistrati, il CCEJ suggerisce che *“le autorità nazionali competenti per la proposta o la decisione sulle nomine e promozioni debbano introdurre criteri oggettivi, al fine di assicurare che la selezione e la carriera dei giudici sia basata sul merito, valutando le qualifiche, l'integrità, l'abilità e l'efficienza dei candidati. Una volta fatto questo, tali uffici o autorità responsabili per la nomina e la promozione saranno obbligate a seguire tali criteri e sarà possibile sindacare il contenuto dei criteri adottati ed il loro effetto pratico”*.

Nomina per un periodo di prova

38. La Carta europea sullo statuto dei giudici afferma quanto segue: *“ovviamente l'esistenza di periodi di prova o di requisiti per il rinnovo solleva difficoltà, se non addirittura pericoli, dal punto di vista dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice in questione, che spera di essere assunto in via definitiva o di vedere rinnovato il proprio contratto”*.

39. La Dichiarazione Universale sull'indipendenza della giustizia, adottata a Montreal nel giugno del 1983 dalla *World Conference on the Independence of Justice* afferma: *“la nomina di giudici a tempo o per un periodo di prova è incompatibile con l'indipendenza dei giudici. Qualora esistano tali meccanismi, essi debbono essere gradatamente eliminati”*.

40. La Commissione di Venezia ritiene che **l'introduzione di periodi di prova possa minare l'indipendenza dei giudici**, che possono sentirsi costretti a decidere le cause in un certo modo: *“una decisione della Appeal Court della High Court of Justiciary of Scotland (Starr v. Ruxton, [2000] H.R.L.R. 191; si veda anche Millar v. Dickson [2001] H.R.L.R. 1401) dimostra come possano sorgere difficoltà di questo tipo. In quel caso la corte scozzese ritenne che la garanzia di essere giudicato*

da un tribunale indipendente riconosciuta dall'art. 6 (1) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non fosse stata rispettata perché a decidere era stato un temporary sheriff applicato all'ufficio giudicante solo per un anno e soggetto al potere discrezionale dell'esecutivo di non rinnovarne la nomina. La decisione non si spinge forse sino al punto da ipotizzare che un giudice temporaneo o soggetto a rinnovo della nomina non possa mai essere considerato un tribunale indipendente nel senso ritenuto dalla Convenzione, ma certamente esprime la preferenza che ad un giudice temporaneo sia assicurata una nomina permanente, salvo in presenza di circostanze che avrebbero comportato la rimozione anche di un giudice permanente. Altrimenti quel giudice non può essere considerato come effettivamente indipendente”²².

41. Quanto detto non può essere interpretato come ragione per escludere qualsiasi possibilità di istituire un giudice temporaneo. Nei paesi con sistemi giudiziari relativamente recenti ci possono essere esigenze pratiche per verificare se un giudice sia capace di svolgere effettivamente le proprie funzioni prima che sia incaricato stabilmente. Se le nomine per un periodo di prova sono considerate indispensabili, un “rifiuto di confermare l’incarico del giudice deve essere adottato sulla base di criteri oggettivi e con le stesse garanzie procedurali che si applicano per rimuovere un giudice dal ruolo”²³.

42. L’idea principale è quella di escludere fattori che possano mettere a repentaglio l’imparzialità dei giudici: “*nonostante il nobile intento di assicurare alti standard dei prodotti giurisdizionali tramite un sistema di valutazione, è notoriamente difficile conciliare l’indipendenza del giudice con un sistema di verifiche della qualità del lavoro svolto. Se si deve scegliere tra i due valori, è l’indipendenza il valore cruciale*”²⁴.

43. Al fine di conciliare l’esigenza di mettere in prova i giudici e di valutarne l’operato con l’indipendenza degli stessi, deve essere osservato che alcuni paesi, come l’Austria, hanno stabilito un sistema in cui i giudici candidati vengono valutati durante un periodo di prova

²² Commissione di Venezia, Parere sul Progetto di modifiche costituzionali concernenti la Riforma dell’ordine giudiziario nell’ “Ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia”, CDL-AD(2005)0038, par. 23.

²³ *Idem*, par. 30.

²⁴ *Idem*, par. 29.

nel quale possono assistere alla preparazione dei giudizi ma senza poter assumere decisioni giudiziali che sono riservate ai giudici permanenti.

Conclusioni

44. In Europa esiste una varietà di differenti sistemi per la nomina dei giudici e non c'è un singolo modello che possa applicarsi a tutti i paesi.

45. Nelle democrazie più antiche, l'Esecutivo ha talvolta un'influenza decisiva sulle nomine giudiziali. Questi sistemi possono in pratica funzionare bene e garantire un sistema giudiziario indipendente poiché questi poteri sono arginati dalla tradizione culturale e giuridica, consolidatasi in un lungo arco di tempo.

46. Le nuove democrazie, tuttavia, non hanno ancora avuto una possibilità di sviluppare simili tradizioni, che possano prevenire gli abusi, e perciò in questi paesi sono necessarie esplicite previsioni costituzionali e legislative come garanzia per prevenire gli abusi politici nella nomina dei giudici.

47. La nomina dei giudici delle corti ordinarie (non della corte costituzionale) non è materia appropriata per un voto del Parlamento poiché non può essere escluso il pericolo che prevalgano considerazioni politiche sui meriti oggettivi di un candidato.

48. Un appropriato metodo per garantire l'indipendenza giudiziale è quello di istituire un Consiglio giudiziario, cui dovrebbero essere attribuite garanzie costituzionali quanto alla composizione, ai poteri e all'autonomia.

49. Questo Consiglio deve avere un'influenza decisiva sulla nomina e la promozione dei giudici e sulle sanzioni disciplinari da applicare nei loro confronti.

50. Una componente sostanziale o una maggioranza dei membri del Consiglio giudiziario deve essere eletta dall'ordine giudiziario medesimo. Per garantire la legittimazione democratica del Consiglio giu-

diziario, altri membri debbono essere eletti dal Parlamento tra persone con adeguata preparazione giuridica.

51. Un bilanciamento deve essere rinvenuto tra indipendenza della giurisdizione e auto-amministrazione, da un lato, e tra indipendenza della giurisdizione e la necessaria responsabilizzazione, dall'altro, così da evitare gli effetti negativi del corporativismo all'interno dell'ordine giudiziario. Sotto questo aspetto è necessario assicurare che le sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici siano applicate effettivamente e non siano disinnescate da un indebito lassismo dei colleghi. Un modo per raggiungere quest'obiettivo è quello di prevedere un consiglio giudiziario con una composizione bilanciata dei suoi membri.

JOHN RONSON SPENCER
Università di Cambridge

IL SISTEMA GIUDIZIARIO NEL REGNO UNITO

1. Preambolo

Il sistema di giustizia nel Regno Unito è molto diverso da quello adottato in Italia (o negli altri paesi dell'Europa continentale). Prima di affrontare l'argomento di questo convegno, sono necessarie alcune premesse di ordine generale sui giudici britannici.

Nel Regno Unito coesistono, infatti, tre diversi ordinamenti giuridici: uno per l'Inghilterra e il Galles; uno per la Scozia; uno per l'Irlanda del Nord¹.

In questa sede, farò riferimento principalmente al sistema inglese; ma molte caratteristiche di questo sistema sono comuni anche alle altre parti del Regno Unito.

(a) Nel Regno Unito, i giudici professionali non sono magistrati di carriera come in Italia. Essi vengono scelti tra gli avvocati di successo, che hanno esercitato la professione per almeno 10 anni (7 anni per alcune corti inferiori). Pertanto, di norma, non si diventa giudici prima dei quarant'anni.

Non si è mai visto un giudice giovane nel nostro paese: si tratta quasi sempre di uomini calvi o dai capelli brizzolati!².

(b) Una magistratura professionale è necessariamente costosa: ovviamente, per persuadere un avvocato di successo e che guadagna bene a diventare giudice, è necessario offrirgli un buono stipendio!

In Inghilterra, infatti, fin dall'assunzione dell'incarico, i giudici hanno stipendi molto alti.

Di conseguenza, non è sostenibile per lo Stato un alto numero di giudici professionali...Per questo, il numero di giudici professionali in Inghilterra (e nel Regno Unito in genere) è davvero esiguo, paragonato alla situazione in Italia³.

¹ Appendice, *Slide* 1.

² Appendice, *Slides* 2 e 3.

³ In Inghilterra i giudici a tempo pieno sono 1371 [6377]; i giudici *part-time* 2390 [7194]; i "Lay magistrates" c. 29.000 [-].

(c) Com'è possibile fare funzionare un sistema giudiziario con così pochi giudici?

La magistratura professionale è affiancata, nella gestione della macchina giudiziaria, da

(i) un numero abbastanza ampio di giudici professionali *part-time*; [2.093]

(ii) un numero considerevole di giudici non professionali (giudici laici): si tratta di cittadini senza alcuna formazione giuridica che giudicano con l'aiuto di un consulente giuridico. Questi si occupano del 95% circa dei casi penali.

[c. 29.000]

(e) Diversa dalla situazione in Italia è anche la figura del Pubblico Ministero⁴.

In Inghilterra è totalmente indipendente dai giudici appartenenti alla magistratura giudicante. L'ufficio del PM è, inoltre, di recente creazione: la figura del PM è stata introdotta solamente nel 1985. (Prima di allora, la polizia era incaricata dell'accusa).

I rapporti tra giudici professionali e PM sono molto diversi da ciò che accade in Italia. I giudici non si considerano né colleghi né amici del PM, il quale, al contrario, è spesso da questi guardato "dall'alto in basso":

(aneddoto: "*The Crown Prosecution Service absolutely stinks*" "L'ufficio del pubblico ministero è una vera porcheria")

Il CPS possiede in effetti uno *status* inferiore rispetto alla magistratura giudicante. (Nel tentativo di migliorare la situazione attuale, il capo del CPS incoraggia i suoi collaboratori a cercarsi un posto come giudice, in modo da dimostrare a tutti che esistono possibilità di fare carriera dopo aver ricoperto un ruolo di PM all'interno del CPS. Il nostro ultimo direttore del CPS si è oggi improvvisato come giudice della *High Court*.)

(f) I giudici e gli avvocati, al contrario, sono normalmente in buoni rapporti e vanno d'accordo fra di loro. In effetti, nella Crown Court avviene spesso che il giudice che presiede l'udienza sia stato in passato un collega degli avvocati che presentano il caso di fronte alla sua corte.

(g) Infine (punto finale di questo preambolo) : rimane da menzionare una figura molto importante: il Lord Chancellor.

⁴ Appendice, *Slide 4*.

Tradizionalmente, aveva tre ruoli:

- ministro del governo, dunque collega del Primo Ministro, corrispondente più o meno al ministro della giustizia Italiano
- capo ufficiale dei giudici
- presidente della seconda camera del Parlamento (l'House of Lords).

Cumulo di funzioni molto strano questo! Ma questa collocazione istituzionale forniva un “collegamento”, normalmente utile, tra i giudici e il potere esecutivo.

Come Lord Chancellor, viene nominato, di norma, non un “politico” normale, ma un giurista più o meno “neutrale” scelto, ad esempio, tra gli appartenenti alle magistrature superiori⁵.

2. Professionalità

- Come possiamo essere sicuri che i nostri giudici professionali siano dotati del necessario livello di preparazione giuridica e della competenza tecnica richiesta per lo svolgimento del compito loro assegnato?

Tradizionalmente, il nostro sistema giuridico dà per scontato che un avvocato che ha avuto, nella sua carriera forense, un successo tale da essere nominato giudice sia in possesso delle qualità e competenze richieste, senza la necessità di prevedere un periodo di *training* (tirocinio).

(*Aneddoto*: quando un mio amico [oggi molto anziano] venne nominato giudice [molti anni fa], la sua preparazione per il nuovo ruolo che avrebbe assunto si risolse in una telefonata del Lord Chief Justice, che gli disse

“Colin – *on Monday we're sending you to Stoke on Trent. Mind you don't cock it up!*”

“Colin – lunedì ti spediamo a Stoke on Trent. Attenzione a non fare danni!”)

Ma negli anni la legge è divenuta sempre più complicata e la prassi giuridica sempre più specializzata: per questo si è avvertita l'esigen-

⁵ Appendice, *Slide 5*.

za di introdurre una qualche forma di *training* anche per i giudici professionali.

Negli anni settanta veniva creato, a questo scopo, il *Judicial Studies Board (JSB)*⁶.

Per tutti coloro che vengono nominati giudici professionali, il JSB ha istituito un breve corso (di 7 giorni!) e un ulteriore “*refresher training*” (corso di aggiornamento) a cadenza periodica (al momento, 3 giorni ogni tre anni).

Questo minimo livello di *training* previsto per i giudici professionali sembra essere percepito come sufficiente.

Ne è prova il fatto che, generalmente, i cittadini accusano i nostri giudici di essere “al di fuori della realtà”, di non “vivere nel mondo reale” e di “non capire la gente comune”; ma nessuno si è mai lamentato per la loro incompetenza professionale.

(Da notare il nome di questo corpo ufficiale. Quando il JSB venne istituito, alcuni giudici si sentirono offesi dal suggerimento di introdurre un periodo di *training* per incrementare la loro preparazione: in Inghilterra, è il giudice che crea la legge e, pertanto, il suo ruolo non si limita a quello di “bocca della legge”. Per definizione, dunque, i giudici sanno tutto.)

(b) E cosa vogliamo dire dei nostri 29.000 giudici laici che si occupano del 90% delle cause penali? Per definizione, queste persone non sono conoscitori del diritto (giuristi).

Come possiamo essere certi che soggetti di tal fatta gestiscano la giustizia applicando correttamente la legge?

Prima di assumere il ruolo di giudicanti, i laici nominati *lay magistrates* devono partecipare ad un periodo di “*basic training*”, consistente in

- Letture giuridiche obbligatorie
- 18 ore di preparazione, partecipando ad un ritiro di studi di durata di qualche giorno o frequentando delle brevi sessioni serali; nonché svolgendo un tirocinio in corte (almeno per tre udienze).
- Visite ad istituti carcerari, anche minorili, e partecipazione a sedute del *probation service* con minori responsabili di reati e strutture di recupero.

⁶ Appendice, *Slide 6*.

Tuttavia, la ragione per la quale l'attività dei giudici onorari si può ritenere funzionante è riconducibile alla figura del "court-clerk" (consulente giuridico), che li assiste durante tutte le udienze, essendo in possesso di una ordinaria e completa preparazione giuridica.

Ciò si può ritenere soddisfacente? Più o meno, sì:

– i difensori si lamentano del fatto che i *lay magistrates* sono troppo inclini ad aderire alle tesi accusatorie;

– la polizia si lamenta del fatto che i *lay magistrates* sono troppo indulgenti verso la criminalità.

Quindi, tutto sommato, se riescono a non piacere ugualmente ad entrambe le "fazioni", è legittimo pensare che nei fatti questi giudici laici siano in grado di giudicare in modo equilibrato!

3. *Indipendenza*

Esaminerò l'indipendenza dei giudici sotto tre profili:

(a) l'indipendenza del giudice dalle parti;

(b) la mancanza di pregiudizio: i giudici e la politica;

(c) l'indipendenza dei giudici dal potere esecutivo.

(a) *L'indipendenza del giudice dalle parti* [*Independence of the parties*]

Le norme che governano tale aspetto sono le seguenti:

– il giudice viene automaticamente dichiarato incompatibile nel caso sia portatore di un qualsiasi interesse personale nella causa; sia che si tratti di un interesse di natura economica, sia morale;

(Aneddoto: *Lord Hoffman in the Pinochet case R v Bow St Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex pte Pinochet Ugarte* (No 2) [2000] 1 AC 119).

– il giudice viene altresì dichiarato incompatibile qualora, per qualsiasi altra ragione, un osservatore indipendente ritenga che questo possa essere non imparziale nel giudicare quella causa. Ma, in tali ipotesi, le parti potrebbero anche dichiarare di rinunciare a ricusarlo e accettarlo come giudice della propria causa.

Sul punto, non esiste nessuna base legislativa: le regole vigenti dipendono totalmente della giurisprudenza.

(b) *La mancanza di pregiudizio: i giudici e la politica:*

Sotto questo profilo, la situazione in Inghilterra (e nel Regno Unito in genere) è molto diversa da quella italiana:

– per i giudici, non esistono sindacati né associazioni di stampo politico (esistono delle “associazioni” di magistrati, ma sono totalmente apolitiche...);

– vige, invece, una consuetudine, sempre rispettata, secondo la quale i giudici professionali non hanno un ruolo attivo né prendono parte alla vita politica.

Non si tratta di una norma giuridica e nemmeno di una regola giurisprudenziale; la sua base è solamente di natura consuetudinaria, ormai consolidata nel tempo.

Fu enunciata in forma scritta, per la prima volta, dal *Lord Chancellor* alcuni anni fa; si trova oggi sul *website* ufficiale della magistratura.

4. “Attività politica e altre attività”

Un giudice deve imporsi di astenersi da ogni genere di attività politica e da ogni altra attività che potrebbe richiedere un impiego di tempo eccessivo.

Egli dovrebbe guardarsi da quelle situazioni in cui un suo coinvolgimento in una qualsiasi attività possa suscitare dubbi sulla sua imparzialità di giudice o confliggere con i doveri del suo ufficio. Da un giudice ci si aspetta che rassegni le sue dimissioni al *Lord Chancellor* nel caso in cui decida di candidarsi alle elezioni per il Parlamento, per il Parlamento Scozzese, per l'Assemblea del Welsh o per il Parlamento Europeo.

Questa consuetudine non si applica né ai giudici *part-time*, né ai *lay magistrates*: questi ultimi, comunque, non giudicano i casi di interesse politico. In particolare, non si occupano di riesame di decisioni governative.

(c) *L'indipendenza dal potere esecutivo*

Per l'analisi di questo aspetto, propongo di considerare due distinti, ma correlati, profili: l'indipendenza formale dei giudici e la capacità dell'esecutivo di esercitare su di loro un'influenza indiretta. Quanto segue, analizza, anzitutto, il secondo dei due profili.

– *Pressioni indirette*

Nel Regno Unito il rapporto politici-giudici è sempre stato di rispetto reciproco, per cui nessun giudice si è mai permesso di criticare

pubblicamente una personalità politica, e viceversa. Ma recentemente, il governo ha dimostrato di non essere disposto a rispettare questa buona tradizione.

La svolta v'è stata con la vittoria alle elezioni del partito (teoricamente!) socialista di Tony Blair, nel 1997. All'inizio, era dominante una tendenza liberale.

Una delle prime imprese del nuovo governo è stato lo *Human Rights Act* del 1998 – legge molto importante, che incorporò nel diritto interno del Regno Unito la Convenzione Europea di Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo.

Il risultato pratico dell'approvazione di questa legge è stato, di certo, un incremento dei poteri della magistratura giudicante che oggi può (e, di certo, deve) condannare le decisioni dei Ministri e anche (entro certi limiti) i disegni di legge proposti al Parlamento, qualora appaiano non conformi alla CEDU.

Tale ampliamento di poteri risultava molto sgradito ai Ministri, e la conseguenza fu, appunto, il sorgere di una serie di conflitti tra giudici e Governo.

David Blunkett, Ministro degli Interni autoritario e demagogo, considerava il controllo giudiziale sulla legalità degli atti del governo “antidemocratico” e utilizzava la stampa popolare per criticare le decisioni dei giudici che non gli piacevano⁷.

In seguito ad una decisione da lui non condivisa, rispose con un articolo pubblicato da un famoso *tabloid* popolare, dal titolo “È tempo per i giudici di imparare a stare al loro posto”.

Criticava non solo le decisioni dei giudici, ma i giudici stessi. In una delle sue dichiarazioni tipiche, ha definito il Lord Chief Justice, Lord Woolf, as “*a confused and muddled old codger*”: “un vecchio scorbutico rimbambito”.

(Vergognosamente, il Primo Ministero Tony Blair non è mai intervenuto nel porre un freno a questo atteggiamento).

Mr Blunkett non è più in carica ad oggi, così come Mr Blair; e il governo attuale non sembra utilizzare la stampa popolare per intimidire le corti e i giudici. Tuttavia l'atteggiamento di Mr Blunkett ha creato un infelice precedente.

– *Indipendenza formale*

Le norme in vigore, relative all'indipendenza formale dei giudici,

⁷ Appendice, *Slide 7*.

traggono origine da un recente *Act of Parliament*: il *Constitutional Reform Act of 2005*⁸.

Tale legge ha avuto origini contrastate.

Nel giugno 2003 – quando la tensione tra giudici e ministri era alle stelle – Tony Blair, senza aver consultato i giudici, annunciò subito la sua intenzione di (i) sopprimere la figura del Lord Chancellor, (ii) di creare un nuovo sistema per la selezione di giudici, e (iii) di creare una nuova Corte Suprema [Supreme Court] (!!)

Il governo sostenne tale progetto affermando che dette modifiche erano finalizzate “ad aumentare l’indipendenza dei giudici”; ma molti giudici sospettavano che il vero scopo fosse, piuttosto, quello di minare la loro indipendenza. Uno dei tradizionali compiti del Lord Chancellor era proprio quello di difendere i giudici dai politici e dal potere politico in generale: e, in base alla proposta di legge citata, il Lord Chancellor avrebbe cessato di esistere.

