

PROFESSIONALITÀ E RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NELLA ESPERIENZA ITALIANA CONTEMPORANEA *

Alessandro GIULIANI - Nicola PICARDI

SOMMARIO: I. *Dall'ideologia dell'obbedienza all'ideologia della professionalità*. 1. *La problematica degli anni '80*. 2. *L'aumento dei poteri del giudice*. 3. *Responsabilità e professionalità*. II. *Analisi critica della problematica degli anni '80*. 1. *Premesse: utilizzazione dialettica del metodo comparativo*. 2. *Valutazione delle tesi della classe politica*. 3. *Valutazione delle tesi della magistratura*. III. *La vocazione del nostro tempo per la riforma dell'ordinamento giudiziario*. 1. *Alla ricerca dell'identità della magistratura italiana*. 2. *Quale processo*. 3. *Quale giudice*.

I. DALL'IDEOLOGIA DELL'OBEDIENZA ALL'IDEOLOGIA DELLA PROFESSIONALITÀ

1. *La problematica degli anni '80*

Negli anni '80 —in un contesto caratterizzato da profondi conflitti istituzionali¹— la responsabilità del giudice è divenuta progressivamente un tema dominante,² fino a sfociare in un aspro dibattito.³ Tre ne

* Il presente saggio è destinato agli *Studi in onore del Prof. Héctor Fix-Zamudio* e fa parte di un più ampio lavoro degli stessi aa, su *La responsabilità del giudice*, in corso di stampa.

¹ Il rafforzamento del ruolo della magistratura corre parallelo ad una nuova forma di governo del Consiglio superiore della magistratura, che ha rivendicato una soggettività politica determinando conflitti istituzionali con il governo e lo stesso Presidente della Repubblica, sfociati nei noti episodi del dicembre 1985. Per una valutazione critica del fenomeno, cfr. M. Bessone, *La 'forma di governo' del Consiglio superiore della magistratura*, *Giurisprudenza italiana*, 1985, IV, 152. Per una efficace sintesi della vicenda in esame, cfr., *"Magistratura democratica. Elezioni CSM 1986*, *Cronache del C.S.M.*", in *Notiziario Bimestrale di M.D.* 1986, nn. 23, 24, spec. pp. 5 ss., 40 ss. e 51 ss.

² A parte l'ampia pubblicistica, quanto alla letteratura giuridica, negli anni '80 senza pretese di completezza, ricordiamo: Carpi, F., "Responsabilità del giudice e pubblicità processuale", in *Riv. trim. civ.*, 1980, pp. 1464 ss., (e in *Studi resp. giudice*, Milano, 1981, pp. 70 ss.); Catelani, G., "La responsabilità de pubblico ministero", in *Giust. pen.* 1980, III, pp. 534 ss.; Fassone, E., "Il giudice tra. indipendenza e responsabilità", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 3 ss.; Giacobbe, G., "La

appaiono i protagonisti: la classe politica, il giudice ed il cittadino. Tentando di depurare la controversia dalle schermaglie argomentative e di mettere in luce anche le tesi latenti, potremmo sintetizzare le opposte posizioni nei seguenti termini:

responsabilità del giudice: a proposito di una recente proposta di legge", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 19 ss.; *id.*, "Responsabilità del giudice: prospettive di una riforma", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 97 ss.; Glendi, C., "Presentazione di ricorsi in Centrale, sospensione feriale dei termini e responsabilità dei giudici tributari", in *Dir. prat. trib.*, 1980, II, pp. 937 ss.; Iannuzzi, A., "Responsabilità del giudice", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 13 ss.; Maccarone, V., "Responsabilità del giudice: prospettive di una riforma", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 87 ss.; Magno, G., "Responsabilità civile e disciplinare del giudice; applicabilità dell'art. 2 della legge sulle garanzie", in *Critica giudiz.*, 1980, pp. 156 ss.; Panuccio, V., "La responsabilità del giudice", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 37 ss.; Ramat, M., "La responsabilità del magistrato", in *Critica giudiz.*, 1980, pp. 335 ss.; Vaccari, G., "La responsabilità del giudice", in *Parlamento*, 1980, pp. 28 ss.; Vidiri, G., "Responsabilità civile e disciplinare del giudice: applicabilità dell' art. 2 della legge sulle garanzie", in *Critica giudiz.*, 1980, pp. 143 ss.; Viviani, A., "Responsabilità del giudice e garanzie processuali", in *Dialectica*, 1980, pp. 139 ss.; Bertoni, R., "La responsabilità dei magistrati", in *Giust. costituz.*, 1981, pp. 146 ss.; Giacobbe, G., "Quale responsabilità del magistrato?", in *Dir. società*, 1981, pp. 183, ss.; Melli, G. C., "La responsabilità del magistrato nei procedimenti camerali", in *Giur. it.*, 1981, IV, 231; Mirabelli, G., G. Giacobbe, "La responsabilità del giudice, in *Giust. civ.*, 1981, II, pp. 197 ss.; Petti, G. B., "La responsabilità del giudice", in *Quad. giustizia*, 1981, pp. 8 ss.; Bonzano, D., "Il primato delle garanzie", in *Studi resp. giudice. cit.*, 1981, pp. 100. ss.; Cherchi, B., "Costituzione, indipendenza e responsabilità del giudice", in *Studi resp. giudice. cit.*, pp. 132 ss.; Chirco, N., "Salvaguardia del cittadino e concretezza", *Ibid.*, pp. 154 ss.; Concas, L., "La responsabilità del magistrato per condotta omisiva", *Ibid.*, pp. 103 ss.; Ferrari, V., "Certeza del diritto e responsabilità: un paradosso", *Ibid.*, pp. 159 ss.; Gianaria, F., "Soluzioni 'forti' e 'deboli' nello spirito della Costituzione", *Ibid.*, pp. 85 ss.; Giuliani, A., "Interpretazione della legge e responsabilità del giudice", *Ibid.*, pp. 124 ss.; Insolere, G., "Descreszionalità e irresponsabilità", *Ibid.*, pp. 92 ss.; Jori, M., "Responsabilità e garanzia: un'alterantiva per discutere", *Ibid.*, pp. 17 ss.; Kercher, P., "Italia e Inghilterra: note per un confronto", *Ibid.*, pp. 118 ss.; Ramat, M., "Responsabilità come partecipazione", *Ibid.*, pp. 43 ss.; Scarpelli, U., "Responsabilità o virtù repubblicana", *Ibid.*, pp. 167 ss.; Sinatra, L., "Anche i giudici fanno parte dello Stato", *Ibid.*, pp. 45 ss.; Vaccari, G., "Una normativa incoerente rispetto alla Costituzione", *Ibid.*, pp. 149 ss.; Vanni, R., "Giustizia civile e giustizia penale: una confusione da evitare", *Ibid.*, pp. 115 ss.; Viviani, A., "La responsabilità del giudice. Le ragioni di una battaglia", *Ibid.*, pp. 25 ss.; Zągrebelsky, V., "La riforma del regime della responsabilità del giudice: problemi e perplessità", *Ibid.*, pp. 57 ss.; Izzo, G., "Responsabilità civile del magistrato", in *Quad. giustizia*, 1982, pp. 17 ss.; Lattanzi, G., "Considerazioni sulla responsabilità civile dei magistrati", in *Giust. civ.*, 1982, II, pp. 89 ss.; Nannucci, U., "Giudice e responsabilità", in *Quad. giustizia*, 1982, pp. 27 ss.; Senese, S., "La responsabilità disciplinare", *Ibid.*, 1982, pp. 3 ss.; Sisto, F. P., "Principio di indipendenza e responsabilità penale del magistrato: presupposti per un nuovo tipo di "immunità?", in *Critica pen.*, 1982, pp. 49 ss.; Trocker N., "La responsabilità del giudice", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1283 ss.; Vaccari, G., "La responsabilità civile dei magistrati", in *Parlamento*, 1982, pp. 19 ss.; Vanni, R., "Responsabi-

a) La classe politica sembra allarmata dall'espansione dell'intervento giudiziario, soprattutto nei confronti della pubblica amministrazione e degli enti pubblici economici. Con pressioni sul legislatore (anche attraverso il coinvolgimento dell'opinione pubblica), i politici tendono, perciò, a contrastare il mutato ruolo del giudice. In questo quadro, l'estensione della responsabilità civile nell'ipotesi di colpa grave del magis-

lità del giudice nell'ordinamento italiano", in *Quad. giustizia*, 1982, pp. 36 ss.; Zagrebelsky, G., "La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforme", in *Giur. costituz.*, 1982, I, pp. 780 ss.; Almerighi, M., "L'indipendenza e l'autonomia della Magistratura", in *Giust. pen.*, 1983, I, pp. 302 ss.; Calderone, C. R., "La responsabilità del giudice", in *Quad. giustizia*, 1983, pp. 7 ss.; Cappelletti, M., "'Who Watches the Watchmen?' A Comparative Study on Judicial Responsibility" in *The American Journal of Comparative Law*, XXXI, 1983, 1, pp. 1 ss. (relazione generale all'11° Congresso internazionale sulla responsabilità del giudice, organizzato dall'Accademia internazionale di diritto comparato, Caracas, 1982; Ferrari, V., "La responsabilità del giudice. Riflessioni in margine ad un articolo di Mauro Cappelletti", in *Sociol. dir.*, 1983, pp. 113 ss.; Sesti, F., "La responsabilità del giudice 'per colpa gravissima'", in *Quad. giustizia*, 1983, pp. 9 ss.; Tamburino, G., "Brevi osservazioni sui diritti del cittadino, indipendenze del giudice e sue responsabilità", in *Legalità, giust.*, 1983, pp. 53-ss.; Vigoriti, V., "La responsabilità del giudice: orientamenti e prospettive nella esperienza italiana e comparativa", in *Quad. costituz.*, 1983, pp. 49 ss.; Zagrebelsky, V., "Osservazioni sul disegno di legge 1329/C e sulla disciplina delle responsabilità dei magistrati", in *Cass. pen.*, 1983, pp. 504 ss.; Bausi, L., "La responsabilità del giudice", in *Quad. giustizia*, 1984, pp. 1 ss.; Bessone, M., "Lo statuto costituzionale della magistratura e il principio di responsabilità del giudice", in *Giur. merito*, 1984, pp. 718 ss.; Caianello, V., "Profili costituzionali delle responsabilità dei magistrati", in *Foro it.*, 1984, V, pp. 353 ss.; Fici, G., "La tipizzazione degli illeciti disciplinari", in *Quad. giust.*, 1984, pp. 18 ss.; Izzo, G., "La giurisprudenza disciplinare", in *Quad. giustizia*, 1984, pp. 24 ss.; *id.*, "L'accusa e la sentenza nel procedimento disciplinare", *Ibid.*, 1984, pp. 28 ss.; Mele, V., "Crisi delle istituzioni e responsabilità del giudice", in *Legalità e giustizia*, 1984, pp. 168 ss.; Ricciotti R., (a cura di) *Deontologia giudiziaria*, Padova, 1984; Somare', C., "Osservazioni a Trib. Bergamo. 28 giugno 1983", in *Resp. civ.*, 1984, pp. 129 ss.; Vigoriti, V., *La responsabilità del giudice*, Bologna, 1984; Castelli, C., "Giudici da controllare e/o giudici controllati", in *Critica del diritto*, 1985, nn. 36-37, pp. 15 ss.; Consiglio Superiore della Magistratura, *Responsabilità disciplinare ed incompatibilità del magistrato*, Relazione al Parlamento, Roma, 1985; Corso, G., "L'illecito disciplinare del magistrato tra legge e contratto di lavoro", in *Foro it.*, 1985, I, 381; Vita, A. de, "A mali estremi prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le soluzioni del regime odierno", in *Quadrimestre*, 1985, pp. 394 ss.; Ferrari, G., "Il giuramento nella tematica della responsabilità dei magistrati", in *Dir. Società*, 1985, pp. 403 ss.; Ferri, G. B., "Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino", in *Quadrimestre*, 1985, pp. 355 ss.; Fici, G., "Ulteriori osservazioni sulla procedura disciplinare a carico dei magistrati: deposito degli atti e natura dei termini sollecitatori", in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 1159 ss.; *Idem*, "La destituzione del magistrato", in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 1363 ss.; *Idem*, "L'insindacabilità in sede disciplinare del contenuto dei provvedimenti del giudice", in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 2229 ss.; *idem*, "Sulla ricasazione dei componenti della sezione disciplinare del C.S.M.", in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 2783 ss.; *idem*, "La procedura disciplinare: spunti de irue condendo",

trato,⁴ viene considerata un taumaturgico rimedio ai mali della giustizia ed uno strumento elettivo di compensazione tra poteri, il cui equilibrio si è venuto deteriorando.⁵

b) Secondo i giudici la responsabilità per colpa costituisce, invece, un inaccettabile condizionamento, in quanto il valore della indipendenza della magistratura è inconciliabile con quello della responsabilità. D'altra

in *Quad. giustizia*, 1985, pp. 45 ss.; Isso, G., "Garanzie processuali e rigore disciplinare", in *Quad. giustizia*, 1985, pp. 27 ss.; La Valle, F., "Origine e sviluppo storico della giurisdizione disciplinare sui magistrati", in *Dir. società*, 1985, pp. 425 ss.; Pizzorusso, A., "La responsabilità del giudice nel quadro del modello italiano di ordinamento giudiziario", in *Quadrimestre*, 1985, pp. 385 ss.; Scarpelli, U., "Le porte della stalla", *Ibid.*, pp. 378 ss.; Walter, G., "La responsabilità del giudice nel diritto tedesco", *Ibid.*, pp. 441 ss.; Vigoriti, V., "Il problema della responsabilità del giudice fra modelli di 'common law' e modelli continentali", *Ibid.*, pp. 435 ss.; Vitale, V., "Note minime sulla responsabilità del giudice", in *Rass. giust. milit.*, 1984, pp. 573 ss.; Caizzone, G., "La responsabilità civile del magistrato nelle prospettive di riforma", in *Giustizia e Legalità*, 1986, fasc. 4; Fici, G., "La revisione del procedimento disciplinare a carico dei magistrati", in *Giust. civ.*, 1986, I, 170 ss.; *Id.*, "Il trasferimento d'ufficio del magistrato", *Ibid.*, I, pp. 2513; *Id.*, "L'assistenza difensiva nel giudizio disciplinare a carico dei magistrati", *Ibid.*, I, pp. 2522 ss.; Izzo, G., "Responsabilità disciplinare per errata ricostruzione del fatto in provvedimenti adottati nell'esercizio dell'attività giudiziaria", in *Giustizia e Legalità*, 1986, pp. 401. ss.; Gentili, P., *Giustizia e Legalità*, 1986; Pizzorusso, A., "La pubblicità delle udienze nei giudizi disciplinari dei magistrati", in *Foro it.*, 1986, III, 44 ss.; Vigoriti, V., "Professionalità e responsabilità del magistrato-sistemi dei paesi anglosassoni e dell'Europa continentale", in *foro it.*, 1986, V, p. 451; Fici, G., "Le conseguenze disciplinari del procedimento penale a carico di un magistrato", in *Legalità e Giustizia*, 1987 (in corso di stampa) e Petti, G. B., "Nouve norme sulla responsabilità civile dei magistrati - Prime note al disegno di legge governativo", in *Giust. civ.*, 1987 (in corso di stampa).

Sui dibattiti degli anni '70 cfr., la sintesi in Giuliani, A., e N. Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano", in *Atti del 2º Seminario internaz. sull'educazione giuridica* (Perugia, ottobre 1975) pubblicate, a cura degli autori del presente saggio, nel volume "La responsabilità del giudice", vol. III de *L'educazione giuridica*, III, 1978, pp. 583 ss. Il volume, che contiene numerose relazioni, in seguito, verrà citato con la denominazione *Atti Perugia*.

³ Nel 1986, alcune forze politiche hanno proposto un referendum (abrogativo dell'art. 55 c.p.c.) mirante ad estendere i tradizionali casi di responsabilità civile del giudice— dolo, frode e concussione— alla colpa grave (cfr., Pizzorusso, A., "Otto referendum per la primavera del 1987", in *Foro it.*, 1986, V, coll. 401-402).

Il Guardasigilli ha, da parte sua, proposto un disegno di legge sulla responsabilità civile dei magistrati che, insieme ad altre nove proposte di legge (c.d. "pacchetto giustizia"), è stato approvato dal Governo il 29 dicembre 1986 (per i testi cfr., *Bollettino de La Magistratura*, 1987, 1, pp. 3 ss.). Il disegno di legge, in seguito verrà citato con la denominazione *progetto Rognoni*.

⁴ Cfr., da ultimo, per tutti, art. 3 del *progetto Rognoni*.

⁵ Sul deterioramento dell'equilibrio fra poteri, cfr., per tutti, Bessone, M., "Magistratura e sistema politico. L'inquietante scenario degli anni ottanta", in *Rass. civ.*, 1985, pp. 307 ss.

parte, l'allargamento delle ipotesi di responsabilità finirebbe per provocare, come effetto riflesso, il conformismo giurisprudenziale e la sclerotizzazione della giurisprudenza.

