

IL RUOLO DEL GIUDICE NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

INTRODUZIONE

La magistratura, intesa nella sua accezione più generale, è da considerarsi un pilastro imprescindibile per l'equilibrio di qualsiasi democrazia moderna.

In estrema sintesi, essa ha il compito di salvaguardare, in posizione di autonomia e indipendenza da ogni altro potere dello Stato, i diritti dei cittadini da eventuali soprusi che possono essere perpetrati da chicchessia. In Italia, purtroppo o per fortuna a seconda dei punti di vista, la magistratura si è spesso ritrovata a dover svolgere un ruolo che è andato ben oltre da quello assegnatole dalla Costituzione formale, e dunque al di là della semplice e pacifica amministrazione della giustizia. Basti pensare ai ventinove magistrati che dall'inizio della storia della repubblicana fino ad oggi sono stati uccisi per essersi scontrati, il più delle volte, contro sistemi criminali mafiosi o terroristici che, come noto, godono o hanno goduto di ottima salute nel nostro paese. Ritengo doveroso, nell'ambito di una tesi di laurea che si prefissa come obiettivo quello di riaffermare la centralità del ruolo della magistratura in un ordinamento democratico, menzionarli e ricordarli uno per uno:

Agostino Pianta, ucciso il 17 marzo 1969 a Brescia da un detenuto vittima di un errore giudiziario. Pietro Scaglione, ucciso il 5 maggio 1971 a Palermo dalla mafia. Francesco Ferlino, ucciso il 3 luglio 1975 a Lamezia Terme dalla 'ndrangheta. Francesco Coco, ucciso l'8 giugno 1976 a Genova dalle Brigate Rosse. Vittorio Occorsio, ucciso il 10 luglio del 1976 a Roma da Ordine Nuovo. Riccardo Palma, ucciso il 14 febbraio 1978 a Roma dalle Brigate Rosse. Girolamo Tartaglione, ucciso il 10 ottobre 1978 a Roma dalle Brigate Rosse. Fedele Calvosa, ucciso l'8 novembre del 1978 a Frosinone dalle Unità combattenti comuniste. Emilio Alessandrini, ucciso il 29 gennaio 1979 a Milano da Prima Linea. Cesare Terranova, ucciso il 25 settembre 1979 a Palermo dalla mafia. Nicola Giacumbi, ucciso il 16 marzo 1980 a Salerno dalla colonna delle Brigate Rosse "F. Pelli". Girolamo Minervini, ucciso il 18 marzo 1980 a Roma dalle Brigate Rosse. Guido Galli, ucciso il 19 marzo 1980 a Milano da Prima Linea. Mario Amato, ucciso il 23 giugno 1980 a

Roma dai NAR. Gaetano Costa, ucciso il 6 agosto 1980 a Palermo dalla mafia. Gian Giacomo Ciaccio Montalto, ucciso il 25 gennaio 1983 a Trapani dalla mafia. Bruno Caccia, ucciso il 26 giugno 1983 a Torino dalla 'ndrangheta. Rocco Chinnici, ucciso il 29 luglio 1983 a Palermo dalla mafia. Alberto Giacomelli, ucciso il 14 settembre 1988 a Trapani dalla mafia. Antonino Saetta, ucciso il 25 settembre 1988 a Canicattì dalla mafia. Rosario Livatino, ucciso il 21 settembre 1990 ad Agrigento dalla mafia. Antonio Scopelliti, ucciso il 9 agosto 1991 a Campo Calabro dalla 'ndrangheta e dalla mafia. Giovanni Falcone e Francesca Morvillo, uccisi a Capaci il 23 maggio del 1992 dalla mafia. Paolo Emanuele Borsellino, ucciso a Palermo il 19 luglio del 1992 dalla mafia. Luigi Daga, vittima di un attentato al Cairo il 26 ottobre 1993 effettuato da un terrorista del Gruppo islamico e successivamente deceduto il 17 novembre dello stesso anno. Paolo Adinolfi, scomparso a Roma il 2 luglio 1994 e, infine, Fernando Ciampi ucciso a Milano il 9 aprile 2015 da un imputato.