Grazie ai lodevoli sforzi di Lord Woolf, il Lord Chief Justice dell’epoca, fu raggiunto un compromesso – uno dei termini dell’accordo fu di mantenere viva la figura del Lord Chancellor (sebbene in una forma “indebolita”). Nel 2005, questo compromesso venne formalizzato dal Parlamento, che emanava il *Constitutional Reform Act 2005*.

[Malgrado ciò, Mr Blair non imparò la lezione. All’inizio di questo anno, ancora senza prima procedere a consultazioni, annunciò all’improvviso la creazione di un nuovo Ministry of Justice; e lo stesso Lord Chief Justice apprendeva, per la prima volta, la notizia dal quotidiano Sunday!]

Le caratteristiche del nuovo sistema sono le seguenti:

(a) La figura del Lord Chancellor viene mantenuta; egli non è più ufficialmente il capo della magistratura, ma per legge ha il “dovere di difendere l’indipendenza del potere giudiziario”.

(b) I giudici sono nominati e promossi dall’esecutivo, ma su proposta di una apposita Commissione indipendente, in cui vi è una cospicua rappresentanza dei giudici appartenenti alle corti superiori.

(c) Come in passato, i giudici hanno la “*security of tenure*”. In altre parole, essi mantengono il proprio ufficio fino all’età della pensione e non possono essere rimossi se non per cattiva condotta.

⁸ Appendice, *Slide 8*.

5. Responsabilità

Il tema della “responsabilità” dei giudici deve essere analizzato sotto tre profili:

(a) “*sacrificial responsibility*”; fino a che punto e in che termini i giudici che pongono in essere comportamenti scorretti, o comunque sbagliati, possono essere rimossi o puniti o essere indotti a risarcire i soggetti offesi dalla loro cattiva condotta;

(b) “*explanatory responsibility*”; la responsabilità dei giudici che vengono chiamati a rendere conto delle proprie azioni;

(c) “*critical responsibility*”; i limiti (qualora davvero sussistano) al potere della pubblica opinione (in realtà, dei media) di rivolgere delle critiche ai giudici;

“*Sacrificial responsibility*”.

Per ogni azione di rilevanza penale o civile posta in essere dai giudici al di fuori delle proprie funzioni, il magistrato risponde allo stesso modo del cittadino comune.

(Quando ciò accade, desta grande clamore tra l’opinione pubblica; [aneddoto: recente procedimento contro un giudice della Corte d’Appello accusato di “atti osceni” su un treno]⁹).

Per le azioni di rilevanza penale e civile commesse nell’ambito delle proprie funzioni, invece, i giudici sono esonerati da responsabilità civile e penale, perché si presuppone che agiscano in buona fede.

Non solo il giudice che è negligente o che commette errori è esente da responsabilità civile anche quando la sua azione causa un danno ad altri; ma le vittime dei suoi errori non hanno alcuna possibilità di agire, contro lo Stato, per il risarcimento del danno subito (cosa del tutto ingiusta).

Se i giudici assumono comportamenti sbagliati o sconvenienti nell’esercizio delle proprie funzioni, essi sono soggetti ad un procedimento disciplinare interno; e così anche se, nell’ambito della loro vita privata, essi fanno qualcosa che è incompatibile con la loro posizione di giudice (es., incorrere in una condanna per ‘atti osceni’ in un treno).

Fino ad epoca recente, tale procedimento disciplinare era attivato dal Lord Chancellor, che agiva “informalmente”; in seguito alla rifor-

⁹ Appendice, Slide 9.

ma del 2005, il procedimento disciplinare è oggi sotto la responsabilità congiunta del Lord Chancellor e del Lord Chief Justice, i quali agiscono con l'ausilio e dietro consiglio di un corpo ufficiale denominato "Office of Judicial Complaints"¹⁰.

In casi estremi di mala condotta, i giudici possono essere licenziati. Tuttavia, arrivare a licenziare giudici appartenenti alla *High Court Judge* (o giudici superiori) è davvero difficile, poiché (come sottolineato in precedenza) ciò può essere fatto unicamente dalla Regina, che agisce sulla base di una deliberazione di entrambe le Camere del Parlamento (!)

Peraltro, questa procedura non è mai stata adottata con giudici della *High Court* dal 1830, salvo in un caso.

"Explanatory responsibility"

I giudici devono fornire spiegazioni delle loro decisioni, sia alle parti, sia al pubblico in generale, e lo fanno attraverso la motivazione che deve seguire ognuno dei loro provvedimenti; e in genere, una decisione emessa senza una motivazione è destinata ad essere annullata.

(Paradossalmente, tale principio non si applica alle giurie, il cui verdetto è sempre privo di motivazione; e, inoltre, rivelare il cosiddetto "segreto della camera di consiglio" integra una fattispecie di reato (!))

Le motivazioni dei provvedimenti dei giudici di primo grado sono sottoponibili allo scrutinio del giudice di appello. I giudici di appello, anche quando si trovano in disaccordo con il giudice di primo grado, difficilmente sono propensi a censurare la sua decisione; nei rari casi in cui ciò accade, le critiche sono molto severe.

(*Aneddoto*: poche settimane fa, la Corte di Appello ha ripreso un giudice il quale aveva rifiutato di consentire ad un imputato sottoposto a custodia cautelare di cambiare la propria biancheria intima, definendo il suo comportamento "censurabile e inaccettabile, per il quale deve vergognarsi").

Si è sostenuto, in proposito, che sarebbe più conforme a giustizia se i giudici potessero essere chiamati a giustificarsi di tali comportamenti davanti al Parlamento, ma il Lord Chief Justice non vede questa proposta di buon occhio.

¹⁰ Appendice, *Slide* 10.

“Critical responsibility”

Questo profilo induce il seguente quesito: quanto è ampia la libertà della stampa e dei media di criticare i giudici?

In realtà, nel Regno Unito la stampa è libera di dire qualsiasi cosa, e di fare qualsiasi commento sui giudici, anche se si tratta di commenti ingiusti, non veritieri, e che integrano addirittura insulti alla loro persona.

E purtroppo, per questa ragione, i nostri giudici vengono costantemente insultati dalla stampa scandalistica.

Perché accade ciò?

Nel Regno Unito, purtroppo, abbiamo una stampa scandalistica che non solo ha un potere immenso, ma è anche quasi totalmente irresponsabile di ciò che pubblica.

I nostri principali quotidiani scandalistici hanno una elevata tiratura: The Sun, per esempio, vende oltre tre milioni di copie al giorno, e il suo rivale The Daily Mail quasi due milioni e mezzo di copie.

Questi quotidiani appartengono – ahimè! – a uomini molto influenti (come, ad esempio, Rupert Murdoch) che hanno, si dice, *“bees in their bonnet”* [“l’ape nella cuffia”], e che utilizzano le proprie testate per diffondere il loro modo di pensare; che al momento si può sintetizzare nella (i) xenophobia (l’odio per gli stranieri); (ii) nella ostilità verso l’Europa, e (iii) nell’idea della necessità di avere nei confronti del crimine un atteggiamento più autoritario e punitivo.

Questi soggetti amano, poi, considerarsi i “rappresentanti della gente comune”, in contrapposizione con la classe così detta “privilegiata”, alla quale gli stessi giudici apparterebbero.

Questo modo di pensare conduce, inevitabilmente, la stampa scandalistica ad attaccare e criticare i giudici, considerati troppo “benevoli con gli immigrati”, poco autoritari verso il crimine, ossessionati dai diritti umani, o eccessivamente favorevoli all’Europa.

Un tipico esempio di ciò apparve in un editoriale del The Daily Mail:

“Britain’s unaccountable and unelected judges are openly, and with increasing arrogance and perversity, usurping the role of Parliament, setting the wishes of the people at nought and pursuing a liberal, politically correct agenda of their own, in their zeal to interpret European legislation”

Questi giudici britannici, irresponsabili e nemmeno eletti, stanno usurpando il ruolo del Parlamento, apertamente e con sempre maggio-

re arroganza e ostinazione, mettendo fine ai desideri della gente e portando avanti autonomamente un programma di ordine del giorno politicamente corretto e liberale, in una solerte interpretazione delle norme europee.

Questo fu un attacco all'intera categoria dei giudici, ma accade spesso che attacchi di tal fatta siano rivolti ad un singolo magistrato.

[Ciò, io credo, accade in parte perché nel Regno Unito l'attività di giudicante è percepita come una attività "*personalised*" (personalizzata: *it's really difficult to find the right word*); una conseguenza, forse, del fatto che storicamente il giudice è visto come un "creatore della legge" piuttosto che semplicemente "la bocca delle legge"¹¹.

Il *The Sun*, incoraggiato da Mr Blunkett quando ricopriva il ruolo di Home Secretary (Ministro degli Interni), diede impulso ad una campagna personale contro il *Lord Chief Justice*, Lord Woolf, nel tentativo e con il fine di farlo dimettere.

Lo stesso quotidiano, un anno fa, cominciò una campagna, denominata "*name and shame*", contro dei giudici che (dalla sua prospettiva) si erano resi colpevoli, "di essere stati troppo benevoli nei confronti di assassini, pedofili, violentatori e altri pericolosi criminali"¹².

Una tale costante e irresponsabile critica nei confronti del potere giudiziario ha svariate e ovvie conseguenze negative.

Una di queste è certamente il fatto che la pubblica opinione – contrariamente a ciò che accade nella realtà dei fatti – è oggi fermamente convinta che le pene inflitte da giudici nei confronti dei criminali siano sempre troppo lievi: quando di fatto la realtà è esattamente opposta: le pene inflitte sono sempre più gravi e afflittive.

E, più in generale, la fiducia popolare nei giudici viene spesso minata: con essa, il rispetto per la legge che è nel dovere dei giudici di attuare.

Ma esistono limiti a ciò che la stampa può scrivere nei confronti dei giudici?

In teoria, sì.

Esiste, infatti, il reato "*scandalising the court*", consistente, ad esempio, nel pubblicare attacchi e insulti all'integrità o all'imparzialità del giudice.

¹¹ Appendice, *Slides* 11 e 12.

¹² Appendice, *Slides* 13 e 14.

Un tempo questa legge veniva applicata, ma oggi nella pratica è rimasta lettera morta.

Perché accade ciò? Applicare la suddetta normativa sarebbe uno dei compiti spettanti all'*Attorney-General*, che è (come il *Lord Chancellor*) un Ministro, e quindi un membro dell'esecutivo. E i Ministri, di certo, si guardano bene dall'attaccare la stampa scandalistica, o i loro proprietari (e.g. Rupert Murdoch).

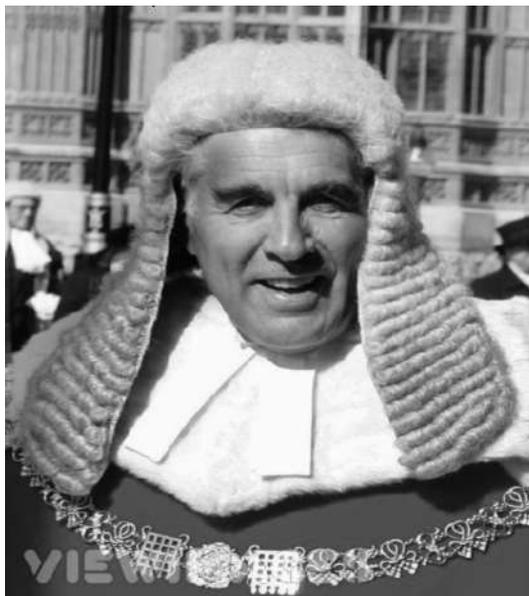
Un possibile argomento del prossimo Convegno in Urbino potrebbe essere, dopo "la responsabilità dei giudici", "la responsabilità della stampa"!

APPENDICE



Slide 1. *Regno Unito.*

Lord Phillips (Lord Chief Justice)



Slide 2. Lord Phillips con parrucca.



Slide 3. Lord Phillips senza parrucca.



Slide 4. *CPS logo.*



Slide 5. *Lord Mackay.*



- The JSB provides high quality training to full- and part-time judges in the exercise of their jurisdiction in civil, criminal and family law. It advises the Lord Chancellor on the policy for and content of training for lay magistrates, and advises the Lord Chancellor and government departments on the policy for and content of training for tribunals. The JSB promotes closer international co-operation over judicial training.

The JSB is made up of a Board, supported by six executive committees and one advisory committee, whose members are drawn from the full- and part-time judiciary, academics and practitioners. The Board and committees are supported by a secretariat of 47 civil servants.

Slide 6. *Judicial Studies Board (JSB).*

DAVID BLUNKETT, HOME SECRETARY



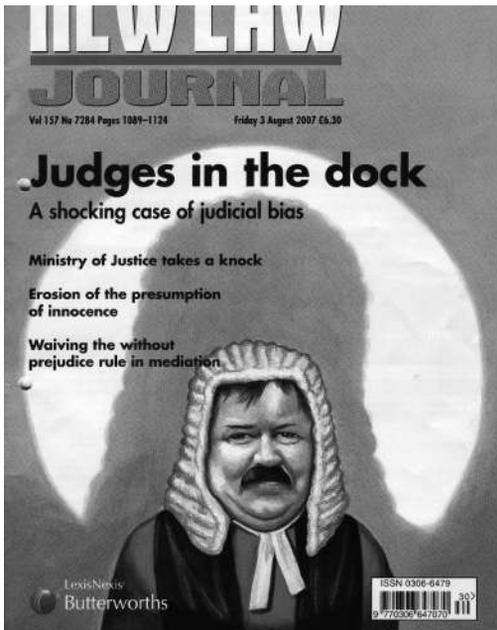
“È tempo per i giudici di imparare a stare al loro posto”

“un vecchio scorbutico rimbambito”

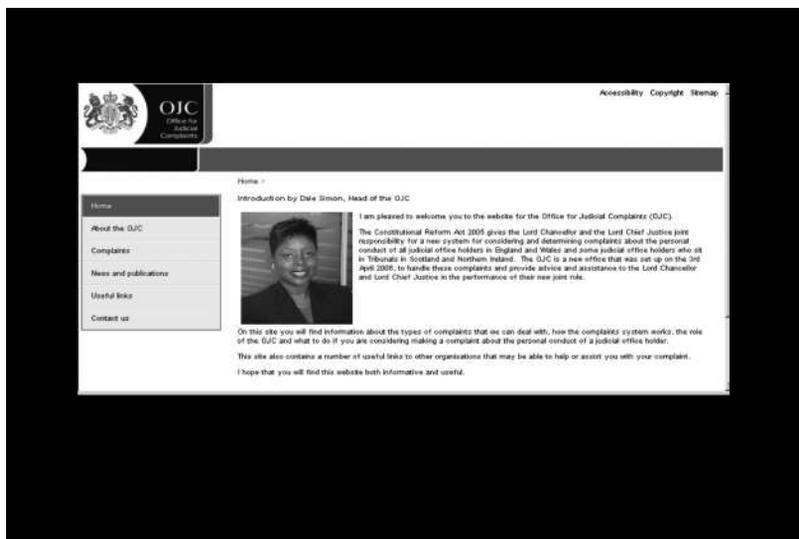
Slide 7. *David Blunkett, Ministro degli Interni.*



Slide 8. *Act of Parliament.*



Slide 9. *Giudice della Corte d'Appello accusato di "atti osceni".*



Slide 10. Office of Judicial Complaints.

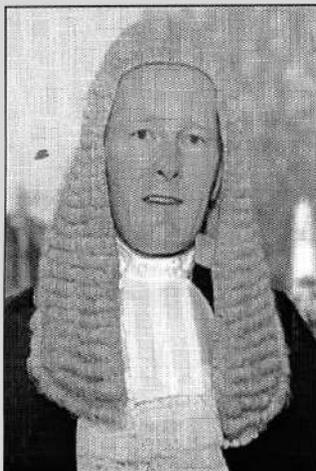


Slide 11. The Mighty Jude – card e envelope.



Slide 12..

Slide 13. *Campagna denominata "name and shame"*.



Findlay Baker ... jailed paedo to just 6yrs for raping 12-week-old baby

We put judges on trial

By **GEORGE PASCOE-WATSON**
Political Editor

TODAY The Sun names and shames ten of the top judges guilty of being soft on killers, child sex beasts, rapists and other violent criminals.

We believe it is time that the men pictured here were put in the dock.

It is part of our campaign to have tough action — including sacking — taken against judges who hand down lenient sentences.

The crusade is launched after it was revealed that more than **TWO HUNDRED** of Britain's judges dished out light punishments in the past three years.

Most cases involved paedophiles and other sex attackers.

Attorney General Lord Goldsmith challenged 339



Click on thumbnail:

RELATED STORIES

- [The Sun Says](#)
- [We demand real ju:](#)

MANFRED MAIWALD
Università di Göttingen

IL RUOLO DEI MAGISTRATI IN GERMANIA

SOMMARIO

I. *Introduzione.* 1. *Cenni storici sull'istituto del Pubblico Ministero in Germania.* 2. *Fondamento costituzionale della separazione fra Pubblico Ministero e giudice.* - II. *Formazione professionale dei giuristi in Germania.* - III. *L'indipendenza del giudice.* 1. *L'influenza dei media.* 2. *Le radici storiche dell'indipendenza.* - IV. *La fattispecie di "Rechtsbeugung" nel codice penale tedesco.* 1. *Processi contro i giudici dopo il 1945.* - V. *I fondamenti normativi del ruolo del P.M.* - VI. *La struttura gerarchica della Procura della Repubblica.* 1. *Il potere di indirizzo del Ministro della Giustizia.* 2. *Il Pubblico Ministero come "giudice prima del giudice".* - VII. *Il problema del vincolo del Pubblico Ministero alla giurisprudenza.*

I. Introduzione

Prima di affrontare il tema dei giudici e dei pubblici ministeri nel sistema giudiziario della Repubblica Federale tedesca occorrerà fare una premessa di carattere terminologico in relazione al sistema giudiziario italiano: mi riferisco alla particolarità per cui in Italia, sia giudici sia pubblici ministeri, hanno la qualifica di "magistrati"; in Germania non esiste tale termine, e, quando si parla di giudici e di pubblici ministeri, si utilizzano, appunto, due concetti tra loro distinti, e ciò anche sul piano normativo. A nessuno verrebbe in mente di sussumere giudici e pubblici ministeri sotto lo stesso termine e qualificarli entrambi come "ordine autonomo", ai sensi dell'art. 104 della Costituzione italiana.

In Germania la netta separazione fra giudici e pubblici ministeri ha motivazioni di natura sia storica sia costituzionale.

1. Cenni storici sull'istituto del Pubblico Ministero in Germania

Sul piano storico va sottolineato come nel mio Paese la Procura della Repubblica sia stata introdotta soltanto nella metà del XIX secolo sull'esempio francese. In precedenza esisteva il modello del processo inquisitorio. Ciò implicava che nel processo penale, era un giudice a condurre le indagini, compreso l'impiego della tortura considerata

un importante strumento a fini probatori. Non esisteva dunque la figura del pubblico ministero.

Allorché all'inizio del XIX secolo Napoleone conquistò alcuni Stati tedeschi e annesse alla Francia i territori prussiani a sinistra del Reno, vennero introdotti in tali territori il *code pénal* e il *code d'instruction criminelle* e, con essi, anche l'istituto del pubblico ministero. Si potrebbe pensare che, a seguito della caduta di Napoleone e del ritorno di tali territori alla Prussia, vi fosse un diffuso desiderio di abolire rapidamente il sistema giuridico francese che era stato di fatto imposto dalla potenza occupante.

Viceversa, allorché nella metà del XIX secolo il processo penale venne riformato per tutta la Prussia, i territori a sinistra del Reno dichiararono e ottennero anche di conservare il diritto francese, compreso l'istituto del P.M. Ma, rispetto a questo, si poneva un grosso problema ed era quello della sua dipendenza dall'esecutivo: vi furono infatti aspre discussioni se il ministro degli interni o il ministro della giustizia o una qualsivoglia altra istanza politica potessero avere un diritto di indirizzo rispetto al P.M.

Non stupisce che, relativamente a un tale diritto, siano state manifestate notevoli perplessità: si temeva infatti che, consentendo una tale influenza politica, il P.M. potesse essere indotto a prendere decisioni non solo in base a criteri giuridici ma anche di opportunità politica. Ma il dibattito si estese anche ad altri aspetti dell'organizzazione della Procura, come per esempio la possibilità di ricusare nel corso del processo il P.M. perché prevenuto.

La questione che nel fondo si agitava era se il P.M. dovesse avere nel processo un ruolo di parte o dovesse agire in piena autonomia, per così dire, con l'obiettività di un giudice, senza essere vincolato ad alcuna direttiva.

Come si può ben immaginare il risultato del contrasto fu un compromesso. Così, allorché nel 1877 entrò in vigore nell'Impero tedesco un unitario codice di procedura penale, venne assegnato alla Procura dello Stato un ruolo ibrido che esiste tuttora in Germania.

Ne tratterò più avanti. Qui vorrei soltanto provvisoriamente sottolineare come gli sviluppi e le discussioni del XIX secolo abbiano fatto penetrare nella coscienza generale l'idea che i P.M. esercitano, rispetto ai giudici, una funzione talmente diversa che non sarebbe accettabile accumularli sotto lo stesso concetto.