In questo quadro, andiamo assistendo ad una svolta nella stessa ideologia della magistratura. Abbandonata ormai la concezione del giudice come *homo burocraticus* e la filosofia dell'obbedienza che ne costituiva la matrice,⁶ si va oggi prefigurando —attraverso l'intermediazione della problematica della "responsabilità politica", propria degli anni '70'— l'ideologia della "professionalità" del giudice.⁸ Da tale angolazione il tema del controllo del magistrato sembra rinviare ad un modello di responsabilità disciplinare proprio di un ordine professionale elitario, in cui è assente l'organizzazione gerarchica del potere.

In definitiva, per i governanti il discorso sulla professionalità nasconde il disegno della magistratura di sconvolgere —con un governo di giudici— lo stesso principio della divisione dei poteri. Per la magistratura il termine stesso "responsabilità" evoca l'idea del ritorno ad un ordinamento burocratico, basato sulla subordinazione del potere giudiziario a quello legislativo ed esecutivo.⁹ Responsabilità e professionalità finiscono, così, per apparire due problematiche non solo autonome, ma addirittura inconciliabili.

c) I cittadini, "inter utramque viam periclitantes", restano coinvolti: anzi, attraverso il meccanismo del *referendum*,¹⁰ potrebbero divenire giudici di questa delicata controversia. Sorge, però, il dubbio che essi

⁶ Giuliani, A., e N. Picardi, "La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici", in *Atti Perugia*, pp. 13 ss., e 27 ss.

⁷ Elementi di continuità tra il tema della 'responsabilità politica' del giudice e quello della 'professionalità' dell'attività giudiziaria dovrebbero essere ricercati, come vedremo, nella prefigurazione di un diritto disciplinare interno. Come nota, da un punto di vista generale, U. Scarpelli ("Riflessioni sulla responsabilità politica", *Atti del XIII Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Pavia, 1981, sui temi 'La responsabilità politica' 'Diritto e tempo', a cura di R. Orecchia, Milano, 1982, p. 94): "Fra la responsabilità privatistica e penalistica e la responsabilità politica può ancor sembrare che la differenza sia un po' troppo grossa; notiamo però che l'anello di congiunzione è fornito dalla responsabilità disciplinare, la rimozione dal posto in una amministrazione pubblica a seguito di giudizio disciplinare è per certi aspetti vicina alla rimozione dall'incarico a seguito di un giudizio di responsabilità politica".

Sulla tematica della responsabilità politica del giudice, sviluppata soprattutto negli anni '70, ampi riferimenti in Giuliani, A., e N. Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano", *op. cit.*, pp. 576 ss.;

⁸ Cfr., *infra*, § 3.

⁹ Cfr., per tutti, Cicala, M., "Responsabilità o desiderio di... normalizzazione?" in *La Magistratura*, 1986, n. 4, p. 5.

¹⁰ Cfr., *retro*, nota 3.

finiscano per ricavare elementi di giudizio unicamente dal loro stato d'animo nei confronti della classe politica e della magistratura.

Per uscire da una situazione argomentativa così confusa, a nostro avviso, occorre cominciare con l'evidenziare l'ambiguità della stessa terminologia impiegata che finisce per oscillare in relazione a strategie contingenti, al punto da mettere in difficoltà lo sforzo chiarificatore di un agguerrito analista del linguaggio. Essa rappresenta, oggi, un precario punto di riferimento, in quanto è filiazione di modelli culturali del passato, a cui era strettamente solidale. Profondi mutamenti sono, nel frattempo, intervenuti, ad esempio, nel modo stesso di concepire il concetto chiave: la professione. Sintomatico è l'esempio del diritto americano, in cui, talora, l'espressione "professional responsibility" viene utilizzata nel senso di "responsabilità disciplinare".

La responsabilità del giudice è una questione complessa; si tratta, cioè, di una tematica che presuppone una serie di opzioni di fondo e si rifrange in molteplici direzioni, come in un gioco di specchi. Alla domanda: *quale responsabilità?*, non si può, in effetti, rispondere con un "sì" o con un "no"; essa presuppone la risposta a questioni pregiudiziali, le quali, per lo più, non vengono neppure esplicitamente formulate: *quale giudice?* e *quale processo?*

Compito dell'interprete della nostra controversia appare, quindi, quello di "dividere" la questione, isolandone i problemi e mettendo in guardia contro la fallacia di trattare il tema come se fosse unitario. Il primo passo consiste nel chiarire i presupposti ed i problemi impliciti che i politici da un lato, ed i giudici dall'altro, tendono a mettere tra parentesi oppure a declassare a mera appendice. Solo così sarà, infatti, possibile cogliere il nucleo centrale della problematica, evidenziandone i margini di ambiguità.

2. *L'aumento dei poteri del giudice*

L'attuale controversia, innanzitutto, sembra affondare le proprie radici in un fenomeno più generale: l'aumento dei poteri del giudice che, nel corso del xx secolo, si è imposto nella civiltà occidentale ¹¹

¹¹ Il problema è avvertito anche nell'ambito di altre esperienze, come quelle dell'area socialista, che restano legate ad una concezione statica dell'interpretazione della legge (sulla condanna del «governo dei giudici» cfr., per tutti V. Toumanov, *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*, Moscou, 1974 (p. 103; De la loi au droit du juge). Significativa sotto tal profilo è la revisione della dottrina marxista del diritto (sulla base di opere postume, e non tradotte, di G. Lukács) proposta da un filosofo del diritto ungherese: e cioè una dottrina dell'applicazione della legge, che

per la natura delle cose, prima ancora che per un deliberato disegno della magistratura.

Per la verità, già all'inizio del XIX secolo, Savigny¹² aveva chiaramente intuito che il *Code napoléon* —in assenza, un esempio, di una teoria della nullità degli atti, come quella elaborata dal diritto romano— finiva per affidare "l'intero destino di una famiglia all'arbitrio interamente cieco di un tribunale". In definitiva, l'aumento dei poteri del giudice veniva già ricondotto alla dilatazione di una legislazione basata su materiali autoritativi, senza l'ausilio della scienza giuridica.

La situazione attuale si presenta, però, più complessa di quanto avesse previsto Savigny; i termini della contrapposizione non sono più rappresentati dalla legislazione e dalla scienza giuridica, bensì dal giudice e dagli altri poteri. Vorremmo, in proposito, richiamare l'attenzione su due linee di tendenza, sulle quali sembra riscontrarsi —anche se con diverse accentuazioni— una certa convergenza tra i sistemi di "civil law" e quelli di "common law"; da un lato, il fenomeno che potremmo convenzionalmente designare come del *giudice legislatore*, dall'altro il fenomeno del *giudice amministratore*.

L'aumento dei poteri del legislatore —nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale— ha determinato, al di là e contro le sue intenzioni, un aumento dei poteri del giudice,¹³ tale da provocare un mutamento del suo stesso ruolo.¹⁴ Il fenomeno risulta accelerato dalla

non trascuri «la dinamica dello sviluppo giuridico attraverso la pratica giudiziaria e la relatività del postulato di legalità» (Cs. Varga, *Towards a Sociological Concept of Law: an Analysis of Lukács Ontology*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1981, p. 159; *Law-Application and its Theoretical Conception*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1981, p. 462).

¹² Savigny, F. C. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 112.

¹³ Nel XX secolo l'interdipendenza tra i due fenomeni è stata riscoperta in una chiave non pessimistica. Sul tema cfr., M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1985. Con riferimento alla cultura tedesca si veda Orru', G., *Richterrecht*, con presentazione di L. Lombardi Vallauri, Milano, 1983, p. 26.

¹⁴ Sul mutamento del ruolo non solo professionale, ma anche politico-costituzionale del giudice, cfr., per tutti, le ricerche collettive *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, a cura di Ph Gerard, M. van de Kerchove e F. Ost, Bruxelles, 1983; *Etre juge demain*, a cura di J. P. Royer, Lille, 1983; nonché, il Convegno di Gerusalemme del 16-18 marzo 1986, sul *The Role of the Judiciary in Formative and Crisis Periods*, del quale si vedano, particolarmente, le relazioni di R. Gavison (*The role of the Judge in Crisis Times*), di P. Hogg (sull'esperienza canadese), di D. F. Forsth (sull'esperienza del Sud Africa), di C. Bracha (sull'esperienza israeliana), nonché la relazione di Mc Kay, *The U.S. Supreme Court in Crisis Periods*.

Quanto alla dottrina italiana cfr., per tutti, i seggi di V. Denti ("La cultura del

patología di una legislazione oscillante tra l'inflazione in alcuni settori e l'inattività in altri.

La caratteristica della c. d., inflazione legislativa¹⁵ non consiste tanto nella moltiplicazione delle leggi, quanto nella svalutazione della legge.¹⁶ Già la stessa moltiplicazione delle norme finisce per provocarne un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate. E' stato esattamente sottolineato¹⁷ come, essendo l'attività giuridica un'attività combinatoria, l'aumento del numero delle regole comporti uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di contrasti e di lacune. Inoltre, l'accelerazione progressiva dello *ius superveniens* ha finito per trasferire alla giurisprudenza compiti che sembravano riservati alla legislazione: dalla determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi) alla stessa organizzazione delle fonti del diritto.¹⁸

Le varie forme di inattività del legislatore, d'altra parte, rappresentano una delle principali cause che sono all'origine di quello spostamento di poteri sul giudiziario, che, di solito, viene indicato come

giudice", in *Quad. costituz.* 1983, p. 35 ss., e "Il ruolo del giudice nel processo civile fra vecchio e nuovo garantismo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, p. 726 ss.), e diè Ferrari, V., "Sociologia del diritto e riforma del processo" in *Società Norme e Valori, Studi in onore di R. Treves*, a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Milano, 1984, p. 314.

Il problema del mutamento del ruolo è particolarmente sentito dagli stessi magistrati; ampia è la letteratura in proposito. Per tutti *cfr.*, il VI Congresso Nazionale di "Magistratura democratica" (Sorrento, gennaio 1984) i cui atti sono stati pubblicati nel volume *Poteri e giurisdizione*, con presentazione a cura di G. Neppi Modona, Napoli, 1985. *Cfr.*, altresì il "documento di base" predisposto per l'XI Convegno di "Giustizia e costituzione" su "Giustizia e criminalità (settembre 1984) in *Giust.*, e *cost.*, 1985, nn. 3-4; pp. 3 ss., nel quale è contenuto un "indice ragionato" dei mutamenti intervenuti nell'ultimo decennio, sia nella giurisdizione civile che in quella penale.

¹⁵ *Cfr.*, per tutti, Savatier, R., "L'inflation legislative et l'indigestion du corps social", in *Recueil Dalloz*, 1977 chr., pp. 43 ss., e Carbonnier, J., "L'inflation des lois", in *Essais sur les lois*, 1979, p. 272 ss.

¹⁶ Henry, J. P., "Vers la fin de l'État de droit?", in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1977, p. 1215 e Rodota, S., "Attuali 'asimmetrie' del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario", in *Poteri e giurisdizione*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁷ Henry, J. P., *op. cit.*, p. 1217.

¹⁸ In effetti, la giurisprudenza italiana risolve i problemi determinati dal disordine delle fonti del diritto con un antiformalismo occulto; *cfr.*, Giuliani, A., "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15", in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, vol. I, p. 177; *id.*, "Autonomia privata e diritto intertemporale", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 557.

"supplenza giudiziaria".¹⁹ Si pensi, innanzitutto, alla tematica delle c. d. omissioni del legislatore (*Unterlassungen des Gesetzgeber*),²⁰ che si traduce nel problema di lacune²¹ e finisce così per favorire "l'imperialismo latente dei giudici".²² Non meno rilevanti sono, poi, le tecniche legislative che privilegiano disposizioni elastiche, flessibili e sfumate, le quali finiscono per delegare al giudice scelte che il legislatore non può o non vuole operare. Si è parlato, in proposito, di fuga verso le clausole generali (*Flucht in die Generalklauseln*),²³ di legislazione per principi,²⁴ di leggi per indirizzi, di leggi provvedimento, di leggi polivalenti, di legislazione c.d. contrattata²⁵ e così via. In definitiva, è spesso lo stesso legislatore che, deliberatamente o meno, lascia spazi a scelte integrative, da effettuarsi, in un secondo tempo, in sede giurisdizionale.

Quanto al fenomeno del *giudice-amministratore*, va sottolineata l'estensione delle funzioni "non adjudicatory" nel processo, che è divenuto progressivamente un luogo importante della giustizia distributiva, economica e sociale.²⁶ L'esperienza — sia del processo civile che del processo penale²⁷ — oggi mostra, infatti, un giudice che decide sempre

¹⁹ Cfr., Pulitano' D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, "Quaderni costituzionali", 1983, I, p. 93; il quale osserva: "In un'ottica che accomuna pretori d'assalto e Corte suprema, la separazione dei poteri viene invocata come principio che direttamente decide sull'estensione dei poteri del giudice, e in definitiva come criterio generale d'interpretazione" (p. 102).

²⁰ Cfr., per tutti, Lechner, "Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers" in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, pp. 1817 ss.

²¹ Picardi, N., "Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale", in *Riv. dr. proc.*, 1975, p. 41 ss. (e in *Studi Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 603 ss.).

²² Per usare l'espressione di Dupeyroux, "La jurisprudence, source abusive de droit", in *Mélanges Maury*, vol. II, Paris, 1960, p. 349 ss.

²³ Per usare la nota espressione di Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933. Da ultimo, cfr., Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1984.

²⁴ Rodota, S., "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", in *Riv. dr. comm.*, 1967, I, spec. pp. 89 e 98 nonché, pp. 118 ss.

²⁵ Si pensi, ad esempio, alle leggi "negoziato" fra Governo e sindacati. In tema, da ultimo, cfr., Rusconi, G. E., *Scambio, minaccia e decisione*, Bologna, 1984.

²⁶ Cappelletti, M., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, e Denti, V., *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982.

²⁷ Quanto alla *giurisdizione civile*, si pensi, innanzitutto, al ruolo del giudice del lavoro di fronte all'evoluzione delle relazioni industriali (cfr., per tutti, Amato, F., e Mattone, S., "Il ruolo del giudice del lavoro negli anni '80" in *Giur. it.*, 1983, IV, 224, e Foglia, R., "Il giudice, la legge e le relazioni industriali" in *Quad Gius-tizia*, 1983, pp. 36 ss.). Ma la conflittualità — in assenza di interventi sul piano amministrativo — si scarica a livello giudiziario in diversi settori (in tema cfr. Galasso, A., "Trasformazioni del diritto privato e funzione del giudice", in *Riv. crit. dr. priv.*, 1983, pp. 21 ss.). Ad esempio, in materia di locazioni immobiliari, si ricordi

meno, media e contratta sempre più, assume su di sé un "ruolo promozionale" e giunge a svolgere una funzione di indirizzo politico.²⁸

Il processo —in particolare quello penale —ha rappresentato lo strumento elettivo per esercitare forme di c.d. suplenza politica. La risposta ai fenomeni del terrorismo e della criminalità organizzata è stata, in effetti, "delegata" dalla classe politica alla magistratura attraverso la c.d., legislazione dell'emergenza²⁹ che ha avuto l'effetto di aumentare enormemente i poteri processuali dei giudici,³⁰ di spostare il centro del processo dal dibattito all'istruttoria (c.d., suplenza dell'istruttoria,³¹ di concepire la carcerazione preventiva come tecnica inquisitoria-premiale,³² di stravolgere, in sostanza, "alcune delle regole del contraddittorio e del gioco delle parti su cui si regge la dialettica di un processo" con inevitabile "sacrificio degli stessi diritti del difensore".³³ Sono

la problematica sollevata dalla rarefazione delle abitazioni e dagli sfratti a catena. Un altro importante settore in cui il ruolo del giudice è profondamente mutato è, poi, quello delle procedure concorsuali costruite per risolvere i conflitti tra interessi dei creditori e del debitore, ma oggi utilizzate per dirimere anche i conflitti fra creditori e dipendenti dei lavoratori, tra proprietà e management delle imprese in crisi. (G. Caliendo e altri, Relazione introduttiva al XVIII Congresso Naz. Magistrati Italiani, Viareggio giugno 1985, sul tema "Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini", in *Legalità e Giustizia*, 1986, p. 82). Gli esempi, poi, si moltiplicano quando si passa al settore della *giurisdizione volontaria* (si pensi, ad esempio, ai problemi dell'aborto delle minorenni, dell'affidamento dei figli e dell'adozione) o a quello della *giustizia penale*. Cfr., *infra*, nel testo.

²⁸ Cfr., per tutti, Capurso, M., *I giudici della Repubblica, giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano, 1977, pp. 81 ss.

²⁹ Cfr., per tutti, Resta, E., *L'ambiguo diritto*, Milano, 1984 (spec. gei ultimi due capitoli); Marrone, F., *Il decennio della fermezza dello Stato contro lo Stato*, nei volumi collettanei *Dieci anni di piombo del processo penale*, Bari, 1984, I vol., pp. 10 ss.; Calogero, P., "Ruolo del giudice penale oggi. Proposte di strategie di riforma", in *Legalità e Giustizia*, 1986, pp. 323 ss.

