

21 febbraio 2007

Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali *

di Giuseppe Ugo Rescigno

Premessa

Divido il mio intervento in tre parti: nella prima riespongo le ragioni profonde che stanno alla base del principio della indipendenza della magistratura dagli altri poteri dello Stato, perché a mio parere nelle polemiche di questi anni queste ragioni sembrano smarrite, e spesso sembra che la magistratura goda di un ingiustificato privilegio; nella seconda mi sforzo di mostrare sinteticamente quali sono le caratteristiche dell'ordine giudiziario che costituiscono necessaria conseguenza del principio di divisione dei poteri e che quasi sempre sono recepite nel testo costituzionale o sono comunque presenti nella legislazione ordinaria come sviluppo e articolazione di principi impliciti; nella terza cerco di individuare alcuni tra i temi più acuti e controversi nei quali si scontrano da un lato l'esigenza di garantire quanto più possibile la indipendenza della magistratura anche nei casi lasciati vuoti o insoddisfacenti dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie e dall'altra la esigenza di garantire che la magistratura, resa indipendente, non abusi dei suoi poteri.

Parte prima

L'ordinamento come progetto o insieme di progetti da attuare

Possiamo considerare l'insieme di tutte le norme giuridiche vigenti in un momento dato come un immenso e variegato progetto (o come una sommatoria di innumerevoli progetti, non sempre e non necessariamente coerenti tra di loro). Come ogni progetto, esso sta scritto sulla carta ed è presente nella mente degli interessati, ma aspetta comportamenti umani conseguenti per divenire realtà oggettiva. Alcune parti di questo progetto chiedono astensioni (pensate come esempio ai divieti penali): questa parte del progetto si realizza se e finché tutti i destinatari dei divieti si astengono dal comportamento vietato (ad es. non uccidono o non rubano). Altre parti esigono un fare e ottengono soddisfazione se tutti gli obbligati fanno esattamente quanto prescritto. Altre parti però, e verosimilmente sono la maggioranza, sono progetti incompleti, abbozzati, oppure autorizzazioni date ad altri affinché essi progettino a loro volta, o articolando e sviluppando progetti di massima già approvati o introducendo progetti nuovi. Il codice civile, ed in generale le leggi civili che integrano il codice civile, sono in buona

sostanza ipotesi di progetti che gli interessati sono liberi di adottare o non adottare, e spesso, se li adottano, hanno anche il potere di modificare adeguandoli alla propria volontà. E' quella che chiamiamo autonomia privata. Le amministrazioni pubbliche trovano nella costituzione e nelle leggi la base dei loro poteri e delle loro risorse, ma quasi sempre debbono integrare le leggi prima con altri atti normativi (i regolamenti), e poi con decisioni caso per caso che presentano quasi sempre qualche aspetto di novità (parliamo infatti di discrezionalità amministrativa). Spesso le leggi formali, e gli atti normativi in generale, sono parti di catene normative, cosicché gli operatori giuridici, per obbedire al diritto, debbono coordinare e integrare molti e distinti atti normativi.

Tutte le sequenze di progettazione terminano operativamente nel momento in cui il progetto si è trasferito dalla testa degli uomini nella realtà oggettiva delle cose e dei comportamenti. Siccome però quasi tutti i progetti sono schemi di comportamento che possono essere ripetuti innumerevoli volte fino a che tali schemi non vengono tolti o modificati, i progetti delle norme (o più spesso delle catene normative) aspettano ed ottengono innumerevoli realizzazioni, in principio tutte conformi allo specifico progetto ipotizzato di cui sono attuazione.

2. Progettatori, attuatori, accertatori

In un mondo ideale ed irreali nel quale i progetti avessero tutti e costantemente attuazione (o mediante le astensioni previste o mediante i comportamenti obbligatori o permessi) il discorso si fermerebbe a questo punto. Siccome però abbiamo a che fare con esseri umani, che materialmente possono obbedire o disobbedire alle regole, il discorso ovviamente deve continuare. Poiché si dà il caso che alcuni destinatari delle norme disobbediscono, o comportandosi contro i divieti, o astenendosi contro gli obblighi, diventano necessarie altre tre schemi di ipotesi progettuali al servizio di quelle che sono state violate: una prima ipotesi deve dire che cosa bisogna fare se una norma è stata violata (quali sono le conseguenze da produrre ed attuare); una seconda ipotesi deve dire chi e come accerta la violazione (o il tentativo di violazione) e irroga la conseguenza (o impedisce la violazione oppure la sua continuazione); una terza ipotesi normativa deve dire chi e come dispone della forza necessaria per prevenire la violazione e/o attuare la sanzione stabilita a seguito dell'accertamento della violazione. Vi saranno dunque nel sistema tre figure necessarie: i progettatori, sia delle norme che delle sanzioni nel caso di violazione delle norme; gli accertatori delle violazioni; gli attuatori materiali delle conseguenze in caso di violazione (a rigore i maggiori attuatori sono quei destinatari delle norme che spontaneamente le rispettano: ma proprio per questo, perché le rispettano, queste persone, per la parte in cui rispettano le norme oppure non nasce alcuna controversia intorno al rispetto delle norme, escono per così dire dalla scena, non ci interessano sul piano giuridico; suona paradossale, ma l'attuazione spontanea e pacifica del diritto non è oggetto di attenzione da parte del diritto; il diritto, dopo aver stabilito le norme, si occupa delle violazioni e delle controversie intorno alle presunte violazioni).

3. I progettatori

Poiché queste tre figure svolgono funzioni distinte lo schema fin qui costruito non ci dice se a ciascuna delle tre figure corrispondono persone o strutture diverse o se invece vi sono persone o strutture che svolgono due o tre di tali funzioni e non soltanto una di esse; del pari non ci dice se per ciascuna funzione vi sono soggetti distinti, o un solo soggetto.