2. Fondamento costituzionale della separazione fra Pubblico Ministero e Giudice

Da un punto di vista costituzionale occorre accennare in proposito all'art. 92 ss. della Carta Fondamentale tedesca in materia di potere giudiziario. Una delle affermazioni centrali dice: "Il potere giudiziario è attribuito ai giudici" (Art. 92 Cost.), un'altra, importante: "I giudici sono indipendenti e sottomessi soltanto alla legge". Inoltre, in tale sezione della Costituzione, la materia trattata è l'organizzazione giudiziaria e lo *status* giuridico dei giudici: ma non viene mai citato il P.M. o l'ufficio della Procura.

Ciò significa: tutte le garanzie giuridiche della Costituzione sono riferite ai giudici e anche le limitazioni ai diritti di libertà dei cittadini – in particolare, la privazione della libertà personale – sono affidate al controllo del giudice. Il P.M. non ha un ruolo così elevato, anzi, come detto, non viene mai nominato nelle Costituzione. Pertanto, per i giuristi tedeschi è proprio lo *status* costituzionale del tutto diverso del giudice il secondo motivo che impedisce di equiparare giudici e P.M.

II. Formazione professionale dei giuristi in Germania

Relativamente alla carriera professionale di giudici e P.M. occorre premettere una breve esposizione circa il sistema della formazione professionale dei giuristi, introdotto in Germania nel XIX secolo. Tale sistema si caratterizza, ovviamente, con un primo stadio dello studio di diritto presso una Università. Al termine dello studio vi è un esame, che non è però sotto la responsabilità dell'Università, bensì delle varie amministrazioni delle Giustizie dei Länder: si tratta qui del c. d. primo esame di Stato giuridico (*erstes juristisches Staatsexamen*).

Qualora il candidato abbia superato tale primo esame – la percentuale di respinti si aggira in media sul 25 % – egli dà inizio a una formazione pratica presso tribunali, così come presso la Procura della Repubblica e anche uno studio legale ecc.: la legge disciplina i singoli passaggi. A conclusione di questa formazione pratica che dura 2 anni vi è il secondo esame di Stato giuridico. La percentuale di respinti è qui di circa l'8 %. Il candidato che ha superato tale esame ottiene, nella terminologia della legge, la c. d. "idoneità all'ufficio di giudice". Nel linguaggio normale si dice perlopiù che egli è ora "giurista pieno".

Con l'idoneità all'ufficio di giudice il candidato ha acquisito ora, teoricamente, la possibilità di esercitare ogni professione di natura giuridica. Egli può dunque diventare giudice, P.M., avvocato, notaio. Se vuol diventare giudice o P.M. deve fare domande in un Land. Le amministrazioni della Giustizia dei vari Länder assumono peraltro i candidati che hanno avuto un punteggio particolarmente buono nel loro esame. Non esistono dunque concorsi come nel sistema italiano, bensì, come detto, decisivo è la votazione ottenuta nel secondo esame giuridico.

In linea di principio le carriere professionali del giudice e del P.M. sono separate, ma solo in linea di principio. Qualora, per esempio, vi sia la disponibilità di un posto di giudice anche un P.M. può fare domanda e viceversa. E ciò avviene di fatto. Peraltro nella Germania del Nord e in quella del Sud vi sono differenti tradizioni. Mentre infatti nella Germania meridionale avviene frequentemente che un giudice diventi P.M. e viceversa, ciò costituisce nel Nord una rara eccezione. Ma, come detto, questa non è una questione giuridica bensì una tradizione. Come si vede l'organizzazione giudiziaria in Germania prevede che un giurista o una giurista assuma in età giovanile l'ufficio di giudice o di P.M. e che, con il progredire degli anni di carriera, salga anche nelle rispettive gerarchie. Tale sistema non vale peraltro per i tribunali centrali della Federazione, come per esempio la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, la Corte federale del diritto del lavoro ecc. Qui i giudici vengono eletti: per esempio i giudici costituzionali vengono designati a metà dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*, mentre i giudici delle altre Corti federali da una commissione elettorale di giudici costituita da membri del *Bundestag* e dei ministeri della Giustizia dei *Länder*.

È evidente che l'influenza politica rispetto alla nomina dei giudici costituzionali, così come dei massimi tribunali federali, costituisca un problema in ordine all'indipendenza di tali Corti. Infatti l'elezione di questi giudici tiene solitamente conto di una certa coerenza politica. Così i politici tendono ad accordarsi una volta sulla nomina di un giudice vicino al partito di Governo e la volta successiva di uno vicino all'opposizione.

I membri della Corte Costituzionale non devono necessariamente essere stati in precedenza giudici: devono però avere la sopra citata "idoneità all'ufficio di giudice". Di fatto sono non di rado professori universitari – come l'attuale vicepresidente della Corte Hassemer – o anche avvocati.

Nonostante l'influenza politica nella nomina dei giudici si è però potuto osservare in Germania che i membri della Corte Costituzionale non raramente, nel loro ufficio di giudici, si emancipano, per così dire, dalla loro provenienza politica. Così, a seconda del punto di visto personale, ossia con soddisfazione o con preoccupazione, si è potuto constatare che frequentemente un giudice, una volta eletto, ha sostenuto idee diverse da quelle del partito che lo aveva proposto.

III. L'indipendenza del giudice

Tutti i giudici della Repubblica Federale tedesca godono, ai sensi dell'art. 97, I comma Cost. del principio dell'indipendenza. A tale principio viene attribuita grande rilevanza a motivo delle dolorose esperienze del periodo nazionalsocialista: esso trova largo accoglimento non solo nelle pubblicazioni di diritto costituzionale e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, ma anche nel comune sentire della pubblica opinione. Si è peraltro concordi sul fatto che i pericoli rispetto all'indipendenza dei giudici non vengono oggi tanto da prescrizioni formali di istanze o istituzioni superiori, bensì piuttosto da influenze di natura informale e non raramente dei media.

In relazione ai media si può talvolta osservare che essi, allorché si tratta di principi astratti, considerano bensì l'indipendenza dei giudici come fondamento dello Stato di diritto; ma quando tale indipendenza si manifesta in un evento concreto viene rapidamente buttata a mare.

1. L'influenza dei media

Vorrei esemplificare ciò con un caso che poco tempo fa ha provocato vivaci reazioni nei media tedeschi. Si trattava di un procedimento di divorzio dinanzi a una giudice presso il tribunale di Francoforte. La coppia in questione era musulmana e proveniva dal Nordafrica.

Il diritto civile tedesco richiede, ai fini della dichiarazione di divorzio, di regola, che vi sia stato un anno di vita separata dei coniugi. Peraltro è prevista un'eccezione all'anno di separazione qualora l'attesa di un anno di separazione dovesse costituire per il coniuge richiedente il divorzio una "inaccettabile difficoltà".

Nel caso in questione il previsto anno di separazione dei due coniugi non era ancora trascorso. Ma la moglie, che aveva chiesto il di-

vorzio, dichiarò che avrebbe costituito per lei un'inaccettabile difficoltà attendere l'anno della separazione, poiché il marito la picchiava continuamente in maniera brutale. Ma il giudice, una donna, respinse il divorzio immediato con la motivazione che, nell'ambito della cultura di provenienza dei due coniugi, è normale che il marito picchi la moglie; per questo attendere il decorso dell'anno di separazione non rappresentava dunque una inaccettabile difficoltà.

A ragione la sentenza del giudice venne qualificata dai media come "scandalosa". Anzi, essi non si limitarono a criticare la decisione, ma la loro – in sé giustificata – indignazione giunse al punto di richiedere la rimozione del giudice. Il concetto dell'indipendenza del giudice era in tal modo sparito. Naturalmente il verdetto giudiziario era totalmente sbagliato, ma è significativo che i giornalisti che, in astratto, considerano l'indipendenza della giustizia un sacro principio, non siano pervenuti in alcun modo all'idea che, nel caso concreto, del giudice concreto, tale principio non consentiva di richiederne la rimozione dall'ufficio.

Il diritto tedesco prevede la possibilità di misure disciplinari contro i giudici. Tali misure possono però essere applicate solo da particolari Corti disciplinari, e comunque non soltanto perché un giudice ha pronunciato una sentenza sbagliata – anche se scandalosamente sbagliata.

2. Le radici storiche dell'indipendenza

Storicamente il principio dell'indipendenza del giudice si è affermato nell'epoca dell'Illuminismo come reazione al diritto preteso dai regnanti dell'epoca assolutistica di, per così dire, "correggere" le sentenze dei giudici mediante proprie decisioni. Nella storia del diritto tedesco si cita sempre come celebre esempio di una tale "correzione" il caso di un mugnaio di nome Arnold che fu oggetto di una sentenza all'epoca del re Federico II di Prussia. Il mugnaio Arnold gestiva un mulino ad acqua per il quale pagava un fitto al Conte proprietario. Ma allorché il fossato che alimentava la ruota del mulino smise di apportare acqua, il mugnaio non fu più in grado di pagare il fitto, cosicché, con una procedura di sequestro, perse il mulino.

Il re Federico II cui il mugnaio si appellò, ritenne che i giudici che, con la loro sentenza, gli avevano sottratto il mulino, avevano in realtà consapevolmente voluto procurare un ingiusto vantaggio al con-

te. Il re annullò pertanto la sentenza e ordinò la condanna dei giudici a un anno di detenzione: ciò che anche avvenne. In precedenza peraltro aveva convocato i giudici e ordinato loro di cambiare la sentenza, ciò che essi naturalmente, benché completamente intimiditi, rifiutarono, dato che ritenevano di avere giudicato in realtà in conformità alle leggi allora vigenti.

Così essi trascorsero un anno in carcere, dove comunque le condizioni di vita non furono particolarmente pesanti. Con riferimento al tenace comportamento di quei giudici sorse a quell'epoca la frase molte volte citate in francese "*Il y a des juges a Berlin*". Tale frase, così come la vicenda storica che ne è alla base, furono di grande aiuto successivamente quando si trattò di formulare il concetto dell'indipendenza della Giustizia come richiesta politica. Ed è del resto un'ironia della sorte il fatto che precisamente il re di Prussia Federico II sia stato colui che prese tale infelice decisione nel caso del mugnaio Arnold. Infatti Federico II fu in realtà un protagonista dell'Illuminismo e dello spirito umanistico. Egli fu, per esempio, il primo regnante tedesco ad abolire nei suoi territori nel 1742 l'istituto della tortura. E tuttavia, come si vede, Federico II fu anche, in un certo modo, un figlio della sua epoca che pretendeva per sé il diritto di cambiare le sentenze dei "suoi" giudici.

IV. La fattispecie di "Rechtsbeugung" nel codice penale tedesco

In tema di responsabilità del giudice oggi occorrerà accennare a una fattispecie penalistica presente nel codice penale tedesco: mi riferisco alla fattispecie di *Rechtsbeugung* (§ 339 StGB), traducibile in italiano con "abuso del diritto", ma ignoto al codice penale italiano.

In proposito è significativo il fatto che il codice penale tedesco non definisce ciò che si deve intendere con "abuso del diritto". Si chiarisce soltanto che deve trattarsi della conduzione o della decisione di una questione giuridica, e che in tale conduzione o decisione si sia dato luogo, dolosamente, a un abuso o violazione della norma giuridica.

Ma tradizionalmente una tale fattispecie pone una serie di problemi. Il primo riguarda naturalmente l'autore di tale reato. In base alla lettera della legge questi non è soltanto il giudice: i colpevoli possono essere infatti "giudici o altri pubblici ufficiali". Decisivo è solo se tali pubblici ufficiali conducono o decidono in merito a una questione giuridica. Tale formula comporta pertanto che anche pubblici ministe-

ri possono essere considerati soggetti imputabili del reato di abuso del diritto. Eccezionalmente, in questo caso, giudici e P.M. vengono messi insieme in uno stesso gruppo di persone.

Ma alla base della citata fattispecie vi sono due problemi centrali che occorre chiarire: il primo è “cosa si intende per diritto”, mentre il secondo concerne il termine *Beugung* (abuso).

Come si può immaginare questi due problemi hanno assunto grande rilevanza allorché dopo la II guerra mondiale, e dopo il 1989, dopo la fine della DDR, giudici nazisti e giudici della DDR dovettero rendere conto del loro agire. Importante in questo contesto è il fatto che la fattispecie parla di abuso del diritto e non di una errata applicazione delle norme. Infatti, norme e diritto non sono identici. Nelle accuse rivolte a giudici nazisti o a giudici della DDR ciò costituiva un aspetto decisivo, dato che costoro di regola si richiamavano al fatto che essi si erano attenuti alle leggi allora vigenti.

1. Processi contro i giudici dopo il 1945

Nel contesto dei processi contro i giudici nazisti venne sviluppata la c. d. formula di *Radbruch*, mediante la quale il penalista di *Heidelberg Radbruch* cercò di esplicitare in quali condizioni una legge approvata con un procedimento formale corretto non possa più essere considerata come diritto. Nella filosofia del diritto tale problema viene notoriamente discusso nel senso delle condizioni minime necessarie affinché una normativa possa venire qualificata come diritto e nel senso del fondamento di tali condizioni minime.

Ma, rispetto alla condanna dei giudici nazisti, si poneva un ulteriore problema. Come ho già accennato la fattispecie di abuso del diritto richiede l'elemento del dolo. Il giudice deve dunque sapere o, nel senso di *dolus eventualis*, almeno ritenere possibile che egli, con la sua sentenza, trasgredisce il diritto. Ma i giudici nazisti, non raramente a motivo del loro accecamento ideologico, erano convinti che le loro sentenze corrispondessero al “vero” diritto, ossia al diritto che, sulla base della loro perversa ideologia, doveva costituire propriamente diritto vigente.

Intendiamo: vi erano anche molti giudici del tutto consci del fatto che le loro sentenze erano chiaramente illegittime. Resta comunque che la fattispecie di abuso di diritto, con il suo riferimento al concetto

stesso di diritto, comporta necessariamente grandi difficoltà nella sua applicazione.

2. Processi contro i giudici della ex DDR

Nel caso dei giudici della ex DDR la situazione era diversa. Infatti, prevedendo il codice penale della DDR la fattispecie di abuso del diritto, anche se non con questo termine, bensì quello di “violazione della legge”, qualora essi se ne fossero resi colpevoli, sarebbero stati passibili di condanna. E, dunque, i giudici della ex DDR potevano venire penalmente sanzionati solo qualora essi avessero violato le proprie leggi, ossia le leggi della DDR. Ma anche ciò comportò rilevanti problemi.

V. I fondamenti normativi del ruolo del P.M.

Dopo questo accenno alla fattispecie di abuso del diritto vorrei ora passare ad esaminare la figura del P.M. in Germania. Ho in precedenza osservato come il P.M. abbia una posizione ibrida. Intendo con ciò riferirmi al semplice dato di fatto che, da un lato, la procura della Repubblica conduce le indagini, promuove l'accusa, deposita le prove a carico del colpevole, ma, dall'altro, è tenuta a osservare il principio dell'obiettività. E dunque la Procura della Repubblica in senso formale ha un ruolo di parte ma, a motivo del suo obbligo alla oggettività, non è parte in senso materiale. In questo senso si può qui citare una frase di Eberhard Schmidt, il celebre processualista: “La Procura della Repubblica è l'autorità più obiettiva al mondo”.

All'opposto i critici sostengono che, di fatto, l'idea che la Procura agisca in modo obiettivo è una sorte di “menzogna vitale” dei P.M. Infatti anche se il codice di procedura penale tedesco dice (§ 160 II comma): “Il P.M. deve indagare non solo sulle circostanze a carico ma anche su quelle a discarico...”, secondo tali critici, si avrebbe qui a che fare con una prescrizione non sull'essere ma sul dover essere.

Di fatto non si può negare che può facilmente accadere che un P.M., mediante la propria attività istruttoria, in relazione a un concreto imputato che egli ritiene colpevole, può sentirsi motivato a impiegare un tale zelo istruttorio che la sua obiettività può andare perduta.

Del resto, se non fosse così, non sarebbe stato necessario nel XIX secolo esentare i giudici dall'attività istruttoria per affidarla ai P.M.

Conseguenza del ruolo ibrido del P.M. è la dibattuta questione circa la possibilità per l'imputato di chiedere, nel corso del processo, la riconsiderazione del P.M. perché prevenuto nei suoi confronti. A un'interpretazione rigorosa del principio di obiettività della Procura della Repubblica ciò dovrebbe essere ammissibile.

Peraltro il codice di procedura penale tedesco contiene bensì norme in tema di riconsiderazione di un giudice ma non del P.M. Ciò comporta la questione se le citate norme sulla riconsiderazione del giudice possono essere applicate per analogia ai P.M. Una parte della dottrina tedesca accoglie questa soluzione: ma si tratta di una chiara minoranza.

La maggioranza degli autori, infatti, a motivo della differenza delle funzioni tra giudici e P.M., non ritiene applicabile la norma in tema di riconsiderazione dei giudici, per analogia, ai P.M. Secondo questa opinione, l'imputato che ritenga che il P.M. ha contraddetto al suo dovere di obiettività deve ricorrere per Cassazione facendo riferimento, nel ricorso, all'art. 160, II comma, sopra citato che sancisce l'obbligo dell'obiettività e che, a parere dell'imputato, sarebbe stato violato.

VI. La struttura gerarchica della Procura della Repubblica

Una ragione fondamentale della grande differenza di funzioni tra giudici e P. M. è il fatto che la Procura è strutturata in modo gerarchico. Pertanto il § 146 dell'Ordinamento Giudiziario dichiara: "I funzionari della Procura della Repubblica devono attenersi alle indicazioni di ufficio dei loro superiori".

Ma cosa avviene se tali indicazioni del superiore entrano in conflitto con la visione del diritto e della giustizia del P.M. di grado inferiore? L'Ordinamento Giudiziario prevede due possibilità per superare tale conflitto. Mi riferisco al c. d. "diritto di devoluzione" e al "diritto di sostituzione". Si tratta dunque del diritto del superiore di avocare a sé in ogni momento la questione (diritto di devoluzione) oppure, al contrario, di affidarla a un altro P.M. a lui sottoposto (diritto di sostituzione). Qualora, dunque, il superiore abbia l'impressione che il P.M. incaricato agisca sulla base di una visione della pratica diversa dalla sua può senz'altro avocarla a sé o affidarla ad altri.

1. Il potere di indirizzo del Ministro della Giustizia

Ma la differenza di funzioni del P.M. rispetto al giudice si evidenzia anche nel fatto che, in ultima analisi, il Ministro della Giustizia ha un potere di indirizzo rispetto alla Procura della Repubblica: rispetto alla Procura della Repubblica Federale presso la Corte di Cassazione tale potere spetta al Ministro federale della Giustizia, altrimenti spetta ai Ministri della Giustizia dei *Länder*.

Dunque, in Germania nel XIX secolo si è affermato il modello di una Procura della Repubblica sottoposta all'Esecutivo e al suo potere di indirizzo. Tale modello è rimasto fino ad oggi caratteristico del sistema tedesco e ciò anche se è oggetto di vivaci discussioni. Devo peraltro aggiungere che, per quanto mi ricordi, il potere di indirizzo del Ministro della Giustizia non è mai stato esercitato in un modo tale che i media potessero denunciarne la scandalosità – ma forse ciò dipende dal fatto che notizie su eventuali scandali sono state finora sempre tenute segrete.

Allorché nel 1877 si dette vita al Codice di Procedura Penale si pensò che fosse possibile evitare abusi eventualmente derivanti dal potere di indirizzo dell'Esecutivo sottoponendo la Procura della Repubblica al principio dell'obbligatorietà, ancora oggi fissato nel § 152 II comma StPO. Inoltre, nel caso di reati che hanno persone fisiche per soggetto passivo, costui può richiedere presso l'*Oberlandesgericht* il c. d. procedimento coattivo, per ottenere, per via coattiva, il promovimento dell'accusa, qualora egli ritenga che la Procura non si attenga al principio di obbligatorietà.

Non entrerò qui nei dettagli del citato procedimento coattivo; mi limito ad accennare al fatto che nel processo penale tedesco il principio di obbligatorietà ha ricevuto molte eccezioni che, nel frattempo, hanno notevolmente rafforzato il ruolo del P.M. nel processo penale.

2. Il Pubblico Ministero come “giudice prima del giudice”

Una, in un certo senso “piccola” eccezione al principio di obbligatorietà è stata introdotta nel 1924: al P.M. venne concesso il potere di dichiarare il non luogo di procedere nel caso di procedimenti penali relativi a reati di scarsa entità, qualora a ciò non si contrapponesse il pubblico interesse al perseguimento del reato in oggetto (§ 153 StPO). È evidente che tale modifica legislativa dipese dal desiderio di alleggerire

rire la Giustizia da molti piccoli procedimenti della microcriminalità, un effetto che poi si è effettivamente verificato.

Viceversa, una “grande” e sinora contestata eccezione al principio di obbligatorietà è stata introdotta nel 1974. Con essa sono stati ampliati enormemente i poteri della Procura della Repubblica, consentendole di dichiarare il non luogo a procedere in caso di reati che arrivano fino all’ambito della media criminalità, qualora l’accusato sia disposto ad ottemperare a ordini o disposizioni impostigli dal P.M.

Tali ordini e disposizioni possono per es. consistere nell’obbligo per l’accusato di indennizzare il danno arrecato, oppure di prestare un lavoro di pubblica utilità, o di versare una somma di denaro a un’istituzione di pubblica utilità come anche alle casse pubbliche. Naturalmente, soprattutto questo ultimo caso, il versamento di denaro alle casse pubbliche, viene percepito dall’accusato come una sanzione pecuniaria, che però viene inflitta non in seguito a una sentenza giudiziaria bensì per decisione della Procura.