³⁰ Ferrajoli, L., "Il caso '7 aprile'. Lineamenti di un processo inquisitorio", in *Dei delitti e delle pene*, 1983, n. 1, p. . . ., Baratta, A., M. Silbernagl, "La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale", *Ibid.*, 1983, n. 3, p. 543 ss.

³¹ Zagrebelski, V., "Giudici e sistema politico", in *Giustizia e costituzione*, 1978, n. 1-2, p. 6.

³² Chiavario, M., "Patteggiamento e potere discrezionale del giudice", in *Quad. questione giustizia*, 1982, p. 141 ss.

³³ Neppi Modona, G., "Presentazione", al citato volume *Poteri e giurisdizione*, spec. p. XII, nonché, per i necessari approfondimenti; Dalia, A. A., "La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti 'modifiche al sistema penale'", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 475 ss.; Amodio, E., "Il processo penale nella parabola dell'emergenza", in *Cass. pen. Mass.*, 1983, pp. 2114 ss.; Sulla conflittualità tra giudici ed avvocati, cfr.; Atti del XII Convegno di "Giustizia e costituzione", su "Società attuale e giustizia (conflittualità tra avvocati e magistrati, prospettive di superamento)", in *Giust. cost.*, 1986, nn. 3-4, pp. 3 ss.

entrate così, anche fra le nozioni correnti, l'idea dell'imputato come nemico,³⁴ quella del giudice che lotta contro qualcuno o contro qualcosa.³⁵ In definitiva, il processo ha finito per acquisire la connotazione di "processo politico".³⁶

Se tali funzioni sono state esercitate per delega dei politici, la magistratura, ha anche rivendicato —questa volta contro i politici— il controllo rispetto ai pubblici poteri. Una serie di cause,³⁷ che vanno dalla "politicizzazione-socializzazione" della pubblica amministrazione³⁸ all'affievolirsi dei meccanismi di controllo amministrativo,³⁹ hanno finito per provocare una imponente crescita di incisivi interventi della giurisdizione penale, soprattutto in materia di illeciti dei pubblici amministratori, ponendo, così, il delicato problema dei confini tra giurisdizione e discrezionalità politica ed amministrativa.⁴⁰ In questo contesto, abbiamo assistito, in particolare, alla progressiva degenerazione degli istituti processuali in autonomi strumenti sanzionatori e si è finito col parlare di un nuovo procedimento "privilegiato".⁴¹

3. Responsabilità e professionalità

L'ipertrofia dei poteri del giudice, e in particolare la c.d., supplezza

³⁴ Ferrajoli, L., "L'imputato come nemico: un topos della giustizia dell'emergenza", in *Dei delitti e delle pene*, 1983, n. 3, pp. 581 ss.

³⁵ Bevere, A., "Processo penale, garantismo, difesa sociale", in *Poteri e Giurisdizione*, op. cit., p. 85.

³⁶ Cfr., Dominioni, O., "Spunti per una fenomenologia del processo politico", nel volume collettaneo *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, pp. 119 ss.; Sesta, M., *Il processo politico: modelli storici e sua evoluzione normativa*, Perugia, 1982, pp. 10-11.

³⁷ Cfr., per tutti, Vassalli, G., *Relazione di sintesi al convegno del Centro studi giuridici e politici della Regione Umbra (Foligno-Spello febbraio 1984) sul tema Per un nuovo rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione*, Selci Umbro, 1985, pp. 277 ss.

³⁸ Baldassarre, A., "Ragioni di una crisi e prospettive negli anni '80 nei rapporti fra magistratura e pubblica amministrazione", in *Per un nuovo rapporto ecc.*, op. cit., pp. 43 ss.

³⁹ Petrone, M., *Carenze ed eccessi nell'esercizio dell'azione penale nei confronti della pubblica amministrazione e degli enti pubblici economici*, pp. 67 ss.

⁴⁰ Sui rapporti tra giustizia ordinaria e pubblica amministrazione, cfr., Paladini, "Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 437.

⁴¹ Ferrua, P., "L'esercizio dell'azione penale contro i pubblici amministratori: verso un nuovo procedimento 'privilegiato'?" in *Per un nuovo rapporto*, op. cit., pp. 89 ss., il quale, fra l'altro, ricorda la comunicazione giudiziaria che, nei confronti del pubblico amministratore, ha assunto una particolare carica di simbolicità, nonchè la metamorfosi dello strumento del carcere in pena anticipata.

giudiziaria, appaiono fenomeni suscettibili di valutazioni opposte, alla luce delle acquisizioni della sociologia giuridica contemporanea.

Un primo orientamento sembra trovare il suo punto di partenza nell'impostazione luhmanniana secondo cui "i problemi decisionali possono essere politicizzati o depoliticizzati, possono essere fatti scivolare dall'ambito politico dei partiti al legislativo all'esecutivo, fino al giudiziario e viceversa, a seconda di dove si trovino le migliori possibilità di soluzione. L'apparato amministrativo, e persino quello giudiziario, possono così compensare parzialmente il cattivo funzionamento del sistema politico".⁴² In altri termini, la magistratura e le istituzioni politiche operano, anche se in maniera articolata, nell'ambito del medesimo schema di riferimento. Si tratta, pertanto, di problemi sostanzialmente omogenei che, come tali, possono essere affrontati e risolti a diversi livelli; a seconda del piano prescelto si finisce, poi, per attribuire ad essi un diverso grado di politicizzazione. Secondo Luhmann, persino il giudice, nell'ambito del sistema complessivo, svolge una funzione sostanzialmente politica,⁴³ anche se la posizione del potere giudiziario si caratterizza — ed è qui il paradosso — proprio per la sua "neutralizzazione politica".⁴⁴

In quest'ottica, si finisce per legittimare la c. d., supplenza, riconoscendo al giudiziario la possibilità di fungere anche da meccanismo compensativo rispetto al cattivo funzionamento degli altri poteri. Il sistema, in altri termini, sarebbe dotato di endogene capacità autoequilibratrici, cioè di automatismi per cui, fisiologicamente, si opererebbero travasi di potere da una sede istituzionale all'altra, per garantire comunque il suo funzionamento complessivo.

Muovendo dalla teoria del c.d., potere "a somma zero"⁴⁵ è dato invece, pervenire ad una valutazione negativa del fenomeno della supplenza. Il potere, come la moneta, costituirebbe un bene esauribile: se alcuni ne acquistano una quantità, altri ne perdono una quantità corrispondente.⁴⁶ La c.d. supplenza si risolverebbe, quindi, in una forma di

⁴² Luhmann, N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978, p. 59.

⁴³ Sulla dipendenza del diritto dalla politica, cfr., Luhmann, N., *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, p. 237.

⁴⁴ Luhmann, N., *Stato di diritto e sistema sociale*, op. cit., pp. 58 ss.

⁴⁵ Per la sua analisi critica cfr., Parsons, T., *Sistema politico e struttura sociale*, Milano, 1975, pp. 495 ss.

⁴⁶ Ferrarese, M. R. (*L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli, 1984, pp. 40-41), evidenzia il collegamento fra supplenza giudiziaria e la concezione del potere "a somma zero", osservando che esso lascia, peraltro, in ombra un altro aspetto significativo del fenomeno e cioè che, attraverso

travaso di poteri —più o meno indebito— da una istituzione ad un'altra. La magistratura finirebbe per attribuirsi competenze spettanti ad altri organi dello Stato, provocando, così, una sua "sovraesposizione politica". In definitiva, attraverso la c.d., suplenza il giudiziario tenderebbe ad alterare gli equilibri tradizionali ed a correggere, a proprio vantaggio, la ripartizione dei poteri, determinando una situazione endemica di conflittualità.⁴⁷

A parte, per il momento, la valutazione, positiva o negativa, del fenomeno, pare indubbio che la stessa ipertrofia dei poteri della magistratura solleva il problema della loro tollerabilità e della tutela della parte nei confronti degli abusi de giudice.⁴⁸ Per altro verso, tale fenomeno è destinato ad incidere sull'aumento, quanto meno qualitativo, della litigiosità, il che finisce per imporre il rafforzamento delle strutture organizzative e, correlativamente, per riproporre il problema del controllo della amministrazione della giustizia.

Di fronte a tali complesse tematiche sono state proposte, come si è visto, due differenti risposte. La classe politica tenta oggi di recuperare un assetto dei poteri a vantaggio del legislativo e dell'esecutivo attraverso una utilizzazione alternativa del classico strumento della *responsabilità civile*. La magistratura mira, invece, a trovare una soluzione dei problemi posti dal nuovo ruolo del giudice in termini di *professionalità*⁴⁹ che sembra tollerare soltanto una forma di *responsabilità disciplinare interna*.

la suplenza, si finisce comunque per attivare nuovi canali fra Stato e società, arricchendo, nel complesso, il sistema.

⁴⁷ Rodotà, S., "Attuali 'asimmetrie' del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario", in *Poteri e giurisdizione, op. cit.*, 183, osserva che, di fronte alla progressiva emarginazione del Parlamento, esecutivo e magistratura sono sempre più portati a collocarsi, l'uno nei confronti dell'altro, in posizione di antagonismo.

⁴⁸ L'esperienza della magistratura italiana rivela —nel passaggio dagli anni '70 agli anni '80— una caduta nel consenso da parte dei consociati (*cfr.*, documento di base per l'XI Convegno di Senigallia, *cit.*, p. 9), che, in un certo senso, aveva legittimato la suplenza nella prima fase, ed uno stato d'animo favorevole a più incisive forme di controllo (Racheli, S., "Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini", in *Legalità e giustizia*, 1986, p. 225). Il fenomeno coincide —forse non casualmente— con quello della crisi dello Stato sociale; sui mutamenti intervenuti da un punto di vista generale, *cfr.*, i volumi coll.; *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A. Cervati, Bari, 1985. Sui rapporti tra lo sviluppo del c.d. *Welfare State* e le istituzioni giudiziarie *cfr.*, Federico, G. Di, *Le qualificazioni professionali del corpo giudiziario: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle, op. cit.*

⁴⁹ Il carattere professionale della magistratura è stato già posto in evidenza nelle ricerche sociologiche di A. Pagani (*La professione del giudice*, Varese, 1969, e *Gli atteggiamenti sociali dei giudici*, Milano, 1968, pp. 80 ss.), il quale già sottolineava come il magistrato italiano fosse immune da condizionamenti burocratici. Nella let-

Il concetto di professione apre, in effetti, una problematica che — latente nelle correnti antiformalistiche⁵⁰ — ha trovato, solo di recente, i suoi risvolti più maturi, anche se non univoci. La professione appare un meccanismo di controllo sociale e finisce per rinviare alla teoria dei "ruoli occupazionali".⁵¹ Tra i tipi di ruoli occupazionali, quello profes-

teratura più recente *cfr.*, Ferrarese, M. R., "L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico", *op. cit.*, pp. 129 ss.

Nell'ambito della stessa magistratura si è, nel frattempo, fatta strada la tendenza ad attribuire al giudice uno *status* distinto da quello del pubblico impiegato; *cfr.*, per tutti: E. Ondei, *Magistrati e funzionari*, "La Magistratura", 1967, nn. 6-9, giugno-settembre 1967, p. 8; A. Cremonini, *Magistrato e pubblico impiegato: tratti differenziali*, "Giustizia e Costituzione", 1972, II, pp. 9 ss.; A. Beria-D'Argentine, *Professionalità del giudice e ordinamento giudiziario*. "Giustizia e Costituzione", 1976, 4-5-6, p. 19. La posizione del giudice è stata quindi, avvicinata a quella del libero professionista. Le stesse Sezioni Unite della Cassazione, con la ordinanza 6 novembre 1975, in *Foro it.*, 1976, I, c. 608, hanno chiarito che la magistratura: "nonostante le ovvie differenze, presenta aspetti che ricordano quelli degli ordini delle libere professioni, perchè la appartenenza dei singoli ad esso è determinata non solo dalla investitura di uffici giudiziari, ma anche dall'esercizio professionale di una data attività (non importa se in regime di pubblico impiego anziché in regime di lavoro autonomo) perchè suo fine... è la gestione di un patrimonio di valori di deontologia professionale".

Di recente, *cfr.*, Viridi, G., "Ruolo e professionalità del giudice", in *Quad. giustizia*, 1985, pp. 23 ss., e gli interventi sul tema: *Le trasformazioni del ruolo e le conseguenze sulla professionalità*, walta nell'ambito del XII Convegno di Senigallia su "Società attuale e giustizia, conflittualità fra avvocati e magistrati, prospettive di superamento", in *Giustizia e Costituzione*, 1986, nn. 3-4, pp. 99 ss. Per ulteriori riferimenti, *cfr.*, *infra*, note 54, 56.

Insistono, inoltre, sul carattere professionale del giudice; Denti, V., "Il ruolo del giudice nel processo civile fra nuovo e vecchio garantismo", *op. cit.*, p. 729; Rebuffa, G., "La magistratura fra professione e sistema politico, A proposito di un recente libro", in *Sociologia dir.*, 1985, pp. 115 ss.

Sull'idea di "professionalità", collegata al tradizionale reclutamento burocratico della magistratura *cfr.*; Picardi, N., *La formazione del giudice in Italia*, "L'educazione, giuridica", vol. I (1975); Federico, G. Di, "La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 2; Freddi, G., *Tensioni e conflitti nella Magistratura*, Bari, 1978; Pizzorusso, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982; Federico, G. Di, "Le qualificazioni professionali del corpo giudiziario: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle", *Riv. trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1985, p. 21.

⁵⁰ Ai nostri fini, merita una particolare attenzione la riforma dell'educazione giuridica proposta dalle correnti antiformalistiche —dalla *Interessenjurisprudenz* alla *nouvelle rhétorique*— per la sua latente vocazione ad una nuova professionalità. Non a caso a queste correnti hanno partecipato anche giudici ed operatori del diritto. *Cfr.*, Giuliani, A., "Legal Education in Antiformalistic Trends", *L'educazione giuridica*, vol. I (1975), p. 79 ss. Per un panorama della cultura tedesca contemporanea si rinvia, anche per la bibliografia a: Orru', G., "Richterrecht", *op. cit.*; Zaccaria, G., *Ermeneutica e giurisprudenza saggio sulla metodologia di J. Esser*, Milano 1984.

⁵¹ Per "ruoli occupazionali" si intendono quei ruoli "nei quali i titolari adempiono a certe funzioni socialmente riconosciute e, attraverso queste attività, si guadagnano

sionale viene, appunto, distinto "per l'indipendenza esercitata dai titolari di tali ruoli che costituiscono una parte importante della tradizione culturale della società".⁵² La istituzionalizzazione di tali ruoli —perseguita mediante associazioni professionali— esercita una triplice funzione: a) la definizione della preparazione ed educazione finalizzata all'esercizio delle professioni; b) la determinazione delle norme di condotta professionale; c) la funzione protettiva rivolta a mantenere il prestigio della professione.

Senza voler ipotizzare un preciso nesso di derivazione,⁵³ dobbiamo riconoscere che le suggestioni sociologiche —seppure ad un livello ancora confuso— hanno probabilmente contribuito a determinare uno stato d'animo che è andato diffondendo nella magistratura italiana. In questo quadro, si è parlato di "nuova professionalità" o di "professionalità forte": "la garanzia di una piena autonomia e indipendenza del magistrato, non solo nei rapporti con gli altri poteri ma anche all'interno del suo status, richiede una professionalità forte."⁵⁴ Tale profes-

da vivere con un lavoro a tempo pieno". Cfr., Parsons, T., "La prospettiva sociologica della professione legale", nel vol. coll. *La teoria funzionale del diritto*, a cura di A. Giasanti e V. Pocar, Milano, 1981, p. 105.

Nella nostra letteratura sociologica recente il tema della professione dell'avvocato riceve particolare attenzione. Si rinvia, anche per la bibl., agli articoli di A. Febbrajo ("L'etica dell'avvocato come progetto professionale"), V. Olgiati ("L'etica dell'avvocato come ordinamento"), G. Così ("Professionalità e personalità. Riflessioni sul ruolo dell'avvocato nella società contemporanea") pubbl. in *Sociologia del diritto*, 1985, n. 3. Cfr., altresì il capitolo introduttivo di Pérez Perdomo, R., *Los abogados en Venezuela*, Caracas, 1981.

⁵² Parsons, T., "La prospettiva sociologica della professione legale", *op. cit.*, p. 105.

⁵³ In effetti, i taciti postulanti dello strutturalismo del Parsons vanno ricercati nel peculiare *milieu* culturale della *common law* ed al relativo livello di razionalità. Basti pensare alle finalità professionali delle "Law Schools" americane, ed alla formazione professionale unitaria, che determina un persistente fenomeno osmotico tra magistratura e professione legale.

Al di fuori del contesto originario, l'innesto del modello puro di professionalità potrebbe determinare effetti diversi e, al limite, opposti. Sintomatico appare, in proposito, il pensiero di N. Luhmann (in tema cfr., Febbrajo, A., *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975), il quale —pur prendendo le mosse dalla sociologia di Parsons— resta condizionato dal modello di razionalità tradizionale negli ordinamenti giudiziari continentali e perviene a conclusioni opposte a quelle del sociologo americano. Si pensi al tema della formazione del giudice: "La mia impressione è che il diritto sia divenuto troppo complesso e che l'organizzazione delle professioni sia divenuta troppo differenziata perchè all'unità della formazione e dell'orientamento professionale possa essere ancora conferita una sostanziale importanza pratica" (Luhmann, N., "Stato di diritto e sistema sociale", *cit.*, p. 63).