Per quanto riguarda i progettatori conviene distinguere tra quelle persone o strutture che progettano per tutti o comunque per soggetti altri rispetto a se stessi (le autorità pubbliche) da quei progettatori che progettano per se stessi (i privati): stabilito che le autorità pubbliche emanano progetti che, se legittimi, prevalgono sui progetti dei privati, l'attenzione si concentra come è ragionevole su tali autorità pubbliche, in quanto per definizione limitatrici della libertà. L'esperienza ormai collaudata di almeno due secoli ci dice che oggi i progettatori di norme, anche limitandosi solo alle autorità pubbliche, sono molti e che l'ordine tra questi molti viene perseguito distinguendo anzitutto il livello massimo e più

generale, e cioè la costituzione, e poi un livello generale che, in subordine alla costituzione, interviene su qualsiasi oggetto, e cioè la legge, oggi espressa da assemblee rappresentative del popolo, e infine una moltitudine di altre autorità e relativi atti normativi, governati dai quattro criteri intrecciati ora della gerarchia, ora della competenza, ora del tempo, ora della specialità (senza qui entrare nelle molte e complesse questioni che la ricostruzione di un sistema normativo specifico comporta).

4. Gli accertatori in generale e gli accertatori in via definitiva

Per quanto riguarda gli accertatori che o prevengono o reprimono le violazioni delle norme, in principio sono accertatori tutti i destinatari delle norme, perché tutti debbono preventivamente verificare quali sono le norme che li riguardano alle quali intendono o debbono obbedire e tutti in principio rispondono dei propri errori o delle volute disobbedienze in materia. Se però nasce una controversia intorno a tale accertamento, e almeno un soggetto contro un altro sostiene che violazione c'è stata oppure non c'è stata, è necessario che questa controversia abbia fine, e che dunque ci sia qualcuno che, a differenza di altri, ha il compito e il potere di dire in via definitiva se violazione c'è stata e quale seguito tale accertamento definitivo deve avere.

5. Gli attuatori

Per quanto riguarda gli attuatori, e cioè coloro che hanno i mezzi ed il potere di condurre a termine nella realtà oggettiva i progetti normativi, vi sono due forme fondamentali di attuazione: quella che porta a termine il progetto normativo senza controversie, e quella che, opponendosi alla disobbedienza minacciata o praticata, comunque porta a termine, se necessario usando la forza, il progetto normativo originario, se questo è ancora possibile, oppure porta a termine quello alternativo che è stato previsto in subordine in caso di disobbedienza al primo; in questo secondo caso gli attuatori talvolta decidono da soli ma non in via definitiva (ad es. le sanzioni amministrative), e quindi la loro decisione è subordinata all'accertamento definitivo di chi, in caso di controversia, ha questo compito, altre volte attuano quanto ha già stabilito l'autorità incaricata di accertare in via definitiva lo stato delle cose secondo diritto. E' evidente in questa descrizione che gli attuatori, nelle diverse forme di attuazione, sono le pubbliche amministrazioni, che spesso attuano o debbono attuare di propria iniziativa, salva la possibilità di rivolgersi ai giudici se l'attuazione viene ritenuta non conforme alle norme, e altre volte debbono attuare quanto stabilito dal giudice a seguito dell'accertamento compiuto da questo, cosicché resta fermo che gli accertatori in via definitiva (nota bene: in via definitiva) sono i giudici.

6. Conclusione della prima parte: il principio di divisione dei poteri riformulato ovvero lo schema essenziale della costruzione di Montesquieu

A mio parere non ho fatto altro che ripresentare la divisione dei poteri di Montesquieu, ridotta a schema essenziale, con due precisazioni: non tratto della guerra, e cioè di quella parte del potere politico-militare che può muovere guerra (lo schema in caso di guerra cambia inevitabilmente contenuto, portata e significato); presuppongo (come fanno tutti per il solo fatto di parlare di divisione dei poteri) una società incardinata intorno al principio fondamentale ed ultimo secondo il quale tutto ciò che non è normato è per definizione libero. A questo tipo di società si oppone quella società basata sul principio secondo cui tutto ciò che non è positivamente permesso può essere vietato dalla autorità (è sbagliato dire "è vietato" anziché "può essere vietato": se i comportamenti umani sono per definizione innumerevoli, nessun dittatore può vietare preventivamente tutti i comportamenti non permessi ed elencare preventivamente i comportamenti permessi; quello che invece può fare è riservarsi il potere di vietare qualunque comportamento, sia che sia stato in precedenza permesso sia che nulla sia stato prescritto in precedenza).

Se teniamo presenti da un lato lo schema, e dall'altro le precisazioni ora fatte, è facile spiegare l'enorme successo e la perdurante vitalità del pensiero montesquiviano. Dato il principio supremo per cui tutto ciò che non è normato è libero, lo schema traduce razionalmente questo principio e lo tutela.

Prima, logicamente e cronologicamente, vengono le norme, e con le norme sui comportamenti naturalmente le norme sulle norme, le norme cioè che dicono chi sono i progettatori, come debbono progettare, in che rapporto stanno tra di loro i diversi progetti, quali sono le conseguenze in caso di violazione delle norme: governo delle leggi, e non governo degli uomini, come si dice e ci si augura da secoli. Se poi aggiungiamo, come sviluppo storico non logicamente necessitato ma in qualche modo prevedibile e comunque ormai lungamente sperimentato, la costituzione come progetto apicale e con la costituzione la subordinazione ad essa della legge ordinaria, aumentiamo il livello di progettazione, di certezza e di prevedibilità, perché da un lato vi saranno libertà non aggredibili neppure dalla legge e dall'altro il potere pubblico viene subordinato ad un ordine in base al quale, salva la costituzione e quindi la illegittimità anche delle leggi se contrarie a costituzione, ogni potere è ammesso se e solo se fondato sulla legge.