Non stupisce, pertanto, che molti criticino l’attribuzione al P.M. di poteri paragonabili a quelli del giudice, sostenendo che in questo ambito il P.M. sarebbe diventato un “giudice prima del giudice”. Comunque anche tale ruolo del P.M. come “giudice prima del giudice” è alquanto attenuato dal fatto che egli, in ordine alla decisione del non luogo a procedere, necessita del consenso di un giudice, e ciò naturalmente qualora non si tratti di un caso di microcriminalità. In tal modo è pur sempre salvaguardato il controllo giudiziario sul suo operato.

Un secondo punto di critica al potere di decisione attribuito al P.M. circa il non luogo a procedere, consiste nel fatto che gli ordini e le disposizioni vengono inflitti senza che sia stato stabilito se l’accusato ha effettivamente commesso il reato che gli viene attribuito. Infatti lo stadio del P.M. è lo stadio dell’istruttoria e in tale stadio per definizione si è semplicemente in presenza del sospetto di un reato.

I sostenitori di tale critica osservano che il comportamento del P.M., in tali casi, può assumere il carattere del ricatto, facendo balenare all’accusato la possibilità di rinunciare al promovimento dell’accusa, qualora costui sia disposto ad adempiere ad ordini o disposizioni. Infatti la dichiarazione del P.M. suona: “Se tu non accetti tali prestazioni, noi, con il promovimento dell’accusa, ti procureremo notevoli difficoltà”.

D’altro lato si deve però aggiungere che l’archiviazione del procedimento a favore di ordini e disposizioni decise dal P.M., è molto

gradita ad accusati e loro difensori. Anzi, nella misura in cui la gravità del reato lo consente, i difensori sono soliti di regola cercare, per conto loro, il contatto con la Procura per sondare se e a quali condizioni è possibile una tale archiviazione del procedimento. Non stupisce quindi che tali contatti non raramente conducono a un patteggiamento, peraltro ufficialmente non previsto nel codice di procedura penale tedesco. L'incentivo per l'accusato a perseguire per tal via l'archiviazione del procedimento non consiste solo nelle sue caratteristiche informali ma anche nel fatto che in tal modo egli evita l'iscrizione nel casellario giudiziario: ciò naturalmente sempre nel presupposto che l'accusato non sia solo sospettato, ma che egli abbia realmente commesso il reato che egli viene imputato.

VII. Il problema del vincolo del Pubblico Ministero alla giurisprudenza

In tema di Procura della Repubblica vorrei infine accennare a un problema di cui si sono ampiamente occupati i processualisti in Germania negli anni scorsi, e la sua origine risiede analogamente nel ruolo non chiaro del P.M. Mi riferisco al complesso problema del suo grado di vincolo all'interpretazione delle leggi ad opera dei giudici. Prendiamo infatti il caso che una fattispecie ammetta differenti interpretazioni, ossia sia quelle che, nel caso concreto, richiedono la condanna dell'imputato sia quelle che ne prevedono l'assoluzione. Supponiamo inoltre che, in tale caso concreto, la Procura, facendo propria l'interpretazione della norma che prevede l'assoluzione, decida di non promuovere l'accusa, e tutto ciò mentre la costante giurisprudenza dei giudici sostiene in tale caso l'imputabilità.

La domanda è: può in questo caso il P.M. basarsi sulla propria interpretazione e astenersi dal promovimento dell'accusa? Oppure deve attenersi all'interpretazione dei giudici e promuovere l'accusa? Credo di sapere che tale problema in questa forma in Italia non può sorgere, dato che in base all'art. 408 ss. del c.p.p. deve essere sempre il giudice che, al termine delle indagini preliminari, deve consentire alla richiesta di non luogo a procedere. Ma in Germania non è così per cui può sorgere l'aspra contesa descritta.

Rispetto ad essa la Corte di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) sostiene che qui la Procura della Repubblica è tenuta a promuovere l'accusa. Infatti, per il *Bundesgerichtshof*, dopoché rispetto all'interpre-

tazione di una norma penale si è affermata una consolidata opinione dei tribunali, questa è vincolante anche per il P.M. Ciò perché la Costituzione affida l'interpretazione delle leggi ai giudici e dunque i P.M. non possono contrapporre le loro opinioni su questioni giuridiche a quelle dei tribunali.

Peraltro, l'opinione dominante della dottrina non condivide tale concezione: essa naturalmente non dubita che il potere giurisprudenziale sia materia dei tribunali, tuttavia, sostiene, la Procura della Repubblica gode di un ruolo autonomo. E non va dunque considerata una sorte di "ancella" dei giudici. In tal senso si fa riferimento al § 150 dell'Ordinamento giudiziario che dice: "La procura della Repubblica nelle sue funzioni è indipendente dai tribunali". Pertanto, il P.M. è tenuto a esaminare sempre sotto la propria responsabilità la questione se sia il caso di promuovere una determinata accusa.

Si può dunque osservare, in conclusione, come anche rispetto a questa contesa, circa l'obbligo o meno di promovimento dell'accusa per il P.M., si manifesti e confermi il ruolo ibrido attribuito dalla legge alla Procura della Repubblica.

VÍCTOR MORENO CATENA
Università Carlos III di Madrid

*LE GARANZIE COSTITUZIONALI DEL GIUDICE
E LA RESPONSABILITÀ PER IL FUNZIONAMENTO
DELLA GIUSTIZIA IN SPAGNA*

SOMMARIO

1. *Introduzione.* 2. *L'indipendenza dei giudici.* 3. *Indipendenza nei confronti delle parti processuali e dell'oggetto del processo:* A) *Astensione.* B) *Ricusazione.* 4. *Indipendenza nei confronti dei superiori e degli organi di autogoverno.* 5. *Indipendenza dagli altri poteri dello Stato e da pressioni sociali.* 6. *L'inamovibilità.* 7. *La soggezione del giudice alla legge.* 8. *La responsabilità personale dei giudici:* A) *Responsabilità civile.* B) *Responsabilità penale.* C) *Responsabilità disciplinare.* 9. *La responsabilità per il funzionamento della Giustizia:* A) *I titoli di responsabilità.* B) *L'errore giudiziario.* C) *Il funzionamento anormale dell'Amministrazione della Giustizia.*

1. Introduzione

Sin dal primo dei precetti dedicati al Potere Giudiziario, la Costituzione spagnola – CE – mette in rilievo, nell'ambito dei caratteri dello statuto giuridico proprio dei giudici (giudici e magistrati, ma non del Pubblico Ministero), una serie di garanzie che rappresentano gli elementi essenziali con cui il testo fondamentale ha voluto identificare il giudice rispetto agli altri servitori pubblici.

L' art. 117.1 della CE, stabilisce un insieme di requisiti basilari che attribuisce, come propri, a coloro che fanno parte del Potere Giudiziario. Sono quelli dell'indipendenza, inamovibilità, responsabilità e soggezione alla legge, che permettono di delineare la figura del giudice costituzionale.

Si tratta dei pilastri essenziali dello statuto giudiziario, che devono accompagnare i giudici ogni qualvolta stiano svolgendo funzioni o incarichi giudiziari, cioè stiano esercitando la potestà giurisdizionale.

Con ciò si intende che quando svolgono altre funzioni (come quelle di Stato Civile) o sono stati destinati ad altri incarichi (salvo che sia per un'altro Tribunale o Corte) o a servizi speciali in organi non giurisdizionali (artt. 350-352 Legge Organica del Potere Giudiziario -LOPJ-), non sono soggetti agli obblighi dell'articolo 117.1 della CE. Tali elementi sono attribuibili a tutti coloro che esercitano funzioni

giurisdizionali, e solo a questi ultimi, anche nel caso in cui non siano giudici o magistrati togati.

2. *L'indipendenza dei giudici*

Al di là dei principi politici che in un momento storico concreto configurano e reggono la struttura e l'organizzazione degli organi giurisdizionali di uno Stato, il primo dei requisiti strutturali a cui deve ottemperare necessariamente qualsiasi giudice o Tribunale per poter essere considerato come tale, è il carattere o condizione di soggetto terzo estraneo alla controversia, la quale le parti processuali pongono innanzi a lui richiedendo la sua decisione.

L'imparzialità è un obbligo ineludibile per svolgere un ruolo *super partes*, spettante al giudice in questa formula eterocompositiva di risoluzione delle controversie.

Tuttavia, unitamente all'imparzialità di ogni giudicante nei confronti dell'oggetto della controversia e delle parti processuali, nello Stato costituzionale moderno è stata instaurata la garanzia dell'indipendenza del giudice nei confronti degli altri poteri dello Stato, in particolare quello Esecutivo, al fine di assicurare la sua completa soggezione all'ordinamento giuridico. Inoltre, al giudice attualmente viene garantita l'indipendenza come conquista irrinunciabile e requisito politico del modello di Stato instaurato nelle società occidentali, sebbene non sia essenziale per definire il concetto di giudice o di giurisdizione.

La decisione politica della Rivoluzione Francese condusse su un altro piano alla creazione del Potere Giudiziario, aggiungendo all'indipendenza di ogni giudice l'indipendenza del Potere Giudiziario nel suo complesso, e cioè del meccanismo a cui è affidato l'esercizio della potestà giurisdizionale.

Tuttavia, dal mero enunciato dell'indipendenza nei testi costituzionali pur conservando una gerarchizzazione giudiziaria considerevole, fino a conseguire che venissero forniti al giudice i mezzi necessari per realizzarla, il cammino percorso è stato lungo.

L'indipendenza è, al di sopra di ogni altro, l'elemento che contraddistingue i giudici rispetto a tutti gli altri gruppi di funzionari e servitori pubblici, che si inquadrano in un'organizzazione amministrativa retta, per l'appunto, dal principio di dipendenza gerarchica.

La garanzia dell'indipendenza permette al giudicante di agire con

libertà di scelta nell'esercizio della potestà giurisdizionale, sottraendosi a qualsiasi possibile interferenza nella sua competenza. Il giudice deve essere salvaguardato dalle pressioni che potrebbero essere esercitate su di lui, in qualsiasi veste esse si presentino (sia a mezzo di istruzioni o ordini, che a mezzo di suggerimenti o influenze di qualsiasi sorta), e da qualsiasi parte esse provengano (dalle parti processuali, dagli organi di autogoverno o dai suoi superiori gerarchici, dagli altri poteri dello Stato, o dalla società stessa).

La necessaria assenza di interferenze nell'esercizio della giurisdizione non significa, tuttavia, che la Costituzione abbia voluto creare un giudice senza criterio proprio, atemporale e deideologizzato rinchiuso e isolato in una sorta di campana di vetro. L'indipendenza del giudice non è altro, e non meno, che libertà di giudizio, avente come unico punto di riferimento la soggezione alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico.

Per questi motivi l'indipendenza dei giudici deve essere accuratamente rispettata da tutti (art. 13 LOPJ) e deve essere garantita nei confronti di ognuno: nei confronti delle parti processuali; nei confronti dei superiori nella gerarchia giudiziaria e degli organi di autogoverno; e nei confronti degli altri poteri dello Stato e delle pressioni sociali, essenzialmente quelle che potrebbero provenire dai mezzi di comunicazione.

A tal fine, il nostro ordinamento giuridico attribuisce in modo specifico al Pubblico Ministero la funzione di vegliare su di essa, promuovendone gli atti pertinenti (artt. 124.1 CE e 14.2 e 541 LOPJ).

Unitamente a questa disposizione normativa, quando i giudici ritengono di essere turbati o disturbati nell'ambito della loro indipendenza, devono rendere conto dei fatti all'organo giurisdizionale competente a seguire la procedura adeguata a seconda del motivo di disturbo (art. 14.1 LOPJ). In tali casi, devono altresì comunicare l'azione di disturbo al *Consejo General del Poder Judicial* (Consiglio Superiore della Magistratura) (art. 14.1 LOPJ).

L'operato del Consiglio Superiore della Magistratura non viene sufficientemente delineato dalla LOPJ, atteso che non vengono stabilite delle linee precise per il *modus operandi* di quest'organo di autogoverno. Il Consiglio si è limitato a ricevere i reclami, essendo i presunti disturbatori costituiti normalmente da organi amministrativi, e a rimetterli, senza realizzare nessun indagine, e nel migliore dei casi dopo qualche dichiarazione pubblica, all'Amministrazione da cui è provenuta la presunta azione di disturbo.

3. *Indipendenza nei confronti delle parti processuali e dell'oggetto del processo*

La prima fase di analisi dell'indipendenza dei giudici deve essere individuata, nel caso concreto, a partire dai soggetti e dall'oggetto processuale che vengono posti avanti all'organo giurisdizionale. L'indipendenza nei confronti delle parti processuali e dell'oggetto della controversia significa imparzialità, vale a dire l'assenza di qualsiasi interesse alla risoluzione del conflitto che non sia la stretta applicazione dell'ordinamento giuridico.

Il giudice deve situarsi in una posizione distante dal conflitto per porsi *super partes*, poiché non può essere concepita la giurisdizione quando il giudicante è interessato o coinvolto nella controversia. Indubbiamente l'imparzialità di quest'ultimo verrebbe minacciata se, in ragione dei soggetti processuali e del *thema decidendi*, venisse influenzato nella sua decisione.

Tradizionalmente il legislatore, evitando le formulazioni generiche, ha stabilito un elenco esaustivo di motivi che possono influire sulla decisione, che lasciano trasparire obiettivamente una norma nell'esperienza di possibile parzialità, in modo tale da far dubitare della posizione esigibile al giudicante. Quando ricorre qualche causa legale viene imposto al giudice di astenersi dalla trattazione della causa senza aspettare che venga ricusato (artt. 100.1 Codice di Procedura Civile – LEC – e 217 LOPJ).

In secondo grado, e qualora il giudicante non lo facesse *motu proprio*, sono legittimati a proporre la ricusazione, da una parte, i soggetti processuali; dall'altra, il Pubblico Ministero, nella sua veste di garante dell'indipendenza giudiziale, è legittimato a proporre la ricusazione in tutti i tipi di procedimenti (art. 218 LOPJ).

I motivi sia di astensione che, ove esistenti, di ricusazione, sono unici e vengono stabiliti dalla LOPJ (art. 219), intendendosi abrogati i precetti che disciplinano questa materia nelle diverse leggi processuali.

Questi sedici motivi possono essere raggruppati in tre grandi concetti. Da una parte si può parlare di ragioni di parentela o di situazioni affini: vincolo matrimoniale del giudice, o parentela fino al quarto grado, con le parti o con i loro procuratori legali o con gli avvocati; essere in uno di questi rapporti con il funzionario intervenuto quando si tratta di processi in cui è parte l'Amministrazione Pubblica; essere stato componente di organi tutelari nei confronti di una delle parti o difensore giudiziario, o essere stato in affidamento di queste ultime. Si

puó formare un secondo gruppo basato su ragioni di amicizia o inimicizia: essere o essere stato denunciato o accusato da una delle parti; essere denunciante o accusatore di una di esse; avere una lite pendente con queste ultime, o avere un'intima amicizia o un'espressa inimicizia con le stesse. In ultimo, si puó fare riferimento a ragioni di interesse, incompatibilitá o supremazia: avere un interesse diretto o indiretto nell'oggetto della causa; essere stato difensore o rappresentante di una delle parti, aver emesso sentenza sull'oggetto della causa, o esservi intervenuto come Pubblico Ministero, consulente tecnico o teste; aver istruito la causa o essersi pronunciato nella fase precedente, o nel caso in cui una delle parti si trovi in una posizione subordinata nei confronti del giudicante.

L'accordo di astensione o la proposta di ricsuzione provoca l'allontanamento immediato del giudice dalla trattazione della causa di merito. Questo allontanamento non pregiudica e nemmeno presuppone che sia stata pronunciata una decisione arbitraria, interessata o distorta, ma agisce anche ove nel caso concreto si giungesse a garantire l'assoluta libertá di criterio del giudicante. Dato che la persona del giudice è fungibile, è assolutamente necessario chiarire qualsiasi ombra di dubbio sulla sua imparzialitá, senza arrivare nemmeno a determinare se le circostanze previste dal legislatore avrebbero influenzato in qualche modo la decisione giudiziaria.

A) Astensione

Qualora ricorresse in qualsiasi procedimento uno dei motivi di astensione, il giudice o magistrato, d'ufficio, dovrá rinunciare alla trattazione della causa con dichiarazione motivata, che dovrá essere comunicata alle parti e alla Sezione di Governo del rispettivo Tribunale.

Quando la Sezione non accoglie l'astensione ordina al giudice o magistrato, entro i cinque giorni successivi, di continuare la trattazione della causa, tutto ciò fermo restando che le parti possono domandare la ricsuzione e che il giudice o magistrato potrebbe essere soggetto a responsabilitá disciplinare. Qualora non venisse emessa l'ordinanza della Sezione di Governo il giudice o magistrato rinuncerà definitivamente e rimetterá gli atti a colui che deve sostituirlo (artt. 221 e 222 LOPJ).

B) Ricusazione

La ricusazione deve essere proposta nello stesso momento in cui si viene a conoscenza del motivo su cui si fonda, in modo che, se si è a conoscenza dello stesso prima dell'avvio del procedimento, venga proposta nella fase iniziale, atteso che negli altri casi non verrà ammessa (art. 223.1 LOPJ). La conseguenza immediata della proposta di ricusazione è l'allontanamento provvisorio del ricusato e la rimessione della trattazione della causa al sostituto (art. 225.1 LOPJ).

La legge è molto rigorosa in quanto all'individuazione della persona che la propone, esigendo che venga formulata per iscritto, che venga firmata dal ricusante, il quale deve mantenerla in presenza giudiziale (art. 223.2 LOPJ). La LOPJ stabilisce altresì in modo molto preciso il giudice o magistrato chiamato a istruire il procedimento incidentale di ricusazione (art. 224 LOPJ).

L'istruttore del procedimento incidentale deve richiedere la dichiarazione del ricusato; se questi accetta in quanto fondato il motivo di ricusazione quest'ultima viene decisa senza ulteriori formalità; altrimenti assume la prova, qualora fosse stata dedotta, rimettendo gli atti all'organo competente a decidere la ricusazione, il quale decide dopo aver sentito il Pubblico Ministero (art. 225.3 LOPJ), naturalmente ove non sia quest'ultimo ad aver promosso la ricusazione.

Qualora la decisione fosse di rigetto, gli atti verranno restituiti al ricusato nello stato in cui si trovano, con condanna al pagamento delle spese legali e di pena pecuniaria nel caso in cui venga dichiarata espressamente l'esistenza di malafede (art. 228.1 LOPJ). Qualora la decisione accogliesse il motivo di ricusazione proposto, il giudice o magistrato verrà definitivamente allontanato dalla trattazione della causa (art. 228.2 LOPJ). Avverso queste decisioni non può essere presentato alcun ricorso, sebbene si possa far valere la nullità del pronunciamento che decide la controversia o causa, proponendo ricorso contro lo stesso (art. 228.3 LOPJ).

4. Indipendenza nei confronti dei superiori e degli organi di autogoverno

Una delle manifestazioni più trascendentali nell'ambito della garanzia dell'indipendenza giudiziaria è quella che si osserva nei confronti delle influenze interne all'organizzazione dei Tribunali.

Esiste, certamente, un'intelaiatura complessa di organi giurisdizionali che si strutturano sulla base di un criterio gerarchico, in modo che i «superiori» vengono chiamati a riesaminare, confermando o annullando, gli atti e le decisioni degli «inferiori»; tuttavia, la verità è che ogni Tribunale o Corte detiene la potestà giurisdizionale nella sua totalità, e nell'esercizio di tale potestà ogni giudice o magistrato è sovrano e indipendente nelle sue decisioni rispetto a tutti gli organi giudiziari e di autogoverno del Potere Giudiziario (art. 12.1 LOPJ).

Per questa ragione, i giudici e i Tribunali non possono correggere l'applicazione o l'interpretazione dell'ordinamento giuridico che viene compiuta dai loro inferiori nell'ordine gerarchico, tranne quando loro stessi amministrano la giustizia decidendo sui ricorsi stabiliti dalla legge (art. 12.2 LOPJ).

Tuttavia dove si percepisce con maggiore nitidezza tale indipendenza è nella proibizione imposta a tutti i giudici e Tribunali, agli organi di autogoverno di questi ultimi, nonché al Consiglio Superiore della Magistratura, di dare istruzioni, sia di carattere generale che specifico, ai propri inferiori riguardo all'applicazione o interpretazione dell'ordinamento giuridico che compiono nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali (art. 12.3 LOPJ). Tali interferenze, che si esplicano dando ordini o esercitando pressioni di qualsiasi tipo, vengono tipizzate come illeciti disciplinari molto gravi (art. 417.4° LOPJ).

Come è stato detto precedentemente l'indipendenza veglia sull'esercizio della giurisdizione e unicamente su di esso. Di conseguenza, è escluso dalla garanzia costituzionale l'esercizio, da parte degli organi di autogoverno del Potere Giudiziario, delle funzioni autogovernative che gli spettano, quali l'emissione delle opportune prevenzioni, ordinanze o istruzioni, che dovranno essere osservate, nonché l'esercizio della potestà di regolamentazione attribuita al Consiglio Superiore della Magistratura (art. 110 LOPJ).