⁵⁴ Come riconosce la stessa *Relazione di base* predisposta per la Conferenza na-

sionalità viene intesa sostanzialmente come autonomia di giudizio, fondato su regole e tecniche che costituiscono un patrimonio comune degli operatori giudiziari e, quindi, sono controllabili da parte di altri soggetti.⁵⁵ Viene così prefigurato un giudice che, attraverso una educazione e preparazione finalizzata all'esercizio della sua professione, sia in grado di assolvere ai compiti affidatigli, in piena autonomia e indipendenza.⁵⁶

In definitiva, l'ideologia della professionalità del giudice finisce per rappresentare non solo la risposta al mutamento del ruolo del giudice, ma anche una nuova linea di indipendenza del potere giudiziario rispetto al potere politico.

II. ANALISI CRITICA DELLA PROBLEMÁTICA DEGLI ANNI '80

1. *Premesse: utilizzazione dialettica del metodo comparativo*

Per un approfondimento critico appare utile, a questo punto, attrarre la problematica emersa in questi ultimi anni in un più ampio contesto di verifica. A questi fini presentano particolare interesse quelle esperienze — come la francese e la statunitense⁵⁷ — in cui l'ascesa inarrestabile del fenomeno della professionalità della nostra era ha interessato, non solo il sociologo, ma anche il giurista.⁵⁸

zionale della giustizia (Bologna, novembre 1986), in *Quad. Giustizia*, 1986, n. 63, p. 11. In tema, *cfr.*, altresì, Apice, U., "Indipendenza e responsabilità del giudici", in *Quad. Giustizia*, 1982, p. 16; Delfini, G., "Le nuove professioni giuridiche. Introduzione: nuovi aspetti della professione e del diritto", in *Iustitia*, 1984, pp. 172 e Hinna Danesi, F., "La professionalità del giudice e le opinioni sul garantismo", in *Quad. Giustizia*, 1984, pp. 29 ss.

⁵⁵ "Relazione preliminare", *cit.*, p. 11.

⁵⁶ *Ibidem*. Sintomatica è anche la mozione approvata all'unanimità dal XVIII Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati già, *cit.*, pp. 478-480, su cui, *cfr.*, Sohesina, G., *Magistratura: alla ricerca di dati attendibili per un autogoverno effettivo*, 'Questione giustizia', 1985, p. 625: 'Così sembra diffusa l'opinione che dequalificazione e deresponsabilizzazione indeboliscono l'immagine (c.n.) e la sostanza della complessiva azione del giudiziario, offrendo anche il protesto per rafforzare, attraverso la denuncia dei casi di irresponsabile e professionalmente insufficiente esercizio della funzione giudiziaria, la richiesta di limitazione dei relativi poteri, da realizzarsi, nelle intenzioni di talune forze politiche, mediante modifiche ordinali...'. L'immagine è una metafora base dell'etica professionale; *cfr.*, nota (52).

⁵⁷ Sulle quali ha, di recente, richiamato l'attenzione, Vigoriti, V., "Le responsabilità del giudice", *cit.*, pp. 18 ss., 23 ss., 55 ss., 61 ss., 86 ss., 91 ss.

⁵⁸ La cultura giuridica francese è stata particolarmente attenta ai profili sociologici della professionalità e del diritto professionale; *cfr.*, per una prima informazione: il numero degli "Archives de philosophie du droit" (1953-54) dedicato a *Déontologie et discipline professionnelle*, nonché Andriani, S., "Amministrazione e sindacato in E.

L'evoluzione del diritto francese e di quello statunitense, è avvenuta senza rotture nel quadro di due tradizioni così diverse sul punto della fedeltà —oppure del rifiuto— del giudice di carriera. Le scelte legislative risentono della varietà delle soluzioni, impostesi all'interno delle rispettive culture, in relazione al rapporto di *connessione/distinzione* non solo tra la attività del giudice e quella delle altre professioni legali, ma anche tra la prima e quella dei titolari dei vari ruoli occupazionali (ivi comprese le attività tecniche ed economiche):

a) Il legislatore francese ha privilegiato il momento della *connessione*, che permetteva di omogeneizzare la posizione del magistrato a quella del pubblico funzionario: tale pare il significato della riforma del 1933⁵⁹ che ha introdotto la responsabilità per colpa grave del giudice;

b) Il legislatore americano del 1980 —regolamentando la responsabilità disciplinare del giudice— ha optato per la *distinzione* tra la professione giudiziale e le altre attività connesse ai *business*.

Risulterebbe, però, fallace il ragionamento politico di un legislatore, il quale pretendesse di ricavare *sic et simpliciter* argomenti e giustificazioni, per le sue scelte, dalla comparazione giuridica. Le due tesi oggi avanzate —l'una dalla classe politica (responsabilità per colpa), l'altra dalla magistratura (responsabilità disciplinare interna)— al di fuori di un clima culturale di riferimento, possono presentare soltanto fuorvianti analogie con le soluzioni del diritto francese e di quello statunitense. Una utilizzazione dialettica del metodo comparativo —capace di interpretare i dati normativi nella ottica dei suoi presupposti culturali— ci rivelerebbe invece, la fragilità del dibattito che si viene svolgendo nel nostro paese e potrebbe costituire uno stimolo per riacquistare la consapevolezza che "responsabilità" e "professionalità del giudice sono due aspetti dello stesso problema.

Durkeim", in *il pubblico funzionario*, t. III, in *Educaz. giurid.*, IV, 3, 1981, pp. 489 ss.

In altro contesto politico-costituzionale, U. Zvekic ("Professionalism Scoble: an Empirical Assessment of Juge's professional Ideology in Yugoslavia", *Sociologia del diritto*, 1985, n. 2, pp. 55 ss., ed ivi riferimenti bibliografici) constata un alto grado di compatibilità tra l'ideologia professionale dei giudici ed il loro assetto organizzativo-burocratico.

Sulla pubblica amministrazione "as a profession", *cfr.*, anche per la bibl., Mahmoud, M.A., *Justice and Administrative Deviance*. The Hague, 1972, p. 239.

⁵⁹ *Cfr.*, Terre, F., *La responsabilité des juges en droit français*, "Atti Perugia", p. 446, e Vita, A. de, "La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese", *op. cit.*, p. 39 ss.

2. *Valutazione delle tesi della classe politica*

Non va trascurato che il tema di una riforma legislativa —tendente ad estendere i tradizionali casi di responsabilità del giudice (dolo, frode, concussione)— ha visto come protagonisti, nel breve giro degli anni '70 ed '80, prima i giudici⁶⁰ e, successivamente, le forze politiche. Da ultimo, il progetto Rognoni ha affermato, infatti, il principio della responsabilità per dolo e colpa grave del giudice. L'azione di risarcimento potrebbe, peraltro, essere proposta —sempre secondo tale progetto— soltanto nei confronti dello Stato. Una volta effettuato il risarcimento e valutato l'esito del conseguente procedimento disciplinare, il Ministro competente avrebbe, infine, facoltà di esercitare la rivalsa nei confronti del magistrato, nei limiti di un terzo del suo stipendio.⁶¹

In prima approssimazione, non può sfuggire una certa consonanza fra tali indirizzi e le soluzioni già sperimentate in Francia. Accostandoci, però, criticamente all'esperienza francese, noteremo che i due ordinamenti si muovono su piani diversi.

a) Con riferimento ai rapporti fra giudici e forze politiche l'attuale situazione italiana, nelle grandi linee, richiama alla mente piuttosto quanto si verificò nella Francia di Luigi XIV: la magistratura, che aveva per prima introdotto in via giurisprudenziale la *prise à partie*, si oppose, poi, ad una sua regolamentazione legislativa e, in particolare, all'estensione della responsabilità del giudice all'ipotesi della

⁶⁰ Negli anni '70 alcune correnti all'interno della magistratura —non senza aspri contrasti— considerarono la responsabilità per colpa come un possibile sostituto di quella disciplinare, i cui condizionamenti apparivano inaccettabili anche nel caso della alternativa di una responsabilità politica del giudice. (Sul tema, *cfr.*, Giuliani - Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato Repubblicano, *op. cit.*, p. 587 ss. (Potrebbe qui ritrovarsi la genesi del successivo discorso sulla professionalità dell'attività giudiziaria. Il punto di riferimento più o meno implicito poteva essere trovato nell'art. 2236 cod. civ., che prevede la responsabilità soltanto nel caso di dolo o colpa grave, in relazione alla prestazione d'opera nelle professioni intellettuali. Certo è che questo clima non è rimasto un incidente senza conseguenze, in quanto ha favorito l'aspirazione dei giudici a rivendicare uno *status* differente rispetto a quello dei pubblici funzionari. *Cfr.*, *retro*, nota 49.)

⁶¹ *Cfr.*, artt. 3, 4 e 10 del *Progetto Rognoni*. Da parte sua, la giurisprudenza era già pervenuta, non senza contrasti, ad affermare una responsabilità diretta dello Stato ex art. 28 Cost., anche per colpa grave del giudice, ribadendo, però, le tradizionali limitazioni di cui all'art. 55 cod. proc. civ., per quanto riguarda la responsabilità personale del singolo giudice. Mutando il precedente orientamento, la Cassazione aveva, in effetti, ritenuto che "non vi è coincidenza, riguardo ai limiti, fra le responsabilità del funzionario e quella dello Stato per il quale egli agisce. Per quanto concerne il magistrato la limitazione di responsabilità è infatti giustificata dalla natura discrezio-

colpa.⁶² E' seriamente da dubitare che, per questa via, possono essere conseguiti oggi successi, che non arrisero al sovrano francese. Da quella esperienza dovrebbe ricavarsi un insegnamento: e cioè che la responsabilità per colpa non costituisce un mezzo idoneo per fare rispettare i doveri del giudice, al punto da essere utilizzata come uno strumento disciplinare o paradisciplinare.⁶³

b) Nel 1933, in Francia, è stata, comunque, introdotta la responsabilità del giudice anche per "faute lourde professionnelle".⁶⁴ La filosofia che ha ispirato il legislatore francese ad estendere la responsabilità del giudice all'ipotesi della colpa è, però, opposta a quella cui risulta oggi informato il nostro ordinamento giudiziario.

Innanzitutto, la Francia è restata fedele ad un modello che — con tutti i temperamenti a livello culturale — è essenzialmente impostato sul giudice di carriera, inquadrato in uno schema gerarchico e burocratico:⁶⁵ la magistratura francese è, ancor oggi, composta da "funzionari nominati dal governo, che detiene le chiavi delle loro promozioni ed è arbitro dell'azione disciplinare".⁶⁶

nale della posizione, dal tecnicismo processuale, dalla possibilità dell'errore inerente alle attività conoscitive e deduttive, dalla possibile interferenza di influenze decettive delle parti o di deficienze strutturali e organizzative... ma nessuna di tali ragioni giustificerebbe una limitazione di responsabilità dello Stato quando l'attività del magistrato sia ad esso riferibile. Al contrario, un principio almeno deontologicamente sottinteso nella attività dello Stato, esige che il pregiudizio patrimoniale subito da un singolo per esigenze e utilità di carattere generale ricada sull'intera collettività e non sul solo danneggiato" (Cass. 14 marzo 1982, n. 1879, in "Giust. civ.", 1982, I, 3105 e in "Rass. Avv. Stato", 1982, con nota contraria di Caramazza, I.F., *In tema di responsabilità civile dello Stato per fatto illecito del giudice*. La sentenza è anche criticata da Vigoriti, "La responsabilità del giudice", *op. cit.*, p. 46).

⁶² Giuliani - Picardi, "La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici", *Atti Perugia*, p. 34.

⁶³ Nelle *Riflessioni riassuntive e finali* al seminario perugino sulla responsabilità del giudice, Pugliese, G., osservava: "alla responsabilità civile verso la parte danneggiata non bisogna attribuire la funzione di indurre o ricondurre il giudice all'osservanza dei suoi doveri d'ufficio; molto più adatta a questo fine la responsabilità disciplinare, purchè non vi interferiscano in modo decisivo organi governativi, parlamentari o di partito" (in *Atti Perugia*, p. 629). Cfr., altresì Cappelletti, M., "Who Watches the Watchmen?". A comparative Study on Judicial Responsibility", *op. cit.*, p. 47.

⁶⁴ Cfr., art. 505 Code proc. civ. franc., modificato dalla loi 7 février 1933. Cfr., Henry, A., "La responsabilité des magistrats en matière civile et pénale, in *Dalloz*, 1933, Chron., p. 97.

⁶⁵ Cfr., per tutti, Perrot, R., *Institutions judiciaires*, Paris, 1983, (2ª ed., 1986), spec. nn. 47 e 71, pp. 58 e 87 ss. (quando non altrimenti detto, le citazioni si riferiscono alla 2ª edizione), e Vincent, J., G. Montagnier e A. Varinard, *La justice et ses institutions*, Paris, 1982, spec. n. 477, pp. 497 ss. Quanto alla letteratura italiana, cfr., in proposito; Ferrarese, M.R., "Potere politico e Magistratura: il caso francese, in *Queste Istituzioni*, 1978, n. 24, pp. 1 ss.

⁶⁶ Roland, H., e L. Boyer, *Institutions judiciaires*, Lyon, 1980, p. 27. In partico-

In secondo luogo, la riscoperta, nel xx secolo, della responsabilità per colpa —dormiente fin dalle *Ordonnances* del xvi secolo— è avvenuta "sous le signe de la profession".⁶⁷ Ma il concetto di professione non è univoco. In Francia l'ideologia della professionalità —compressa dall'individualismo del secolo precedente— ha travalicato i confini delle tradizionali professioni liberali per ricomprendere non solo le attività economiche e tecniche, ma anche i pubblici funzionari. E' risultato determinante l'influsso del pensiero sociologico,⁶⁸ secondo cui tutti sono "funzionari della società", ed ogni funzione è una funzione sociale. Determinando rapporti di interferenza reciproca, la diffusione dei modelli deontologici, da un lato, ha bloccato le tentazioni di un ritorno ai privilegi delle antiche corporazioni, e, dall'altro, ha permesso l'intervento dello Stato, organizzatore di servizi. In tale contesto, l'introduzione del concetto di "professionalità" del giudice non poteva avere lo scopo di avvicinare la posizione del magistrato a quella del libero professionista, ma, al contrario, quella di legarla, sempre più, alla posizione del pubblico funzionario.

L'estensione della responsabilità del giudice al caso della colpa grave si ispira, quindi, ad un ideale di uguaglianza fra funzionari, che non tollera una situazione di privilegio del giudice. D'altra parte, i criteri —stabiliti casuisticamente dalla giurisprudenza— hanno mirato ad alleviare, e non ad aggravare, i più rigidi standards della responsabilità comune: la "faute lourde" è relativa a casi di colpa ingiustificabile, in quanto debordano dal *cadre professionnel*, e pertanto sono imputabili unicamente all'agente.⁶⁹

Nel contesto italiano, la proposta di introdurre la responsabilità del giudice per colpa, ventilata dalle forze politiche, è unicamente il sintomo della loro impotenza di controllare i giudici. Tale idea —anche se non è priva di risvolti suggestivi— sembra ricollegarsi, oggi, ad un disegno politico viziato da una grande illusione: e cioè che il nostro

lare si veda, in proposito, Lagneaudeville, A., "Influence du pouvoir executif sur les prérogatives du juge en France, sous la V^e République", in *Fonction de juger, et pouvoir judiciaire*, op. cit., pp. 469 ss.

⁶⁷ Josserand, L., "La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession", *Chr. Dalloz*, 1939, VIII, p. 28.

⁶⁸ Appare determinante, sotto tale profilo, il pensiero di E. Durkheim; cfr., Andriani S., "Amministrazione e sindacato in E. Durkheim", op. cit., pp. 498 ss.