Questo triste elenco ci dà la misura del ruolo che la magistratura ha dovuto interpretare in certi frangenti della storia repubblicana. Ruolo che ha “obbligato” alcuni magistrati ad esporsi eccessivamente al rischio, in assenza di un’azione di contrasto a occulti centri di potere criminale che comprendesse tutte le parti sane della società e delle istituzioni e che, pertanto, non demandasse tale gravoso compito ad una sola di esse. Questo elaborato, come già anticipato, muovendo i primi passi dai principi costituzionali che stanno alla base dell'esercizio della funzione giurisdizionale e che devono dunque caratterizzare sia la magistratura considerata nel suo insieme sia i singoli magistrati che di questo ordine (o potere) fanno parte, mira a riaffermare la centralità che la magistratura ricopre all'interno del nostro sistema democratico-costituzionale, in un momento storico in cui, per ragioni che nel corso della trattazione verranno analizzate, essa è delegittimata e la fiducia nei confronti del sistema giustizia è ai minimi storici.

CAPITOLO PRIMO L'AUTONOMIA DELLA MAGISTRATURA

1. Principio di autonomia della magistratura: ordine o potere?

Al fine di analizzare il principio di *autonomia* che regola, in strettissima connessione al principio di indipendenza, il funzionamento del potere giudiziario, non si può prescindere dall'analisi del dettato costituzionale che, all'articolo 104 comma 1, recita: «*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*».

Tale disposizione, che inizia a delineare le guarentigie che i Costituenti hanno voluto porre alla base dell'esercizio della funzione giurisdizionale, è stata oggetto di ampio dibattito a causa della sua ambigua formulazione: essa dapprima qualifica la magistratura come un *ordine*, salvo poi stabilire che deve essere contraddistinta dai caratteri di *autonomia* nonché di *indipendenza* “*da ogni altro potere*”, riqualificando quello giudiziario come un potere e non più come un ordine.

Il punto di vista tradizionale della dottrina¹ qualifica in effetti la magistratura come un “*potere nullo*”, finalizzato cioè all'applicazione della legge approvata dal Parlamento. Nonostante tale visione sia stata considerata da più parti come semplicistica e superata, non si può negare che nell'esperienza giuridica europeo-continentale la magistratura costituisce un potere diverso rispetto a quello legislativo e al potere esecutivo poiché non persegue un determinato indirizzo politico che caratterizza invece gli altri due poteri. I magistrati, a differenza dei parlamentari, non vengono eletti a seguito di consultazioni elettorali ma vengono selezionati sulla base di concorsi pubblici. Le sentenze emesse dai giudici non costituiscono esercizio di un indirizzo politico ma applicazione della legge al caso concreto.

¹ N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, p. 23 ss., Zanichelli 2019

potere dello Stato, la cui posizione di *indipendenza e autonomia* è di centrale importanza ai fini della definizione della forma di Stato alla luce del principio della separazione dei poteri.³

2. Principio di autonomia e Consiglio superiore della Magistratura

Bisogna intendersi sul significato che i Costituenti hanno voluto attribuire alla parola *autonomia*: tale parola deriva dai vocaboli greci *αὐτός* "stesso" e *νόμος* "legge" e, nelle scienze giuridiche, fu ed è adoperata per indicare la capacità di un soggetto o di un ente di darsi da sé delle regole di comportamento e d'azione.⁴ Tale termine significherebbe dunque "autonomia normativa", accezione che tuttavia, nell'ambito della magistratura, comporterebbe il sorgere di non pochi problemi, causati dal fatto che l'ammissione della possibilità per la magistratura di stabilire autonomamente le norme che regolano il proprio funzionamento striderebbe non poco con i basilari principi del Diritto Costituzionale Europeo-continentale in quanto, se si desse ai magistrati - alla Magistratura intesa come ordine - la possibilità di stabilire da sé le norme che dovrebbero regolare le loro attività, si rischierebbe di creare una scissione troppo netta tra la magistratura e il sistema delle istituzioni repubblicane. Come stabilito dalla Carta costituzionale⁵, i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Questa affermazione consente di intendere che la magistratura deve necessariamente espletare le proprie funzioni entro i limiti tracciati innanzitutto dalla Costituzione affinché sia rispettato il principio del bilanciamento tra poteri dello Stato, secondo i limiti tracciati dalle norme approvate in sede legislativa. È da ritenersi, invece, che il significato più appropriato da attribuire al termine "*autonomia*", con riferimento alla magistratura, sia quello di "*autonomia organizzativa*", consistente nella capacità di un soggetto o di un ente di darsi una struttura organizzativa. È per questa ragione che il principio di autonomia della magistratura è strettamente col-

³ N. Zanon, F. Biondi, op. cit. p. 24 ss.

⁴ Cfr. Enciclopedia Treccani, significato giuridico della locuzione "autonomia normativa".