Inoltre, per preservare l'indipendenza personale del giudice nei confronti dei suoi superiori e nei confronti degli organi di autogoverno, devono essere altresì tenute presenti le norme riguardo ai premi e alle sanzioni, vale a dire, essenzialmente le disposizioni sulle promozioni e il regime disciplinare. Lasciando aperta la possibilità di approfondire successivamente questi punti, conviene chiarire fin d'ora che il legislatore ha disciplinato in modo estremamente accurato sia l'istituto delle promozioni (meriti e termini), che il regime disciplinare, per evitare qualsiasi eventuale arbitrarietà degli organi di autogoverno.

5. *Indipendenza nei confronti degli altri poteri dello stato e delle pressioni sociali*

a) Tradizionalmente l'indipendenza dei giudici doveva essere analizzata nei confronti dei poteri dello Stato e, più concretamente, del Potere Esecutivo, per la semplice ragione che le funzioni autogovernative (nomine, promozioni, ispezioni o regime disciplinare), compresa la potestà di regolamentazione necessaria per metterle in pratica, erano nelle mani di quest'ultimo.

Attualmente, con la creazione del Consiglio Superiore della Magistratura, la reale possibilità che gli altri poteri dello Stato influiscano o, eventualmente, turbino o affievoliscano l'indipendenza giudiziaria è francamente remota, fra l'altro perché la Costituzione Spagnola ha voluto che lo Statuto dei giudici e dei magistrati, nonché la costituzione, funzionamento e autogoverno dei Tribunali vengano predisposti dalla LOPJ (art. 122.1). Di conseguenza, l'Esecutivo è stato privato in queste materie delle sue attribuzioni, in modo che non potrà più disciplinare nessuna di esse in sede normativa.

b) Per ciò che riguarda l'indipendenza dei giudici nei confronti della società, nella LOPJ vengono stabiliti una serie di requisiti di accesso, nonché le ipotesi di incapacità o di incompatibilità per l'esercizio della giurisdizione, e una serie di proibizioni e misure che nell'insieme intendono preservare il giudice da qualsiasi tipo di soggezione, derivata in questo caso da vincoli personali o sociali, nel momento della decisione.

c) Nello stesso tempo, per proteggere i giudici da eventuali influenze derivate da una situazione economica debole, laddove si potesse cercare di distorcere il criterio di giudizio avvalendosi di moventi di questa natura, lo Stato garantisce l'indipendenza economica dei giudici a mezzo di un trattamento economico dignitoso e un regime di previdenza sociale adeguato (art. 402 LOPJ).

6. *L'inamovibilità*

Sebbene non sia esclusiva dei giudici, poiché è estesa praticamente alla totalità dei funzionari pubblici, l'inamovibilità è un'ulteriore garanzia dell'indipendenza giudiziaria. Forse non si tratta né della più importante e nemmeno della più caratteristica, ma consiste nell'impos-

sibilità di dispensare, sospendere dal servizio, trasferire o collocare a riposo i giudici se non per uno dei motivi e con le garanzie predisposti dalla legge (art. 117.2 CE).

Tali ipotesi sono:

a) La dispensa dal servizio, che presuppone la perdita della condizione di giudice o magistrato, ha luogo per perdita della cittadinanza spagnola o per sanzione disciplinare in seguito a illecito molto grave o per condanna a pena detentiva per ragioni di reato doloso (sebbene, qualora quest'ultima non fosse superiore a sei mesi, il Consiglio Superiore della Magistratura potrà accordare la sospensione invece della dispensa), nonché nel caso in cui sopravvenga motivo di incapacità salvo che sia applicabile il collocamento a riposo, con l'obbligo di accordarlo previo atto e con intervento del Pubblico Ministero (art. 379 e 388 LOPJ). Ove venisse accordata per perdita della cittadinanza spagnola, per sanzione disciplinare o per condanna a pena detentiva, potrà essere ottenuta la riabilitazione (artt. 380 a 382 LOPJ).

La condizione di giudice può altresì essere persa per rinuncia volontaria, esplicita (art. 379.1.a LOPJ) o implicita (artt. 322 e 357.3 LOPJ), e per collocamento a riposo (art. 379.1.f LOPJ).

b) La sospensione presuppone l'allontanamento temporaneo del giudice dalle sue funzioni (art. 361 e ss. LOPJ) e ha luogo quando quest'ultimo appare come responsabile in un processo penale o in sede disciplinare. La sospensione può essere provvisoria se si verifica durante l'istruzione di un processo penale per reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni, o quando il giudice appare come imputato per un'altro reato doloso, o quando la sospensione viene decretata durante l'espletamento di un atto disciplinare. La sospensione è definitiva quando viene decretata a mezzo di sentenza di condanna passata in giudicato nella quale viene imposta una pena o quando viene decretata come sanzione disciplinare per illecito molto grave (artt. 365 e ss e 420 LOPJ).

c) Il trasferimento del giudice, in quanto parte della garanzia della sua inamovibilità, esclude naturalmente il caso in cui si verifichi a sua richiesta, e si riferisce pertanto al trasferimento forzoso, che viene imposto unicamente come sanzione per aver commesso un illecito disciplinare molto grave, previa udienza dell'interessato e parere del Pubblico Ministero (art. 388 LOPJ).

d) Il collocamento a riposo ha luogo per uno dei motivi seguenti: incapacità permanente del giudice o quando quest'ultimo compie settant'anni (artt. 385 a 387 LOPJ).

Unitamente alla figura del giudice togato, l'inizio della cui attività giurisdizionale decorre normalmente dal momento dell'accesso fino al raggiungimento dell'età di 70 anni, la LOPJ prevede altre figure giudiziarie che sono soggette nella loro attività ad una scadenza. Oltre ai magistrati del Tribunale Costituzionale che, per imperativo della Norma Fondamentale, vengono nominati per un periodo di nove anni (art. 159.3 CE), all'interno del Potere Giudiziario vi sono anche giudici non togati che vengono nominati per esercitare funzioni giurisdizionali per un periodo determinato (art. 378.2 LOPJ), durante il quale fruiscono della garanzia di inamovibilità. Si tratta dei Giudici di Pace, nominati per un periodo di quattro anni (art. 101.1 LOPJ); dei magistrati supplenti e dei giudici sostituiti, nominati per un anno giudiziario (artt. 200 e 212.2 LOPJ); nonché i giudici in regime di nomina temporanea, che vengono nominati per un periodo di un anno con possibilità di proroga per un altro anno (art. 432.2 LOPJ).

7. La soggezione del giudice alla legge

L'ultimo degli elementi che configurano il giudice costituzionale nello Stato di Diritto è la soggezione alla legge. Sin dalle formulazioni della Rivoluzione Francese questa garanzia è stata una costante storica, precisamente come riflesso della stessa indipendenza giudiziaria: il giudice costituzionale può essere indipendente poiché è soggetto alla legge. La soggezione alla legge, e unicamente ad essa, riflette in modo preciso la necessaria assenza di legami, di pressioni o influenze, sia nei confronti delle parti, che della macchina giudiziaria, nonché degli altri poteri dello Stato o della società stessa; è il punto di riferimento necessario per preservare scrupolosamente l'indipendenza giudiziaria.

La soggezione alla legge non presuppone unicamente essere soggetti a questa fonte concreta di produzione del Diritto, vale a dire la legge formale, escludendone ogni altra. Il giudice deve essere soggetto nell'esercizio della sua potestà giurisdizionale, indubbiamente, alle leggi approvate dalle *Cortes Generales (Camera e Senato)*, nonché alle leggi approvate dalle Assemblee Legislative delle Comunità Autonome. Nello stesso tempo, deve essere soggetto al resto del diritto positivo,

al di sopra e con indipendenza nei confronti della funzione completa di quest'ultimo che la giurisprudenza, indubbiamente, è chiamata a svolgere.

L'obbligo costituzionale di completa soggezione del giudice alla legge non può, tuttavia, coincidere con la definizione del XVIII secolo, quando la dottrina intendeva che il giudice doveva essere, in una conosciuta frase di MONTESQUIEU, la bocca che pronuncia le parole della legge. Il ruolo che il giudice deve svolgere nello Stato sociale e democratico di Diritto, senza dubbio va al di là dei limiti angusti a cui doveva essere costretto nel passato, ma non può sottrarsi dall'applicare la legge al caso concreto nella sua funzione di garante dei diritti dei cittadini.

Infine, la soggezione alla legge, oltre a legittimare la giurisdizione, agisce in una doppia direzione: da una parte come potente meccanismo atto a preservare il principio di uguaglianza di tutti i cittadini che richiedono una risposta giudiziaria a uno stesso problema; dall'altra, la soggezione all'ordinamento giuridico deve svolgere la funzione di fattore di fermezza e certezza o, almeno, di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, vale a dire, di garanzia del principio di sicurezza giuridica.

Il giudice deve assoggettare l'esercizio della sua funzione giurisdizionale a ciò che dispone la legge, in modo che la sua indipendenza conosca dei limiti o un quadro in cui muoversi, e cioè l'ordinamento giuridico, poiché non è concepibile la figura del giudice svincolato dalle leggi (*legibus solutus*). Nonostante ciò, la soggezione del giudice nel suo operato non presuppone creare una sorta di automata applicatore del Diritto, un giudice senza criterio politico o senza ideologia, ma non concepisce la figura del giudice che si allontana dalla legge al servizio della sua propria linea di pensiero, perché in quel caso verrebbe violata anche la garanzia del giudice legale.

8. La responsabilità personale dei Giudici e dei Magistrati

Fermo restante la responsabilità del Potere Giudiziario, che si esplica nella responsabilità dello Stato per il funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, ogni giudice o magistrato deve rispondere personalmente dei suoi atti come titolare di un potere pubblico; come dispone l'art. 117.1 della CE, i giudici e i magistrati, oltre a indipendenti e inamovibili, sono responsabili. La responsabilità è la con-

sequenza ineludibile dell'indipendenza e la garanzia che il giudice sarà soggetto all'unico vincolo che l'ordinamento giuridico gli consente e gli impone: all'imperativo della legge.

Sebbene possano sembrare concetti antitetici, l'indipendenza e la responsabilità sono il risultato di un equilibrio fra i due fattori che costituiscono l'essenza del potere giudiziario: la proibizione nei confronti degli altri poteri di interferire nella libertà dei giudici di trattare e decidere la causa e la necessità di assumere le conseguenze che i suoi atti potrebbero provocare. Inoltre, l'indipendenza viene garantita nella misura in cui i giudici devono agire e decidere con soggezione alla legge: sono indipendenti perché sono soggetti alla legge e sono soggetti alla legge perché sono indipendenti.

L'indipendenza e la responsabilità dei giudici devono essere considerate simultaneamente, poiché non può essere usata l'indipendenza come pretesto per fare in modo che questi ultimi non assumano le conseguenze dei loro atti, né l'obbligo di responsabilità come pretesto per vincere la volontà dei giudici.

Oltre ai meccanismi di individuazione della responsabilità, è necessario attivare il controllo sulla funzione dei giudici, che va dal momento della loro formazione iniziale e degli aggiornamenti periodici fino alla valutazione della loro attività giudiziaria. Questa valutazione deve comprendere non solo l'analisi quantitativa del loro operato, ma essenzialmente l'esame qualitativo della giustizia, includendo l'opinione degli utenti del servizio della giustizia.

La responsabilità dei giudici per gli atti o omissioni che realizzano nell'esercizio della loro carica possono essere di tre tipi: civile, penale e disciplinare (art. 16.1 LOPJ). Questa dichiarazione legale, che deriva dal mandato costituzionale, è in disaccordo con la realtà quotidiana, che non riconosce ai giudici praticamente alcun obbligo di responsabilità civile; solo in alcuni casi molto estremi si è arrivati a individuare responsabilità penali; ed infine, è andato in porto qualche raro atto di responsabilità disciplinare.

Questo stato di cose dimostra un distacco insalvabile fra i titolari della giustizia e gli utenti della stessa; denota nello stesso tempo un'efficacia precaria dei meccanismi di individuazione delle responsabilità civili e penali, la cui decisione spetta ai giudici e magistrati stessi (*quis custodit custodes?*), e, infine, la possibilità molto scarsa o la mancanza di volontà di correzione all'interno degli organi di autogoverno, che probabilmente a conseguenza di un corporativismo inteso in modo er-

roneo, sembrano essere “comprensivi” nei confronti degli atti negligenti dei giudici.

Le particolarità del regime di responsabilità personale dei giudici si riferiscono esclusivamente a quella che deriva dagli atti giudiziari, al fine di preservare la loro indipendenza nell'esercizio della potestà giurisdizionale. Di conseguenza, la responsabilità cui sono soggetti quando non esercitano una carica giudiziaria, verrà disciplinata, in ogni suo aspetto, dalle stesse norme, e con identici effetti, esigibili al resto dei cittadini, salvo l'*immunità d'arresto*: i giudici e i magistrati in servizio attivo potranno essere arrestati solo su mandato del giudice competente o in caso di flagranza di reato, con l'obbligo in questi casi di adottare le misure di garanzia necessarie e di consegnare il detenuto al giudice istruttore più vicino (art. 398 LOPJ).

A) *Responsabilità civile*

La domanda per i danni che i giudici avrebbero cagionato per dolo o colpa nell'esercizio delle loro funzioni viene iniziata in sede civile (art. 411 LOPJ). Si tratta, infatti, di una responsabilità che è in stretto rapporto con la responsabilità extracontrattuale esigibile con carattere generale rifacendosi all'art. 1902 del Codice civile.

Per determinare l'esistenza di responsabilità giuridica è necessario che ricorrano i requisiti di un'azione o omissione del giudice antiggiuridica e colpevole. L'antigiuridicità consiste nell'evidente violazione della legge o nell'inadempimento di una formalità o disposizione formale che deve essere osservata pena la nullità, vale a dire, di norme che vengono chiamate “rigide”, che non permettono la ponderazione personale del giudice.

Tuttavia, la violazione o inadempimento deve, altresì, derivare dall'intenzione malevola (dolo), o dalla volontà negligente o dall'ignoranza inescusabile (colpa) del giudice, poiché se la violazione della legge non fosse manifesta e evidente ci troveremmo di fronte a un caso di errore giudiziario o anormale o deficiente funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, e di conseguenza la responsabilità dovrebbe essere assunta dallo Stato e non dal giudice o dal magistrato personalmente.

Del resto, per chiamare il giudice a rispondere dei suoi atti in sede civile è necessario che la sua condotta abbia arrecato un danno stimabile economicamente e individuabile, la cui causa diretta e imme-

diata sia imputabile a quest'ultima, in modo che dovrà essere dimostrato il nesso o rapporto di causalità fra l'atto doloso o colposo del giudice e il danno cagionato.

Vero è che l'individuazione di tale responsabilità risulta completamente estranea alla nostra esperienza giudiziaria e, salvo il caso della condanna per danno morale agli 11 magistrati del Tribunale Costituzionale per aver disatteso un ricorso individuale grottesco, a mezzo di una decisione giudiziaria di motivazione assai insufficiente della Sezione Civile del *Tribunal Supremo* (Corte di Cassazione) del 23 gennaio 2004, la giustizia spagnola ha respinto tutte le domande di responsabilità proposte contro i giudici, in alcuni casi con un esercizio di corporativismo notorio.

È legittimata a domandare la responsabilità esclusivamente la parte danneggiata o i suoi aventi causa (artt. 411 e 412 LOPJ).

La domanda di responsabilità civile dovrà essere istruita in sede ordinaria, anche se l'organo giurisdizionale competente a deciderla varia a seconda del soggetto contro il quale viene proposta l'istanza. In alcuni casi, la LOPJ attribuisce la competenza a decidere questi procedimenti a organi superiori al giudice contro cui viene depositato ricorso.

In questo modo, la Sezione dell'art. 61 LOPJ tratta le domande di responsabilità civile che vengono presentate contro il presidente di una sezione del *Tribunal Supremo* o contro tutti o la maggior parte dei Magistrati di una sezione di tale Tribunale per fatti perpetrati nell'esercizio delle loro funzioni; la Sezione Civile del *Tribunal Supremo* tratta le domande presentate contro il Presidente o i magistrati dello stesso *Tribunal Supremo*, o contro i magistrati dell' *Audiencia Nacional* o dei *Tribunales Superiores de Justicia*; da parte loro, la Sezione Civile (e Penale) dei *Tribunales Superiores* trattano le domande di responsabilità civile, per fatti perpetrati nell'esercizio delle loro funzioni, contro tutti o la maggior parte dei magistrati di un' *Audiencia Provincial* (Corte d'Appello) o di una qualsiasi delle sue sezioni. In tutti gli altri casi la competenza spetta al Tribunale di Primo Grado.

La domanda non potrà essere depositata fino a che non sia passata in giudicato la decisione che la provoca; inoltre è necessario aver presentato previamente un reclamo durante il procedimento in cui si è verificato il fatto dannoso (artt. 412 e 413 LOPJ).

B) Responsabilità penale

Il procedimento per chiamare i giudici a rispondere in sede penale dei reati o illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni della loro carica viene affidato, così come avviene in alcuni casi in materia di responsabilità civile, a un organo diverso da quello stabilito con carattere generale, che varia in ragione della categoria dell'imputato.

La legge stabilisce, cioè, un foro speciale per i giudici o magistrati: quando vengono chiamati a rispondere dei loro atti in sede penale i Presidenti di Sezione o quando vengono imputati tutti o la maggior parte dei Magistrati di una sezione di tale Tribunale, tratta la causa la Sezione dell'art. 61 della LOPJ; la Sezione Penale del *Tribunal Supremo* tratta l'istruzione e la decisione delle cause presentate contro il Presidente o i magistrati dello stesso *Tribunal Supremo*, o contro i magistrati dell' *Audiencia Nacional* o dei *Tribunales Superiores de Justicia*; da parte sua, la Sezione Penale (e Civile) dei *Tribunales Superiores* trattano l'istruzione e la decisione delle cause contro giudici e magistrati.

Il procedimento può essere iniziato con provvedimento di un organo giurisdizionale che abbia avuto notizia del caso, comunicandolo al giudice o Tribunale competente a decidere, dopo aver sentito il Pubblico Ministero (artt. 407 e 408 LOPJ).

Il procedimento penale può altresì essere iniziato in ragione di denuncia del Pubblico Ministero, o per aver quest'ultimo avuto direttamente notizia della perpetrazione di un reato o illecito disciplinare da parte di un giudice o magistrato, ovvero perché un'autorità pubblica gli ha denunciato i fatti (art. 409 LOPJ).

Infine, il procedimento penale contro giudici e magistrati per reati o illeciti disciplinari perpetrati nell'esercizio delle loro funzioni, può essere incoato a seguito di querela dell'offeso o danneggiato, o a mezzo dell'esercizio dell'azione popolare, sempre mediante querela (art. 406 LOPJ).

In questi casi veniva richiesta l'istruzione previa di una fase anteriore al giudizio, vale a dire, che venisse emessa una decisione favorevole all'ammissione della querela, dichiarando il doversi procedere contro il giudice o magistrato querelato. Questo presupposto processuale, che il *Tribunal Supremo* ha definito come una misura di protezione della giurisdizione, rappresentava un privilegio, e aveva come scopo verificare inizialmente se i fatti costituivano reato o, almeno, dare atto della loro verosimiglianza, ed era destinato a preservare l'Amministrazione della Giustizia

dal rischio dell'uso della querela per allontanare da un procedimento il giudice considerato avverso alla posizione del querelante. Tale fase anteriore è stata soppressa dalla Legge Organica 22 maggio 5/1995.

È pacifico che il reato che viene attribuito con più frequenza a un giudice o magistrato è quello di prevaricazione, cioè il pronunciamento cosciente di una decisione apertamente ingiusta. Tale reato viene interpretato in modo restrittivo dalla giurisprudenza. I tribunali ritengono che si verifica la prevaricazione unicamente quando in modo chiaro e evidente, senza possibilità di alcun dubbio al riguardo, la decisione è priva di qualsiasi spiegazione ragionevole, vale a dire, è manifestamente contraria al Diritto, in modo che risulta in notoria e indiscutibile contraddizione, ravvisabile da chiunque, con l'ordinamento giuridico, e rivela di per se stessa l'ingiustizia, l'abuso e il *plus* di anti-giuridicità; tuttavia, quando può essere giustificata da un'interpretazione erronea o non corretta della norma, la prevaricazione non sussiste.

C) Responsabilità disciplinare

La terza sede in cui i giudici e magistrati possono essere chiamati a rispondere delle omissioni o degli atti commessi nell'esercizio delle loro funzioni, è precisamente la sede disciplinare.

La responsabilità disciplinare rappresenta la reazione dell'ordinamento giuridico nei confronti delle omissioni o degli atti illeciti nell'attività giudiziaria che sfuggono al diritto penale, il quale è retto dal principio di intervento minimo, e, pertanto, fa riferimento unicamente agli illeciti molto gravi.