Per la verità il principio di divisione dei poteri costituisce già, necessariamente, una costituzione: in altre parole nella teoria di Montesquieu (ridotta a schema: a rigore Montesquieu non costruisce uno schema, ma descrive una attuazione dello schema che corrisponde a quella che lui ritiene la forma di governo inglese) è già implicito il concetto di costituzione, perché comunque il legislatore, ed a maggior ragione gli altri poteri, sono subordinati al principio. Resta però vero: 1) che il principio di divisione dei poteri è uno schema, che può ricevere, e infatti ha ricevuto, innumerevoli attuazioni, cosicché compito di una effettiva costituzione non è solo quello di riprodurre lo schema, ma anzitutto e soprattutto quello di attuare lo schema, aggiungendo quelle molte particolarità che fanno ad es. di un governo parlamentare una forma diversa da quello presidenziale, e di ciascun governo parlamentare un esemplare diverso da altri governi parlamentari; 2) in secondo luogo un documento scritto e solenne, giudicato e praticato come legge fondamentale, è cosa ben diversa rispetto ad una teoria; 3) in terzo luogo il costituzionalismo, come si è costruito con e dopo le rivoluzioni francese e americana, non si arresta con la configurazione dei poteri, ma esige insieme con questa configurazione la individuazione e la tutela almeno dei diritti di libertà (è quanto proclama il famoso art. 16 della Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell'uomo e del cittadino del 1789, nel quale però implicitamente si riconosce che per una parte l'idea di costituzione è già nata con la teoria della divisione dei poteri).

Come conseguenza del primato della costituzione e delle leggi non contrarie a costituzione, da un lato coloro che debbono materialmente attuare le leggi sono appunto subordinati alla legge, e dall'altro vi sono coloro che accertano caso per caso e in via definitiva se la legge è stata violata, cosicché chi materialmente attua le leggi è subordinato anche alle decisioni di tali accertatori in via definitiva.

Come si vede tutto il meccanismo si basa razionalmente su tre aspetti o momenti concatenati: 1) la subordinazione di tutti alle leggi (e delle stesse leggi alla costituzione, che del resto non è altro che la legge fondamentale); 2) su un insieme di persone incaricate, se vi sono contestazioni, di verificare caso per caso ed in via definitiva se vi è stata violazione della legge; 3) su un apparato operativo che o attua direttamente le leggi o, in caso di contestazione, attua le decisioni di quelle autorità che in via definitiva accertano se violazione della legge c'è stata.

Parte seconda

7. L'indipendenza dei giudici come parte necessaria del meccanismo

L'indipendenza dei giudici (di quelle autorità che accertano in via definitiva se violazione della legge c'è stata) è parte integrante e necessaria del meccanismo, se vuole rimanere razionale: se ai giudici spetta l'ultima parola, caso per caso, sulla corretta attuazione o non attuazione della legge (ed a qualcuno questo potere deve comunque spettare, se la società non vuole divenire una guerra permanente tra tutti intorno alla attuazione o non attuazione delle norme), se dunque essi sono i controllori che debbono garantire il funzionamento dell'insieme in modo conforme alle leggi, i giudici debbono essere

indipendenti dai controllati, e cioè sia dai progettatori sia dagli attuatori.

8. L'intreccio tra progettazione ed attuazione, il principio di legalità costituzionale, il principio di legalità ordinaria

Non sussiste la medesima esigenza per quanto riguarda il rapporto tra progettatori ed attuatori: le due attività costituiscono in realtà una catena continua, dal primo progetto all'ultimo atto esecutivo, e può dunque accadere, ed accade continuamente, che il progettatore diventi anche attuatore di un precedente progetto, e viceversa l'attuatore diventi a sua volta progettatore per la parte che gli compete. Rispetto a questa possibile e frequente commistione l'esperienza offre però due risposte coordinate di grande efficacia: il principio di legalità costituzionale e quello di legalità ordinaria. Mediante il primo, tutto l'insieme viene subordinato ad alcune scelte fondamentali che come minimo, come era stato lucidamente detto fin dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, da un lato individuano e tutelano le libertà fondamentali e dall'altro strutturano i poteri pubblici in modo conforme al principio di divisione dei poteri; mediante il secondo tutti i poteri si fondano su una previa legge (anche ovviamente quelli dei giudici).

9. Caratteristiche essenziali dei giudici secondo il principio di divisione dei poteri

Concentriamo ora l'attenzione sui giudici. E' conforme alla loro funzione (e quindi va considerato un aspetto essenziale dello schema): a) che i giudici non possano mai emanare norme generali (in questo senso non sono mai progettatori), ma solo decisioni caso per caso (se poi nel loro decidere caso per caso attenendosi alle norme rimanga inevitabilmente anche un momento normativo è altra questione che verrà trattata successivamente: qui viene ricordato e sottolineato che comunque i giudici non emanano atti normativi generali, nei confronti di collettività); b) che gli organi giudicanti siano molti, con una divisione del lavoro tra di essi secondo regole prestabilite (principio del giudice naturale); c) che ogni loro decisione in principio vincoli solo le parti del processo e non si estenda ad altri (le poche eccezioni in generale sono facilmente giustificabili nell'interesse di tutti); d) che i giudici siano subordinati alle leggi (e cioè a tutto il diritto valido) ma soltanto alle leggi (quindi da un lato non sono subordinati a nessun'altra autorità, e dall'altro però sono subordinati alle leggi: art. 101 della Costituzione italiana); e) che ogni giudice sia indipendente rispetto a qualunque altro giudice (indipendenza interna: è una articolazione del punto precedente, che però va distinta perché le modalità per tutelare tale indipendenza sono necessariamente diverse, dovendosi conciliare con il principio della divisione del lavoro e con i criteri della efficienza e della efficacia).

Citare per ciascun punto ora elencato le specifiche disposizioni costituzionali scritte che li enunciano o li contengono è molto di più che ricordare scelte fatte dal costituente: si tratta di principi necessari, sempre che si voglia restare, come scelta originaria e fondamentale, entro lo schema della divisione dei poteri (e cioè della subordinazione del potere al diritto).

10. Perché i giudici non sono un potere in senso proprio e correttamente la Costituzione italiana li definisce un ordine

Se teniamo presenti i punti prima enunciati si spiegano facilmente alcune caratteristiche del nostro testo costituzionale (ma anche di altri testi): 1) il fatto che la magistratura venga definita "ordine" e non potere dello Stato: se merita il nome di potere un apparato centralizzato che si esprime con una sola voce (solo così infatti diventa potere), allora la magistratura non è un potere dello Stato, perché non solo non ha un solo vertice, ma non ha alcun vertice, tutti gli organi giudicanti essendo per definizione pari nell'esercizio delle loro funzioni (tutte le decisioni dei giudici possono divenire cosa giudicata); 2) poteri dello Stato reciprocamente diventano ciascun organo giudicante, come infatti si evince facilmente ricordando che coerentemente con la natura dell'ordine giudiziario ogni organo giudicante può essere parte attiva o passiva in un conflitto di attribuzioni con altro potere dello Stato (non invece nei confronti

di altro organo giudicante, appunto perché in tal caso non c'è un conflitto tra i poteri, ma un problema di corretta applicazione della divisione del lavoro all'interno dell'ordine giudiziario); 3) l'ordine giudiziario non merita il nome di potere dello Stato anche per due altri aspetti fondamentali, raramente sottolineati (vale la pena di ricordare peraltro che venivano esaminati e correttamente intesi già nel Federalista): a) i giudici non hanno il potere della borsa, perché le risorse per lo svolgimento delle loro funzioni deriva totalmente dal bilancio dello Stato, e cioè da una decisione alla quale sono associati Governo e Parlamento; b) i giudici non hanno al proprio servizio una specifica forza armata (la polizia giudiziaria, di cui parla l'art. 109 della Costituzione, oggi è un insieme di dipendenti pubblici che funzionalmente stanno al servizio dei magistrati, ed in particolare dei magistrati requirenti, ma strutturalmente continuano a far parte del potere esecutivo; in ogni caso, anche se la polizia giudiziaria fosse costruita come un apparato totalmente governato dalla autorità giudiziaria, si tratterebbe di un apparato con il solo compito di assistere l'autorità giudiziaria nell'accertamento dei fatti, non per l'attuazione delle sentenze).

Mentre questa seconda limitazione dell'ordine giudiziario si può giustificare alla luce del principio di divisione dei poteri, il quale esige appunto che il potere di accertamento in via definitiva del diritto sia separato dal potere di attuare in via coattiva il diritto, la prima limitazione appare difficilmente giustificabile, perché è ovvio che dipendere da altri per quanto attiene ai mezzi per lo svolgimento della propria funzione significa diminuire drasticamente la indipendenza dell'ordine giudiziario, non tanto in termini di indipendenza dei singoli giudici e organi giudicanti, quanto in termini di efficienza ed efficacia della propria funzione. Ecco un punto nodale al quale il principio di divisione dei poteri, così come è stato storicamente attuato, non dà risposta soddisfacente, né la dà la legislazione ordinaria oggi vigente. Appare ragionevole chiedersi se, traducendo con maggiore coerenza il principio di divisione dei poteri in articolazioni adeguate anche per quanto riguarda la indipendenza dell'ordine giudiziario sul piano dei mezzi, non sia opportuno prevedere con legge ordinaria una procedura di approvazione del bilancio dello Stato che permetta all'ordine giudiziario, attraverso il CSM ed il suo Presidente, che non per caso è il Presidente della Repubblica, di discutere in modo istituzionale col Governo ed il Parlamento la dotazione dell'ordine giudiziario, in modo che sia rispettata la sua autonomia e la sua pari dignità costituzionale (in modo analogo a quanto già accade per il Parlamento, che, approvando il bilancio, ha sufficiente potere per tutelare se stesso, ed il Presidente della Repubblica che, autorizzando la presentazione della legge di bilancio e della legge finanziaria, ha ugualmente sufficiente potere per far presente le proprie necessità; è verosimile che la Corte costituzionale in via informale, se necessario, ottiene adeguato ascolto presso il Governo in questa materia).

Parte terza

11. Questioni rispetto alle quali lo schema è muto o dà risposte parziali

Avvalendoci soltanto del principio di divisione dei poteri, abbiamo anzitutto ribadito la ragione insuperabile che impone la indipendenza dei giudici, e in secondo luogo abbiamo articolato questo principio in principi derivati, espressi o non espressi nel testo costituzionale, ma anch'essi necessari e indefettibili (sempre che naturalmente non si intenda dar vita a regimi dittatoriali o autoritari che non adottano il principio di divisione dei poteri).

Se molte sono le cose importanti che si ricavano direttamente dallo schema della divisione dei poteri, molte e importanti sono anche le questioni rispetto alle quali lo schema o non dà risposta o dà risposte parziali che abbisognano di integrazioni.

Lo schema della divisione dei poteri prima illustrato è muto rispetto alla natura e qualità contenutistica dei progetti. Che questi progetti siano decisi da pochi o da molti, nell'interesse di pochi o di tutti, in buona o in mala fede, per ragioni egoistiche o solidali, e così via, sono tutte questioni che stanno fuori dello schema e non lo toccano in quanto modo di funzionare: quel che importa nello schema è che si

tratti di progetti da attuare. Se nello schema introduciamo la costituzione, come ormai bisogna fare da due secoli, è possibile che il testo costituzionale dica quali progetti non sono ammessi, quali altri sono obbligatori, quali altri ancora debbono comunque rispettare alcuni principi e criteri guida, e così via; ma: a) anzitutto vi sono costituzioni nelle quali questo momento progettuale è assente o scarso; b) anche se il testo costituzionale è ricco di promesse e di programmi da attuare, non esiste rimedio agibile contro la volontà della maggioranza politica di non dare attuazione a questi programmi e a queste promesse; c) anche quando esiste un controllo di costituzionalità delle leggi, vi sono atti e decisioni che sfuggono a questo controllo, oppure lo stesso tribunale costituzionale evita di scontrarsi con la maggioranza che ha violato la Costituzione, e soprattutto, posto che inevitabilmente i programmi e progetti previsti nel testo costituzionale sono molto vaghi e generici, diventano aggredibili solo quelle attuazioni che sono clamorosamente e apertamente contrarie al testo (casi cioè rari) e restano senza difesa quelle attuazioni deboli e insoddisfacenti volute dalle maggioranze politiche del momento. In ogni caso per definizione è giuridicamente libero il progetto costituzionale nel momento in cui chi ha il potere di volerlo lo impone.