⁵ Cfr. art. 101 comma 2 Cost.

legato all'esistenza di un organo, il Consiglio Superiore della Magistratura, cui demandare la competenza in materia di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati.⁶

Autorevole dottrina⁷ ha ritenuto non casuale la collocazione, all'interno dell'articolo 104 Cost.⁸, della disciplina del C.S.M., facendo ad essa precedere l'indicazione dei principi che devono regolare il funzionamento del potere giudiziario stesso. Si ritiene infatti, nonostante opinioni contrastanti,⁹ che i Padri costituenti abbiano voluto costituire un concatenamento letterale e logico tra il primo e i successivi commi dell'art. 104 Cost., per sottolineare l'importanza dell'esistenza del C.S.M. al fine di tutelare il principio di *autonomia*, nonché di *indipendenza* della magistratura. Come precisato sopra, *all'autonomia* di cui all'art. 104 comma 1 Cost. dobbiamo attribuire il significato di "*autonomia organizzatoria*", secondo la definizione fornita da autorevole dottrina¹⁰ che qualifica il potere giudiziario come una istituzione a sé con poteri di autorganizzazione.

In considerazione di ciò, l'esistenza del C.S.M. appare come strumentale alla piena realizzazione dell'autonomia della magistratura che, di contro, potrebbe essere lesa se il compito di regolare le materie di cui all'articolo 105 Cost. fosse lasciato ad un organo politico, circostanza che comporterebbe la trasformazione del potere giudiziario in una *longa manus* dell'esecutivo, come peraltro è accaduto in epoca pre-

⁶ Cfr. Articolo 105 Cost.

⁷ L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973. pp. 194 ss.

⁸ Art. 104 Cost. Commi 2 e ss:

“Il Consiglio superiore della magistratura presieduto dal Presidente della Repubblica. Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione. Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. Il Consiglio elegge un vicepresidente fra i componenti designati dal Parlamento. I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili. Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale.

⁹ Giannini, *Il C.S.M.*, “Consiglio di Stato”, 1959, II, 25.

¹⁰ Giannini, *Autonomia*, in “*Riv. trim. Dir. Pubbl.*”, 1951, pag. 862 e ss.

repubblicana. In sede di Assemblea costituente si prese dunque la decisione di rendere l'organo di cui si tratta slegato dal circuito politico, ancorché con delle eccezioni di cui daremo conto a breve.

3. Struttura e composizione del C.S.M.: il rapporto tra la componente laica e la componente togata

L'articolo 104 Cost. delinea la composizione del Consiglio Superiore della Magistratura. Esso è presieduto dal Presidente della Repubblica e ne fanno parte, come membri di diritto, il Procuratore Generale e il Primo Presidente della Corte di Cassazione. Se la Costituzione¹¹ si limita a prevedere le proporzioni di rappresentanza all'interno del C.S.M., e cioè che i due terzi dei componenti del Consiglio siano eletti da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal parlamento riunito in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio della professione, è la legge ordinaria a fissare il numero dei componenti elettivi: attualmente, secondo quanto disposto dall'art. 1 della l. 24 marzo 1958 n. 195¹² come modificata dalla legge 28 marzo 2002 n. 44, i membri eletti del C.S.M. sono 24 di cui sedici "togati" (eletti tra i magistrati ordinari appartenenti ad ogni categoria) e otto "laici" (eletti dal parlamento riunito in seduta comune tra docenti ordinari delle università e avvocati con almeno quindici anni di esercizio della professione). Come evidenziato dalla legge e in ossequio al dettato costituzionale, la componente togata del C.S.M. è cospicua. Ciononostante, la composizione del C.S.M. si caratterizza per la presenza di "soggetti esterni" al mondo giudiziario che assumono notevole rilevanza sotto il profilo costituzionale.

¹¹ Articolo 104 comma 4

¹² *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*

(Segue)

L'Assemblea costituente, come è noto, nonostante opinioni contrastanti, decise di optare per un modello di composizione della componente elettiva del C.S.M. di tipo misto.

Tale modello avrebbe poi riscosso notevole successo anche in altri paesi nei quali si decise, sulla scorta del dibattito avvenuto in Italia, di munirsi di un "*Consiglio di Giustizia*" che non fosse composto esclusivamente da magistrati, ma che recasse in sé una componente "estranea" al circuito giudiziario.¹³ La ragione di tale decisione risiede nel fatto che si volle scongiurare il rischio che il C.S.M., composto esclusivamente da magistrati, fosse concepito come una corporazione di funzionari pubblici assolutamente separata dal resto delle Istituzioni.