⁶⁹ Su questo aspetto insiste Josserand (op. cit., p. 31): "c'est à l'occasion et en vue d'une atténuation pure et simple de la responsabilité de l'agent, par rapport au droit commun ou au gabarit spécial adopté pour la profession, que le législateur ou surtout la jurisprudence ont recours à la *culpa lata* qui, seule et à l'exclusion de la faute simple, engage alors la responsabilité de son auteur".

istituto sia uno strumento neutrale, manipolabile per un fine rispetto al quale è strutturalmente inidoneo.

c) Negli anni '70, in Francia, è stata, infine, introdotta la regola, apparentemente rivoluzionaria, della responsabilità dello Stato-giudice,⁷⁰ Si è affermato, in via di principio, che "lo Stato è tenuto a risarcire i danni derivati dal funzionamento difettoso del servizio della giustizia",⁷¹ ma, poi, si è finito con il limitarne l'applicazione ai soli casi di "faute lourde" e "déli de justice" del giudice. In concreto, dichiarazioni di principio a parte, il meccanismo della *prise à partie* è stato sostituito⁷² da un'azione diretta contro lo Stato per il risarcimento dei danni: "lo Stato garantisce le vittime dei danni derivanti da *fautes personnelles* dei giudici e degli altri magistrati, salvo rivalersi contro questi ultimi".⁷³

Il principio della responsabilità diretta dello Stato-giudice e della rivalsa (*c.d. action récursoire*) nei confronti del giudice si pone in una linea di continuità con il modello francese⁷⁴ e nella logica, quindi, del passaggio dal "pouvoir judiciaire" al "service public de la justice".⁷⁵ La responsabilità civile ha un valore meramente ausiliario rispetto ad una responsabilità disciplinare del giudice di impronta tradizionale, che offre ancora all'esecutivo la possibilità di esercitare pregnanti condizionamenti.⁷⁶ E' ragionevole, pertanto, attendersi che —come già avviene per gli altri pubblici funzionari— il potere esecutivo privilegerà la via disciplinare ed eserciterà il diritto di rivalsa nei confronti del giudice solo in casi particolari, quale ulteriore rafforzamento della sanzione dis-

⁷⁰ Ci si riferisce all'art. 11 della *loi 5 juillet 1972 n. 72-626*, divenuto articolo L. 781-1 del *Code de l'organisation judiciaire* l'art. 11-1 dello *Statut de la Magistrature*, aggiunto con le *loi org. 18 janvier 1979 n. 79-43*. Per tutti, *cf.*, R. Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, n. 79, p. 95 e, nella letteratura italiana, Vita, A. de, "La responsabilità civile", *op. cit.*, pp. 60 ss. e 81 ss.

⁷¹ Art. 11, comma 1, *loi n. 72-626, cit.*, e Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, n. 80, p. 96.

⁷² L'art. 16 della citata *loi n. 72-626* dispone, peraltro, che la disciplina sulla *prise à partie* si continui ad applicare in via temporanea.

⁷³ Art. 11, comma 3, *loi n. 72-626, cit.* Si veda anche l'art. 11-1 dello *Statut de la Magistrature* che prevede, in proposito, la competenza di una delle sezioni civili della Corte di Cassazione. *Cfr.*, Perrot, *op. cit.*, n. 79, p. 95. Tuttavia, la responsabilità dello Stato sussiste solo nei casi di "faute lourde" o di "déli de justice" (art. 11, comma 1, *loi 72-626, cit.*).

⁷⁴ "Mais, si cette évolution est techniquement heureuse, elle tend à atténuer tout distinction entre la fonction judiciaire et la fonction administrative. Le magistrat est placé dans la même situation qu'un fonctionnaire ordinaire de l'administration", Vincent, J., G. Montagnier e A. Varinard, "La justice et ses institutions", *op. cit.*, n. 496, p. 528.

⁷⁵ *Cfr.*, *infra*, n. 103.

⁷⁶ Perrot, R., "Institutions judiciaires", *op. cit.*, nn. 359, pp. 374 ss.

1960

ALESSANDRO GIULIANI - NICOLA PICARDI

ciplinare. In definitiva, la legislazione francese degli anni '70 mira a conciliare due opposte esigenze: da un lato, continuare e completare l'opera di assimilazione del giudice al pubblico funzionario; dall'altro, offrire al cittadino una tutela nei confronti degli abusi del giudice.⁷⁷ La copertura dei rischi è il prezzo che lo Stato paga per continuare a mantenere sotto controllo la magistratura.⁷⁸

L'innesto nella realtà italiana del principio della responsabilità diretta dello Stato e conseguente rivalsa nei confronti del giudice, nella versione francese, costituirebbe il segnale di un ritorno alla concezione gerarchico-burocratica della magistratura, anche perchè la non obbligatorietà della rivalsa finirebbe per costituire un terreno di ingerenze da parte dell'esecutivo, e quindi, una minaccia per l'indipendenza della magistratura.⁷⁹ Il che non esclude che la responsabilità diretta dello Stato si possa diversamente configurare; e, a questo proposito, rilevante appare l'impostazione seguita, di recente, del legislatore spagnolo. Il problema della responsabilità dello Stato —attratto nella più ampia prospettiva dell'errore giudiziario— finisce per garantire una tutela effettiva anche nel caso di danni provocati dal "funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia": indipendentemente, cioè, dal dolo o dalla colpa del magistrato.⁸⁰

⁷⁷ Cappelletti, M., "Who Watches the Watchmen?", *op. cit.*, p. 45.

⁷⁸ Vigoriti, V., *op. cit.*, p. 58. Non a caso soluzioni sostanzialmente analoghe, a quelle adottate dal legislatore francese, si riscontrano in altri ordinamenti nei quali il giudice è un funzionario integrato nello Stato-apparato.

Cfr., ad esempio, Broniewicz, W., "La responsabilité du juge dans le droit polonais", in *Atti Perugia spec.*, pp. 116, ss., che chiarisce come, nel diritto polacco, lo Stato sia responsabile nei confronti del danneggiato e, dopo la riparazione del danno da parte dello Stato, questo abbia diritto di rivalersi sul giudice colpevole. Nel caso di colpa, la rivalsa non può eccedere lo stipendio del giudice di un trimestre; nel caso di dolo, il giudice risponde, invece, dell'intero danno, nei confronti dello Stato.

⁷⁹ In tal senso è stato, infatti, interpretato l'art. 10 del già citato *progetto Rogroni*. Cfr., per tutti, il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura* del 3 febbraio 1987, § 10.

⁸⁰ L'art. 121 della Costituzione spagnola pone a carico dello Stato i danni provocati sia dall' "error judicial" che dal "funcionamento anormal de la Administración de la Justicia". In applicazione di tale precetto, la *ley organica de 1 de julio 1985/6* sul *Poder judicial*, agli artt. 292 e ss., prevede tre titoli di responsabilità dello Stato e precisamente: 1) l'errore giudiziale; 2) il funzionamento anormale dell'Amministrazione della giustizia, salvo il caso di forza maggiore (art. 292); 3) la carcerazione preventiva seguita da assoluzione perchè il fatto non sussiste (art. 294) indipendentemente dal funzionamento anormale della giustizia. In questo quadro, lo Stato risponde anche dei danni provocati dal giudice con dolo e colpa grave, salvo il diritto di rivalsa ("sin perjuicio del derecho que el asiste de repetir contra los mismos", art. 296). La responsabilità dello Stato, comunque, non esclude, ma concorre con la res-

3. Valutazione delle tesi della magistratura

Il discorso dei giudici sulla "nuova professionalità" o sulla "professionalità forte", è fluido al punto da impedire la ricostruzione di un corpo coerente di principi, anche se traspare la tentazione del modello di un ordine professionale elitario, basato sulla responsabilità disciplinare interna. Il topos della professionalità risulta compatibile con i temi più disparati: non solo culturali ('standards di professionalità', 'valorizzazione della professionalità') ma anche etici ('deontologia professionale', 'onestà professionale'). L'osservatore esterno potrebbe ricavare l'impressione di un loro prevalente legame con problemi organizzativi: come la valutazione della carriera, le qualificazioni professionali, l'assegnazione delle funzioni. Risulta, comunque, privilegiata la tesi secondo cui la professionalità è considerata di per sé portatrice di valori garantistici: viene postulata la coincidenza tra l'interesse dell'ordine giudiziario (legato ai privilegi del giudice) e l'interesse generale. Il codice deontologico troverebbe il suo momento sanzionatorio unicamente nella disciplina interna, come in un ordine professionale in cui è assente l'organizzazione gerarchica del potere.

Tale impostazione sembra richiamare recenti esperienze straniere. Sarà utile, perciò, tener presente, quanto meno ai fini di un controllo critico, soprattutto l'evoluzione del diritto statunitense, il quale offre un esempio importante di responsabilità disciplinare interna della magistratura. La fedeltà al principio tradizionale del *common law*, secondo cui i giudici sono irresponsabili civilmente di fronte alle parti (*immunity from civil liability*)⁸¹ ha, di recente, ricevuto una incisiva compensazione sul piano disciplinare. Al fine dichiarato di assicurare efficienza all'amministrazione della giustizia, il *Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980*⁸² ha introdotto, in-

responsabilità civile del giudice, che, secondo un principio risalente al diritto comune, in Spagna è tradizionalmente estesa alla colpa (cfr., per tutti, Andrés Ibáñez P., e C. Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 141 ss. e 333 ss.; Ramos Méndez, F., *Derecho procesal civil*, 3ª ed. vol. I, Barcellona, 1986 pp. 151 ss., nonché, prima della legge del 1985, Goded Miranda, M., "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia", in *El Poder Judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, vol. I, pp. 318 ss.).

⁸¹ Cfr., per tutti, Merryman, J.H., "Judicial Responsibility in the United States", in *Atti Perugia*, op. cit., pp. 274 ss.

⁸² Che ha modificato i §§ 331, 332, 333 e 372 del titolo 28 dell'*United States Code*. Cfr., il § 331 in appendice a Vigoriti, V., op. cit., pp. 183 ss. Si vedano anche, pp. 91 ss., per una efficace sintesi della normativa.

Per i lavori preparatori, cfr., per tutti, Re, E.D., "Judicial independence and Ac-

fatti, un controllo disciplinare interno dei giudici, ad eccezione di quelli della Corte Suprema.

Il principio secondo cui la responsabilità disciplinare è un problema interno della magistratura è apparso conciliabile con un sistema giudiziario fondato sul modello di un giudice professionale, che proviene dall'ordine degli avvocati. La deontologia della professione legale negli Stati Uniti ha un aspetto pubblico e sociale.⁸³ Il controllo dell'immagine della corporazione è stato sempre rivendicato, con rigore, dall'ordine degli avvocati, che nel tempo ha offerto progetti di codici professionali anche per i giudici.⁸⁴

Il legislatore americano è stato restio ad intervenire in un settore in cui le regole della deontologia professionale rinviano ad "high standards of conduct", ed offrono, quindi, sufficienti margini di affidabilità. Quando è intervenuto,⁸⁵ il Congresso lo ha fatto con estrema cautela, affidandolo ad un organo di cui fanno parte solo magistrati, il *Judicial Council*, che è l'organo di autogoverno di ciascun "circuito".

Non è, però, senza rischi il trapianto di una tale forma di disciplina interna su una magistratura, come la nostra, che non affonda le sue radici nella libera professione.⁸⁶ Del resto, gli studi più recenti di sociologia hanno chiarito che l'ideologia della professionalità tende a proie-

count: bility: The Judicial Council Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980, in *Northern Kentucky Law Rev.*, vol. 8, 1981, pp. 23 ss.

⁸³ L'avvocato "è un uomo che esercita un'arte appresa, in uno spirito di pubblico servizio; nondimeno un servizio pubblico può essere un mezzo per vivere", ha scritto R. Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, St. Paul (Minnesota), 1953, p. 5.

⁸⁴ Cfr., ad es., il *Code of Judicial Ethics* (1973) proposto dagli ordini legali ('American Bar Association' ed 'American Bar Foundation') in app.a Merryman, *op. cit.*, p. 284.

⁸⁵ Le genesi del movimento che ha portato il legislatore degli Stati Uniti nel 1980 ad una così incisiva riforma va ricercata nei prototipi rappresentati dalla 'New York Court in the Judiciary' (1948) e dalla 'California Judicial Commission' (1960). Sui quali, cfr. Merryman, *op. cit.*, p. 260 e Cappelletti, "Who Watches the Watchmen?", *op. cit.*, pp. 49 ss.

⁸⁶ Nel quadro di revisione del reclutamento burocratico della magistratura, in Italia si viene, però, ponendo il problema di una formazione unitaria delle professioni legali in varie esperienze. Sul tema, cfr., la ricerca coll. *L'ordinamento giudiziario* a cura di Giuliani, A., e N. Picardi (in particolare il tomo III: 'Materiali per una riforma' [cfr., in appendice, lo *Schema di progetto di legge sull'ordinamento giudiziario* che prevede la scuola di formazione per le professioni forensi, artt. 7 ss.]). Il principio della formazione unitaria delle professioni legali — già radicato nella tradizione tedesca — ispira, inoltre, anche l'esperienza francese; cfr., il recente rapporto preliminare di una ricerca del Centro Studi e Ricerche Ordine giudiziario dell'Università di Bologna 'La preparazione delle professioni legali in Francia e nella Repubblica Federale Tedesca, a cura di G. di Federico, lit.).

ttarsi all'esterno, come *immagine*⁸⁷ della corporazione, ed a risolversi in uno strumento di potere. Il diritto disciplinare interno rischia, pertanto, di limitarsi a considerare soltanto quelle condotte che, esulando dal quadro professionale, danneggiano l'"immagine" dell'ordine e non quelle che incidono sui diritti dell'utente della giustizia.

Non vi è nessuna garanzia che l'area delle condotte contrarie al "quadro professionale" coincida *tout court* con quella del "quadro costituzionale". Qualora si affermasse la concezione dell'indipendenza del giudice, collegata a quella di una professione organizzata in corpo, sorgerebbe il pericolo che la corporazione dei giudici assuma un primato che finirebbe per rasantare la sovranità⁸⁸. I principi della legislazione finirebbero per dipendere da quelli del codice professionale della magistratura, data la connessione tra regole deontologiche e regole tecniche nell'attività giudiziaria. Si giungerebbe, così, ad una cultura giuridica chiusa, senza dialogo con il legislatore e la dottrina, e ne deriverebbe il rischio di interrompere ogni forma di comunicazione fra diritto e società.

Scendendo ai dettagli, la recente normativa americana presenta, inol-

⁸⁷ Febbrajo, A., "L'etica dell'avvocato come progetto professionale, *op. cit.*, p. 13 parla di un "generale processo di costruzione di una *immagine* più o meno corrispondente alla realtà mediante il quale ogni professione tenta di rendere socialmente accettabile il godimento di certi privilegi autoobbligandosi all'espletamento di certi doveri sociali e al superamento degli egoismi dei singoli professionisti". Sulla problematica delle professioni legate allo Stato, con particolare riferimento alla pubblica amministrazione, *cfr.*, Mahmoud, "Justice and Administrative Deviance", *cit.*, (Chapt. V: "The Profession Without Professionals: Normlessness in the Civil Service").

⁸⁸ Anche la classica analogia (Giuliani - Picardi, "La responsabilità del giudice, problemi storici e metodologici", *op. cit.*, p. 24), fra la professione del giudice e quella del medico assumerebbe oggi un significato nuovo: la ideologia della professionalità del medico appare collegata a quella di una potente corporazione, attentamente studiata dalla sociologia contemporanea Savatier, R., *L'origine et le développement du droit des professions libérales*, 'Archives de philosophie du droit', 1953-54, p. 41, con riferimenti al problema della responsabilità del medico). La latente vocazione per la extrastatalità del diritto professionale pone il difficile problema di trovare un raccordo con il diritto positivo e l'interesse generale. Infatti, i controlli del diritto disciplinare interno non sono in funzione della tutela dei diritti del cittadino, bensì della immagine della corporazione. È stato osservato come "l'impérialisme de la profession médicale" si risolve in uno strumento di potere che fa dell'utente del servizio un "citoyen diminué" (Savatier, *op. cit.*, p. 67. *Cfr.*, altresì Husson, L., "Les activités professionnelles et le droit", *Archives de philosophie du droit*, 1953-54, p. 1 ss.). Il progressivo interesse per la tutela dei diritti del malato ha messo in crisi la tradizionale concezione 'paternalistica' del rapporto medico-malato, *cfr.*, Princigalli, A., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983. Per l'interesse alla salute come parametro di valutazione dell'esatto adempimento da parte del medico, *cfr.*, Fortino, M., *La responsabilità civile del professionista, aspetti problematici*, Milano, 1984, pp. 61 ss.

tre, aspetti che il giurista continentale difficilmente riesce a condividere. Si pensi alla genericità degli illeciti disciplinari,⁸⁹ alla indeterminatezza delle sanzioni⁹⁰ e ai peculiari profili processuali.⁹¹

In definitiva, occorre non sottovalutare il diverso quadro culturale ed istituzionale nel quale si colloca la nostra magistratura rispetto a quella statunitense. Assimilazioni affrettate potrebbero incorrere nel pericolo di passare da un uso politico (o parapolitico) a quello *tout-court* corporativo del diritto disciplinare. Il che, non solo è certamente estraneo alle aspettative degli utenti della giustizia, ma pone anche seri problemi in ordine allo stesso assetto dei poteri.

III. LA VOCAZIONE DEL NOSTRO TEMPO PER LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

1. *Alla ricerca dell'identità della magistratura italiana*

Il dilemma *responsabilità-professionalità*, così come viene posto, è artificioso e strumentale in quanto mette tra parentesi l'interdipendenza tra il momento istituzionale (legato alla responsabilità e quello culturale (connesso alla professionalità)).⁹² Come abbiamo osservato,⁹³ il discorso sulla responsabilità viene utilizzato dalla classe politica per recuperare quella posizione di preminenza nell'assetto istituzionale, che appare oggi minacciata; la magistratura, invece, contrappone la problematica della nuova professionalità per legittimare gli spazi di potere conquistati. In definitiva, l'alternativa *responsabilità-professionalità*,

⁸⁹ Sono, infatti, previste due ipotesi:

a) Quando il giudice ha tenuto una condotta pregiudizievole all'efficiente e rapida amministrazione della giustizia;

b) Quando il giudice è incapace di assolvere ai doveri del suo ufficio per incapacità fisica o mentale.