In materia di responsabilità disciplinare si sono verificati importanti cambiamenti subito dopo la riforma della LOPJ compiuta dalla Legge Organica 16/1994. Tale riforma stabilisce la prevalenza della sede penale rispetto a quella disciplinare, non impedendo, tuttavia, che possa essere incardinata, contemporaneamente nel processo penale, un'azione disciplinare per gli stessi fatti, sebbene non possa essere emessa la decisione in quest'ultima fino a quando non venga pronunciata sentenza o ordinanza di proscioglimento passate in giudicato nella causa penale. I fatti dichiarati provati in sede penale saranno vincolanti nell'atto disciplinare, fermo restando la diversa qualificazione giuridica che possono meritare (art. 415.2 LOPJ).

Del resto, viene resa compatibile la dualità delle sanzioni, penale e disciplinare, sugli stessi fatti, unicamente nei casi in cui sussiste identi-

tà fra fondamento giuridico e bene giuridico protetto (art. 415.3 LOPJ). Questa limitazione è priva di sufficiente giustificazione, poiché nei rapporti di condizionamento speciale non dovrebbero incidere le misure che cercano di preservare i rapporti di ordine generale.

La responsabilità disciplinare presuppone il controllo sugli atti giudiziari interni e sull'operato professionale dei giudici, garantendo l'adeguato adempimento dei doveri che spettano a quest'ultimi come titolari di un potere e di un servizio pubblico in rapporto con i cittadini e con tutti coloro che intervengono o sono in rapporto con i procedimenti giudiziari.

Tuttavia, la linea di divisione fra l'attività giurisdizionale e quella esercitata puramente in veste di funzionario o professionista è straordinariamente debole, ragione per cui gli organi di autogoverno del Potere Giudiziario, in quanto titolari della potestà di regolamentazione, in non poche occasioni intendono che l'operato del giudice si faccia scudo dell'esercizio della Giurisdizione, atteggiamento che presuppone nella pratica l'impunità della condotta.

La LOPJ contiene un elenco chiuso e esaustivo degli illeciti disciplinari, che vengono classificati come molto gravi, gravi e lievi, nonché un insieme di sanzioni che possono essere irrogate, dopo l'istruzione dell'atto opportuno, per aver commesso questi ultimi: dispensa dal servizio, trasferimento forzoso, sospensione fino a tre anni, pena pecuniaria, e ammonimento (art. 420 LOPJ).

Gli illeciti molto gravi sono: l'inadempimento cosciente del dovere di fedeltà nei confronti della Costituzione; essere iscritto o esercitare una carica al servizio di partiti politici o sindacati; la provocazione ripetuta di scontri gravi con altre autorità della circoscrizione; l'interferenza, a mezzo di ordini o pressioni, nell'esercizio della potestà giurisdizionale di altro giudice o magistrato; gli atti o omissioni che generano responsabilità civile; l'esercizio d'attività incompatibili; farsi nominare in organi giurisdizionali o continuare in carica presso gli stessi pur ricorrendo motivo legale che lo impedisca; inadempiere coscientemente il dovere di astensione; disattendere o ritardare in modo ingiustificato e ripetuto la funzione giudiziaria; assenza ingiustificata dal posto di lavoro per sette giorni o più; dichiarare il falso nelle richieste che essi presentano per ottenere permessi, ecc.; rivelare dati risultanti dai procedimenti ove ne venga pregiudicato l'espletamento o danneggiata qualsiasi persona; abusare della condizione di giudice per ottenere un trattamento preferenziale e ingiustificato; l'ignoranza inescusabile nei doveri giudiziali; la carenza de motivazione delle risoluzioni giudiziarie; commettere un illecito grave, essendo stato san-

zionato in precedenza per altri due illeciti gravi non estinti (art. 417 LOPJ).

Costituiscono illeciti disciplinari gravi: mancare di rispetto ai superiori gerarchici; interessarsi, a mezzo di raccomandazioni, all'esercizio della potestà giurisdizionale di un altro giudice; censurare o congratulare altre autorità; correggere l'applicazione e interpretazione dell'ordinamento giuridico effettuata da subordinati, salvo che agiscano nell'esercizio della giurisdizione; l'eccesso o abuso di autorità o mancanza grave di considerazione nei confronti di cittadini, segretari e personale ausiliare, Procuratori dello Stato, Avvocati, ecc.; non promuovere la responsabilità disciplinare di Segretari e personale ausiliare; l'uso d'espressioni offensive o irrispettose nelle risoluzioni; non promuovere la responsabilità dei subordinati; rivelare dati di cui sono venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni qualora non costituisca illecito disciplinare molto grave; assenza ingiustificata dalla sede giudiziaria per più di tre giorni e meno di sette; inadempire in modo ripetuto e ingiustificato gli orari d'udienza e non assistere ingiustificatamente alle stesse; ritardo ingiustificato nell'apertura e svolgimento dei processi, ove non costituisca illecito disciplinare molto grave; inadempire o disattendere le richieste effettuate dal Consiglio Superiore della Magistratura o dagli organi di autogoverno; non elaborare il resoconto degli atti pendenti quando cessano dalla carica o vengono destinati ad altra funzione; esercitare attività compatibili senza autorizzazione; astensione ingiustificata; stabilire decisioni che provocano un incremento fittizio del lavoro del tribunale; ostruire l'ispezione giudiziale; commettere un illecito disciplinare lieve essendo stati sanzionati precedentemente per altri due illeciti lievi non estinti (art. 418 LOPJ).

Costituiscono illeciti disciplinari lievi: mancare di rispetto ai superiori gerarchici ove non costituisca illecito grave; disattenzione o mancanza di considerazione nei confronti di pari o inferiori gerarchici, cittadini, Procuratori dello Stato, Avvocati, ecc.; inadempimento ingiustificato delle scadenze; assenza dalla sede giudiziaria per più di un giorno e meno di quattro; disattendere le richieste del Consiglio Generale del Potere Giudiziario e degli organi di autogoverno (art. 419 LOPJ).

La competenza a sanzionare gli illeciti molto gravi spetta all'Assemblea del Consiglio Superiore della Magistratura. L'irrogazione di sanzioni per illeciti disciplinari gravi spetta alla Commissione Disciplinare del Consiglio. La sanzione in termini di pena pecuniaria, o di ammonimento e pena pecuniaria per illeciti disciplinari lievi, viene irrogata dalla Sezione di Governo da cui dipende il giudice o magistrato. Spetta al Presidente del *Tribunal Supremo*, dell'*Audiencia Nacional* e dei *Tribunales Superiores de Justicia* irrogare ai giudici e magistrati

da essi dipendenti la sanzione di ammonimento per aver commesso un illecito disciplinare lieve (art. 421 LOPJ).

9. La responsabilità per il funzionamento della Giustizia

Nello Stato Moderno è stato prontamente disciplinato un sistema di responsabilità per il danno arrecato ai cittadini a conseguenza del cattivo funzionamento dei servizi pubblici. Tuttavia, tale regime di responsabilità non era esteso all'ambito dell'Amministrazione della Giustizia, essendo quest'ultimo considerato estraneo al concetto di Amministrazione Pubblica.

La CE stabilisce un sistema di responsabilità dello Stato derivate dal normale o anormale funzionamento delle sue istituzioni e servizi, e riconosce che i singoli, nelle forme stabilite dalla legge, hanno diritto ad essere risarciti per qualsiasi danno subito in riferimento a qualsiasi dei loro beni e diritti, salvo nei casi di forza maggiore e unicamente qualora il danno sia conseguenza del funzionamento dei servizi pubblici (art. 106.2).

Anche se avrebbe dovuto considerarlo inquadrato all'interno del concetto di servizi pubblici, la CE delimita definitivamente l'ambito di responsabilità dell'Amministrazione della Giustizia nell'articolo 121, e dispone che i danni causati da errore giudiziario, nonché quelli che sono derivati dal funzionamento anormale dell'Amministrazione della Giustizia, danno diritto a un indennizzo a carico dello Stato stabilito ai sensi di legge. Questo precetto, che non contraddice ma completa l'articolo 106 CE, stabilisce una responsabilità patrimoniale dello Stato per l'anormale funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia completamente indipendente da quella che può essere reclamata ai giudici per responsabilità civile, penale o disciplinare, in cui lo Stato, in ogni caso, occuperebbe una posizione subordinata. In altre parole, la nuova norma costituzionale istituisce lo Stato come responsabile del buon funzionamento dei servizi che gli sono affidati, e, in caso contrario, dovrà rispondere del danno cagionato dal cattivo funzionamento.

Proprio per questo l'azione, conseguente a un funzionamento anormale dell'Amministrazione della Giustizia, che può esercitare il cittadino, può essere doppia: da una parte, quella contro i giudici o i magistrati; dall'altra, quella contro lo Stato. Esse sono compatibili e il cittadino può esercitarle in modo congiunto e simultaneo, poiché non

si escludono reciprocamente. Le differenze consistono nei diversi tipi di procedimenti che devono essere iniziati e la posizione che l'Amministrazione occupa in ognuno di essi. Nell'azione contro i giudici lo Stato appare come responsabile civile subordinato, mentre nella domanda di risarcimento per il cattivo funzionamento appare come parte convenuta diretta.

Pertanto, l'art. 121 CE stabilisce una tipizzazione di responsabilità patrimoniale diretta dello Stato conseguente a un danno cagionato a un cittadino. La LOPJ, argomentando tali principi generali, giustifica questo nuovo sistema di responsabilità con l'idea primaria secondo cui il cittadino è il destinatario dell'Amministrazione della Giustizia, e afferma che "per la prima volta viene disciplinata la responsabilità patrimoniale dello Stato che può derivare dall'errore giudiziario, fermo restando la responsabilità individuale dei giudici e dei magistrati di carattere civile, penale e disciplinare, configurando in questo modo un Potere Giudiziario pienamente responsabile".

A) I titoli di responsabilità

Tre sono le ipotesi nel sistema spagnolo in cui lo Stato dovrà rispondere del funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia. Due di esse sono raccolte nell'art. 121 CE: l'errore giudiziario e il funzionamento anormale dell'Amministrazione della Giustizia, e la terza deriva dalla normativa del Codice di Procedura Penale ed è contenuta nella LOPJ: l'ingiusta detenzione cautelare.

Tuttavia, la responsabilità non è automatica, devono ricorrere una serie di requisiti che devono essere ravvisati nel seno di diversi procedimenti.

a) L'errore giudiziario deve verificarsi come conseguenza di un atteggiamento negligente o di ignoranza inescusabile da parte del giudice, il quale lo porti ad emettere una decisione contraria alla legge. In questa considerazione devono ricorrere due requisiti fondamentali: l'esistenza di un'attività processuale apertamente contraria alla legge o all'ordinamento giuridico conseguente all'assenza di atti essenziali o indispensabili, e che tale atteggiamento ignorante o negligente arrechi un danno stimabile.

b) Anche per ciò che riguarda l'anormale funzionamento dell'Am-

ministrazione della Giustizia occorre ravvisare l'esistenza di un lungo processo in cui ricorrano situazioni che possono essere considerate come anormale funzionamento.

Le liti che insorgono in questo caso sogliono vertere, nella maggioranza dei casi, sulla discussione in riferimento all'ammontare economico.

c) In ultimo, l'ingiusta detenzione cautelare apparentemente è più facilmente ravvisabile, soprattutto quando esiste un'ordinanza giudiziaria che la riconosce, per cui generalmente la discussione si incentra sull'ammontare del risarcimento.

Questo tipo di obbligo diretto da parte dello Stato e, di conseguenza, l'obbligo a risarcire il danneggiato, insorge in ogni caso, fermo restando che, come stabilisce l'art. 296 LOPJ, l'Amministrazione può farlo ripercuotere sui giudici e sui magistrati che hanno commesso l'errore o che hanno cagionato i danni denunciati, a mezzo dell'istanza giudiziaria spettante a seconda delle ipotesi.

Nonostante ciò, l'art. 295 LOPJ stabilisce un'eccezione all'obbligo di risarcimento che si avvale della condotta dolosa o addirittura colposa del danneggiato, qualora quest'ultima fosse la causa diretta dei danni subiti dal reclamante.

Pertanto, possiamo concludere che esistono tre fonti da cui scaturisce il diritto dei singoli al risarcimento con diversi requisiti.

Nel caso dell'errore giudiziario è requisito necessario per sporgere reclamo all'Amministrazione che esista una sentenza previa del *Tribunal Supremo* che riconosca l'esistenza di tale errore.

Nell'ipotesi di anormale funzionamento della Giustizia non esiste un requisito concreto, per cui il reclamo dovrà essere sporto direttamente presso il Ministero di Giustizia. Questa mancanza di requisito è il motivo più frequente per cui viene negato il diritto al risarcimento e il reclamo viene rimesso ai tribunali dell'ordine giurisdizionale contenzioso amministrativo.

Infine, le ipotesi di reclamo per ingiusta detenzione cautelare si avvalgono della sentenza di assoluzione o dell'ordinanza di proscioglimento. Entrambe le decisioni servono come base per sporgere reclamo innanzi al Ministero di Giustizia, rimanendo pendente la somma di risarcimento che dovrà essere fissata in sede amministrativa.

B) L'errore giudiziario

Come punto di partenza l'art. 121 CE stabilisce che i danni arrecati per errore giudiziario generano un diritto al risarcimento di fronte allo Stato, in modo che viene stabilito un obbligo di riparazione dei danni subiti dal singolo, a carico dello Stato, qualsivoglia sia il tribunale di giustizia in cui si sia verificato.

Nonostante ciò, lo stesso art. 121 CE determina che i risarcimenti conseguenti a un errore giudiziario vengono concessi "ai sensi di legge", vale a dire, nelle forme stabilite dalla legge, e, a questo riguardo, l'art. 292.1 LOPJ libera lo Stato dall'obbligo di riparazione, sebbene l'errore sia esistito, qualora il danno si fosse verificato per causa di forza maggiore.

L'errore giudiziario risarcibile ha come oggetto i fatti e si materializza nell'apprezzamento erroneo di questi ultimi, o, parimenti, quando il giudice apprezza in modo erroneo la realtà dei fatti e lo riflette in tal modo nella decisione. Tuttavia tale apprezzamento erroneo dei fatti deve valersi di un errore inescusabile, conseguente a una negligenza o a un'ignoranza dolosa, tanto che la decisione possa essere ritenuta ingiusta e tale da cagionare un danno reale e evidente al reclamante.

L'errore a cui ci stiamo riferendo si concreta nei fatti, tuttavia ciò non impedisce che possano esistere errori giuridici. Inizialmente è logico pensare che questo tipo di errore venga corretto in sede di ricorsi giurisdizionali, e questo è il criterio restrittivo contenuto nell'art. 292 LOPJ. Tuttavia, vero è che l'art. 121 CE e l'art. 292 LOPJ definiscono con chiarezza il concetto di errore giudiziario o, in altri termini, l'errore che secondo la legge può essere risarcito. Lo stesso *Tribunal Constitucional* (Corte Costituzionale) ha messo in rilievo tale assenza di definizione delle diverse situazioni, per cui, secondo ciò che dispone nella sua giurisprudenza (Sentenza del 12 dicembre 325/1994), l'errore "deve essere concretato casisticamente, sul piano della legalità, dai giudici e dai tribunali".

Nonostante ciò, vi sono tre elementi che appaiono in modo costante nella giurisprudenza:

1.º) che la decisione su cui si fonda il reclamo sia stata emessa da un giudice nell'uso delle sue competenze. Vale a dire, che sia stata pronunciata da una persona che appartiene all'Amministrazione della Giustizia, nonché competente a pronunciare una decisione giudiziaria, indipendentemente dalla sua forma.

2.º) che il giudice violi le norme applicabili, a mezzo di errori ma-

nifesti e chiari nella determinazione dei fatti, in contraddizione con l'evidenza, o a mezzo di un'interpretazione o applicazione della legge al di fuori della sua trascendenza o significato, con decisioni che non rispondono a un processo logico.

3.°) che la decisione cagioni un danno chiaro, e individuato o individuabile, in qualsiasi grado giurisdizionale.

Il *procedimento di reclamo* contro l'Amministrazione conseguente all'errore di apprezzamento dei fatti da parte di un Tribunale o di una Corte presuppone un vero e proprio pellegrinaggio che comincia nei tribunali e, quasi sempre, si conclude nei tribunali.

L'art. 293.1 f) LOPJ dispone che, una volta individuato l'errore da parte di chi ha subito il danno, lo stesso dovrà esaurire i ricorsi giurisdizionali come requisito previo per iniziare un'istanza per errore giudiziario in sede di reclamo, e unicamente dopo averli esauriti potrà depositare il reclamo entro i tre mesi successivi [art. 293.1 a LOPJ)].

La richiesta di dichiarazione dell'errore viene depositata avanti alla Sezione del *Tribunal Supremo*, il cui grado giurisdizionale corrisponde a quello dell'organo a cui viene imputato l'errore (art. 293. 1 b LOPJ). Di conseguenza, si tratta di un procedimento che deve essere trattato dal *Tribunal Supremo*, anche nel caso in cui l'errore sia attribuito a quest'ultimo, e il cui obiettivo non è quantificare l'importo dei danni, ma determinare se è esistito o no l'errore, e se, successivamente, l'errore verrà ammesso, si dovrà adire la via amministrativa per il reclamo dei danni (art. 293 LOPJ).

Tale reclamo può essere presentato entro un anno a decorrere dalla data in cui il reclamante è autorizzato a depositarlo, vale a dire, dalla data in cui gli è stata notificata l'esistenza della sentenza favorevole del *Tribunal Supremo*. Questo periodo, come disposto dall'art. 193.2 LOPJ, rappresenta un termine di scadenza, in modo che, una volta decorso, non sarà possibile adire la via amministrativa nonostante sia stata ottenuta la sentenza favorevole.

C) Il funzionamento anormale dell'Amministrazione della Giustizia

Il secondo motivo di richiesta di risarcimento, conseguente alla prestazione del servizio della giustizia, è quello dell'anormale funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia. Tale diritto all'indennizzo deriva dal diritto fondamentale a un processo pubblico senza dilazioni ingiustificate e con tutte le garanzie, previsto dall'art. 24.2 CE.

In realtà non esiste un concetto chiaro riguardo a cosa si deve intendere per anormale funzionamento, ragion per cui la dottrina ha abbracciato l'idea della clausola residuale dell'errore materiale, includendo altresì l'ingiusta detenzione cautelare, in modo che, secondo questo criterio, l'anormale funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia sarebbe qualsiasi attività della Giustizia che, senza poter essere considerata erronea, arreca danni ai cittadini. L'anormale funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia risponde al criterio di risarcimento dei danni riferiti non all'ambito giurisdizionale, ma al funzionamento o autogoverno degli organi giurisdizionali, in modo che il danno può essere imputato non solo ai giudici e magistrati, ma anche a altri membri dell'Amministrazione della Giustizia, incluse le istituzioni esterne agli organi giurisdizionali.

All'interno di questo concetto di anormale funzionamento le dilazioni ingiustificate sono quelle che più frequentemente hanno alimentato i reclami e sono state accolte dalla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* come riconoscimento espresso dell'origine dei danni cagionati ai cittadini (Sentenza del *Tribunal Constitucional* 128/1989).

L'art. 293.2 LOPJ stabilisce come unico sistema di reclamo una domanda diretta che deve essere presentata presso il Ministero di Giustizia, nel termine di un anno a decorrere dal momento in cui può essere depositata, in cui si deve dare atto del contenuto della richiesta, e, concretamente, dei danni cagionati dall'anormale funzionamento. Una volta accolto il reclamo viene iniziata un'istanza amministrativa che viene inoltrata secondo le norme ordinarie, con la partecipazione del richiedente a tutti gli atti del procedimento.

Oltre ai mezzi di prova di cui può valersi l'interessato, l'istruttore può richiedere tutti i pareri che ritenga necessari e, in ogni caso, quello del Consiglio Superiore della Magistratura, il quale, a sua volta, suole richiederlo al tribunale che ha pronunciato la decisione. Una volta terminata la fase del procedimento probatorio, l'istruttore darà atto del suo operato in modo che l'interessato possa prenderne conoscenza e presentare le deduzioni che riterrà opportune (art. 11 Real Decreto 429/1993, in riferimento all' art. 84.2 della Legge di Regime Giuridico delle Amministrazioni Pubbliche e Procedimento Amministrativo Comune). In questo periodo, considerate le decisioni, i pareri e le prove, potrà essere presentata innanzi all'Amministrazione una proposta di accordo in riferimento al reclamo.

Una volta ricevuto il parere del Consiglio di Stato, il Ministro di Giustizia emetterà la decisione riconoscendo se esiste o no rapporto di

causalità fra i danni reclamati e la situazione di anormale funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia denunciata; in caso di accoglimento della richiesta, la decisione includerà una stima dell'importo dei danni.

Sia nel caso in cui il reclamo venga disatteso, sia che venga accolto solo parzialmente, il richiedente potrà presentare la sua richiesta avanti ai Tribunali dell'ordine giurisdizionale amministrativo entro due mesi a decorrere dalla notifica della decisione.