Di converso, una maggioranza laica avrebbe potuto minare i principi di *autonomia e indipendenza* della magistratura, in quanto certamente non sarebbero mancati tentativi di ingerenza da parte del circuito politico attraverso i componenti elettivi designati. La scelta dei Costituenti è ricaduta su un modello misto, con prevalenza della componente togata, in cui però la presenza di una "minoranza laica" è giustificata dalla volontà di evitare che il C.S.M. diventasse un organo di rappresentanza corporativa dell'organo giudiziario, mirando a fare in modo che la componente laica fungesse da collegamento istituzionale, che non fosse espressione di un'esigenza di controllo da parte del circuito politico ma che realizzasse un equilibrio organico tra apparato giudiziario e potere politico.¹⁴ Il dibattito sul tema fu assai ampio e vivace, si segnala in proposito l'intervento dell'On.le Ferdinando Targetti¹⁵ il quale, nel corso dei lavori della Assemblea Costituente, evidenziò l'importanza di far sì che la costituzione del C.S.M. non mettesse l'organo nelle condizioni di opporsi alle altre istituzioni, cosa che sarebbe potuta accadere se si fosse optato per una composizione esclusivamente togata; egli concluse il suo intervento ritenendo che si sarebbe dovuto, da un lato, concedere alla magistratura il maggior numero di

¹³ Cfr. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*

¹⁴ *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, art. 104-107, F. Bonifacio, G. Giacobbe, *La magistratura*, Tomo II

¹⁵ parlamentare del Partito Socialista

garanzie possibili per scongiurare ogni ingerenza, dall'altro limitare il c.d. "auto-governo".¹⁶ La posizione manifestata da Targetti mirava dunque a trovare un equilibrio tra le garanzie da attribuire ad un potere finalizzato a garantire la tenuta della forma di Stato e a tutelare i cittadini, e l'importanza che non divenisse un organo a tutela di interessi corporativistici.

Di particolare rilevanza fu la scelta dei Costituenti di prevedere che l'elezione dei membri laici del C.S.M. si svolgesse da parte del parlamento riunito in seduta comune, come avviene per le elezioni del Presidente della Repubblica e dei giudici costituzionali.

Tale scelta mette in risalto la circostanza che, secondo i costituenti, sarebbe stato fondamentale cercare un'ampia convergenza tra le forze politiche, per far sì che i membri laici del C.S.M. non fossero espressione di uno specifico schieramento politico-partitico, ma fossero invece mossi da una particolare attenzione nei confronti dell'amministrazione della giustizia, intesa come servizio da erogare ai cittadini. Era opinione diffusa in seno alla Costituente che i membri laici dovessero essere particolarmente preparati sui temi riguardanti la giustizia, per evitare che l'organo si trasformasse in uno strumento nelle sole mani dei magistrati, e che intorno ad esso si potessero «*coagulare interessi, intrighi, protezioni, preferenze tali da costituire un pericolo per l'indipendenza dei singoli giudici*». ¹⁷

Con l'obiettivo di coinvolgere personalità le cui competenze tecnico-giuridico fossero indiscutibili, si svolse inoltre, un ampio dibattito sulle categorie tra cui i membri laici dovevano essere designati; a tal proposito merita un particolare riferimento l'intervento dell'On.le Sardiello, il quale suggerì che i membri laici fossero scelti «*fra i cittadini che non abbiano direzione o rappresentanza politica*»¹⁸. Tale proposta fu poi tradotta in un emendamento presentato dall'On.le Scalfaro, il quale fece aggiungere che i membri laici fossero eletti dal parlamento «*fuori dal proprio seno*», per evitare che i membri laici del C.S.M. potessero essere designati tra i parlamentari. Tale emendamento, tuttavia, scomparve inspiegabilmente dai lavori

¹⁶ *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Volume VIII Commissione per la Costituzione, Camera dei Deputati-segretariato generale. Intervento On. Targetti (p. 1971), non condiviso dall'Assemblea

¹⁷ Pres. Meuccio Ruini, seduta 25 novembre 1947, atti AC, pp. 2457 ss.

¹⁸ Seduta dell'11 novembre 1947, atti AC, p. 1937

della Costituente e ne è testimonianza il fatto che è sovente capitato che dal parlamento riunito in seduta comune venissero eletti parlamentari in seno al C.S.M. Le scelte adottate dall'Assemblea costituente, come già ricordato, ebbero successo in molti paesi che, ispirandosi al modello italiano, decisero di adottare un sistema misto, preferendo far prevalere, rispetto a quella laica, la componente togata.