⁹⁰ Possono essere applicate anche sanzioni diverse da quelle previste dall'Act del 1980; cfr., Vigoriti, "Le responsabilità del giudice", *op. cit.*, pp. 97-98.

⁹¹ Innanzitutto, ogni *Judicial Council* ha il potere di stabilire le proprie norme processuali, nel quadro dei principi fissati dall'Act del 1980. Fra questi ultimi, giova ricordare l'iniziativa attribuita a chiunque (§ 372), il carattere inquisitorio del processo, la mancanza di pubblicità del processo, la non impugnabilità della decisione. Per tutti, cfr., V. Vigoriti, *op. cit.*, pp. 95 ss., ed. *ivi* i relativi riferimenti.

⁹² Su tale connessione insiste S. Shetreet ("Judicial Responsibility", *Israeli Reports to the XI International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1982, p. 90), secondo cui tra i vari significati *Judicial responsibility also includes the functions for which judges are responsible*. Pertanto "a properly balanced and well founded analysis of judicial responsibility and accountability cannot be undertaken except against the background of judicial independence".

⁹³ Cfr., *retro*, 1, 3 e 5.

spogliata dei reciproci rapporti di connessione, viene utilizzata dalle parti in conflitto per mascherare una lotta fra poteri.

Il conflitto attuale, una volta sfrondata degli aspetti caduchi, ci appare, però, una spia rilevante per cogliere la propensione del nostro tempo per la riforma dell'ordinamento giudiziario.⁹⁴ Al di là delle frammentarie innovazioni legislative o, addirittura, delle "omissioni" del legislatore, oggi l'assetto fondamentale dell'ordinamento giudiziario, in Italia, ha subito un profondo mutamento.⁹⁵ La nostra cultura è divenuta più attenta al momento giurisprudenziale e all'opera della magistratura.⁹⁶ In questo contesto la radicalizzazione del discorso sulla responsabilità del giudice rischia, però, di rappresentare, se non un falso scopo, quanto meno un obiettivo secondario; la ricerca di nuove forme di responsabilità del giudice costituisce soltanto una tessera di un mosaico più complesso. I veri problemi solari in questa tematica sembrano diversi: dai poteri del giudice nel processo al ruolo politico-costituzionale della magistratura.

Le scelte di una strategia della riforma non dipendono, tuttavia, dalla mera indagine giuridica: la scienza può soltanto limitarsi ad indicare alcune alternative fattibili ed i costi collegati a tali opzioni; la decisione spetta al politico.

Così circoscritti gli scopi della presente ricerca, va osservato che la riforma dell'ordinamento giudiziario dovrebbe, a nostro avviso, muovere dalla constatazione che il concetto di responsabilità del giudice, come quello di indipendenza, è relativo; esso è condizionato dalla configurazione del rapporto tra il *potere giudiziario* e il *potere politico*, quanto meno nelle sue articolazioni istituzionali: governo e parlamento.

L'indagine storica ci rivela, sotto tale profilo, una contrapposizione tra la concezione classica e quella moderna.⁹⁷ Nella prima è stata privilegiata l'indipendenza *interna* del giudice, cioè nei confronti dei tito-

⁹⁴ Cfr., *Entre juge demaine*, a cura di J. P. Royer, Lille 1983; *L'ordinamento giudiziario* 3 voll., a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Rimini 1984-85, ed il progetto di Ordine giudiziario predisposto dalla Commissione ministeriale presieduta da G. Mirabelli, testo in *Legalità e giustizia*, 1986, n. 4 e relazione, ivi, 1987, n. 1.

⁹⁵ Pizzorusso, A., "La responsabilità del giudice nel quadro del modello italiano di ordinamento giudiziario, *op. cit.*, p. 385, il quale ha evidenziato che le innovazioni vengano introdotte, non tanto attraverso parziali riforme legislative, quando mediante decisioni giurisprudenziali e prassi del C.S.M.

⁹⁶ Cfr., per tutti, Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, e Orru, G., "Richterrecht", già cit.

⁹⁷ Sui vari modi con cui storicamente si è venuta configurando la responsabilità del giudice cfr., A. Giuliani - N. Picardi, "La responsabilità del giudice: modelli storici e comparativi", in *Atti Perugia. op. cit.*, pp. 3 ss.

lari del potere politico: tale indipendenza veniva però bilanciata da un controllo esterno, rappresentato dalla sua responsabilità professionale del magistrato nei confronti delle parti (si pensi all'istituto del sindacato). Nelle concezioni moderne è, invece, posto l'accento sull'indipendenza *esterna* nei confronti dei cittadini, cui corrisponde un controllo interno, costituito da pesanti condizionamenti disciplinari e paradisciplinari: il giudice funzionario ha però goduto, come contropartita, del privilegio dell'immunità da ogni responsabilità (eccettuato il caso limite del 'dolo') nei confronti della parte (*Richterprivileg*).

Si comincia oggi a parlare di un modello italiano di ordinamento giudiziario con caratteri originali sia rispetto al modello francese che a quelli anglosassoni.⁹⁸ Ma non è facile ricostruire l'identità della magistratura italiana, indecisa fra le sue due anime: il modello professionale proprio della tradizione di diritto comune, ed il modello burocratico desunto da legislazioni straniere. Il trapianto — nel corso del XIX secolo — di uno schema di organizzazione giudiziaria di tipo francese⁹⁹ ha rappresentato per la nostra cultura giuridica un evento traumatico: in assenza dei valori e dei temperamenti, pur presenti nella legislazione napoleonica, ne è risultata una versione forte, ma precaria. La memoria storica ci indica che il modo di pensare dei nostri giudici, ancora alla fine del secolo, era quello del diritto comune europeo, prima dell'età della codificazione. Solo all'alba di questo secolo, l'anima del diritto comune è sembrata soffocata da due fenomeni convergenti: da un lato, la cultura giuridica, attraverso la strategia dell'"alleanza fra la scienza giuridica e la legislazione"; dall'altro lato, la riforma dell'ordinamento giudiziario con la legge Orlando del 1908: essa prometteva garanzie, ma in cambio pretendeva "disciplina di ferro".

In effetti, il controllo del giudice attraverso la via disciplinare e paradisciplinare costituisce lo strumento elettivo per ridurre ad impersonale e burocratico il suo modo di operare, per rendere "nullo" il suo potere;¹⁰⁰ il corpo dei magistrati viene ridotto ad apparato "servente" del "potere", identificato — a seconda dei diversi momenti storici — nel legislativo o nell'amministrativo.

⁹⁸ Così Pizzorusso, "La responsabilità del giudice", *op. cit.*, p. 386; Vigoriti, "Il problema della responsabilità del giudice tra modelli di common law e modelli continentali", *op. cit.*, p. 435) parla di una fase di transizione caratterizzata da una fase di "totale confusione".

⁹⁹ Giuliani-Picardi, "La responsabilità del giudice: dallo Stato liberale allo Stato fascista", in *Atti Perugia*, *op. cit.*, pp. 505 ss.

¹⁰⁰ Sul potere "nullo" dei giudici, *cf.*, di recente, il dibattito svolto su "Mondoperario", in particolare fra Bessone, M., "Magistratura e politica", in *Mondoperario*,

Durante il XIX ed il XX secolo si è continuato, per la verità, a definire il giudiziario come un potere autonomo, il "terzo potere"; ma ormai era solo suggestione di una terminologia risalente. Nella tradizione giuridica continentale la magistratura non costituiva più¹⁰¹ una di quelle sedi che detengono ed esercitano il "potere", nel senso weberiano di dominio (*Herrschaft*).¹⁰² Non si trattava tanto di una "sterilizzazione politica" del giudice,¹⁰³ quanto di un'operazione diretta ad inglobarlo fra i "governanti", in contrapposizione ai "governati". Utilizzando la terminologia della più recente pubblicistica,¹⁰⁴ potremmo parlare, con riferimento alla prima metà del XX secolo, di una magistratura inquadrata nello *Stato-apparato*¹⁰⁵ e ricompresa, pertanto, nell'organizzazione

1984, n. 1; Tarello, G., "Chi ci salverà dal governo dei giudici?", *ibid*, n. 3, p. 28, e Senese, S., "Crisi della giustizia e crisi della democrazia", *ibid*, n. 6-7, p. 22.

¹⁰¹ Con riferimento ad epoche precedenti si riscontrano, invece, posizioni di potere "effettivo" dei giudici. Cfr., Gorla, G., e F. Roselli, "Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI ed i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto albertino, in *Foro it.*, 1986, V, coll. 93 ss., ed *ivi*, alla col. 95, la distinzione fra "potere dei giudici" e "potere giudiziario". Un'ampia sintesi di questo studio è inserita fra le comunicazioni al Convegno Nazionale (Roma, Accademia dei Lincei, 20-22, marzo 1985), su *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, a cura di G. Piva, Padova, 1986, pp. 93 ss.

¹⁰² Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 (trad. it. G. Giordano), Milano, 1980, vol. III, spec. pp. 10 ss e 130 ss.

¹⁰³ Per usare l'espressione di Tarello, G., "Orientamenti della Magistratura, del giurista interprete e del la dottrina sulla funzione politica", in *Politica del diritto*, 1972, p. 461. Tale studio è stato successivamente riprodotto nel capitolo finale del volume del Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1984.

¹⁰⁴ Crisafulli, V., "La sovranità popolare nella costituzione italiana", in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, vol. I, Padova, 1957, p. 420, osserva che la distinzione di cui alla nota seguente si è affermata nel clima culturale del secondo dopoguerra, anche se le sue origini risalgono alla dottrina tedesca dell'inizio del secolo. Per un'ampia bibliografia, cfr., da ultimo, Grossi P. F., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Roma (in corso di stampa), cap. IV.

¹⁰⁵ In effetti, si è progressivamente affermata la convinzione che la parola Stato copre due distinti contenuti concettuali (cfr., per tutti, Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, 2 ed., I, Padova, 1970, pp. 80 ss., anche per una prospettiva storica; Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, pp. 46 ss., e Sandulli, A., *Manuale di diritto amministrativo*, 14 ed., Napoli, 1984, p. 5).

Al di là delle differenze terminologiche, sarà quindi sufficiente ricordare che, innanzitutto, lo Stato, assunto in senso stretto, viene riferito al complesso degli organi "governanti" e, quindi, alle attività che fanno capo all'organizzazione dominante. Si parla, in questa prima accezione, di *Stato-apparato* ovvero di *Stato-governo* (oppure di *Stato-persona*, limitatamente a quei sistemi che, come il nostro, conferiscono al complesso medesimo la personalità giuridica).

Lo Stato in senso lato ricomprende, invece, non solo i "governanti" ma anche i "governati", cioè non si risolve in una sola unitaria organizzazione, ma comprende più organizzazioni spesso distinte fra loro: lo Stato è l'intera collettività organizzata,

dominante.¹⁰⁶ Nella misura in cui il "potere giudiziario" risultò una mera articolazione del potere legislativo o di quello esecutivo si innescò quel processo di declarassamento¹⁰⁷ che ha trovato, nel tempo, la sua logica conclusione nel passaggio dal *pouvoir judiciaire* al *service judiciaire*.¹⁰⁸

Lo specifico del caso italiano, in questo secondo dopoguerra, sembra, invece, rappresentato dal recupero di un effettivo "potere giudiziario" da parte della magistratura,¹⁰⁹ accompagnato da un'operazione di "sgan-

Questo secondo concetto viene di solito indicato con le espressioni *Stato-comunità*, se si intende porre l'accento piuttosto sull'elemento personale e *Stato-ordinamento*, se si vuole, invece, insistere sul sistema di norme espresse dall'intera collettività organizzata. Si tratta, però, soltanto di due aspetti di una medesima realtà: lo *Stato-istituzione* in senso ampio. (Cfr., per tutti, Grossi, *I diritti di libertà cit.*, e, in genere, coloro che si ispirano ad un istituzionalismo, quanto meno implicito. La dottrina che muove da rigorose premesse normativistiche sarà, invece, portata a risolvere l'intero fenomeno tout court nello *Stato-ordinamento*).

¹⁰⁶ In effetti, la funzione giudiziaria —al pari della funzione legislativa e di quella amministrativa— sono state considerate attribuzioni diverse di un unico apparato di governo (cfr., per tutti, Crisafulli, "La sovranità popolare", *op. cit.*, p. 417).

¹⁰⁷ In effetti, tale linea di tendenza, sostanzialmente centrata sullo Stato burocratico (*Beamtenstaat*) e sul primato dell'esecutivo, si coglie soprattutto nella dottrina tedesca. Già con Haenel (*Studien zum deutschen Staatsrechte*, II, *Die organisatorische Ent wicklung der deutschen Reichsverfassung. Das Gesetz in formellen und materiellen Sinne*, Leipzig 1888, pp. 275 ss), la tradizionale tripartizione dei poteri finisce per risolversi nella bipartizione legislazione-amministrazione, mentre la giurisdizione viene declassata ad un "compito" (*Aufgabe*) particolare dello Stato, al quale è preposto uno specifico apparato, l'amministrazione della giustizia. Successivamente, con A. Merkl (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, pp. 213 ss.), e H. Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, p. 201), viene operata la identificazione fra processo e procedimento amministrativo, svalutando il carattere dialettico e contraddittorio del primo (cfr., Picardi, N., *La dichiarazione di fallimento, dal procedimento al processo*, Milano, 1974, pp. 158-159), e giungendo così alla conclusione che i due tipi di attività designati: potere giurisdizionale e potere esecutivo "non sono funzioni essenzialmente distinte" (Kelsen, *op. cit.*, p. 278). Di recente, sostanzialmente nella stessa linea, si ricordi, per tutti, nella dottrina tedesca, Luhmann, cfr., retro, § 3 e, nella dottrina italiana, A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, 2 ed., Torino, 1985, p. 7.

¹⁰⁸ Nella dottrina francese, la tesi del terzo potere —ancora sostenuta da Carre' de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, Paris, 1920, pp. 769 ss.—, venne, successivamente, abbandonata da M. Hauriou (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1966, pp. 380 ss.), e da L. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, I, Paris, 1921, p. 687. Per più ampi riferimenti, cfr., R. Charvin, *Justice et politique evolution de leurs rapports*), Paris, 1968, pp. 175 ss. Oggi si è pervenuti a sostituire al "pouvoir" l'"autorité" giudiziaria e ad inquadrare il fenomeno nel "service public de la justice" (Perrot, R., *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, nn. 47 e 48, pp. 58 ss.).

¹⁰⁹ Cfr., Denti, V., *Il potere giudiziario in Attualità e attuazione della costituzione*, Bari, 1979, pp. 173 ss., nonché Rigano, F., *Costituzione e potere giudiziario*.

ciamento” della stessa dallo *Stato-apparato*. Si tratta, per la verità, di un fenomeno ancora latente; del resto, è stato esattamente osservato¹¹⁰ che, in questi, settori, i passaggi da un modello ad un altro sono gradualisti, spesso sotterranei ed insensibili. Al momento non mancano tuttavia, indizi —se si vuole frammentari, ma certamente significativi— della tendenza della magistratura a non riconoscersi più nell'apparato di governo ed a collocarsi in una posizione di piena indipendenza rispetto a coloro che detengono il potere politico. Le suggestioni dei modelli anglosassoni¹¹¹ non sono forse estranee al superamento del modello burocratico ed al recupero di una concezione professionale del giudice. Ma probabilmente¹¹² è proprio la memoria storica che potrebbe spiegare la recente evoluzione della magistratura italiana: come se l'anima del diritto comune abbia continuato a reggere dalla tomba la coscienza collettiva dei giudici, dal timido proclama di Trani del 1903 fino ai discorsi odierni sulla nuova professionalità.

2. Quale processo

Le espressioni “potere giudiziario” e “potere del giudice” restano, peraltro, ancora nozioni confuse, fino a quando non si scenda all'analisi dei singoli “poteri” del giudice nel processo.¹¹³ Del resto, non è sufficiente contestare lo schema burocratico. Da un lato, l'*anonymous bureaucratic character* —per usare una espressione di Friedmann¹¹⁴— è un modo di pensare, è un fatto culturale che ha prolungamenti a più livelli e caratterizza la stessa struttura del processo. D'altro lato, la nozione di professionalità del magistrato assume concretezza solo attraverso una determinazione dei poteri del giudice nel processo per quanto si riferisce sia alla prova dei fatti che all'applicazione della legge.

Padova, 1982, per analitico esame dei lavori preparatori della Costituzione. Da ultimo, cfr., Bartole, S., *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1984, pp. 721 ss.

¹¹⁰ Crisafulli, *Lezioni*, op. cit., I, p. 81.

¹¹¹ Cfr., retro, § 6.

¹¹² Pizzorusso, “La responsabilità del giudice nel quadro del modello italiano di ordinamento giudiziario”, op. cit., pp. 386 ss., ritiene che la principale differenza fra modello anglosassone e modello italiano consista nella indipendenza interna che, da noi, è realizzata attraverso la valorizzazione del principio del giudice naturale e mediante la struttura pluralistica del C.S.M., mentre, nei modelli anglosassoni, l'indipendenza è basata non su garanzie giuridiche, ma su regole sociali sentite come inderogabili.

