

I SISTEMI GIUDIZIARI NELLE TRADIZIONI GIURIDICHE DI *CIVIL LAW* E DI *COMMON LAW*

Michele TARUFFO*

SOMMARIO: I. *Introduzione*. II. *La natura del giudice*. III. *L'indipendenza del giudice*. IV. *L'organizzazione giudiziaria*. V. *Il giudice e il processo*.

I. INTRODUZIONE

Nello spazio naturalmente limitato di una relazione non è certamente possibile sviluppare un'analisi completa ed adeguata —per di più in prospettiva comparatistica— dei principali sistemi giudiziari di *civil law* e di *common law*. Ciò richiederebbe la considerazione di una massa immensa di dati, e di un rilevante numero di modelli di organizzazione giudiziaria: un lavoro probabilmente impossibile per una persona sola, e certamente impossibile in questa sede. Dovrò dunque introdurre nel mio discorso una serie di semplificazioni, nella speranza di non essere troppo generico, e di riduzioni di prospettiva, nella speranza di non essere troppo incompleto. Cercherò comunque di concentrare l'attenzione su quelle che ritengo essere alcune delle *variabili strutturali fondamentali* che debbono essere prese in considerazione sia per comprendere alcuni aspetti importanti dei sistemi giudiziari di *civil law* e di *common law*, sia per rendersi conto di alcune delle più importanti differenze che ancora in larga misura li caratterizzano.

II. LA NATURA DEL GIUDICE

La prima di queste variabili strutturali che vale la pena di esaminare è rappresentata dalla natura del giudice. Con questa espressione intendo fare

* Università di Pavia, Italia.

riferimento alla composizione degli organi giudicanti, anche allo scopo di accennare ad alcuni rilevanti conseguenze che ne derivano.

Se si guarda agli ordinamenti di *common law* il dato certamente più importante è la presenza della giuria. L'intera storia del processo civile inglese è segnata, sin dalle sue origini nel XII secolo, dalla circostanza che il *trier of fact* è un gruppo di cittadini laici che hanno il compito di accertare i fatti valutando le prove, mentre al *judge* —normalmente un inviato del re che conosce il diritto— è riservato il compito di applicare il diritto ai fatti stabiliti dal *jury*, e quindi di pronunciare la sentenza. Il *jury trial* rimane per molti secoli la forma tipica del processo inglese, e anche se negli ultimi decenni la giuria civile è virtualmente sparita nella prassi, tuttavia è chiaro che essa ha avuto un ruolo centrale nella formazione del sistema processuale inglese. Un fenomeno analogo si verifica negli Stati Uniti, sia pure con qualche differenza. Nelle Colonie il *jury* è considerato come un fattore di indipendenza e di autonomia rispetto al diritto di origine inglese, e questo fattore spiega almeno in parte l'inserimento del *jury trial* nelle garanzie costituzionali di cui gode il cittadino statunitense, ed anche il fatto che —sia pure in misura abbastanza ridotta— il *jury trial* sopravvive sia nel processo civile che nel processo penale. E' significativo che, malgrado i problemi connessi con la presenza della giuria, che implica un processo con maggiori complicazioni, maggiori costi e varie difficoltà di funzionamento, il *jury trial* venga tuttora considerato come un elemento ineliminabile del sistema processuale nordamericano. E' soprattutto negli Stati Uniti, infatti, che sopravvive con forza quella che si può definire come la funzione politica della giuria: questa funzione si fonda sul diffuso convincimento che attraverso la giuria —composta da un gruppo di cittadini scelti a caso— sia in realtà il popolo che decide in prima persona la controversia, applicando i propri criteri e i propri orientamenti, e quindi si tratti di un fondamentale aspetto della democrazia del sistema. In questa direzione si spiega anche il sostanziale "atto di fede" che la società nordamericana continua a compiere nei confronti della giuria, accontentandosi di verdetti privi di qualunque motivazione. In effetti la giuria non deve spiegare perché le sue decisioni sono giuste: le decisioni della giuria sono giuste per definizione proprio perché provengono da un gruppo di soggetti che "rappresentano" il popolo, e che in questa loro funzione hanno il potere di decidere le controversie.

La presenza della giuria ha condizionato storicamente, e condiziona tuttora, i principali caratteri strutturali del processo di *common law*. E' inte-

ressante notare subito che ciò accade anche quando in realtà il processo si svolge solo davanti al giudice togato, in assenza della giuria. Anche in questi casi, infatti, non si verificano variazioni rilevanti, poiché comunque il processo ha luogo *in the shadow of the jury*, ossia come se la giuria fosse presente. Anzitutto, il *jury trial* non può che essere orale nella forma e concentrato nel tempo. Non si tratta di una scelta di principio in favore di un tipo di processo invece che di un altro tipo di processo. La natura orale e concentrata del processo derivò sin dalle origini, in Inghilterra, dalla banale circostanza che i giurati non erano in grado di leggere (spesso erano analfabeti) documenti, e che lo stesso gruppo di persone non poteva essere riconvocato più volte a distanza di tempo per occuparsi della stessa controversia. Il *trial* doveva essere dunque orale, ed era dedicato essenzialmente all'assunzione delle testimonianze, e doveva svolgersi senza interruzione, in modo che i giurati potessero ascoltare di seguito tutti i testimoni per decidere sui fatti immediatamente, sulla sola base di ciò che avevano direttamente ascoltato.