Invece, per quanto riguarda sia gli attuatori che gli accertatori, il modello presuppone, per il suo buon funzionamento, anzitutto che la comunicazione tra le diverse parti dello schema sia felice (e prima ancora che una comunicazione felice sia in principio possibile), cosicché sia gli attuatori che gli accertatori sono in grado, quasi sempre, di comprendere cosa hanno previsto i progettatori e gli altri soggetti le cui decisioni comunque debbono essere recepite ed attuate; in secondo luogo, come conseguenza del punto precedente, lo schema presuppone negli attuatori e negli accertatori sia sufficiente preparazione professionale sia buona fede; infine il rendimento del meccanismo dipende da quante risorse ciascuna attività ha ricevuto, essendo evidente che se le risorse sono insufficienti il meccanismo darà un rendimento viepiù scarso fino alla totale inefficienza.

Tenendo presenti i punti ora illustrati e restringendo l'analisi agli accertatori in ultima istanza, e cioè ai giudici, tra le molte questioni che potrebbero essere sollevate e discusse seleziono le seguenti: 1) la durata dei processi; 2) la responsabilità politica dei magistrati, invocata da alcuni, presupposta da altri, negata da altri ancora; 3) l'asserito potere dei giudici di creare diritto; 4) la controversa distinzione tra magistrati requirenti e magistrati giudicanti; 5) la sufficienza o insufficienza degli attuali meccanismi volti a garantire al massimo possibile imparzialità dei magistrati e terzietà dei giudici (compreso il tentativo di distinguere tra terzietà e imparzialità); 6) infine il problema cruciale che emerge irrisolto (meglio ancora: neanche avvertito) dallo stesso schema: se i magistrati sono i controllori del rispetto delle norme nei confronti degli attuatori, chi e come a sua volta controlla i controllori?

12. La durata dei processi

Che i processi in Italia durino tempi scandalosamente lunghi è cosa troppo nota per spendervi altre parole. Che la cosa metta in crisi non tanto l'indipendenza della magistratura quanto l'intero sistema è constatazione troppo ovvia per meritare una trattazione specifica. Dobbiamo invece meravigliarci, e rimanere indignati, del fatto che tale questione non stia al primo posto nell'agenda di qualunque Parlamento e Governo, che manchi una analisi approfondita e attendibile che ci dica quali sono le ragioni di questo stato di cose (che non si riscontra con la stessa gravità in altri Stati), che non sia stato non dico attuato ma neppure elaborato un progetto di lunga lena che, sulla base della analisi, si proponga entro termini ragionevoli di superare questo stato di cose. In questa sede non trovo altro da dire, salvo sottolineare che quel poco che ho ora detto vale da solo per importanza ed urgenza tutto il resto del mio contributo.

13. Contro la responsabilità politica dei giudici

Talvolta si sente parlare di responsabilità politica dei giudici, ora per dire che anch'essi sono politicamente responsabili, ora per dire che essi dovrebbero essere politicamente responsabili, ora per dire che essi non debbono essere politicamente responsabili. Cosa ancora più importante: accade spesso

in questi ultimi anni di leggere sui quotidiani e nelle dichiarazioni di uomini politici giudizi sui giudici in generale, e talvolta su singoli giudici indicati per nome, giudizi che hanno lo stesso andamento e pretendono di avere la stessa valenza delle dichiarazioni con le quali vengono fatti responsabili in termini politici uomini e cariche che sono sicuramente politicamente responsabili (membri del Governo, dirigenti di partiti, parlamentari e in genere persone politicamente rappresentative).

Che i giudici in mala fede debbano essere penalmente responsabili è ovvio e così è scritto nelle leggi (anche se si può discutere sulle modalità di accertamento; sta di fatto però che giudici condannati penalmente per aver commesso reati nell'esercizio delle loro funzioni ce ne sono fin troppi, in percentuale tale da far temere sulla solidità dell'insieme). Che si debba prevedere anche una responsabilità giuridica per colpa è oggetto di dibattito, per il pericolo ovvio che dietro la presunta colpa si insedi un controllo sulla normale attività interpretativa dei giudici con conseguente diminuzione o scomparsa della loro indipendenza: comunque non intendo trattarne qui.

Quello che sicuramente non è ammissibile è trattare i giudici come soggetti politicamente responsabili, per la dirimente ragione che un soggetto diventa politicamente responsabile per il solo fatto di esercitare un potere politico, e reciprocamente chi viene trattato come responsabile politicamente per ciò solo ha il diritto di ritenersi investito di potere politico, cosicché chiunque ha il diritto di valutarlo e criticarlo pubblicamente secondo criteri politici e invocare la sua rimozione dal potere politico. Un giudice politicamente responsabile è un giudice che agisce in modo politico, e dunque ne risponde e ne deve rispondere fin alla rimozione dalla sua carica per ragioni politiche. Non credo ci sia bisogno di dire altro per mostrare quanto il meccanismo della responsabilità politica sia in contraddizione con la funzione dei giudici secondo il principio di divisione di poteri e la conseguente loro indipendenza.

Non credo però che sia sufficiente ribadire che i giudici debbono essere non responsabili politicamente. Bisogna prendere atto che troppo spesso sia i loro critici sia essi stessi si comportano come se lo fossero (e quindi di fatto i primi li fanno politicamente responsabili ed i secondi si comportano nella vita pubblica come se fossero politicamente responsabili). A mio parere sono urgenti e necessarie due riforme legislative, per cercare di rimettere a posto le cose. La responsabilità politica oggi si nutre essenzialmente dei grandi mezzi di comunicazione di massa. Trovo sempre sgradevole vedere citati per nome i giudici, vedere le loro fotografie e ripresi i loro discorsi, trovo insopportabili le loro dichiarazioni in televisione e sui quotidiani. Se fossi legislatore non esiterei ad approvare una legge che, riferendosi soltanto (nota bene) ai mezzi di comunicazione di massa, e cioè alle televisioni, alle radio, ad internet, alle pubblicazioni periodiche con tiratura superiore a una certa cifra, vieta a questi mezzi, con adeguate sanzioni, di riferire i nomi dei giudici anziché riferirsi ad essi soltanto con la indicazione della carica, vieta di riprodurre le loro fattezze ed i loro discorsi orali (non ovviamente riprodurre a stampa le sentenze ed i loro atti ufficiali, non riassumerli, discuterne, chiosarli e simili). Non esiterei poi a stabilire la ineleggibilità dei magistrati a qualunque carica rappresentativa almeno per cinque anni dopo la cessazione dal servizio. Di ragioni costituzionalmente fondate per giustificare queste limitazioni credo di averne quante sono sufficienti. Le ragioni di opportunità mi paiono evidenti. Il perverso circuito della responsabilità politica dei magistrati, con tutti i danni conseguenti per la sostanza e l'apparenza della indipendenza dei giudici (e l'apparenza in questa materia è importante quanto la sostanza), verrebbe in tal modo praticamente impedito o per lo meno tanto diminuito da divenire non più pericoloso. Ho bisogno di aggiungere che quanto ho proposto non ha nulla a che spartire con il sacrosanto diritto di tutti di criticare le decisioni dei giudici?

14. Se, in che senso ed in quale misura i giudici creano diritto

Che i giudici creino anch'essi norme per il caso singolo sul quale decidono è tanto evidente che meraviglia che si debba ancora discutere sul punto. A rigore solo chi esegue materialmente una norma, se mero strumento materiale, qualche volta non crea norme (come il poliziotto che ti mette le manette e ti scorta in carcere). Quasi tutti gli operatori giuridici creano norme, nella misura in cui o sono obbligati

o possono decidere qualcosa nei confronti di qualcuno (quello specifico qualcuno che naturalmente non figura nella norma generale che fonda la norma singolare che costituisce attuazione della prima).

Il punto che oggi è in discussione è in realtà un altro, molto più impegnativo: ci si chiede se, e molti sostengono che, i giudici, mediante le loro interpretazioni e decisioni, giungono nei fatti a riscrivere e/o integrare le norme scritte dal legislatore, creando in tal modo diritto al posto del legislatore.

Premetto che non tratto in questa sede della Corte costituzionale (che si riconferma anche per questa via un potere distinto da quello dei giudici): la Corte, come in generale i tribunali costituzionali, grazie ai poteri loro conferiti, sono in grado di riscrivere di fatto non solo le leggi, mediante le sentenze c.d. manipolative, ma la stessa Costituzione (chi ne vuole un esempio da manuale legga la sentenza n. 303 del 2003).

Per quanto riguarda i giudici, e cioè quelle autorità che in subordine alla legge dicono l'ultima parola su casi concreti sottoposti al loro giudizio, finché nessun giudice, col consenso dei più, sosterrà che è lecito a lui ed ai suoi pari superare i testi del legislatore, rimane fermo che il giudice in buona fede parte sempre dai testi del legislatore (nel senso più ampio del termine) e mediante le sue argomentazioni, che devono essere e sono pubbliche, deve sempre ritornare ai testi, per mostrare che la sua decisione non è contraria ad essi ed anzi si fonda su di essi. E' vero poi: a) che solo il giudice, in base alla domanda che gli è stata rivolta, individua la questione che deve decidere, e che raramente tale questione corrisponde alla lettera ad una frase del legislatore, cosicché il giudice deve compiere una complessa operazione che riconduca la questione concreta, così come è riuscito a delimitarla, ad una fattispecie astratta che si può ritenere contenga idealmente anche quella fattispecie concreta; b) è vero che il giudice seleziona tra tutte le disposizioni del legislatore tutte e solo quelle che sono necessarie a decidere il caso; c) è vero che egli deve ricostruire i fatti, talvolta solo sulla base delle prove allegate dalle parti, altre volte per sua iniziativa; d) è vero che deve interpretare tutti i discorsi che gli vengono proposti o che egli stesso ha selezionato come pertinenti al caso da decidere. Tutto questo ammesso (ammesso perché corrispondente a verità), e ammesso per di più che tutto questo non è frutto di scelta libera ma modo necessario per decidere secondo buona fede e secondo ragione, si riconferma che in tal modo il giudice crea diritto per il caso concreto sul quale decide, ma non crea diritto se per creazione del diritto intendiamo formulazione di regole generali e astratte che governano il processo decisionale e le conclusioni del giudice.

Che poi l'ordine giudiziario attraverso la sommatoria nel tempo di tutte le pronunce dei giudici determini il significato e la portata delle disposizioni del legislatore, questo anzitutto è un risultato non del singolo giudice, ma dell'ordine nel suo insieme; in secondo luogo è un risultato voluto dallo stesso legislatore, che non per caso ha istituito la Corte di cassazione per garantire uniformità e costanza nei giudizi; in terzo luogo non toglie che il legislatore, se non è soddisfatto di quello che i giudici stanno decidendo, può in ogni momento cambiare la legge, o la stessa costituzione, e per tale via costringere i giudici (che immaginiamo in buona fede) a mutare giurisprudenza. Si instaura una dialettica tra giudici e legislatore, e per la verità una dialettica si instaura tra tutti coloro che a vario titolo partecipano alla esperienza giuridica. Che c'è di male in questo? Prima ancora: sarebbe possibile un rapporto diverso tra le molte parti della esperienza giuridica? In conclusioni non è questo il problema da affrontare, perché, dato il principio di divisione dei poteri, non c'è nulla da opporre a questa necessaria e inevitabile dialettica.

I punti cruciali sono altri: le leggi sono giuste? I giudici sono onesti? Più in generale, gli operatori giuridici sono in buona fede e sono adeguatamente preparati?

15. Sul nuovo giusnaturalismo e/o il diritto dei giudici

Dietro le cose ora dette si agita in realtà un tema diverso, più o meno consapevolmente (meno che più,

ritengo). Ciò che si agita nel mondo dei giuristi, di molti politici e verosimilmente anche dei giudici, è una tematica diversa e più impegnativa rispetto a quella precedentemente abbozzata.

Si intrecciano due questioni distinte: da un lato il bisogno di superare la legislazione nazionale, ora per rifarsi ad una sorta di nuovo *jus gentium* (i diritti fondamentali o umani, oppure, su altro piano, il diritto della lotta al terrorismo internazionale), ora per far riemergere più o meno nascostamente la supremazia di un diritto fondato sui testi sacri e sulla autorità di una confessione religiosa; dall'altro lato una rinascita del diritto dei giudici, della possibilità che siano gli stessi giudici, indipendentemente o addirittura contro il diritto scritto dal legislatore ufficiale, a creare, con la norma del caso concreto, anche la norma generale che dal caso viene ricavata (è la tesi, non sempre detta con tanta chiarezza e decisione, di tutti coloro che distinguono il diritto secondo principi o valori rispetto al diritto secondo regole, e ritengono il primo superiore al secondo). Rispetto a queste tendenze ho due obiezioni in sequenza: la prima chiede se la nostra Costituzione tollera quelle posizioni o non è radicalmente contraria ad esse; la seconda obiezione dice che, se si sostiene che la Costituzione tollera o addirittura contiene anche quelle posizioni, oppure può venire scavalcata in nome di qualcosa che spetta a chi lo dice indicare, in tal caso la collocazione nella quale ciascuno si pone e deve porsi una volta sollevato il tema è inevitabilmente una risposta politica, e cioè frutto di una scelta (in altre parole, chi decide in base a principi non scritti o a valori contro o indipendentemente dal diritto scritto compie inevitabilmente una scelta politica). La mia scelta è che preferisco il legislatore rappresentativo, espressione della volontà popolare (per quanto coartata e mistificata), alla legge dei giudici, o alla legge di autorità che non rispondono democraticamente al popolo, ma o ad altri o a Dio (come pretendono).

16. Magistrati giudicanti e magistrati requirenti

La terzietà del giudice (ecco un punto essenziale nel quale si coglie la distinzione tra terzietà e imparzialità) esige che in principio il giudice non sia lui a scegliere le questioni sulle quali decidere, ma sia obbligato a rispondere comunque (divieto del *non liquet*) se e solo se qualcuno lo chiede (e in principio nella misura della richiesta, né più né meno).

Come spesso accade, anche questi principi debbono conciliarsi con altri principi e dunque subiscono deroghe: le deroghe però non tolgono valore ai principi, anzitutto perché sono eccezioni, ed in secondo luogo perché sono eccezioni che debbono essere giustificate alla luce di altri principi di pari livello. Se decidere su controversie e ristabilire il diritto contro le violazioni non è solo interesse di chi ricorre al giudice ma, come accade in molti casi, è interesse della intera comunità (e il caso più ovvio e importante si trova nel diritto penale, nel quale la azione per la punizione del reo non viene affidata all'offeso ma ad un organo pubblico), è ovvio che, distinti dai giudici, vi debbano essere organi pubblici che nell'interesse della comunità si rivolgono ad essi. Il principio di divisione dei poteri, alla luce della esperienza storica, è muto per quanto riguarda la collocazione e la disciplina di questi organi pubblici che hanno il potere-dovere di rivolgersi ai giudici nell'interesse pubblico. A decidere per il nostro ordinamento non è stato il principio in quanto tale (che non può farlo per nessun ordinamento), ma una scelta della Assemblea costituente (che per la verità ha ripreso una scelta antica del legislatore prerепubblicano). Quali che siano le critiche alla scelta fatta, sta di fatto che la nostra Costituzione chiama magistrati (o in pochi casi autorità giudiziaria) sia gli organi giudicanti sia quelli requirenti, e per quelli ordinari stabilisce una disciplina di principio sostanzialmente comune, collocandoli all'interno dello stesso ordine. Le possibilità di divaricazione tra le due figure, al di là delle ovvie differenze che discendono dalle diverse funzioni che ciascuna di esse concretamente svolge, sono molto limitate. Discutere però in modo approfondito e ragionato questo punto, pure cruciale, esigerebbe troppo tempo, quindi non può essere fatto in questa sede.

17. Imparzialità e terzietà dei giudici

Viene fatta distinzione tra imparzialità e terzietà (la distinzione oggi figura nel testo costituzionale). Si

discute intorno alla distinzione, sia perché non è chiaro in che cosa si differenzia la terzietà rispetto alla imparzialità, sia perché non è chiaro, come aspetto specifico della precedente domanda, se la terzietà assorbe la imparzialità (cosicché ovunque c'è terzietà c'è anche necessariamente imparzialità, ma non vale l'inverso, potendoci essere imparzialità che non è terzietà) oppure stanno distinte, in tutto o in parte (nel primo caso sono figure senza sovrapposizioni, nel secondo caso ci sarebbe una sovrapposizione parziale, ma vi sarebbero casi che rientrano nella imparzialità ma non nelle terzietà e casi che rientrerebbero nella terzietà ma non nella imparzialità). Possiamo cominciare da questioni più semplici e meno controverse: posto che tutti i dipendenti pubblici debbono essere imparziali, vi sono caratteristiche dei giudici (non di tutti i magistrati, si noti) che non si trovano presso altri pubblici dipendenti e che dunque, per definizione, anche se assenti, non tolgono il loro dovere di imparzialità: si può concludere che questi aspetti, se potenziano la imparzialità, se cioè sono regole che aumentano le garanzie della imparzialità rispetto a quelle regole che caratterizzano i dipendenti pubblici, possono ricevere ragionevolmente il nome di terzietà. Mi pare che questi aspetti sono almeno tre, che, ripeto, caratterizzano i giudici: a) la mancanza di iniziativa: in principio i giudici non hanno iniziativa rispetto ai propri compiti, ma in tanto debbono e possono agire in quanto qualcun altro ha preso l'iniziativa, ponendo ad essi una domanda (vi sono eccezioni, ma mi pare che sono tutte giustificabili senza nulla togliere alla terzietà di quello stesso giudice che in casi eccezionali può attivarsi d'ufficio: così il giudice a quo che solleva d'ufficio la questione di costituzionalità in tanto lo fa in quanto è stato già attivato e nel corso di una attività già iniziata si trova a dover sciogliere una questione per lui pregiudiziale ai fini della conclusione del processo o comunque della sua attività legittimamente iniziata); b) il giudice non conosce i fatti specifici sui quali deve giudicare, questi debbono essere rappresentati e provati da chi li adduce; c) il principio del contraddittorio, per cui il giudice, prima di decidere, deve ascoltare tutte le parti ed a tutte deve essere garantita la effettiva ed efficace possibilità di dedurre e controdedurre.

Vale la pena di notare che questi tre principi non riguardano il pubblico ministero, e meno che mai le autorità amministrative. Vi sono dunque solide e persuasive ragioni per concludere che terzietà è comunque più di imparzialità, perché impone limiti e modi di fare che non sono richiesti necessariamente dalla imparzialità. Si può anche aggiungere che, mentre in base alle cose dette possiamo immaginare regole riconducibili alla imparzialità che non sono affiancate dai tre principi propri della terzietà, non è pensabile l'applicazione dei tre principi della terzietà che non comportino l'applicazione anche delle regole della imparzialità. In altre parole la terzietà non si esaurisce nella imparzialità, ma la presuppone necessariamente. Se sei terzo devi essere anche imparziale, ma puoi essere imparziale senza essere terzo.

18. Questioni aperte

Sarebbe illusorio però pensare di aver sciolto i problemi della imparzialità e della terzietà. Si tratta di principi che reggono innumerevoli regole attuative, cosicché non siamo mai certi che tali regole attuative siano totalmente soddisfattive del principio o lasciano margini di insoddisfazione. Faccio solo un esempio per suggerire il tipo di domande e di questioni che si pongono o potrebbero essere poste in materia. Sul piano ideale il giudice terzo perfetto, per dir così, è il giudice che prima e fuori del processo non sa assolutamente nulla delle parti (e dei loro avvocati, aggiungo). In questo campo, come già detto, l'apparenza conta quanto la sostanza: il sospetto basta a distruggere sia la imparzialità che la terzietà. Stabilire che il giudice, fuori delle sede ufficiali e dei momenti formalizzati, non deve in alcun modo parlare della causa in corso non toglie che il giudice possa essere amico o conoscente del pubblico ministero o degli avvocati o addirittura delle parti, che vi possano essere molti momenti di incontro per altre ragioni durante le quali però si può anche sospettare che parlino della causa nella quale sono coinvolti, e così via. E' possibile, e opportuno, immaginare sul punto regole più stringenti di quelle attualmente presenti? In un altro convegno, nella mia relazione sul pubblico ministero, avevo un po' ingenuamente immaginato una regola secondo la quale le sedi di lavoro del giudice e del pubblico ministero debbono essere fisicamente distinte e lontane, cosicché le occasioni di incontro tra di loro

diminuiscono drasticamente nel corso della loro attività. L'esempio fa capire il tipo di domande e di risposte che si pongono, e fa capire anche la estrema difficoltà e in molti casi la impossibilità di immaginare garanzie efficaci e sicure.

Vi sono però almeno tre regole rigorose che a mio parere migliorerebbero grandemente l'immagine di imparzialità dei magistrati: a) il divieto assoluto, senza eccezione alcuna, di incarichi professionali al di fuori di quello ufficialmente assegnato in quanto magistrato (quindi ad es. nessuna possibilità di distacchi presso il ministero della giustizia, o di diventare giudice sportivo, o capo di gabinetto e simili); b) la retribuzione onnicomprensiva per cui qualunque retribuzione aggiuntiva, in danaro o in vantaggi materiali, o è vietata oppure, se in danaro, viene devoluta ad un fondo di beneficenza (o simili); non si tratta di fare un elenco disperante di divieti di fare: fermi restando gli obblighi di ufficio, faccia il magistrato tutto quello che vuole (tenere conferenze, scrivere libri, ecc.); non guadagnerà un euro in più; c) il magistrato che cessa dalla sua carica, quale che sia la ragione, per almeno x anni (penso cinque siano sufficienti) non può ricoprire cariche o svolgere attività (ovviamente da elencare accuratamente) che possono far temere un suo comportamento parziale in vista di vantaggi futuri (ancora mi scandalizza il caso di quel magistrato che subito dopo le dimissioni è entrato come socio nello studio di un avvocato che aveva favorito con una decisione poi rivelatasi fraudolenta).

Il tema mi pare sterminato. Molte sono le domande e i dubbi che si possono sollevare, difficili e complesse le risposte, lunga accurata e difficile la trattazione di ciascun tema sollevato. La sola cosa che a questo punto posso dire è che sono molto insoddisfatto dello stato di cose per quanto riguarda gli strumenti indiretti che dovrebbero garantire al massimo imparzialità dei magistrati e terzietà dei giudici, sia nella realtà che nella apparenza, e che insoddisfatti mi pare siano la maggioranza dei cittadini italiani.

Nello stesso tempo non posso nascondermi e nascondere che la decisione intorno alle priorità è una questione politica; la domanda ora diventa: la poca (per alcuni) o la troppa (per altri) indipendenza dei magistrati è oggi il tema da affrontare per primo, o comunque uno dei temi prioritari?

In una società che ha introiettato come principi costituzionali supremi (proprio per questo non scritti e non consapevolmente proclamati) il principio che non esiste limite al reddito che una persona può raggiungere e non esiste limite alla proprietà che si può acquisire, e che quindi ha fatto e fa ogni giorno della concorrenza feroce e spietata per inseguire questi due principi la sua legge suprema di vita, è seriamente pensabile una disciplina rigorosa, come quella qui abbozzata e intravista, verso i soli magistrati? O piuttosto non è da meravigliarci, e da ringraziare non sappiamo che cosa, se ancora oggi, nonostante il marciume che ci circonda da ogni lato, esistono magistrati onesti e responsabili? Non c'è il rischio che fare dei magistrati il bersaglio principale e del loro presunto strapotere il tema dominante non si faccia altro che assecondare i disegni dei potenti, che vogliono dominare senza alcun controllo?

Sul piano scientifico credo nelle tesi che ho esposto; sul piano politico temo di essere strumentalizzato e di divenire senza volerlo complice di disegni oscuri e pericolosi che cercano nell'indebolimento se non nella distruzione della indipendenza dei magistrati l'ultimo e fondamentale grimaldello per il dilagare senza freni di chi è già molto potente.

* Relazione svolta al terzo Seminario del ciclo "Istituzioni e dinamiche del diritto", denominato "Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto", tenuto il 18 gennaio 2007 in Modena presso l'Aula magna dell'Accademia militare.