¹¹³ Fabrini, G., “Potere del giudice (diritto processuale civile)”, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 721.

¹¹⁴ Friedmann, W., *Legal Theory*, 5° ed., New York, 1967, p. 532.

Tornano così motivi dominanti nella nostra cultura giuridica: fino alla fine del XIX secolo l'ordinamento giudiziario costituiva il capitolo introduttivo dei trattati di procedura. L'idea che ordinamento giudiziario e processo costituissero filiazione di una comune razionalità, anzi due aspetti di uno stesso fenomeno, fu scolpita nella fortunata metafora di Pellegrino Rossi, secondo cui la relazione poteva essere porificata a quella fra una macchina in riposo ed una macchina in movimento, ossia tra il momento statico e quello dinamico dell'esperienza giuridica.¹¹⁵ La rinnovata sensibilità dei reciproci condizionamenti fra potere del giudice e strutture processuali,¹¹⁶ non ha trovato risvolti nell'ideologia della nostra magistratura che ci appare ancora carica di ambiguità: i mutamenti in atto nei riguardi delle istituzioni giudiziarie sembrano rimasti, per lo più, incidenti senza conseguenze al livello del processo.

Al di là delle differenti articolazioni (si pensi, soprattutto, al divario esistente fra schemi processuali civili, penali ed amministrativi), il processo sembra presentare, in effetti, due alternative di fondo, le cui radici vanno probabilmente ricercate negli opposti modelli dell'*ordo iudiciarius* medioevale¹¹⁷ e del *processus* moderno.¹¹⁸ Potremmo sintetizzare tali contrastanti filosofie della procedura, riconducendole a due differenti nozioni di "ordine": l'ordine "isonomico" e l'ordine "asimmetrico".¹¹⁹

a) A partire dall'età moderna, in Europa continentale, gli schemi processuali hanno finito per essere impostati su un ordine "asimmetrico". Il processo ha assunto una netta colorazione pubblicistica; è stato concepito come un meccanismo pilotato da un giudice funzionario dotato di ampi poteri, che lo pongono in una posizione privilegiata rispetto alle parti, ma che, in compenso, ne postulano lo stretto controllo da parte dello Stato-apparato. Il magistrato agisce secondo una logica burocratica; la sua attività è prevedibile e fungibile.

¹¹⁵ Ricordata ancora da Bordeaux, R., *Philosophie de la procédure civile, memoir sur la réformation de la justice*, Evreux, 1957, p. 117.

¹¹⁶ Cfr., le osservazioni di Denti, V., "Dottrine del processo e riforme giudiziarie", in *Riv. dr. proc.*, 1981, pp. 230-231.

¹¹⁷ La problematica medioevale degli *iura naturalia* nel processo sembra persistere anche in istituti del diritto processuale ibero-americano, quale l'*amparo*, al quale ha dedicato importanti contributi il maestro a cui è dedicato questo saggio Fix-Zamudio, H., *El juicio de amparo*, México, 1964).

¹¹⁸ Sul passaggio dalla nozione di *ordo iudiciarius*, propria della procedura medioevale, a quella moderna di *processus*, inteso come fenomeno burocratico, e sui rispettivi modelli di razionalità cfr., Picardi, N., "Du "iudicium" au 'processus', in *Melanges Ignatawicz (in corso di stampa)*; *Id.*, *Processo civile, (Storia diritto moderno)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 117.

¹¹⁹ Giuliani, A., "Ordine isonomico e ordine asimmetrico Nuova retorica e teoria del processo", in *Sociologia del processo*, 1986, pp. 86 ss.

A monte di questo fenomeno vi è, in effetti, uno degli avvenimenti più traumatici nella storia della procedura continentale: l'appropriazione, da parte del principe, dell'*ordo iudiciarius*.¹²⁰ Il *processus* in senso moderno —soprattutto nelle sue varianti accentuatamente inquisitorie— ha costituito il primo ed il più vistoso risultato dell'affermazione della statualità del diritto e della procedura. Le regole processuali dettate dal legislatore hanno finito per essere considerate le sole garanti della legittimità della decisione, nel senso della *Legitimation durch Verfahren*.¹²¹

Non possiamo in questa sede approfondire le cause che hanno incoraggiato, nella nostra era, l'aumento dei poteri del giudice; certo è che la stessa scienza giuridica raramente¹²² ha messo in discussione una filosofia del processo "asimmetrico", costruito come fenomeno burocratico ed ha contribuito a fare del giudice il "signore del processo"¹²³ ed il "signore della prova".¹²⁴

b) Nella nostra esperienza contemporanea non mancano, però, alcuni sintomi —anche se ancora incerti e timidi— di un recupero dei fondamentali valori "isonomici" del processo, nel senso del *due process*.¹²⁵

¹²⁰ Picardi, N., "Les racines historiques et logiques du code de procédure civile", in *Filosofia e Scienza della legislazione*, a cura di A. Guiliani e N. Picardi, in *L'educazione giuridica*, V, 1987 (in corso di stampa).

¹²¹ Luhmann, L., *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975. D'altra parte, si aggiunga che anche la teoria del processo come "fenomeno di riduzione della complessità" —collegata all'idea della "legittimazione attraverso il processo" e alla concezione dell'attività normativa del giudice sulla base di *Konditional-programme* offerti dal legislatore (in tema cfr., G. Orru, "Richterrecht", *op. cit.*, 41)—, finisce per rinviare ad un giudice concepito come *homo burocraticus* e ad un processo costruito come meccanismo manovrabile dal giudice funzionario.

¹²² Secondo F. P. Comoglio ("Direzione del processo e responsabilità del giudice", in *Studio Liebman*, I, Milano 1979, pp. 478 ss., ed ivi ampia bibliografia), ausi si tratterebbe ormai di un "punto fermo". In tema Cfr., Rodríguez U. J., *Autoidad del juez y Principio Dispositivo*, Valencia, 1968.

¹²³ Fabbrini, G., *Poteri del giudice*, *op. cit.*, p. 744.

¹²⁴ Nigro, M., "Il giudice amministrativo 'signore della prova'", in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano, 1968, e già in "Foro it", 1967, V, pp. 9 ss.

¹²⁵ Vigoriti, V., *Garanzie costituzionali del processo civile, Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, 1973. Si veda anche Rt. Lord Denning, *The Due Process of Law*, London, 1980.

La ricerca sociologica ha, d'altra parte, evidenziato che, nella civiltà giuridica anglosassone, fondamentale è l'idea della procedura collegata ai valori del "*due process*": "gli atti procedurali... non stabiliscono quello, che la gente deve fare o non deve fare, ma quello che a livello istituzionale è la procedura appropriata per stabilire e far rispettare i diritti o con riferimento alle istituzioni, per stabilire e far rispettare i doveri. L'importanza della procedura nella nostra tradizione giuridica è quindi evidente", Parsons, "La prospettiva sociologica", *op. cit.*, p. 105.

o, se si preferisce, della *natural justice*.¹²⁶ Innanzitutto, la larga diffusione dello stato d'animo collettivo al fenomeno "amnesty international" sembra rappresentare il segno di una rinnovata sensibilità per i significati etici e politici, prima ancora che giuridici, delle garanzie processuali. Non meno rilevante è, poi, l'interesse comparativo per le esperienze basate sull'*adversary system* e, in genere, per gli schemi processuali anglosassoni.¹²⁷

Il canale privilegiato attraverso il quale il nostro processo potrebbe arricchirsi dei principi di *fairness*¹²⁸ sembra, però, rappresentato dalla progressiva rilevanza della giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Esse hanno assunto il ruolo di cerniera culturale e di mediazione fra gli ordinamenti processuali continentali e quelli anglosassoni¹²⁹ e potrebbero costituire un fattore non trascurabile per l'"Isonomizzazione" del processo. Nella giurisprudenza di Strasburgo si coglie, in effetti, lo sforzo di delineare la nozione di *processo equo* come risultante di una serie di garanzie (fra le quali, l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza delle armi¹³⁰ che vengono ad assumere valenze finora inedite nella nostra giurisprudenza¹³¹ e potrebbero costituire, domani, il fulcro di una diversa concezione del processo. In questo quadro significativa appare la circostanza che, negli ultimi tempi, si riaccenda —soprattutto nell'ambito della nostra magistratura—¹³² il dibattito sulla funzione garantistica del giudice. La formula

¹²⁶ Per usare l'equivalente, peraltro parziale, in uso nella letteratura inglese, *cfr.*, per tutti, Jackson, P., *Natural Justice*, London, 1973.

¹²⁷ Tarulfo, M., *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979, e Abraham, H. J., *The judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, 5^o ed., New York, Oxford, 1980.

¹²⁸ Stein, P., e J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (trad. it. A. Maccioni), Milano, 1981, p. 114.

¹²⁹ Chiavario, M., *Processo e garanzia della persona* 3^a ed., II, Milano, 1984, pp. 2 ss., nonché Picardi, N., "Du procès oral au procès équitable", in *Acta Universitatis Lodzianensis*, 1983, 12, pp. 88 ss.; *Id.*, "I processi speciali", in *Riv. dr. proc.*, 1982, pp. 704 ss.

¹³⁰ *Cfr.*, per tutti, i numerosi contributi contenuti nel volume *L'eguaglianza delle armi nel processo civile*, Atti del Convegno di Parma del 10 dicembre 1976, in "Studi Parmensi", XVIII, Milano 1977, nonché M. De Salvia, "Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della commissione e della Corte Europea dei diritti dell'uomo", in *Riv. it. dr. e proc. pen.*, 1979, pp. 1403 ss., 1980, pp. 93 ss.

¹³¹ *Cfr.*, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale italiana*, a cura di G. Biscottini, Milano, 1981.

¹³² *Cfr.*, nell'ambito della magistratura, gli Atti del VI Congresso Nazionale di Magistratura Democratica su *Poteri e giurisdizione*, già *cit.* e, in essi, specialmente Borre', G., *Crescita del ruolo giudiziario: prospettive e problemi. Cultura della*

del "garantismo" oggi tende, in effetti, a riempirsi di significati almeno parzialmente nuovi.¹³³

Si impone, in effetti, la necessità di rivisitare i concetti tradizionali di uguaglianza, di contraddittorio e di oralità che colorano, in guise diverse, il modo di concepire la neutralità e l'imparzialità del giudice.¹³⁴ Le istituzioni processuali basate sull'ordine "isonomico" —dall' *ordo iudiciarius* medioevale alla procedura inglese—¹³⁵ ci rivelano il ruolo di un giudice neutrale, ma non passivo. E' stato esattamente rilevato che le stesse garanzie sovranazionali non hanno inteso escludere una funzione attiva del giudice, ma hanno soltanto contribuito a precisare che l'eventuale previsione di una tale funzione non deve andare a scapito della "possibilità per le parti di dare tutto l'apporto costruttivo e critico di cui possono essere portatrici".¹³⁶

Le regole di procedura hanno, anche e soprattutto, una funzione "compensativa" rispetto alle diverse ineguaglianze; si pensi, all'ineguaglianza tra i governati e i governanti, tra il cittadino ed i suoi giudici, tra la difesa e l'accusa, tra il convenuto e l'attore.¹³⁷ L'osservanza delle regole di procedura proprie di un ordine "asimmetrico" non è sufficiente, in quanto può celare forme di abuso del processo. Il *processo equo* va inteso non soltanto come garanzia di legalità, ma soprattutto come garanzia di giustizia. Sarebbe assurdo parlare di "giusta" appli-

giurisdizione e cultura dell'autogoverno, pp. 207 ss., e gli Atti del XVIII Congresso Nazionale dei Magistrati italiani su *Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini*, già cit. e, in essi, in particolare, le relazioni di V. Accattatis, pp. 44 ss., di G. Caliendo ed altri, pp. 80 ss., di E. Ferri, pp. 115 ss.

¹³³ Si è parlato, in proposito, di neo-garantismo. Cfr., Denti, V., "Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo", in *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1984, p. 729.

¹³⁴ Fazzalari, E., "La imparzialità del giudice", in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, pp. 337 ss.

¹³⁵ L'aumento dei poteri del giudice è, in effetti, rilevabile negli stessi sistemi basati sull'*adversary system*, ma questi hanno trovato correttivi e compensazioni. Ad esempio TH. I. Emerson ("Libertà civili, potere pubblico e democrazia: l'esperienza americana", in *AA. VV. I limiti della democrazia*, a cura di A. Baldassarre, Bari, 1985, pp. 70-85), scrive che, negli Stati Uniti, poichè erano "rafforzati da una lunga tradizione di sostegno dei diritti individuali contro l'esercizio arbitrario del potere pubblico, i tribunali si sono dimostrati una delle istituzioni americane di maggior efficacia nello sviluppo e nel mantenimento di un sistema di diritti individuali".

¹³⁶ Chiavario, M., "Processo e garanzie della persona", II, *op. cit.*, pp. 5 ss.

¹³⁷ Proprio la funzione "compensativa" della procedura giustifica la previsione di procedure speciali o, come altri preferisce, forme di tutela differenziate. Cfr., per tutti, Picardi, N., "I processi speciali", *op. cit.*, pp. 703 ss., con riferimenti bibliografici ai quali si aggiunga; Denti, V., "Il ruolo del giudice", *op. cit.*, p. 730.

cazione di una legge ingiusta.¹³⁸ Soltanto il recupero dell'autonomia del concetto di "diritto" rispetto a quello di "legge" ci permette di ristabilire una autentica dialettica legislatore-giudice e di realizzare la sintesi tra diritto ed equità.

Tali nuovi orientamenti rinviano indefinitiva, alla concezione di un giudice professionale e potrebbero essere interpretati come dei tentativi di recupero di valori non ignoti al processo comune europeo. Alla loro radice si avverte, infatti, l'eco della extrastatalità della procedura, che ha un onorevole *pedigree* nella storia della civiltà giuridica occidentale.¹³⁹ Ancora oggi i principi della procedura tendono a collocarsi al di fuori e al di sopra dello Stato-apparato: non si è ancora concluso il processo di costituzionalizzazione,¹⁴⁰ e già si va delineando un loro ripensamento in una dimensione sovranazionale.¹⁴¹

Di fronte a queste due alternative, si coglie la *grande contraddizione* dell'esperienza italiana di quest'ultimo ventennio: da un lato abbiamo assistito alla liquidazione di ogni residuo burocratico dell'organizzazione giudiziaria: dall'altro, un processo asimmetrico (disegnato per giudici-funzionari, controllati dallo Stato-apparato) è apparso compatibile con il nuovo ruolo rivendicato dalla magistratura. In tal modo il superamento degli aspetti burocratici non soltanto non ha trovato forme di compensazione, ma ha innescato una pericolosa forma di involuzione del processo, che ha favorito le ricorrenti tentazioni del *giudice-legislatore* e del *giudice-amministratore*. Il processo è apparso indirizzato ad un fine e ad un risultato. L' "emergenza", da parte sua, ha favorito nel processo penale — considerato come meccanismo di "difesa sociale" ¹⁴² — posizioni estreme che hanno trovato la loro teorizzazione

¹³⁸ P. Stein-J. Shand, "I valori giuridici", *op. cit.*, pp. 123 ss.

¹³⁹ Picardi, N., "Le racines historiques et logiques du code de procedure civile", *op. cit.*, § 2.

¹⁴⁰ Cfr., per tutti, Trocker, N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974.

¹⁴¹ M. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia della giustizia del XX secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1381 ss., id., *Giustizia costituzionale sovranazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pp. 1 ss., e M. Chiavario, "Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionali sui diritti civili e politici", in *Studi Liebman, op. cit.*, II, pp. 911 ss.

La tendenza all' "internazionalizzazione" delle regole di procedura è pure evidenziata da E. Vitta, *Processo civile e diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 571, pubblicato anche nel volume *L'eguaglianza delle armi processo civile* citato. In tema cfr. già V. Gremientieri, *Le garanzie internazionali del processo civile*, in *Studi Raselli*, Milano, 1971, I, pp. 795 ss.

¹⁴² Da ultimo, per un ampio quaderno, anche storico, dei metodi inquisitori, si veda, per tutti, Cordero, F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, pp. 43 ss.

nell'ideale del c.d., processo forte, del processo come strumento di lotta contro qualcuno e contro qualcosa.¹⁴³ Ma neppure la procedura civile va immune dalle tentazioni di un uso politico e sociale del processo, quando lo si configura *tout-court* come strumento di politica sociale.¹⁴⁴ Il legislatore, più o meno consapevolmente, ha finito per favorire tali tendenze: la patologia della legislazione rischia di risolversi nella patologia della giurisdizione.

3. *Quale giudice*

I limiti della presente indagine impediscono di approfondire le cause delle ambiguità e delle contraddizioni evidenziate. La soluzione dei problemi appare, comunque, complessa perchè investe non soltanto profili di tecnica legislativa, ma, anche e soprattutto, aspetti culturali. Tale situazione sollecita la magistratura a ricercare la sua identità¹⁴⁵ e, proprio nella fase ricostruttiva, si coglie l'intimo disagio dei nostri giudici i cui orientamenti possono essere ricondotti a due situazioni limite:

a) La prima linea di tendenza non mette in discussione che il rapporto tra giudice e cittadino restanella logica del "potere": fra governanti e governati. Magistrati ed istituzioni politiche assolvono attribuzioni sostanzialmente omogenee: i problemi possono essere fatti indifferentemente "scivolare" —per dirla con Luhmann—¹⁴⁶ dall'una alle altre e viceversa. Anche il giudice, nonostante la sua neutralità, finisce per svolgere una funzione sostanzialmente "politica", nel quadro del sistema complessivo. Rifiutato il modello del giudice-funziionario, la magistratura sembra, allora attratta da quello del giudice-ingegnere sociale, oppure distributore di ricchezze, riproponendo così quel modello del *Richter-König*, che fu caro ad alcuni settori della scuola del diritto

¹⁴³ Cfr., retro, § 2.

¹⁴⁴ Denti, V., "Il processo come strumento di politica sociale", in *Processo civile e giustizia sociale* dello stesso A., Bologna, 1971, pp. 53 ss.

¹⁴⁵ Merita attenzione sotto tale profilo l'affermazione di Cordero, F., "La Magistratura", in *Potere, Poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, op. cit., p. 433: "Non mi stupirei se nelle prossime decadi gli apporti scientificamente notevoli venissero da lì (da magistrati giuristi): a pari talenti, *chi giudica vede meglio del professore negli alambicchi del diritto*. Sulla scena francese sei e settecentesca dominano Jean Domat e Robert-Joseph Pothier, due magistrati minori: uno *avocat du roi* a Clermont Ferrand, l'altro *conseiller au Présidial d'Orléans*; le "Loix Civiles dans leur ordre naturel" e i "Traité du droit français" fanno epoca: nasce nelle corti la geometria del Code Napoléon".

¹⁴⁶ Cfr., retro, § 3, p. 42.

libero. Del resto, le tentazioni di un "governo dei giudici" non sono estranei alla nostra storia giuridica.

In definitiva, secondo questo primo orientamento, la magistratura è stretta in un'alternativa: essere ridotta ad *articolazione interna del potere*, sull'esempio del modello prussiano o di quello napoleonico, oppure costituirsi, essa stessa, come *contropotere*, sull'esempio della magistratura francese dell'*Ancien Régime*.

b) Una ridefinizione dei rapporti fra politica e magistratura rappresenta, invece, la premessa —secondo una diversa linea ricostruttiva— per uscire dall'*impasse* a cui conduce il precedente orientamento. Non è oggi contestabile che anche il giudice finisca per svolgere un'attività "politica"; ma l'equivoco è nella convinzione che le funzioni attribuite al giudice siano —senza determinazione di limiti— interscambiabili con quelle affidate ad altri organi. Al giudice compete un tipo di politica, che è costitutivamente diverso da quello proprio del potere legislativo ed esecutivo. L'esperienza giuridica è, infatti, pluralistica: vi sono problemi organizzativi e di giustizia distributiva in cui occorre una *volontà* decisionale, che non può essere affidata al giudice. Per questi problemi la responsabilità politica *stricto sensu*, la procedura legislativa (attraverso la critica ed il dibattito) e il procedimento amministrativo (attraverso il sistema di garanzia e di controlli) offrono accettabili limiti di razionalità. Vi è, poi, una sfera in cui il diritto ci appare manifestazione di una razionalità pratica, sociale, pubblica. È il dominio della ragionevolezza, dell'opinione, della persuasione: questo, è il campo di competenza del giudice (dal settore della responsabilità a quello dell'informazione, dalla tutela dell'ambiente a quella dei diritti imani).¹⁴⁷

Se il giudice pretendesse di fare *politica* nel senso del potere legislativo e di *amministrare* nel senso del potere amministrativo, otterrebbe effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo "politico" proprio del giudice. Se questi pretendesse, poi, di divenire distributore di beni e di ricchezze, finirebbe alla lunga per perdere la fiducia dei cittadini. Per quanto nobili fossero i suoi scopi, la sua decisione non sarebbe più una sentenza, ma un atto di amministrazione. La dilatazione della "supplenza" della magistratura¹⁴⁸ si risolverebbe in una anarchia istituzionale con inac-

¹⁴⁷ Sull'argomento *cf.*, la nota introduttiva di A. Giuliani, alla *trad. it.*, a cura di Crifo, G., del libro di CH. Perelman, *Logique juridique*, (*Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, 1979, p. XXXIX).

¹⁴⁸ *Cfr.*, *retro*, §§ 2 e 3.

cettabili situazioni conflittuali. L'allentamento della soggezione del giudice nei confronti della legge non sembra, dunque, potersi spingere al di là di certi limiti,¹⁴⁹ oltre i quali —per usare liberamente una espressione dello storico Maitland— si avrebbe “una corte di uomini politici che impongono una politica, e non una corte di giudici che amministrano la giustizia”.¹⁵⁰

In quest'ottica sembra possibile prefigurare un assetto in cui, in linea di massima, allo *Stato-apparato* rimangono i compiti di direzione politica e di gestione amministrativa della collettività nazionale.¹⁵¹ I giudici, invece, si collocano all'esterno dell'apparato di governo¹⁵² ed appaiono espressione della comunità organizzata, organi, pertanto, dello

¹⁴⁹ Su tali limiti *cfr.*, Picardi, N., “Le sentenze ‘integrative’ della Corte costituzionale”, *cit.*, pp. 599 ss.

¹⁵⁰ Sui limiti logici della libertà del giudice, *cfr.*, Wroblewski, J., “Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decision”, in *Atti Perugia, cit.*, p. 84.

Sui rapporti fra potere politico e potere giudiziario, *cfr.*, Charvin, R., “Justice et politiques”, *op. cit.*, spec. pp. 11 ss.: con particolare riguardo al profilo storico della “justice politique” e Giacobbe, G., “Potere politico e potere giudiziario”, in *Annali Fac. Economia Univ. Messina*, 1974, 2, pp. 395 ss.:

¹⁵¹ *Cfr.*, per tutti, Capurso, M., *I giudici della Repubblica, giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?* Milano, 1977, p. 114.

Di recente, la Corte costituzionale, esaminando in sede di conflitto di attribuzione un interessante caso di supplezia giudiziaria, ha affermato che “non spetta all'attività del giudice il provvedere ad esigenze generali della società, né ad amministrare la sicurezza pubblica e la pubblica incolumità” e che appartiene, anzi, “anche ad una nozione tradizionale di pubblica amministrazione il provvedere alla conservazione dell'ordine pubblico e della sanità” (Corte cost. 23 dicembre 1986, n. 283).

¹⁵² Un primo orientamento (Montesano, L., “La funzione giurisdizionale nella Repubblica italiana”, in *Temi*, 1967, pp. 573 ss. *Id.*, “La tutela giurisdizionale dei diritti”, in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Vassalli*, XIV, I, Torino, 1985, pp. 4 ss.), tiene ancora fermo il principio secondo cui la magistratura è organicamente inquadrata nello Stato apparato (Montesano, *op. ult. cit.*, p. 6 nota), ma già rifiuta di “porre i giudici tra i *governanti* in contrapposto ai *governati*”. Tale concezione muove, invero, dalla “asoggettività”, caratteristica tipica della funzione giurisdizionale: l'attività giurisdizionale non è mai riferibile allo Stato apparato o ad altri soggetti, come è comprovato, fra l'altro, dallo stesso sistema delle impugnazioni.

In effetti, i processi di impugnazione —anche se tendono a rimuovere l'effetto di un provvedimento giurisdizionale— non hanno come partè né lo Stato, né il giudice che ha emanato l'atto impugnato, né il potere giurisdizionale, ma unicamente tutti o alcuni dei soggetti nella cui sfera giuridica il provvedimento impugnato è destinato ad incidere. Diversamente si configura, invece, l'attività di controllo amministrativo: l'impugnazione, in questi casi, viene proposta nei confronti della P.A., che ha emanato l'atto, e, quindi, ben può dirsi che l'attività amministrativa —a differenza di quella giurisdizionale— è riferita allo Stato-apparato.

Né la situazione è diversa nel caso di provvedimenti giurisdizionali muniti di efficacia costitutiva. Mentre la P.A., che espropria un bene per pubblica utilità, persegue un fine dello Stato —apparato, il giudice che vende forzatamente il bene

Stato-comunità o, se si preferisce, dello *Stato-ordinamento*.¹⁵³ La magistratura, in definitiva, rappresenta un potere che, seppure esterno all'apparato resta, tuttavia, pur sempre un potere dello Stato.¹⁵⁴

La qualifica di "potere", non solo sottolinea l'indispensabilità della funzione giurisdizionale, ma pone anche il problema della coesistenza con altri poteri dello Stato e, quindi, la ricerca di condizioni di equili-

pignorato o il giudice che risolve o costituisce un rapporto non persegue, invero, un fine proprio dello Stato— apparato e neppure dello stesso giudice o del potere giurisdizionale, ma realizza e concreta *tout court* l'ordinamento (Montesano, *op. ult. cit.*, pp. 4-5 e 15-16).

¹⁵³ Secondo un altro orientamento (Benvenuti, F., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia 1965, pp. 206-208; Berti, G., "La pubblica amministrazione come organizzazione, *op. cit.*, pp. 53 ss. spec. nota 79; Sandulli, A., "Manuale", *op. cit.*, I, pp. 5 e 6; Capurso, M., "I giudici della repubblica", *op. cit.*, p. 114, e Grossi, P.F., "I diritti di libertà", *cit.*) il distacco dallo *Stato-apparato*, lungi dal limitarsi all'aspetto funzionale della giurisdizione, finisce per investire anche il profilo organico. In quest'ottica, non solo il giudice, ma l'intera magistratura viene qualificata —a seconda della prospettiva generale da cui si parte— come organo dello *Stato-comunità* (Benvenuti, Berti e Sandulli) o dello *Stato-ordinamento* (Grossi), che, come si è detto (retro nota 105) costituiscono soltanto due aspetti dello *Stato-istituzione*.

Nè, in contrario, appare determinante la previsione della nomina per concorso (art. 106, 1 comma, Cost.) perchè tale forma di reclutamento non è esclusivamente prevista per la copertura di uffici dello *Stato-apparato*, si pensi, ad esempio, al reclutamento dei notai. Neppure è stato considerato risolutivo il rapporto di impiego dei giudici con lo *Stato-apparato*, il magistrato resta, infatti, organo dello *Stato-istituzione* e, solo ai fini organizzativi, la gestione —come, in generale, l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi (art. 110 Cost.)— vengono addossati allo *Stato-apparato* (Sandulli, "Manuale", *op. cit.*, pag. 6).

Posizione critica contro questo secondo orientamento è stata, peraltro, assunta da Montesano, *op. ult. cit.*, p. 6 nota e A. Pizzorusso, "La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione in *Riv. dr. proc.* 1982, p. 254.

¹⁵⁴ Partendo dal presupposto che l'esercizio delle funzioni giurisdizionali non costituiscono funzioni dello *Stato-apparato*, Montesano, L., ("La tutela giurisdizionale dei diritti", *op. cit.*, p. 69 ss.) ne deduce, invece, la estraneità della magistratura ai poteri dello Stato. Tale teoria è, peraltro, in contrasto con l'orientamento dottrinale, oggi accolto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo il quale è dato configurare anche poteri esterni allo *Stato-apparato*, poteri che, come tali, possono essere parti di conflitti di attribuzioni; *cfr.*, Mazziotti, M., "Poteri esterni allo *Stato*— persona come parte dei conflitti di attribuzione e questioni di ammissibilità del referendum" in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 979 ss. Altre argomentazioni adottate dal Montesano a sostegno della sua tesi —e già anticipate, fra l'altro, in *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli 1960, p. 234— sono state criticate sempre da M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzioni fra i poteri dello Stato*, vol. I, Milano 1972, pp. 119-120, nota 18.

Sulla legittimazione della magistratura nel conflitto di attribuzioni, *cfr.*, Cipriani, F., "Sul conflitto di attribuzione contro il potere giudiziario", in *Foro it.* 1982, I, coll. 568 ss., e Pizzorusso, A., "La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione" in *Riv. dr. proc.*, 1982, pp. 246 ss.

brio.¹⁵⁵ La stessa divisione¹⁵⁶ e differenziazione dei poteri indubbiamente favorisce una loro combinazione e, quindi, un bilanciamento. Il potere giudiziario, in particolare, appare come un potere "neutro" o imparziale,¹⁵⁷ ma, come si è visto, non passivo.

Questo secondo orientamento porta, quindi, ad attribuire al giudice anche un dovere di resistenza (*Resistenzpflicht*) nei confronti dei governanti —per usare l'espressione di Engelmann—,¹⁵⁸ e riconosce alla magistratura la funzione di barriera dell'uso improprio del potere,¹⁵⁹ cioè di *limite istituzionale del potere*. Limite ovviamente non arbitrario¹⁶⁰ perchè la giurisdizione si risolve nell'oggettivo concretarsi dell'ordinamento¹⁶¹ nei confronti di tutti i suoi soggetti e, quindi, anche nei confronti di coloro che sono espressione del potere politico, a cominciare dai relativi schemi istituzionali: governo e parlamento.

In conclusione, il giudice italiano appare oggi incerto fra opposti modelli politico-costituzionali. A seconda della soluzione adottata po-

¹⁵⁵ La tensione fra poteri non sembra, peraltro, di per sé un fatto negativo: un certo grado di contrasti è ancora fisiologico. Cfr., Senese, S., "Crisi della giustizia o crisi della democrazia?", *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁶ Martland, D.A., "Justice Without Favor: Due Process and Separation of Executive and Judicial Powers in State Government" in *Yale Law Journal*, 94 (7), 1985, pp. 1675 ss., criticando la c.d. dottrina Dreyer, sottolinea che una inadeguata divisione dei poteri finisce per intaccare l'imparzialità del giudice e pregiudicare la realizzazione del processo equo.

¹⁵⁷ I poteri dello Stato, da un lato, i soggetti in genere dell'ordinamento, dall'altro, gli uni e gli altri nei loro reciproci rapporti, infine, tutti cooperano —ciascuno per il proprio settore— alla vita della comunità. Quando, però, tali parti si incrociano disordinatamente, si scontrano, si ostacolano, occorre un "potere" che rimetta ciascuno al proprio posto. Questo potere non può essere impersonato da una delle parti, perchè altrimenti finirebbe per eliminare le altre. Occorre che esso sia esterno, anche e soprattutto allo Stato apparato; che si applichi ovunque sia necessario; che intervenga a *posteriori* e sia riparatore, senza essere ostile.

Come ha chiarito la Corte costituzionale non è escluso, però, che, in via eccezionale e specie in situazioni d'urgenza, il giudice possa assumere anche un provvedimento *a priori*. Si tratta di ipotesi rilevabili soprattutto nel penale, nel quale "il pretore ove proceda ad attività preliminari di polizia giudiziaria... deve impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori". Il giudice —in questi casi limite— opera, però, sempre "nell'ambito di un dovere o di un potere istituzionale specificamente contemplato dalla legge" (C. Cost. 23 dicembre 1986 n. 283 *cit.*).

¹⁵⁸ Engelmann, W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die Wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938.

¹⁵⁹ Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford 1967, p. 158.

¹⁶⁰ Spagna Musso, E., "Rapporti fra potere politico e potere giudiziario e riforma del pubblico ministero e dei consigli giudiziari", in *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1981, p. 67.

¹⁶¹ Cfr., per tutti, Montesano, "La tutela giurisdizionale dei diritti", *op. cit.*, pp. 4 ss. e 12 ss.

trà essere coerentemente risolto anche il problema della responsabilità del giudice.¹⁶² Dubitiamo, comunque, che il governo dei giudici sia una via praticabile, in quanto porta, inevitabilmente, ad una pericolosa confusione dei poteri; l'esperienza storica non ci rivela esempi incoraggianti al riguardo. L'assunzione del ruolo di contropotere da parte della magistratura francese durante il XVIII secolo ha, a sua volta, costituito una delle cause non secondarie della disgregazione dell-*Ancien Régime*.

Non possiamo infine, nascondere le perplessità nel vedere apparire il presente saggio —maturato nello spirito di questi convincimenti— nel momento in cui un grave conflitto istituzionale potrebbe rendere ancor più precaria lo vocazione nel nostro tempo per una organica e meditata riforma sia dell'ordinamento giudiziario che del processo. Per ritornare alla metafora di Pellegrino Rossi, il *referendum* ci propone, semplicisticamente, di sostituire i freni della macchina giudiziaria come rimedio al suo cattivo funzionamento. L'esperienza odierna conferma, invece, che la responsabilità del giudice —isolata dagli altri problemi— rischia di essere strumentalizzata e che i valori garantistici, legati alla tutela del cittadino, finiscono per essere emarginati nella strategia di una lotta fra poteri.

¹⁶² Alla cui soluzione ci proponiamo di dedicare un successivo lavoro. Si veda, comunque, già A. Giuliani e N. Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano", *op. cit.*, pp. 579 ss.