CRISTINA MAURO
Università di Parigi Assas

INDIPENDENZA, PROFESSIONALITÀ E RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI: PROBLEMI FRANCESI

SOMMARIO

1. *Attualità francese.* 2. *Professionalità: le garanzie relative alla formazione iniziale e alla formazione continua.* 3. *Responsabilità penale, civile e disciplinare.* 4. *Indipendenza*

1. «Magistrati in Europa, indipendenza, professionalità e responsabilità»: in Francia, il tema proposto da questo convegno è fonte, da almeno una decina d'anni, di durissimi scontri giuridici e politici¹. Per gli ultimi due anni², basti pensare al caso di Outreau: un giudice istruttore decide e prolunga da solo delle misure di detenzione cautelare contro una decina di persone che sospetta di pedofilia, sulla base di testimonianze rese da alcuni bambini e da una donna. Rinviata a giudizio, però, le stesse persone sono prosciolte dalla Corte d'assise anche perché il testimone più importante cambia completamente versione durante l'udienza. In seguito alla decisione della Corte d'assise, e perché la pressione mediatica è molto forte, viene costituita una Commissione parlamentare di inchiesta sul caso e sull'operato del giudice istruttore. Nello stesso tempo, nel gennaio 2006, Guy Canivet, *Premier Président* della Corte di cassazione, apre l'inaugurazione dell'anno giudiziario con un lungo discorso sull'indipendenza della giustizia. Nel febbraio 2006 manda poi una lettera al Presidente della repubblica Jacques Chirac per precisare che, se non è in suo potere opporsi al lavoro della Commissione di inchiesta, è suo compito ricordare che non può spettare ad un organo politico procedere ad un nuovo giudizio nel caso di Outreau.

La tensione tra le istituzioni dello stato è alta ed è tutta concentrata sul caso di Outreau che viene strumentalizzato dal parlamento per

¹ Il presente articolo è il frutto di una relazione presentata al Convegno organizzato dall'Università di Urbino, Facoltà di giurisprudenza, nei giorni 9 e 10 novembre 2007 sul tema: Magistrati in Europa. Indipendenza, professionalità e responsabilità.

² Per il resto, cfr. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER e A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, 2007, Dalloz, n° 129; A. GARAPON e T. PECH, *L'impossible réforme de la Justice – Bilan d'un échec politique*, *Esprit*, juin 2000, p. 22.; D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Le juge et le politique, un opera sans fin?*, in *Commentaire*, 1994, Plon.

due ragioni principali³. Da una parte, si intende dimostrare che il sistema inquisitorio è fonte di molti errori giudiziari e giustificare così una riforma verso il modello accusatorio. Le resistenze della magistratura tuttavia non permettono la riforma e anzi conducono il legislatore a confermare l'istruttoria con la legge sull'equilibrio della procedura penale del 5 marzo 2007⁴. D'altra parte, si insiste sul fatto che certi magistrati sono troppo giovani, inesperti e/o poco professionali. Per questo motivo, la legge sull'equilibrio della procedura penale organizza dei poli di istruttoria, cioè la possibilità di riunire più giudici istruttori su uno stesso caso. Ma è anche necessario, sostiene il legislatore, rivedere il sistema relativo alla responsabilità dei magistrati e riaprire quindi un cantiere già aperto dagli anni 90, quando una commissione di riforma – la Commission Truche⁵ – si era interessata alla questione e aveva proposto di rivedere le norme relative all'indipendenza e alla responsabilità della magistratura⁶. All'epoca, l'idea di rinforzare la responsabilità era stata accettata, anche se non si era raggiunto un accordo sulle modalità, in cambio della rinuncia espressa da parte di due Ministri della giustizia socialisti ad avvalersi della possibilità di intervenire direttamente con istruzioni particolari nel quadro di procedimenti penali. Insomma, negli anni 90, era inteso che la severità nei confronti dei magistrati era il prezzo da pagare per ottenere una maggiore indipendenza. Come si vedrà, la questione della responsabilità è stata così affrontata dalla legge organica del 5 marzo 2007 sulla formazione e sulla responsabilità dei magistrati che ha modificato la legge 58-1270 del 22 dicembre 1958 relativa allo statuto della magistratura⁷.

Nel settembre 2006, la tensione si alza ancora di più quando l'allora Ministro dell'interno Nicolas Sarkozy, in una dichiarazione ufficiale ai media, accusa di lassismo e di una «sorta di rinuncia» a rendere giustizia i giudici della circoscrizione della Seine St. Denis, a nord di Parigi

³ Sul caso e la sua strumentalizzazione, cfr. A. GARAPON e D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem – Leçons d'Outreau*, Le Seuil, 2006.

⁴ Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JO 6 mars 2007.

⁵ Commission Truche costituita nel gennaio 1997 e Rapporto reso al Capo dello Stato nel luglio 1997.

⁶ *Rapport du Conseil Supérieur de la Magistrature pour 1999*; JEAN GERONIMI, "La place de la justice dans les sociétés démocratiques", *Intervention du 4 novembre 1999 à l'École Nationale de la Magistrature*.

⁷ *Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, JO 6 mars 2007.

– una delle circoscrizioni francesi più grandi e più difficili soprattutto in materia penale. La reazione del Primo Presidente Canivet è immediata: non soltanto pubblica un comunicato stampa in cui denuncia un nuovo grave attacco all'indipendenza della giustizia, ma chiede un'udienza al Presidente Chirac in cui precisa che questi attacchi ripetuti oppongono le istituzioni pubbliche e indeboliscono l'autorità dello Stato. In seguito all'udienza, Jacques Chirac pubblica un comunicato stampa in cui ribadisce il principio dell'indipendenza della magistratura.

La tensione non cala nemmeno con l'elezione di Sarkozy alla Presidenza della Repubblica. Il nuovo Ministro della Giustizia, Rachida Dati, *ex* magistrato, paradossalmente non riesce a dialogare con i suoi *ex* colleghi. Nei mesi successivi alla nomina, numerosi magistrati membri del suo gabinetto chiedono di lasciare il Ministero. Nella circoscrizione di Agen, poi, i magistrati scendono in piazza contro il tentativo del Ministro di nominare – contro la sua volontà – alla Corte d'appello di Parigi un procuratore scomodo di Agen. Inoltre, i progetti di legge del Ministro sono spesso criticati con violenza:

– la legge dell'agosto 2007, adottata su progetto del governo che istituisce delle pene *minima* in caso di recidiva, viene contestata dai maggiori sindacati della magistratura perché, privandolo della tradizionale libertà di fissare la pena più adatta alla personalità del condannato, lede l'indipendenza del giudice rispetto al legislatore;

– il progetto di legge sulla riforma della carta giudiziaria che organizza le circoscrizioni scatena le ire di tutta la magistratura, perché prevede, tra l'altro, la disparizione di numerosi *Tribunaux d'instance*⁸. Lunedì 29 ottobre scorso, quando il Ministro è venuto a presentare il progetto al Palazzo di giustizia di Parigi, i magistrati non hanno assistito alla conferenza; per il 29 novembre era previsto uno sciopero generale della magistratura⁹ che ha trovato numerosi simpatizzanti tra gli avvocati.

La data scelta non è del tutto indifferente: infatti, nel mese di dicembre dovrebbe essere discusso all'*Assemblée nationale* il progetto di riforma costituzionale relativo alla modernizzazione delle istituzioni,

⁸ Tribunali di primo grado in materia civile per litigi fino a 10.000 euro (art. L 221-4 Codice dell'organizzazione giudiziaria).

⁹ La stampa usa la parola «sciopero» anche se l'articolo 10 della legge n° 58-1270 del 22 dicembre 1958 sullo statuto della magistratura vieta ai magistrati lo sciopero e ogni azione che possa ostacolare il funzionamento delle giurisdizioni. In pratica, in passato, il Ministero della Giustizia ha tollerato numerosi scioperi.

frutto dei lavori del Comitato di riflessione sulla modernizzazione e il re-equilibrio delle istituzioni – Comitato Balladur – voluto ed istituito il 18 luglio 2007 dal Presidente Sarkozy¹⁰. Ora, questo progetto prevede numerose riforme relative all'indipendenza della magistratura¹¹. Alcune mirano a garantire il principio della separazione dei poteri e quindi un'indipendenza indiretta alla magistratura: viene per esempio proposto di sottomettere il diritto di grazia del Presidente della Repubblica a un avviso del Consiglio Superiore della Magistratura, per limitare la possibilità del potere politico di ritornare in modo arbitrario su una decisione giudiziaria. Altre proposte, come si vedrà, mirano a garantire direttamente l'indipendenza dell'autorità giudiziaria.

Non è un caso poi se il Comitato si è interessato in modo particolare all'autorità giudiziaria e non, più generalmente, alla magistratura. In effetti, nonostante siano oggi considerati dalla legge e dalla dottrina come magistrati e si siano visti riconoscere uno statuto analogo a quello della magistratura giudiziaria, i giudici amministrativi non hanno suscitato e non suscitano le stesse polemiche¹². Nello stesso modo, le proposte del Comitato interessano per lo più i giudici professionali e lasciano aperto il «caso» dei sempre più numerosi giudici laici la cui indipendenza e professionalità sono messe in dubbio da tempo¹³.

¹⁰ Il testo del Rapporto del Comitato Balladur è disponibile sul sito *Legifrance.org.fr*.

¹¹ Y. LAURIN, *Le Président de la République et l'autorité judiciaire*, D. 2007, p. 2396 s.

¹² Nonostante la Costituzione sancisse il principio dell'indipendenza per i soli magistrati dell'ordine giudiziario, in una decisione del 22 luglio 1980 (n° 119 DC), il Consiglio costituzionale ha fondato l'indipendenza della magistratura amministrativa direttamente sull'articolo 64 della Costituzione e su un principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della repubblica. A partire da questa decisione, la legge ha poi introdotto un sistema di nomina, avanzamento (con valutazioni obiettive) e responsabilità abbastanza simile a quello della magistratura dell'ordine giudiziario (cfr. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER e A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, 2007, Dalloz, n° 863 e s.; D. Chabanol, *Le juge administratif*, LGDJ, 1993).

¹³ Nell'ordinamento francese, esistono vari giudici non professionali eletti dai loro pari o nominati dal Consiglio Superiore della Magistratura. Tra i giudici eletti, si possono citare i *juges consulaires*, competenti in materia commerciale, e i *conseillers des prud'hommes* competenti in diritto del lavoro. Per questi giudici, vari scandali hanno richiamato l'attenzione del legislatore sui rischi legati a dei potenziali conflitti d'interessi e all'indipendenza dalle parti e dagli elettori. Da ultimo, due tentativi di riforma erano stati presentati in Parlamento nel 2000 per introdurre una formazione mista d'ispirazione tedesca nei *Tribunaux de commerce*, ma senza successo (cfr. P. CROCQ, *Le droit à un tribunal impartial*, in R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE e TH. REVET, *Libertés et droits*

Le tensioni e l'evoluzione di questi ultimi anni, anche se sintetizzate rapidamente, illustrano l'ordine logico in cui le tre questioni dell'indipendenza, professionalità e responsabilità dei magistrati dell'ordine giudiziario vengono poste nell'ordinamento francese oggi. Innanzitutto, si è posta la questione della professionalità, poi quella della responsabilità, e solo da ultimo quella dell'indipendenza.

2. Professionalità

La Francia è il paese delle grandi scuole che formano i più alti funzionari pubblici e che dovrebbero così garantirne la professionalità. Ed è il paese dei concorsi fondati per lo più su prove molto formali che mettono l'accento sulle conoscenze più che sull'esperienza e sulle competenze umane. Questo è vero anche per la magistratura, ma è sempre più criticato. Se in origine, le garanzie di professionalità più importanti interessavano la formazione iniziale dei magistrati, la legge prevede anche delle garanzie di professionalità al momento dell'avanzamento.

2 a. La formazione dei magistrati è soprattutto una formazione iniziale, ma da qualche anno, il legislatore tenta di rinforzare la formazione continua.

La formazione iniziale è sempre dispensata presso la Scuola Nazionale della Magistratura – ENM – a Bordeaux in cui tutti gli aspiranti magistrati devono essere ammessi per concorso. Vari concorsi sono organizzati annualmente per giovani studenti appena diplomati¹⁴ sotto i 27 anni, per funzionari con esperienza quadriennale in materia giuridica e/o economica, sociale, amministrativa e per professionisti con esperienza in materia giuridica e/o giurisdizionale di 8 anni. La formazione iniziale dura in tutto 31 mesi, che comprendono un minimo di otto mesi

fondamentaux, Dalloz, 2002, p. 479 s., spec. p. 497 s.). Per i giudici nominati, invece, si potrà citare l'esempio dei *juges de proximité*, introdotti da una legge del 26 febbraio 2003 nonostante l'ostilità dei magistrati professionali. Si tratta di magistrati in pensione, altre persone con diploma universitario con minimo 35 anni di età e quattro anni di esperienza in campo giuridico o persone con almeno 25 anni di attività direttive in campo giuridico. Questi giudici sono nominati per 7 anni dal CSM che dovrà ormai sottoporli a una formazione probatoria all'ENM e a un tirocinio in giurisdizione, e sono competenti in primo grado in materia civile e penale.

¹⁴ Si noti che non è necessaria una laurea in giurisprudenza.

di formazione teorica e diversi tirocini. Per esempio, allo scopo di rinforzare la formazione iniziale dei giovani magistrati e di diversificarne le esperienze, la legge organica del 5 marzo 2007 esige ormai che il tirocinio obbligatorio in uno studio d'avvocati non duri meno di 6 mesi.

Nonostante la durata e la qualità di questa formazione iniziale, alcuni autori insistono da tempo sulla giovane età e sull'inesperienza della gran maggioranza dei magistrati e sul rischio di corporativismo legato al sistema della scuola nazionale. Di conseguenza, si insiste sempre più sulla necessità di limitare l'importanza di questi concorsi. Prima ancora che l'operato del giovane giudice istruttore del caso di *Outreau* fosse messo in dubbio, una legge organica del 25 giugno 2001 aveva aperto altri concorsi che dovranno ormai permettere di reclutare la metà dell'insieme delle reclute annuali sulla base dell'età più avanzata e dell'esperienza in campo giuridico, amministrativo, economico e/o sociale¹⁵. L'idea è di favorire l'ingresso nella magistratura professionale di avvocati e di giudici laici. Per questi due concorsi, la legge del 5 marzo 2007 rinforza l'obbligo di seguire una formazione iniziale speciale all'*ENM*, valutata dal direttore della scuola, con tirocinio obbligatorio in giurisdizione. A questi due concorsi si aggiungono poi i concorsi su titoli rivolti per esempio a giovani ricercatori e/o a professori universitari. Ma anche per questi ultimi, la formazione probatoria iniziale è ormai obbligatoria.

2 b. In tutti questi casi d'integrazione «diretta» dopo una formazione probatoria, la formazione continua è obbligatoria ed è di dieci giorni l'anno. Fino alla fine del 2007, la formazione continua non era invece un obbligo per gli *auditeurs* cioè per le reclute dei primi tre concorsi, ma la legge prevedeva loro la possibilità, anzi, il diritto, di seguire una formazione continua di 5 giorni all'anno. La legge organica del 5 marzo 2007 ha però previsto che la formazione continua sia obbligatoria per tutti i magistrati a partire dal 1 gennaio 2008. Questa formazione è generalmente organizzata nella sede parigina dell'*ENM*, ma da qualche anno la legge prevede anche la possibilità di organizzare in ogni circoscrizione delle formazioni particolari. Chiaramente, la formazione continua è un elemento preso in considerazione per la graduatoria di avanzamento.

¹⁵ Un primo concorso è aperto alle persone che hanno almeno 35 anni e 10 anni di esperienza. Un secondo concorso è destinato alle persone che hanno almeno 50 anni e 15 anni d'esperienza.

Le due formazioni sono assicurate da magistrati distaccati alla scuola e da universitari (che possono intervenire per una conferenza o per un corso intero). Sono molto varie perché negli anni 90 ci si è resi conto, per esempio, che i magistrati francesi non sapevano, salvo eccezioni, leggere un bilancio¹⁶.

2 c. In seguito, per gli avanzamenti di carriera, il criterio principale è dato dalla professionalità¹⁷, criterio che sembra permettere di evitare, da una parte, la cultura di sottomissione propria ai sistemi di promozione esclusivamente gerarchici e, d'altra parte, il rischio di una certa indifferenza alla realtà economico/sociale proprio a dei sistemi di avanzamento automatico¹⁸. La professionalità viene stabilita da una Commissione d'avanzamento, indipendente dal potere esecutivo¹⁹, in base a una graduatoria completata delle liste di idoneità che permettono di precisare, nonostante la graduatoria, se il candidato alla promozione può esercitare funzioni particolari – presidente di giurisdizione, per esempio –, liste quindi che permettono di attenuare gli svantaggi legati all'impiego di magistrati giovani sul solo criterio delle conoscenze teoriche.

Per stabilire la graduatoria e le tabelle d'idoneità, la legge prevede una valutazione biennale dell'attività di ogni magistrato data dai presidenti del tribunale o della corte d'appello. Dal 1993, devono essere valutate: le competenze professionali generali, le competenze giuridiche e tecniche, le competenze organizzative e manageriali, l'impegno professionale. A questa valutazione gerarchica si aggiungono poi le osservazioni scritte raccolte tra i colleghi nelle formazioni collegiali.

Per limitare però i rischi legati a tale valutazione verticale e orizzontale e garantire l'indipendenza del magistrato rispetto ai colleghi, una legge del febbraio 1992 ha introdotto un obbligo di mobilità per i magistrati dell'ordine giudiziario²⁰: ormai, non si può essere iscritti

¹⁶ Per avere un'idea su queste formazioni, basta consultare il sito della Scuola Nazionale della Magistratura francese: www.ENM.justice.fr

¹⁷ Per i magistrati fuori gerarchia (Consiglieri alla Corte di cassazione, Presidenti di Corte d'appello e Procuratori generali, per esempio), l'avanzamento è invece automatico sul criterio dell'anzianità. Per gli altri, l'anzianità permette esclusivamente il trasferimento.

¹⁸ T. RENOUX, nota *Conseil constitutionnel, Décision du 19 juin 2001, RFDconst.* 2001-48, 731.

¹⁹ La Commissione di avanzamento è composta da 20 magistrati, di cui 16 eletti.

²⁰ Nello stesso tempo, questi obblighi di mobilità tentano di rinforzare le espe-

nella graduatoria se non si è stati prima nominati in due giurisdizioni diverse. La legge del 25 giugno 2001 ha poi previsto che l'esercizio in una stessa giurisdizione di determinate funzioni è necessariamente limitato nel tempo: per esempio, le funzioni di procuratore della Repubblica e di presidente del tribunale sono necessariamente limitate a 7 anni, le funzioni di giudice istruttore, giudice dei minori e *juges de paix* a 10 anni.

3. Responsabilità

Come si è visto, i meccanismi che permettono l'avanzamento sono interamente pensati per garantire l'indipendenza della magistratura, intesa come indipendenza dall'esecutivo e indipendenza dai colleghi. La questione della carriera rinvia in effetti rinvia alla più ampia e delicata questione dell'indipendenza della magistratura. I meccanismi invece che permettono l'assunzione dei futuri magistrati mirano per lo più a garantirne la professionalità ed a escludere quindi qualsiasi questione legata alla responsabilità. Per questo, quando il caso di Outreau ha permesso di mettere in dubbio la professionalità di alcuni giovani magistrati, il legislatore è stato tentato di intervenire per rinforzarne la responsabilità e per attenuare la pretesa «irresponsabilità» dei giudici. Già dagli anni '90, i lavori della Commissione Truche sottolineavano che, se sono penalmente responsabili come ogni altro cittadino, i magistrati di fatto non sono civilmente responsabili e la loro responsabilità disciplinare è dichiarata molto raramente²¹.

3 a. La responsabilità penale dei magistrati può essere dichiarata per i reati commessi a titolo personale, fuori dall'esercizio delle funzioni, o nell'esercizio delle funzioni. Il rischio penale è quindi teoricamente molto ampio perché, potenzialmente, un magistrato potrebbe essere accusato di un qualsiasi reato – per esempio, corruzione, arresto illegale, diniego di giustizia, discriminazione, abuso di autorità –, che ne sia l'autore materiale o che abbia commesso una negligenza particolarmente

rienze dei magistrati e approfondirne le competenze. Cfr. Conseil Supérieur de la Magistrature, *Rapport annuel 1997-1998*; *Rapport annuel 1995*.

²¹ Sulla responsabilità disciplinare nel sistema francese e in quello italiano, cfr. A. CREMIER et M. VAUDANO, *La responsabilité disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire: comparaison entre la France et l'Italie*, RIDcomp 2000, 261 s.

grave all'origine anche indiretta del reato: bisogna infatti precisare che molto spesso i presidenti di tribunale o di corte d'appello sono responsabili come un dirigente d'impresa o un sindaco delle condizioni di igiene e sicurezza e dell'organizzazione del lavoro nel tribunale.

In realtà, i procedimenti penali contro dei magistrati sono rarissimi. Spesso, però, malgrado il principio dell'autonomia del disciplinare rispetto al penale, per gli stessi fatti, il magistrato è perseguito sul piano disciplinare.

3 b. Per quanto riguarda la responsabilità civile, i magistrati dell'ordine giudiziario sono responsabili civilmente solo in caso di colpa personale – *faute personnelle* – in base a un principio che si applica alla maggior parte dei funzionari pubblici²².

La «giurisprudenza» sulla definizione della colpa personale dei magistrati è inesistente e si può quindi solo estrapolare dalle disposizioni e dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat* in materia di funzione pubblica. Costituiscono una colpa personale: la colpa personale che non ha alcun legame con il servizio – *détachée du service* – e che implica la responsabilità civile personale e diretta del funzionario; la colpa intenzionale²³ o colpa grave -*lourde* – che però presenta un legame con la funzione e che implica una responsabilità indiretta del funzionario. Le vittime di tali colpe intenzionali o gravi dispongono di un'azione diretta contro lo Stato²⁴, ma non possono agire direttamente contro il magistrato: solo lo Stato potrà eventualmente esercitare un'azione recursoria davanti a una delle sezioni civili della Corte di cassazione²⁵.

Le azioni delle vittime contro lo Stato sono abbastanza limitate, e non esistono esempi ad oggi di ricorso dello Stato contro un magistrato.

Ci sono poi dei casi in cui la legge prevede che la vittima possa

²² Articolo 11 della legge del 1958 sullo statuto della magistratura, modificato nel 1979 con una legge organica. Lo stesso principio si applica anche ai magistrati dell'ordine amministrativo.

²³ La volontà di nuocere o interesse personale.

²⁴ L'azione è prevista all'articolo L.781-1 e 3 del *Code de l'organisation judiciaire*: «L'Etat garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, sauf sur recours contre ces derniers».

²⁵ Articolo 11-1 della legge del 1958 «*La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat. Cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation*».

agire direttamente contro lo Stato per un cattivo funzionamento della giustizia, anche in assenza di colpa del magistrato. Per esempio, ed è quello che è successo nel caso di *Outreau*, chiunque abbia subito una misura di detenzione cautelare seguita da un decreto di non luogo a procedere, o da una sentenza di proscioglimento può chiedere allo Stato di essere indennizzato per il pregiudizio subito²⁶. Ora, al di là dei casi espressamente previsti dal Codice di procedura penale, la questione è stata posta relativamente alla responsabilità per una qualsiasi decisione giurisdizionale anche passata in giudicato. Per le giurisdizioni amministrative, il *Conseil d'Etat* ha considerato che la responsabilità civile non può essere usata per contestare una decisione definitiva all'infuori dei casi espressamente previsti dalla legge o di una colpa grave o intenzionale del magistrato²⁷. È proprio questo principio che il legislatore ha cercato di abbandonare in materia disciplinare.

3 c. Secondo i dati statistici forniti dal rapporto del *Conseil Supérieur de la Magistrature* per il 1999, l'azione disciplinare contro i magistrati dell'ordine giudiziario è usata raramente, ma sempre più spesso da una decina d'anni. Mentre nel 1985, non si contava nessuna azione disciplinare, 12 azioni erano state portate davanti al CSM nel 1995 e 9 nel 1999. Per rinforzare la responsabilità disciplinare dei magistrati, e rispondere così a un preteso bisogno sociale, la legge del 5 marzo 2007 ha, quindi, aggravato le sanzioni disciplinari che vanno ormai dall'ammonizione, al trasferimento, alla sospensione da certe funzioni per una durata massima di 5 anni, al pensionamento forzato con o senza sospensione della pensione.

Ma il problema vero che si pone dagli anni '90 riguarda piuttosto la definizione della "colpa" disciplinare. La legge del 1958 definisce la *faute disciplinaire* in modo molto generale: si tratta de qualsiasi violazione da parte di un magistrato dei doveri della sua funzione, onore, riser-

²⁶ Un meccanismo analogo è previsto in caso di revisione di una sentenza di condanna definitiva in materia penale (ma in questo caso non è necessario provare un pregiudizio).

²⁷ Secondo il *Conseil d'Etat*, perché l'azione possa essere ammessa, due condizioni cumulative devono sempre essere soddisfatte:

- il magistrato deve aver commesso una colpa grave o intenzionale, o un diniego di giustizia;

- se la decisione è definitiva, l'autorità della cosa giudicata si oppone a questa responsabilità. CE, 29 décembre 1978, *Darmont*, p. 542.

vatezza e dignità²⁸. Le decisioni del *Conseil Supérieur de la Magistrature*, competente, come vedremo, in materia disciplinare, dovrebbero permettere di definire più precisamente quali sono i comportamenti che costituiscono una colpa disciplinare: purtroppo, però, le decisioni non sono pubblicate, e solo i rapporti annuali permettono di delineare una nozione generale. La colpa disciplinare è costituita da qualsiasi comportamento, anche nella vita privata del magistrato, che potrebbe ternire l'onorabilità della funzione e che può apparire in contrasto con il giuramento che ogni magistrato deve pronunciare davanti alla Corte d'appello in occasione della sua prima nomina²⁹. Per questo, dagli anni '90, si insiste sulla necessità di pubblicare un Codice di deontologia, idea rifiutata espressamente dal Consiglio Superiore della Magistratura nel 2003. Ormai, la legge organica del 5 marzo 2007 obbliga il CSM a pubblicare ogni anno una lista di doveri deontologici della magistratura.

Dagli anni 90 poi, si pone una altra questione che il legislatore ha recentemente voluto risolvere. Già nel '99, si proponeva di includere nella definizione della colpa disciplinare l'errore nell'attività giurisdizionale. Ma, sulla base del principio dell'indipendenza dei giudici, il *Conseil Supérieur de la Magistrature* ha precisato, per la prima volta nel 1981, ma poi ripreso sovente, che secondo il principio fondamentale che garantisce l'indipendenza dei giudici, le loro sentenze possono essere criticate nei motivi e nel dispositivo solo attraverso i mezzi di impugnazione previsti dalla legge; la giurisdizione disciplinare non ha invece competenza³⁰.

Ora, dopo il caso di Outreau, la questione è stata riaperta e la legge organica del 5 marzo 2007 prevedeva in origine che la colpa disciplinare potesse essere costituita anche da qualsiasi violazione grave o volontaria di una o più regole di procedura che costituiscono una garanzia essenziale dei diritti delle parti, commessa durante un'istanza chiusa da una decisione definitiva³¹. Definita in modo molto ampio,

²⁸ «Manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur à la délicatesse ou à la dignité».

²⁹ «Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat».

³⁰ «En vertu du principe fondamental qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, dans les motifs et dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi; la juridiction disciplinaire ne saurait en connaître».

³¹ «Toute violation grave et délibérée par un magistrat d'une ou plusieurs règles de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision de justice devenue définitive».

detta colpa avrebbe potuto essere constatata dalla giurisdizione disciplinare senza che nessuna autorità giudiziaria potesse intervenire per pronunciarsi sull'esistenza e/o sulla gravità della violazione. Il *Conseil constitutionnel* ha censurato questa disposizione della legge sulla base dei principi di indipendenza della magistratura e della separazione dei poteri, perché in base a tale disposizione una giurisdizione disciplinare avrebbe potuto constatare e sanzionare una violazione della legge passata in giudicato senza che l'autorità giudiziaria si fosse mai pronunciata sull'esistenza stessa di questa violazione³². Quindi, nell'ordinamento francese e nonostante il tentativo del legislatore, ad oggi, l'errore, anche grave e ripetuto, sulla legge procedurale o sulla sua interpretazione non costituisce una colpa disciplinare.

La decisione del *Conseil constitutionnel* è direttamente fondata sul principio costituzionale dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria: considerare che l'errore nell'applicazione o nell'interpretazione della legge può costituire una colpa disciplinare significa voler limitare l'indipendenza del giudice nella sua funzione giurisdizionale. Ora, come in altri ordinamenti europei, nella sua funzione giurisdizionale, il giudice è esclusivamente sottomesso alla legge.

4. Indipendenza

Per questo, tradizionalmente, si insiste sull'idea secondo cui l'indipendenza dell'autorità giudiziaria non deve intendersi esclusivamente come l'indipendenza dal potere esecutivo, ma anche e soprattutto come l'indipendenza dalle parti e dai colleghi³³. Il principio della formazione collegiale di ogni tribunale, per esempio, malgrado le sempre più numerose eccezioni in ogni materia, sarebbe una garanzia fondamentale dell'indipendenza del giudice dalle parti e anche dai colleghi. Oggi, comunque, il dibattito interessa soprattutto la questione dell'indipendenza dal potere esecutivo.

Varie disposizioni, costituzionali e legislative precisano quali sono

³² *Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-551 du 1^{er} mars 2007, JCP 2007. II. 10044, note J.E. SCHOETTL.*

³³ Cf. P. CROCO, «Le droit à un tribunal impartial», in R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE e TH. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2002, p. 479 s., spec. p. 487 s.

gli organi che devono garantire l'indipendenza della magistratura per poi precisare i limiti di questo principio fondamentale.

4 a. Inanzitutto, l'articolo 64 della Costituzione prevede che «il Presidente della Repubblica è garante dell'indipendenza della autorità giudiziaria». Questo articolo costituisce il fondamento costituzionale dell'indipendenza della magistratura dell'ordine giudiziario ma, nello stesso tempo, ne fissa anche i limiti. Nel 1964, in una celebre conferenza stampa, a proposito di quest'articolo, il generale De Gaulle aveva precisato che la Costituzione ha messo nelle sole mani del Presidente l'autorità indivisibile dello Stato e nessun altro potere può esistere al di fuori di quello del Presidente³⁴. Così veniva espresso il principio della dipendenza organica di tutti i funzionari e di tutte le istituzioni dello Stato dal Presidente della Repubblica. Simbolicamente, ancora oggi, in principio, il *Conseil Supérieur de la Magistrature* dovrebbe riunirsi all'Eliseo. Simbolicamente, ancora oggi, nel paesaggio istituzionale francese, la magistratura è un'autorità, ma non un potere³⁵.

Per garantire comunque l'indipendenza funzionale della magistratura, lo stesso articolo della costituzione precisa che il Presidente è assistito nel suo ruolo di garante dal *Conseil Supérieur de la Magistrature*. Il Presidente presiede quindi il CSM, assistito dal Ministro della giustizia che ne è vice presidente. Se nel 1958, la Costituzione aveva previsto che il potere di nominare gli altri 9 membri apparteneva esclusivamente al Presidente, nel 1994, una riforma costituzionale è venuta a rinforzare l'indipendenza di quest'organo rispetto al potere esecutivo. Ormai, il CSM è composto da altri 16 membri: 3 sono personalità estranee al mondo giudiziario e al parlamento, nominate dal Presidente della Repubblica, dal Presidente del Senato e dal Presidente dell'Assemblée Nationale; 1 *Conseiller d'Etat* eletto dal *Conseil d'Etat*; 12 magistrati dell'ordine giudiziario (6 giudici e 6 membri del Pubblico Ministero) eletti dalla magistratura³⁶. Il mandato di tutti i membri nominati o eletti è di 4 anni e non è rinnovabile.

Prima ancora di vedere quali sono le sue competenze precise, è

³⁴ Citato in S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER e A. VARINARD, *Institutions juridiques*, Dalloz, 2007, n° 107.

³⁵ Sul dibattito relativo alla scelta dell'espressione «autorità», cfr. A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, O. Jacob, 1996, spec. p. 171 s.

³⁶ Le elezioni si svolgono con il sistema proporzionale, su liste di diversi sindacati della magistratura.

utile ricordare che anche sul CSM, il legislatore ha tentato di intervenire o interverrà nel 2007. La legge organica del 5 marzo 2007 ha tentato di permettere al *Médiateur de la République*, nominato dal Presidente della Repubblica, di effettuare su segnalazione di un cittadino un'inchiesta su un'eventuale colpa disciplinare di un magistrato per poi trasmettere il fascicolo al Ministro della giustizia e al CSM. Anche questa disposizione della legge è stata censurata dal Consiglio costituzionale perché contraria ai principi della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura in quanto permetteva al *Médiateur* di effettuare una vera e propria inchiesta e costituire un fascicolo. Per quanto riguarda poi le riforme a venire, il progetto del Comitato di riforma delle Istituzioni propone semplicemente di rivedere le norme relative alla costituzione del CSM. Per garantire l'indipendenza della magistratura, il Presidente della Repubblica non ne sarebbe più il presidente, ma nello stesso tempo, per lottare contro il corporativismo, i magistrati non sarebbero più maggioritari.

4 b. Per quanto riguarda poi le competenze del CSM, bisogna ricordare qui una distinzione fondamentale tra la *magistrature assise* o *du siège* e la *magistrature debout* o *du parquet*. Si tratta sempre di magistrati, la magistratura essendo un solo ed unico corpo, il passaggio tra una carriera e l'altra è sempre possibile³⁷. Ciò nonostante, tradizionalmente, queste due categorie di magistrati godono di garanzie diverse.

I magistrati seduti, sono i giudici che hanno un vero e proprio ruolo giurisdizionale. La loro indipendenza è totale: l'articolo 65 della Costituzione consacra infatti il principio della inamovibilità, nato nell'*Ancien droit*, prima della Rivoluzione francese, come corollario della venalità delle cariche giurisdizionali: nessun avanzamento, trasferimento o altro è possibile senza l'accordo del giudice interessato. Il *Conseil Supérieur de la Magistrature* è quindi pienamente competente non solo per la nomina, ma anche per gli avanzamenti e per l'azione disciplinare portata contro un giudice. La formazione competente è composta dalle personalità estranee alla magistratura giudiziaria e da sei magistrati – 5 giudici e un procuratore.

Per la nomina dei giudici, sulla base della graduatoria stabilita grazie al concorso finale dell'*ENM*, il ministro della giustizia con l'accordo

³⁷ Ai sensi dell'articolo 1 della legge del 1958 sullo statuto della magistratura: «*tout magistrat a vocation à être nommé au cours de sa carrière à des fonctions du siège et du parquet*».

della persona interessata, propone la nomina al CSM, il cui avviso non solo è obbligatorio ma anche vincolante. La nomina è poi fatta con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministro della giustizia. Per l'avanzamento, sulla base della graduatoria e delle liste di attitudine stabilite dalla Commissione d'avanzamento, il ministro della giustizia consulta il CSM – il cui avviso è obbligatorio e vincolante – per poi proporre l'avanzamento al Presidente della Repubblica. Per l'azione disciplinare, infine, la formazione competente del *Conseil Supérieur de la Magistrature* è presieduta, questa volta, dal Primo Presidente della Corte di cassazione e si riunisce, simbolicamente, alla Corte di cassazione. Il Consiglio è adito dal Ministro della giustizia o dai presidenti delle giurisdizioni, l'udienza è pubblica, e devono essere rispettate le garanzie dell'articolo 6 della Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Il CSM rende infatti una vera e propria decisione giurisdizionale, motivata, che ha l'autorità della cosa giudicata. La legge del 1958 escludeva ogni ricorso contro questa decisione, ma il *Conseil d'Etat* si è autoproclamato giudice di cassazione delle decisioni disciplinari del CSM dando così l'ultima parola ad una giurisdizione amministrativa. Il ogni caso, è il *Conseil Supérieur de la Magistrature* che decide la sanzione disciplinare: questa decisione è vincolante per il Ministro della giustizia che deve assicurarne l'esecuzione.

I magistrati del *parquet* sono invece i magistrati che rappresentano lo Stato e l'interesse generale nella procedura. Intervengono per lo più, ma non solo, in procedura penale con il ruolo di sostenere l'accusa e condurre l'azione penale. In questo devono eseguire la politica determinata dal governo³⁸, tanto più che le evoluzioni più recenti hanno anche riconosciuto loro una funzione preventiva che li allontana dal giudice per avvicinarli al Prefetto³⁹. In una decisione del 2 marzo 2004, relativa alla legge Perben II del 9 marzo 2004⁴⁰, il *Conseil constitutionnel* ha ricordato che l'articolo 20 della Costituzione esige che il governo determini e conduca la politica della Nazione, e che in particolare, il Ministro della giustizia determina e conduce la politica del-

³⁸ In una prospettiva storica e comparata, cfr. M. DELMAS-MARTY, *Evolution du Ministère public et principes directeurs du procès pénal dans les démocraties européennes*, *Justices* 1996, n° 3, p. 75 s.

³⁹ G. CLÉMENT, *Les métamorphoses du ministère public en matière pénale*, in *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 271 e s.

⁴⁰ *Décision n° 2004-492 du 2 mars 2004*. Su questa decisione, V. *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, *Dossiers*, Dalloz, 2004.

l'azione penale su tutto il territorio francese⁴¹. Questo principio, della struttura gerarchica del Pubblico Ministero, consacrato dalla legge del 1958 sullo statuto della magistratura⁴², è stato quindi riconfermato nel Codice di procedura penale che permette ormai espressamente al ministro della giustizia di dare delle istruzioni generali – grazie a delle circolari – o individuali – che saranno allora scritte e annesse al fascicolo della procedura – ad un procuratore generale che potrà a sua volta intervenire sull'operato dei procuratori della Repubblica della sua circoscrizione⁴³. E anche se il Codice stesso prevede la possibilità di non seguire le istruzioni nelle requisizioni orali, la disobbedienza potrà essere sempre costitutiva di una colpa disciplinare.

La dipendenza del Pubblico Ministero dal potere esecutivo è consacrata non solo dal Codice di procedura penale, ma anche dalla legge del 1958 che prevede delle disposizioni particolari per la nomina, l'avanzamento e la disciplina dei magistrati del *parquet*. Per la nomina e l'avanzamento, fino ad una riforma costituzionale del 1993, il CSM non doveva nemmeno essere consultato. Oggi, il CSM deve emettere un avviso, che però non è vincolante. Per quanto riguarda l'azione disciplinare, il Ministro della giustizia o il procuratore generale deve sollecitare un avviso della formazione competente del CSM sulla colpa disciplinare e sulla sanzione, avviso non vincolante⁴⁴. Contrariamente a quanto avviene per i giudici, si tratta semplicemente di un avviso e non di una decisione giurisdizionale, avviso reso pubblicamente. La decisione finale spetta al ministro della giustizia e può fare l'oggetto di un ricorso per eccesso di potere davanti al *Conseil d'Etat*.

Ora, da tempo, ma con forza dopo il caso di Outreau, alcuni autori hanno suggerito di consacrare un principio generale di indipendenza ed inamovibilità della magistratura e di tagliare completamente ogni legame tra il Ministero della giustizia e i magistrati⁴⁵. Altri hanno suggerito di

⁴¹ Per una giustificazione della struttura gerarchica del Pubblico Ministero, cfr. P. MAZEAUD, *L'action publique dans la tradition républicaine*, *Justices* 1996 n° 3, p. 65; M. JEOL, *Le parquet entre le glaive et la balance*, *Justice* 1996 n° 3, p. 69.

⁴² L'articolo 5 della legge precisa infatti che i membri del Pubblico Ministero agiscono sotto la direzione e il controllo dei loro superiori gerarchici e del Ministro della giustizia. All'udienza però le loro parole sono libere.

⁴³ Articolo 30 del *Code de procédure pénale*.

⁴⁴ Di fatto, l'avviso del CSM è seguito, anche perché se il ministro non intende seguire le proposte del CSM, deve riproporre la sanzione a nuovo avviso.

⁴⁵ Alcuni suggeriscono addirittura di rinunciare al Ministero della giustizia che sarebbe rimpiazzato da un *Conseil supérieur de la justice* in cui i magistrati sarebbero

adottare la separazione delle carriere intesa come separazione dei corpi della magistratura per rinforzare ancora l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici che non sarebbero così sottoposti al rischio di ritrovarsi un giorno a dover rispondere in quanto membri del Pubblico Ministero di decisioni prese in quanto giudici⁴⁶. Nello stesso ordine di idee, è stato proposto di escludere la possibilità (che ora esiste) per un qualsiasi magistrato di accettare delle pubbliche onoreficienze decise dal governo⁴⁷. Questa sarebbe la conseguenza logica di regole che esistono già e che vietano per esempio a un magistrato professionale di esercitare una qualunque attività a titolo professionale o di accettare qualunque carica elettiva, regole che tendono a rinforzare l'indipendenza dei magistrati non solo rispetto al governo, ma soprattutto rispetto alle parti.

Per finire, è opportuno ricordare che la dottrina moderna tende sempre più a far prevalere le esigenze dell'imparzialità su quelle dell'indipendenza, considerando l'indipendenza uno strumento utile ma non sempre necessario per ottenere l'imparzialità del giudice⁴⁸. E così per esempio che un principio considerato come fondamentale per assicurare l'indipendenza del giudice rispetto alle parti, il principio della collegialità, conosce sempre più eccezioni anche in materia amministrativa. E per finire sulle prospettive europee, in particolare sulla prospettiva di un pubblico ministero europeo, ma anche sui lavori della Commissione di Venezia⁴⁹, da parte francese, non si può che sperare che un'eventuale armonizzazione europea permetta di mettere fine alla tensione politica interna attuale.

minoritari. I cittadini potrebbero adire il Consiglio direttamente. Cf. D. ROUSSEAU, Intervista in *Le Monde* del 14 aprile 2007, p. 12.

⁴⁶ D. Soulez-Larivière, *Juges et procureurs ne doivent plus être interchangeables*, *Le Figaro* 29 settembre 2006, p. 14; G. CANIVET, Intervista in *Figaro Magazine* del 5 novembre 2004; D. CHARVET, «Une ou deux magistratures», *D.* 2007, 459.

⁴⁷ L. GREISALMER e D. SCHNEIDERMAN, *Les juges parlent*, Fayard, 1992, p. 321 e s.; proposta di legge preparata dall'Union syndicale des magistrats, *Le Monde* del 25 marzo 2005, *Les Annonces de la Seine* del 7 aprile 2005.

⁴⁸ S. GUINCHARD, G. MONTAIGNER e A. VARINARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2007.

⁴⁹ Commissione di Venezia, Rapporto del 22 giugno 2007 sulle nomine dei giudici.