Avendo il *trial* queste caratteristiche, era naturale che ad un certo punto —ma siamo già verso il XX secolo— la maggior complessità delle controversie, e la necessità che le parti potessero prepararsi adeguatamente allo scontro che doveva avvenire sotto gli occhi della giuria, determinarono l'origine dell'altra istituzione fondamentale del processo di *common law*, ossia la fase di *pre-trial*. Oggi si dice solitamente —a ragione— che la funzione fondamentale della fase di *pre-trial* (specialmente in Inghilterra) è quella di determinare la conclusione anticipata del processo, attraverso vari meccanismi che sono orientati specificamente a questo scopo. Effettivamente, in Inghilterra una percentuale altissima di controversie si conclude nella fase preliminare, senza giungere al *trial*. Non è dubbio tuttavia che storicamente —ed in larga misura anche oggi, soprattutto negli Stati Uniti— la funzione fondamentale della fase di *pre-trial* sia quella di consentire alle parti di preparare adeguatamente le loro difese in vista del *trial*. Poiché ciò riguarda principalmente l'assunzione delle prove, e un'adeguata preparazione richiede che si conoscano in anticipo le prove di cui dispone l'avversario, ecco che il nucleo essenziale della fase di *pre-trial* è la *discovery*, ossia l'insieme degli strumenti processuali per mezzo dei quali ogni parte ha la possibilità di conoscere in anticipo —in vista del *trial*— le prove di cui tutte le altre parti potranno servirsi. In questo modo viene a determinarsi la struttura *bifasica* del processo di *common law*, con una fase preliminare che è soprattutto finalizzata alla preparazione della causa nella

prospettiva del *trial* (anche se spesso, come si è già detto, la controversia termina nel corso di questa fase), e si svolge senza la presenza della giuria (e talvolta, come accade in Inghilterra, davanti ad un funzionario —il *master* o il *registrar*— che non è il giudice della causa). Segue poi, se la controversia è ancora in atto, il *trial*, eventualmente alla presenza della giuria: esso è dedicato all'assunzione delle prove —che avviene in forma orale— e termina con la pronuncia del verdetto da parte della giuria e la pronuncia della sentenza da parte del giudice. Il fatto che, come si è già accennato, attualmente un grande numero di controversie venga in vario modo risolta nel corso della fase preliminare, è assai importante da vari punti di vista: esso non toglie, tuttavia, che il modello tipico del processo di *common law* sia strutturato sulla presenza delle due fasi, di *pre-trial* e di *trial*.

La presenza della giuria ha determinato anche la struttura fondamentale della *law of evidence*, ossia del diritto delle prove nei sistemi di *common law*. Molte regole probatorie, ed in particolare la *hearsay rule* che esclude (sia pure con molte eccezioni) l'ammissibilità delle prove "di seconda mano" o "per sentito dire", trovano infatti la loro principale spiegazione nell'opportunità di evitare che la giuria —formata da normali cittadini privi di qualunque esperienza o preparazione— si trovasse a stabilire l'efficacia probatoria di testimonianze che, non provenendo da chi aveva direttamente percepito i fatti, potevano essere fonti di fraintendimenti e di errori di valutazione. In realtà, la *law of evidence* è costituita da un insieme di "regole d'esclusione" che sono in larga misura finalizzate ad evitare gli errori in cui i giurati potrebbero incorrere nella valutazione delle prove. E' interessante notare che queste regole sono così profondamente radicate in una concezione del processo fondata sulla presenza della giuria, che soprattutto negli Stati Uniti —dove il "mito" della giuria ancora esiste in modo più intenso— esse vengono puntualmente applicate anche quando la giuria non c'è. In questi casi si invocano anche altre giustificazioni (come quella per cui la testimonianza *haersay* va esclusa perché il "vero" testimone non verrebbe sottoposto alla *cross-examination*), ma pare evidente che "l'ombra della giuria" sia molto forte anche quando il processo si svolge solo di fronte al giudice togato.

Un altro aspetto molto importante del processo di *common law* che è legato alla presenza della giuria è la mancanza di motivazione della decisione sui fatti della causa. Si è sempre ritenuto, infatti, che il verdetto della giuria non potesse essere motivato, sicchè la decisione sui fatti continua a rimanere un atto misterioso, di cui non si conoscono le ragioni. Di conse-

guenza, si può comprendere come negli ordinamenti di *common law* sia tradizionalmente mancato l'obbligo di motivazione della sentenza. Ciò non ha impedito che le sentenze inglesi ed americane fossero motivate, a volte anche in modo straordinario, ma va osservato che ciò accade per le sentenze delle *appellate courts* e delle corti supreme, che si occupano di questioni di diritto. Al livello delle *trial courts*, che formulano il giudizio di fatto valutando le prove, non vi è motivazione della sentenza. Ciò poteva spiegarsi nel tempo in cui i giurati non sapevano né leggere né scrivere: si spiega invece assai meno nella società attuale, e si spiega ancor meno nei casi in cui la giuria non è presente, e la decisione sui fatti viene presa, insieme a quella sulle questioni di diritto, dal solo giudice togato. Anche questo fenomeno, peraltro, può trovare qualche spiegazione nella sopravvivenza del mito tradizionale della giuria, così come è venuto formandosi nella plurisecolare storia degli ordinamenti di *common law*.

Nei sistemi dell'Europa continentale, fin dall'alto Medioevo e dall'epoca della formazione del processo romano-canonicò, e sino ad oggi, gli organi giurisdizionali non hanno mai conosciuto la presenza di una giuria di tipo angloamericano (con qualche recente eccezione nell'ambito del processo penale, come ad es. la Spagna), e si sono fondati sulla presenza — in forma monocratica o collegiale — di giudici professionali dotati di specifica preparazione tecnico-giuridica. Certamente non sono mancati, e non mancano oggi, organi giudiziari che sono composti anche o soltanto di giudici laici. La prima situazione è frequente, specialmente nei tribunali del lavoro come gli *Arbeitsgerichten* tedeschi e austriaci, nei quali vi sono assessori laici che rappresentano le categorie dei datori di lavoro e dei lavoratori insieme a giudici togati, ed anche in alcuni organi con competenza speciale, come ad es. i tribunali della famiglia o dei minori, in cui sono presenti esperti di varie materie (come psicologia, sociologia, assistenza sociale, e così via). La seconda situazione si verifica ad es. in alcune giurisdizioni speciali francesi, come i *conseils de prud'hommes* e i tribunali di commercio, che sono composti da rappresentanti delle categorie interessate. In tutti questi casi, tuttavia, non vi è nulla di simile al *jury* angloamericano, poiché i laici che compongono questi organi "misti" non rappresentano direttamente il popolo: essi rappresentano particolari categorie di soggetti, oppure sono esperti in specifiche materie. Il solo caso (a parte il *jurado* penale spagnolo di recente introduzione) che conosce la presenza di cittadini scelti a sorte, in rappresentanza del popolo nel suo complesso, è quello delle Corti d'Assise penali come quelle che esistono

ad es. in Italia. Neppure in questi casi, tuttavia, vi è analogia con il *jury* anglo-americano, poiché non vi è la distinzione di funzioni tipica del *jury system*, per la quale la giuria decide sui fatti e il giudice togato decide sul diritto: nelle Corti d'Assise, infatti, giudici laici e giudici togati formano un unico collegio che decide su tutti gli aspetti, di fatto e di diritto, del caso.

Si può dunque dire che — a parte queste situazioni importanti ma tutto sommato marginali — i sistemi di *civil law* si fondano sulla presenza di giudici professionali, dotati di specifica competenza tecnico-giuridica. Dal punto di vista storico, ciò ha influito in maniera determinante sulla struttura del processo romano-canonico, e successivamente anche sulla struttura di molti ordinamenti processuali moderni. In particolare, la presenza di questo tipo di giudice ha dato luogo ad un modello di processo caratterizzato dall'impiego sistematico della forma scritta, e dalla mancanza di concentrazione, ossia dalla possibilità che il procedimento si svolgesse in una pluralità di momenti distanziati tra loro nel tempo. La scrittura derivava da molte ragioni ma soprattutto del fatto che i giudici (o almeno i segretari che li assistevano) avevano la possibilità di leggere documenti e di redigere verbali scritti di ciò che accadeva nel processo. La non concentrazione derivava dal fatto che lo stesso organo giudiziario poteva occuparsi della stessa causa a più riprese, anche a distanza di molto tempo, e quindi non vi era alcuna necessità di concentrare tutte le attività processuali in una sola udienza. Diventava così fondamentale la documentazione scritta di tutti gli atti processuali, e la conservazione di tutti i documenti in una raccolta (il "fascicolo") che il giudice potesse consultare in qualunque momento. Inoltre, la presenza di un giudice esperto di diritto non rendeva necessaria una disciplina delle prove che — come quella di *common law* — proteggesse il giudice del fatto contro il rischio di compiere errori di valutazione. La disciplina delle prove è allora strutturata in modo diverso, talvolta con tecnicismi assai complessi, ed è orientata verso la prevalenza delle prove scritte sulle prove orali (*lettres passent témoins* diventa presto una regola generale nella maggior parte dei processi di diritto comune). Il fatto che la valutazione delle prove venisse fatta da un giudice professionale consentì anche la costruzione del sistema della prova legale, basato su norme che il giudice doveva applicare nella determinazione del valore probatorio dei singoli mezzi di prova. Infine, il fatto che la decisione venisse resa da giudici colti ed esperti consentì il sorgere assai precoce, almeno in alcuni ordinamenti, non solo della prassi ma anche dell'obbligo di motivare le sentenze giustificandole in fatto e in diritto.

Negli ordinamenti processuali moderni molti dei tratti caratteristici del processo romano-canonico, che erano sostanzialmente sopravvissuti sino alla fine del XVIII secolo, e in qualche caso anche lungo il corso del XIX secolo, vengono meno. Ciò non implica, tuttavia, che si perdano le differenze tra sistemi processuali di *civil law* e di *common law*. Ad esempio, il principio dell'oralità diventa un principio fondamentale del processo civile (in particolare —in Italia— ad opera di Giuseppe Chiovenda) ma trova un'applicazione concreta piuttosto limitata e faticosa in molti ordinamenti attuali, nei quali emerge qualche aspetto di oralità ma la trattazione della causa rimane affidata essenzialmente ad atti e a verbali scritti. Anche il principio della concentrazione degli atti processuali diventa molto popolare —essenzialmente perché si scopre che un processo concentrato è più rapido, e quindi più efficace, di un processo non concentrato— ma solo in pochi casi ciò induce ad introdurre modelli di processo “a udienza unica”, in cui tutto si svolge in una singola unità di tempo. In molti casi, come ad es. in Francia e in larga misura in Italia, il processo rimane strutturato su una sequenza di atti e di udienze che si distribuiscono nel tempo, spesso con intervalli assai lunghi tra un atto e l'altro, e quindi non è in alcun modo concentrato. In ogni caso, quando si introducono modelli di processo concentrato ciò avviene per ragioni di efficienza del procedimento, non a causa della natura dell'organo giudicante. Peraltro, l'esperienza di vari ordinamenti insegna che un processo concentrato funziona effettivamente se il giudice è un esperto professionista del diritto capace di gestire in modo efficace il procedimento.

In vari ordinamenti processuali moderni (come ad es. in Germania e in Austria, e da ultimo anche in Spagna) emerge la tendenza ad adottare una struttura *bifasica* del procedimento, con una fase preparatoria o preliminare, e una fase “dibattimentale” diretta all'assunzione delle prove e alla pronuncia della sentenza. Non si può escludere che sotto questo profilo vi sia qualche influenza del modello angloamericano, ma i processi di *civil law* che adottano la struttura bifasica del procedimento rimangono tuttavia assai lontani da quel modello. Per un verso, infatti, nella fase preliminare si raccolgono le prove ma non vi è nulla di simile alla *discovery* nordamericana: al più si ammette che il giudice ordini alle parti di produrre i documenti necessari. D'altronde, in questi ordinamenti la causa inizia sulla base di una precisa determinazione dei fatti rilevanti della controversia, mentre negli Stati Uniti il sistema del *notice pleading* implica che la *discovery* serva anche a definire i fatti che sono alla base della controversia, e non

solo a scoprire le prove che sono in possesso delle altre parti. Per altro verso, è vero che le prove si assumono in una udienza di tipo dibattimentale, e in modo concentrato, ma rimane fondamentale la differenza che riguarda le modalità di assunzione delle prove orali: di regola i testimoni sono interrogati dal giudice, e non sono interrogati dagli avvocati delle parti. Sul piano probatorio, inoltre, rimane evidente la presenza continua, e in molti casi la prevalenza, delle prove scritte rispetto alle prove orali. Rimane dunque vero, almeno in linea di principio, che la presenza di organi giudiziari composti da giudici professionali, esperti di diritto, ha condizionato non solo l'evoluzione storica, ma anche la situazione attuale degli ordinamenti processuali di *civil law*.

III. L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE

Un secondo aspetto molto importante che va tenuto in considerazione per comprendere la struttura dei vari sistemi giudiziari è quello che riguarda le garanzie del giudice, con particolare riferimento alla sua indipendenza. Si tratta di un tema fondamentale nell'amministrazione della giustizia di tutti gli ordinamenti moderni, che è oggetto di regolamentazione anche in molte Carte Costituzionali. Il tema dell'indipendenza del giudice non può essere discusso adeguatamente in questa sede; tuttavia è possibile far riferimento almeno ad alcuni aspetti di esso che appaiono particolarmente interessanti nella prospettiva di un confronto tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*.

Un primo importante aspetto riguarda i metodi di nomina del giudice, per l'ovvia ragione che un condizionamento diretto a limitare la sua indipendenza può manifestarsi proprio nel momento in cui egli viene scelto. A questo proposito vi sono differenze molto importanti tra i due sistemi.

Negli ordinamenti di *common law* il metodo da sempre prevalente per la selezione dei giudici è fondato sulla *nomina politica* dei giudici stessi. In Inghilterra la tradizione — ma anche il sistema attuale — sono nel senso che è il sovrano a nominare i giudici. In teoria la scelta avviene con piena discrezionalità; in pratica vi sono meccanismi non-formali di controllo e di selezione che — a quanto sembra — assicurano un alto livello qualitativo delle persone che vengono nominate. Va comunque considerato che per diventare giudice in Inghilterra occorre aver svolto la professione forense per almeno dieci anni. Ciò assicura che soltanto giuristi con vasta esperienza professionale vengano a far parte del sistema giudiziario. Tuttavia,

rimane il fatto importante che si tratta pur sempre di una scelta largamente discrezionale che, in sostanza, viene compiuta dal potere esecutivo. Una volta nominato, il giudice inglese rimane in carica a vita, ma *during good behavior*: egli, infatti, può essere destituito dal suo incarico se si comporta in modo ritenuto in contrasto con i suoi doveri. Anche la rimozione del giudice viene decisa dal potere esecutivo. E' accaduto raramente che giudici inglesi venissero rimossi dalle loro cariche, il che forse significa che l'interferenza del potere politico sul loro comportamento —e quindi sulla loro indipendenza— è più ipotetica che reale. Rimane tuttavia il fatto che non esistono meccanismi formali e istituzionali che possano assicurare l'indipendenza del giudice inglese: essa è il frutto dell'alto livello culturale e professionale della magistratura, e del rispetto di cui essa normalmente gode, piuttosto che di garanzie istituzionali specifiche.

Anche negli Stati Uniti i metodi di selezione e di nomina dei giudici hanno una forte connotazione politica. Tutti i giudici federali, infatti, vengono nominati dal Presidente in maniera assolutamente discrezionale: l'unica forma di controllo sulle scelte del Presidente consiste nel potere di veto che spetta al Senato degli Stati Uniti. In qualche raro caso questo potere è stato esercitato, e quindi il Presidente non ha potuto nominare effettivamente i propri candidati. Nella maggior parte dei casi, però, il Senato approva le scelte fatte dal Presidente, magari dopo una lunga e minuziosa analisi del candidato, delle sue caratteristiche professionali e delle sue opinioni. E' implicito in questo sistema che il Presidente nomini giudici che sono omogenei al suo orientamento politico, ed infatti ciò è quanto accade regolarmente: la selezione dei giudici avviene quindi essenzialmente secondo criteri di ortodossia ideologica rispetto agli orientamenti del potere politico del momento. In sostanza, Presidenti repubblicani nominano giudici che simpatizzano con l'orientamento politico conservatore, mentre Presidenti democratici nominano giudici di orientamento liberal. La conseguenza è che la composizione ideologica delle corti (valga per tutti il caso più importante, che è quello della Corte Suprema) varia nel tempo in funzione delle nomine che vengono fatte dai vari Presidenti: vi può essere una maggioranza conservatrice o una maggioranza progressista a seconda di quando e da quale Presidente i vari giudici sono stati nominati. Ogni presidente, d'altronde, approfitta della possibilità di nominare i giudici per influenzare a favore del proprio orientamento politico la composizione della magistratura federale, e quindi la possibilità che nelle varie corti si formino maggioranze favorevoli alla sua politica. Quanto continuo questi fattori

lo si è visto in maniera esemplare al momento dello scontro elettorale tra Bush e Gore, quando una Corte Suprema a maggioranza conservatrice decise la controversia in modo tale da determinare (per ragioni evidentemente politiche invece che giuridiche) la vittoria di Bush. Se dal sistema federale si passa ai sistemi dei singoli Stati, il panorama non cambia di molto. Nella maggior parte degli Stati i giudici vengono pure scelti e nominati dal potere esecutivo, ossia dai governatori. Anche in questi casi il criterio largamente dominante è quello della omogeneità ideologica del giudice rispetto all'orientamento politico del capo dell'esecutivo. In alcuni Stati, poi, vi sono giudici —solitamente delle corti di prima istanza— che vengono eletti dal popolo, di regola quando si svolgono le elezioni amministrative. Si tratta dunque della forma più pura di nomina politica. Questa forma di selezione implica —come è evidente— rischi evidenti di condizionamento del giudice, soprattutto quando questi viene eletto per un periodo limitato ed è rieleggibile. In vari casi si sono adottati metodi diretti ad evitare che la scelta elettiva sia troppo direttamente condizionata da fattori politici, ma ciò non toglie —al di là dei dubbi che si possono avere sull'effettivo funzionamento di questi metodi— che la scelta del giudice sia direttamente condizionata da considerazioni di carattere politico.

I sistemi di *civil law* sono orientati in un senso completamente diverso. A partire dalle riforme giudiziarie francesi dell'inizio del secolo XIX, che hanno costituito il modello seguito da moltissimi altri ordinamenti, il giudice è un funzionario pubblico, impiegato dello Stato. Ciò significa che egli viene selezionato e nominato con il metodo tipico della pubblica amministrazione, ossia per mezzo di un concorso pubblico nel quale si verifica il livello della sua preparazione tecnico-giuridica. Si tratta quindi, sostanzialmente, di una selezione di tipo burocratico. Questo sistema viene adottato non solo per ragioni storiche, ma soprattutto —negli ordinamenti attuali— perché si ritiene che esso assicuri, più di qualunque altro sistema di nomina dei giudici, l'assenza di condizionamenti o di interferenze politiche —o di ogni altro genere— sulla scelta di coloro che svolgeranno le funzioni giudiziarie. In altri termini, si ritiene che il metodo burocratico di selezione assicuri che la scelta avvenga esclusivamente sulla base della preparazione professionale dei candidati, escludendo qualunque altro fattore che possa determinare la preferenza per alcuni di essi. Da questo punto di vista, allora, il metodo burocratico di selezione viene visto come una garanzia della futura indipendenza del giudice: essendo il giudice scelto soltanto sulla base della sua preparazione professionale, egli è libero da

qualunque condizionamento esterno e potrà svolgere la sua funzione in modo completamente indipendente.

Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice nel corso della sua vita professionale, la tendenza più importante che negli ultimi decenni si è manifestata nella maggior parte dei sistemi di *civil law* è nel senso di rendere autonomo il governo della magistratura rispetto al potere esecutivo e ad ogni altro potere dello Stato. L'autonomia e l'autogoverno della magistratura vengono infatti concepiti come lo strumento fondamentale per assicurare sia l'indipendenza della magistratura nel suo complesso, sia l'indipendenza dei singoli giudici nello svolgimento delle loro funzioni. A questo scopo si sono istituiti organi appositi (come il Consiglio Superiore della Magistratura in Italia), indipendenti da ogni altro potere dello Stato, che hanno il compito di "governare" la magistratura provvedendo a tutto ciò che riguarda lo *status* e la carriera del magistrato (come ad es. promozioni, trasferimenti e controllo disciplinare). In questo modo il governo della magistratura viene reso autonomo, e non rientra più nei compiti del ministro o del potere esecutivo in generale: di conseguenza, il potere politico non ha più un controllo diretto sulla vita e sull'attività del giudice, e quindi non può condizionarne l'attività.

IV. L'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA

Un altro aspetto molto importante che bisogna prendere in considerazione riguarda la struttura dell'organizzazione giudiziaria. Anche sotto questo aspetto emergono differenze piuttosto interessanti tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*, così come emerge una notevole omogeneità nell'ambito dei sistemi di *civil law*.

I sistemi di *common law* sono tipicamente organizzati secondo una struttura *orizzontale*, anche qui sulla base di una lunga tradizione storica tipica dell'ordinamento inglese. In Inghilterra, infatti, per lungo tempo sono esistiti soltanto giudici di primo grado: la corte di seconda istanza è una creazione piuttosto recente, mentre tradizionalmente la sola forma di impugnazione era una specie di ricorso al sovrano diretto far annullare le sentenze dei giudici. Naturalmente nell'Inghilterra di oggi le cose sono molto cambiate, e in particolare negli Stati Uniti l'organizzazione delle corti è assai complessa, soprattutto in funzione della struttura federale dell'ordinamento. Tuttavia, rimane il fatto che tutti i giudici vengono collocati sullo stesso piano sotto il profilo dello *status* e delle funzioni che svolgo-

no. E' vero che vi sono corti di prima istanza, corti di seconda istanza e corti supreme, ma ciò rileva soltanto dal punto di vista del sistema delle impugnazioni, non dal punto di vista dello *status* del giudice e dell'organizzazione della magistratura. Non esiste, infatti una carriera giudiziaria come quella che caratterizza —come si vedrà tra poco— la maggior parte dei sistemi di *civil law*. Esiste una specie di carriera “di fatto”, dato che un giudice può cominciare da una corte statale di primo grado per poi passare ad una corte superiore, e poi ad una corte federale, e magari alla Corte Suprema. Questa eventualità può verificarsi, ma non esiste una “progressione di carriera” istituzionalizzata secondo la quale il giudice passa da una corte inferiore ad una corte superiore secondo modalità definite e prevedibili. Da un lato, quindi, può accadere che un giudice svolga tutta la sua vita professionale presso la stessa corte. Dall'altro lato, accade spesso che nelle corti —anche di livello elevato— vengano nominati giudici che provengono “dall'esterno”, ossia dalla professione legale o dalle Università. Anche quando, ad es., un giudice statale o federale viene nominato alla Corte Suprema, ciò avviene sulla base di una scelta discrezionale del Presidente, e non implica alcuna “carriera giudiziaria” nel senso burocratico del termine. Questo sistema implica che lo svolgimento della vita professionale del giudice sia sostanzialmente subordinato alle decisioni del potere politico: il passaggio di un giudice da una corte inferiore ad una corte superiore, o da una corte statale ad una corte federale, non è regolato da nessuna norma, e dipende esclusivamente dalle scelte operate di volta in volta dal governatore dello stato o dal Presidente degli Stati Uniti. Il fatto che il giudice di *common law* —ed in particolare il giudice statunitense— non sia un burocrate, sia per il modo con cui viene nominato, sia per l'assenza di un'organizzazione burocratica della magistratura, ha numerose conseguenze, in particolare sul modo con cui questo giudice tende a configurare la propria funzione e i propri poteri. Prevale così la concezione del giudice come *problem-solver* che affronta i problemi della società e li risolve secondo criteri di giustizia e di equità piuttosto che sulla base di un rispetto formalistico per le norme del diritto. Ciò equivale a dire che questo tipo di giudice rivendica per sé una funzione ampiamente creativa, ossia il potere di stabilire secondo quali regole prendere le proprie decisioni, anche disapplicando i precedenti giurisprudenziali che non ritiene idonei a fornire una soluzione giusta del singolo caso. Il giudice americano è certamente subordinato alla *rule of law*, ossia all'equivalente del nostro

principio di legalità, ma ciò non impedisce che egli riconosca a se stesso un ruolo sociale e politico molto attivo, fondato su un ampio potere di creazione del diritto attraverso la decisione dei singoli casi concreti.

Come si è già accennato, i sistemi di *civil law* sono caratterizzati dalla presenza di una organizzazione giudiziaria che —ricalcando per molti aspetti il modello dell'organizzazione amministrativa dello Stato— è strutturata in senso nettamente gerarchico. Le corti sono organizzate in senso verticale, secondo un modello “a piramide” nel quale alla base stanno i giudici di prima istanza, al livello intermedio stanno le corti di seconda istanza, e al vertice stanno le corti supreme. Questo modello corrisponde al sistema delle impugnazioni, ma è anche un modello organizzativo secondo il quale si struttura la distribuzione del potere all'interno della magistratura, e si determina anche la carriera che il singolo giudice segue all'interno della piramide. Egli parte all'inizio dal livello di base, per poi “salire” lungo i gradini di un *cursus* burocratico che lo porta via via ai livelli superiori della piramide giudiziaria. Il giovane giudice che —come già si è detto— vince il concorso, entra nella carriera svolgendo le sue funzioni al livello più basso; con il tempo —ed anche con vari meccanismi di selezione burocratica— passa alle giurisdizioni superiori, ed eventualmente anche alla giurisdizione che rappresenta il vertice del sistema. Tutta la sua vita professionale si svolge dunque all'interno della piramide, ed è determinata dalle regole che governano l'organizzazione del sistema giudiziario secondo principi sostanzialmente equivalenti a quelli che governano gli altri rami della amministrazione pubblica. Come pure si è già detto, l'ingresso nella carriera di magistrato “dal basso” è il solo modo con il quale si può diventare giudici. Esistono in alcuni sistemi ipotesi nelle quali si accede alla magistratura, a vari livelli, provenendo direttamente dalla professione forense o dall'Università, ma si tratta di eccezioni assolutamente marginali.

E' dunque evidente che il tipico giudice di *civil law* è un funzionario pubblico, immerso in una struttura marcatamente burocratica. Questa situazione fornisce al giudice una serie di garanzie di indipendenza, ma determina anche il modo con cui egli interpreta il proprio ruolo ed esercita i suoi poteri. Il giudice di *civil law* tende infatti a configurare la propria funzione come quella di colui che si limita ad applicare le norme giuridiche. Ciò è perfettamente coerente con un'interpretazione rigorosa del principio di legalità (o, come pure si dice, di subordinazione del giudice alla legge), ma implica anche una ideologia della magistratura secondo la quale il giudice non avrebbe un ruolo attivo nella risoluzione dei problemi

sociali e politici, poiché dovrebbe limitarsi ad un'applicazione passiva e neutrale della legge nella decisione dei casi concreti. Intorno ad una ideologia di questo genere vi sarebbe molto da discutere, ed infatti essa viene criticata e respinta da varie correnti culturali che esistono nella maggior parte dei sistemi europei. Tuttavia, bisogna tener conto del fatto che l'idea del giudice come neutrale e passivo applicatore della legge continua ad essere assai diffusa, ed è largamente condivisa dai giudici che vedono se stessi più come funzionari che svolgono una funzione sostanzialmente burocratica che come attivi partecipanti della vita sociale. Questa concezione della funzione del giudice può apparire vantaggiosa sia al potere politico, sia ai giudici stessi. E' vantaggiosa per il potere politico perché un giudice passivo, che si limita ad applicare formalisticamente la legge, è un giudice che appare come un fedele e sottomesso esecutore delle scelte del potere politico che si estrinsecano nel potere legislativo, ossia nella produzione di norme che il giudice riceverà passivamente. Può apparire vantaggiosa anche per il giudice perché in questo modo egli non si assume alcuna responsabilità diretta e personale per le decisioni che prende, dato che queste decisioni non sono direttamente imputabili a lui, ma al legislatore o comunque al sistema che determina dall'esterno ciò che il giudice si sente "costretto" a fare. Si potrebbe dire, e con ragione, che questa rappresentazione della funzione del giudice è puramente ideologica e non corrisponde alla realtà, dato che nella prassi anche i giudici di *civil law* compiono scelte spesso importanti nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, forse in misura non minore di quanto accade nel caso dei giudici di *common law*. In realtà, non si può negare che ciò si verifichi, anche perché in molti casi è impossibile decidere controversie senza una interpretazione spiccatamente creativa delle norme che debbono essere applicate. Tuttavia l'adozione dell'ideologia burocratica della funzione del giudice opera nel senso di far sì che queste scelte non emergano in modo esplicito: lo stile delle sentenze rese dal giudice-burocrate rimane spesso formalistico, neutrale, burocratico, e dissimula le vere ragioni della decisione che il giudice ha preso.

V. IL GIUDICE E IL PROCESSO

Così come è difficile capire il funzionamento del processo se non si conoscono le caratteristiche del giudice di fronte al quale esso ha luogo, allo stesso modo è difficile comprendere il ruolo che il giudice effettiva-

mente svolge se non lo si inserisce nel processo nel quale egli esercita la sua funzione. Sotto questo aspetto, allora, i tipi di giudice di cui si è discusso nelle pagine che precedono vanno posti in correlazione con i diversi contesti processuali che caratterizzano gli ordinamenti di *common law* e di *civil law*. In questa sede non è naturalmente possibile svolgere in modo adeguato un'analisi di questo genere, che richiederebbe un vero e proprio studio di diritto processuale comparato. E' tuttavia possibile accennare —sia pure in modo molto sintetico— ad alcuni degli aspetti più importanti del processo civile di *common law* e di *civil law*, oltre a quelli che si sono richiamati all'inizio, se non altro allo scopo di delineare lo "sfondo" sul quale si muovono i giudici nei due tipi fondamentali di ordinamento processuale.

Per quanto riguarda gli ordinamenti di *common law*, tuttavia, occorre tener conto della profonda distinzione che si è verificata con l'entrata in vigore, in Inghilterra, delle *Civil Procedure Rules* del 1998. Questo nuovo codice processuale, infatti, ha segnato molti radicali mutamenti rispetto alla tradizione del processo inglese: in particolare, ha significato l'abbandono dell'*adversarial system* in favore di un modello di procedimento completamente diverso, nel quale il giudice è il vero *dominus* del processo, e dispone di tutti i poteri necessari per dirigerne lo svolgimento nel modo più rapido ed efficiente. Negli Stati Uniti, invece, non si è verificato nulla di simile. Vero è che a partire dagli anni '80 si è configurato un *managerial role* del giudice, il quale —soprattutto in certi tipi di controversie come le *class actions* e altri casi in cui sono in gioco interessi sovraindividuali o pubblici— svolge una funzione attiva di stimolo e di controllo sullo svolgimento del processo. Tuttavia, rimane sostanzialmente vero che il processo civile statunitense è ancora incardinato sul tradizionale modello dell'*adversarial system* in cui le iniziative processuali vengono lasciate alle parti ed il giudice ha un ruolo spiccatamente passivo, la sua principale funzione essendo quella di controllare che lo scontro processuale delle parti si svolga in modo corretto. Secondo analisi sociologiche recenti, come quella svolta da Robert Kagan nel suo volume sull'*Adversarial Legalism*, non si tratterebbe solo della scelta di un modello processuale, ma dell'adesione ad una concezione del diritto che pervade tutti i settori dell'ordinamento statunitense, come effetto —direbbe un altro autorevole sociologo americano, ossia Lawrence Friedman— dell'individualismo acquisitivo e competitivo che sembra rappresentare il valore fondamentale della società nordamericana. Viene così a verificarsi, in particolare negli

Stati Uniti, una situazione che potrebbe apparire quasi paradossale: da un lato vi è un giudice attivo, creativo, capace di operare come risolutore di problemi economici, sociali e politici, mentre dall'altro lato lo stesso giudice svolgerebbe un ruolo di arbitro passivo all'interno del processo, lasciando libere le parti di competere come possono e come vogliono nell'ambito dello scontro processuale. Il paradosso è però soltanto apparente. Per un verso, infatti, si può osservare che il "lato attivo" del giudice americano si manifesta essenzialmente sul piano sostanziale, mentre il "lato passivo" si manifesta sul piano processuale. Per altro verso, non bisogna enfatizzare eccessivamente la creatività attiva che il giudice americano manifesta in sede di decisione nel merito della controversia: in questo momento il giudice è attivo e creativo nel senso che non è rigorosamente vincolato da norme di legge, e neppure dai precedenti (dato che lo *stare decisis* nordamericano è piuttosto elastico), ma si trova comunque a formulare la sua decisione alla fine di uno scontro dialettico in cui le parti sono state libere di usare tutte le loro armi. In giudice dell'*adversarial system* tende in realtà a formulare la sua decisione sulla base dell'attività processuale svolta dalle parti, sostanzialmente scegliendo la soluzione della controversia proposta da una di esse (taluno afferma anzi che questo giudice *deve* limitarsi a scegliere una delle ipotesi di decisione formulate dalle parti, senza poter formulare autonomamente un'ipotesi diversa). Sono dunque le parti — e in particolare la parte più forte o più abile, che è riuscita a servirsi in modo più efficace delle *chances* difensive — a condizionare la decisione del giudice, eventualmente spingendolo ad adottare soluzioni "originali". D'altronde, in un sistema rigorosamente *adversarial* il principio fondamentale è che sia la parte che ha prevalso nello scontro processuale a determinare la decisione di un giudice che sostanzialmente "prende atto" dell'esito della competizione.

Nell'evoluzione più recente dei sistemi processuali di *civil law* emerge invece una tendenza diffusa nel senso di attribuire al giudice un ruolo attivo molto spiccato nella direzione del processo. Finché ha prevalso una concezione accentuatamente "privatistica" della giustizia civile, secondo la quale le parti dovevano essere libere di comportarsi come ritenevano più opportuno, essendo dotate di un potere sostanzialmente monopolistico sulle iniziative processuali, al giudice veniva riservato un ruolo eminentemente passivo: egli doveva cioè assistere allo svolgimento di un processo condotto dalle parti, per decidere la causa nel momento in cui le parti lo ritenevano opportuno. Un giudice di questo genere, inoltre, non

doveva avere poteri di iniziativa probatoria, così come non aveva poteri di impulso o di iniziativa processuale. A partire dalla fine del secolo XIX (soprattutto in Austria con Franz Klein, poi in Italia con Giuseppe Chiovenda, e poi in generale in numerosi altri ordinamenti), si venne invece affermando la ben nota concezione “pubblicistica” del processo civile. Nell’ambito di questa concezione emerge una diversa concezione del ruolo e della funzione del giudice, secondo la quale spetta al giudice il compito di gestire attivamente —e non solo di controllare rimanendo passivo— lo svolgimento del processo. Questa funzione si chiarisce e si realizza nelle codificazioni e nelle riforme processuali degli ultimi trent’anni del secolo XX, nelle quali si viene a configurare un giudice collocato al centro del processo, dotato di tutti i poteri che servono ad una gestione efficiente ed ordinata del procedimento, oltre che dei poteri istruttori necessari per un effettivo accertamento della verità dei fatti. Questa linea di tendenza si manifesta, nei vari ordinamenti, con modalità diverse ed anche con diversi gradi di intensità, variando l’ampiezza e il contenuto dei poteri che vengono attribuiti al giudice. Non pare dubbio, tuttavia, che gli ordinamenti processuali di *civil law* convergano verso la soluzione consistente nell’affidare al giudice il compito di dirigere attivamente il processo verso il raggiungimento di soluzioni rapide, efficienti e giuste delle controversie civili. Va sottolineato che non si tratta soltanto di un’opzione teorica privi di riscontri pratici: l’esperienza di vari ordinamenti dimostra infatti che i sistemi nei quali si realizza in modo coerente il modello di un processo civile che —sia pure nel rigoroso rispetto delle garanzie delle parti— faccia perno sul ruolo del giudice, riescono a fruire di una giustizia civile assai più rapida ed efficiente rispetto ai sistemi nei quali il funzionamento del processo viene lasciato alla libera iniziativa delle parti e dei loro avvocati. Ciò rende evidente che il giudice-burocrate che è tipico in questi sistemi può essere in grado, se munito dei poteri opportuni, di gestire un processo civile che risponde alle esigenze di funzionalità nella risoluzione delle controversie.

Tutto questo non significa che nei sistemi di *civil law* non vi siano problemi che riguardano la funzione del giudice e le modalità con cui questi svolge il proprio ruolo. Emergono anzi problemi di questo genere specialmente quando —come accade in alcuni ordinamenti, come quello italiano— il giudice non utilizza effettivamente i poteri di direzione del processo e di iniziativa istruttoria di cui dispone. Ciò può accadere per varie ragioni, che vanno dalla difficoltà oggettiva di esercitare questi poteri in un sistema

male organizzato allo scarso interesse del giudice per una gestione efficace della controversia. Pare comunque chiaro che questi inconvenienti si verificano —anche in termini di maggior durata e quindi di inefficienza del processo— quando il giudice non esercita abbastanza i poteri di cui dispone, non quando li esercita effettivamente. Non mancano, d'altra parte, i *laudatores temporis acti* che predicano il ritorno alle forme ottocentesche del processo civile, con le parti libere di fare tutto ciò che vogliono di fronte ad un giudice ridotto al rango di uno spettatore passivo della competizione processuale. Non è il caso tuttavia di discutere qui di queste isolate manifestazioni di un tradizionalismo ideologico che appare nettamente estraneo alle grandi tendenze evolutive della giustizia civile. Queste tendenze mirano a far sì che a tutti i cittadini sia assicurata una tutela efficace dei loro diritti, e fanno affidamento sul giudice perché questo scopo venga effettivamente conseguito.