Non sono mancate tuttavia scelte diverse: in Francia, ad esempio, la legge di revisione costituzionale del 2008 ha stabilito che, nelle due formazioni rispettivamente competenti per i magistrati giudicanti e per i pubblici ministeri, debba esserci una prevalenza della componente laica, mentre l'art 18 della legge organica n. 2010-830 ha stabilito una composizione paritaria tra togati e laici laddove le due formazioni agiscano in sede di decisione sull'ammissibilità di un procedimento disciplinare. A proposito di tali questioni, diversi documenti elaborati in sede europea hanno raccomandato, ai fini di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura e per ciò che concerne i "Consigli di giustizia" a composizione mista, che la componente togata sia in maggioranza o comunque non inferiore al 50% dei componenti del Consiglio stesso, come stabilito dalla raccomandazione CM/Rec (2010)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 17 novembre 2010, cui hanno fatto seguito vari documenti predisposti dal Consiglio consultivo dei Giudici europei-CCJE e dal consiglio consultivo dei pubblici ministeri-CCPE e indirizzati allo stesso Comitato dei ministri.¹⁹

Non sono mancate, in tempi recenti, proposte di riforma del C.S.M. finalizzate ad incidere sul rapporto proporzionale tra "laici" e "togati", sulla separazione della funzione disciplinare dell'organo da quella di amministrazione delle carriere, sull'esigenza di creare due Consigli separati, uno per i pubblici ministeri, l'altro per i giudici, che consentirebbe una vera e propria separazione delle carriere sul modello adottato in Francia, ovvero di mantenere un unico organo consiliare distinto però in due sezioni. Al fine di non disperdere il patrimonio di conoscenze acquisito nel corso dei quattro anni di consiliatura si è inoltre proposto di ampliare, attraverso il meccanismo della revisione costituzionale previsto dall'art. 138 Cost., il tempo

¹⁹ Cfr. Cass., sez. un., sentenza 11 novembre 2013, n. 26033 con cui la suprema Corte, con riferimento alla raccomandazione CM/Rec (2010)12, ha tuttavia affermato il carattere non vincolante della stessa e al contempo dunque che la sua inosservanza non può essere sanzionata per violazione dell'articolo 117, comma 1, Cost.

di durata in carica dei consiglieri da quattro a sette anni, in modo tale da scongiurare che, con particolare riferimento ai membri laici, questi cessassero il loro incarico una volta concluso quel fisiologico periodo di “apprendistato” utile a conoscere a fondo i meccanismi di funzionamento dell’organo consiliare.

Si è inoltre proposto di introdurre una rinnovazione “sfalsata” dei singoli membri in modo tale da preservare la continuità degli orientamenti consiliari che risulta attualmente sacrificata dal cambio della totalità dei componenti nello stesso momento.

4. Sistema elettorale della componente togata in seno al C.S.M.

Il sistema elettorale per l’elezione della componente togata del C.S.M. è stato oggetto di un ampio dibattito sin dalla nascita dell’organo stesso, poichè la scelta di un sistema elettorale piuttosto che di un altro può determinare una maggiore o minore influenza da parte delle correnti della magistratura che operano in seno all’Associazione Nazionale Magistrati²⁰.

Gli interessi in gioco hanno dunque determinato notevoli dissidi per la scelta della legge elettorale che, nel corso della storia repubblicana, è stata modificata varie volte. La prima legge elettorale con cui si disciplinò l’elezione dei membri togati del C.S.M fu la legge 24 marzo 1958 n. 195²¹ essa stabiliva un meccanismo che consentiva, da un lato, una rappresentatività preminente per i consiglieri di Cassazione rispetto ai magistrati di primo e secondo grado, dall’altro invece favoriva una rappresentanza di tipo “corporativo”. La legge n. 195 prevedeva, infatti, che in Consiglio fossero presenti sei magistrati di Cassazione, quattro di Corte d’Appello e quattro di Tribunale, prescrivendo che i magistrati potessero votare esclusivamente per i colleghi appartenenti alla propria stessa “categoria”.

Il sistema elettorale venne poi modificato nove anni più tardi con la legge 18 dicembre 1967 n. 1198²², nel tentativo di attenuare il principio del voto per “categoria”. Tale modifica introdusse un meccanismo di elezione nel quale, in una prima

²⁰ Cfr. art. 2 Statuto A.N.M.

²¹ *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura* cit.

²² Modificazioni alla legge 24 marzo 1958, n. 195, sulla Costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura.