

Ann. Sem. Sci. Univ.

Catania 2 (1967-68).

ANTONIO GUARINO

ORDINARIO DI STORIA DEL DIRITTO ROMANO
INCARICATO DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

L'AUTONOMIA DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA (*)

1. — Le norme che la Costituzione italiana (art. 101-113) dedica a 'La Magistratura' sono palesemente, anzi dichiaratamente ispirate dalla *ratio* fondamentale di garantire in ogni senso, conformemente ad una esigenza insopprimibile di ogni nazione civile, la piena autonomia della funzione giurisdizionale nello Stato. Spetterà, come è noto, alla futura legge (ordinaria) sull'ordinamento giudiziario, sostitutiva del testo attualmente in vigore (appr. con r. d. 30 gennaio 1947, n. 12), tradurre in normazione particolareggiata i principi solennemente affermati dalla Carta costituzionale.

Orbene, prima ancora che si aprano le discussioni relative al miglior contenuto da dare alla nuova legge sull'Ordinamento giudiziario, io penso che sia sommamente utile, anzi doveroso riesaminare in succinto gli articoli della stessa Costituzione e porsi serenamente un quesito preliminare di essenziale importanza: il quesito se la Costituzione assicuri effettivamente ed efficacemente, almeno in linea di massima, l'autonomia della funzione giudiziaria, o se non sia invece opportuna ed urgente una limitata 'revisione' delle sue norme a questo fine.

Il riesame e l'eventuale 'revisione' del testo costituzionale vigente, oltre che perfettamente lecito, a sensi e con le garanzie e limiti di cui agli art. 138-139, è — torno a dirlo — utile e doveroso. Tutti ricor-

(*) Schema della Relazione svolta il 19 maggio 1948 nel I Convegno di Studio dei problemi giuridici attuali, organizzato dalla Facoltà giuridica della Università di Catania.

iamo benissimo quanto disunitamente, affrettatamente e superficialmente l'Assemblea costituente, pur nella sua prorogativissima vita, si sia occupata del suo vero e grande problema, che era, se non erro, la Costituzione. Nove mesi di laboriosa gestazione (giugno 1946-marzo 1947) non furono sufficienti a far partorire un progetto unitario ed armonico alla apposita 'Commissione dei 75', la quale lavorò essenzialmente divisa in tre minori commissioni, di cui la seconda, e cioè proprio quella incaricata della materia dell'organizzazione costituzionale, fu ulteriormente frammentata in tre sottocommissioni. A sua volta, nei restanti nove o dieci mesi sino al 31 dicembre 1947, l'Assemblea, mentre dedicò una certa cura, con vaste parentesi occupate da questioni politiche contingenti, alla prima parte del progetto, dimostrò una cura assai minore, anche per motivi di tempo, nella discussione della parte seguente, i cui argomenti furono, per di più, esaminati senza l'ordine prestabilito e talvolta nemmeno con continuità. Bisogna riconoscere, infine, che tra i molti diversivi politici ed i non facili problemi pratici imposti dai tempi, ha fatto difetto quasi completamente alla nascente Costituzione, salvo che nei primi mesi della discussione e in relazione a taluni scottanti argomenti della prima parte, l'interesse sollecito del Paese in genere e dei giuristi in specie. Quanti di noi Italiani, e specialmente di noi cultori di diritto, abbiamo avuto cura di leggere con attenzione il progetto dei 75 e di seguire, con il testo di esso alla mano, la discussione e le votazioni dell'Assemblea? Quanti di noi, del resto, l'abbiamo letta, tutta e veramente, dal gennaio del 1948 ad oggi, questa Costituzione? Eppure è lì, in quella Carta ancora fresca di inchiostro, che si trova, o forse non si trova, la piena garanzia delle nostre libertà democratiche; è lì che si trova, o forse non si trova, la piena garanzia dell'autonomia giurisdizionale, indispensabile alla vita libera della nazione; è di lì che prenderanno le mosse le future leggi ordinarie, forse buone, ma forse anche irrimediabilmente cattive, che alimenteranno, o forse umilieranno, la sicurezza di ciascuno di noi nel compimento delle proprie azioni.

È fortuna, dunque, per noi che alla Costituzione vigente non si applichi, salvo, soltanto, per ciò che concerne la forma repubblicana dello Stato (art. 139), il principio 'capo ha cosa fatta'. E sarà prova di serietà la nostra, o quanto meno di seria e attuosa respipendenza, se sin da ora, anzi sopra tutto da ora, vorremo dedicarci al compito di propugnare ed ottenere la revisione ed il miglioramento del regime costituzionale, ove ci risulti, per avventura, manchevole o pericoloso per il sano sviluppo della nostra democrazia.

2. — Esaminate più da vicino, sotto il profilo della loro *natio* fondamentale, di cui già si è detto, le norme degli art. 101-113 della Costituzione possono dividersi in tre gruppi, di entità e di intensità non eguali, di cui ciascuno è rivolto alla garanzia di una di queste tre finalità: a) indipendenza del potere giudiziario, ed in particolare della magistratura ordinaria (giudicante e requirente), dagli altri poteri dello Stato; b) indipendenza del magistrato singolo, nell'espletamento della funzione di giudizio, dalla subordinazione gerarchica; c) refrattarietà della magistratura alle possibili influenze dell'ambiente politico, economico e sociale della nazione.

A) A garanzia della *indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato* sono dettate le seguenti norme: a) l'affermazione solenne che coloro cui sia demandato l'esercizio di funzioni giurisdizionali, cioè i 'giudici', siano o meno magistrati, ordinari o speciali, 'sono soggetti soltanto alla legge' (art. 101 co. 2) ed amministrano la giustizia 'in nome del popolo' (art. 101 co. 1), vale a dire dell'ente cui appartiene la sovranità dello Stato (cfr. art. 1 co. 2); b) la devoluzione della funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari (art. 102 co. 1), salvo casi eccezionali di giurisdizioni speciali (mai straordinarie) riconosciute dalla costituzione o da leggi costituzionali (art. 103 e art. VI co. 1 disp. trans.), e con il limite della possibile istituzione legislativa di sezioni giurisdizionali ordinarie 'specializzate' e di altre forme di 'partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia' (art. 102 co. 2 e 3); c) il principio che la 'magistratura' (ordinaria), sia giudicante che requirente, 'costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere' (art. 104 co. 1) e che la legge 'assicura', e deve assicurare, anche 'l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse e degli estranei che partecipano alla amministrazione della giustizia' (art. 108); d) la istituzione di un 'Consiglio superiore della magistratura', formato in maggioranza di magistrati eletti dai propri colleghi (art. 104 co. 2 ss.) e competente a deliberare su tutto quanto riguarda l'impiego giudiziario (art. 105), salva la possibilità che la legge sull'ordinamento giudiziario ammetta 'la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli' (art. 106 co. 2); e) l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di disporre direttamente degli organi di polizia giudiziaria (art. 109); f) la esplicita limitazione dei poteri del Ministro della giustizia (il quale, dunque, sopravvive) alla eventuale promozione dell'azione disciplinare contro i magistrati (art. 107 co. 2), nonchè a

' l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia ' (art. 110).

B) A garanzia della *indipendenza del magistrato singolo dalla subordinazione gerarchica e dalle influenze ad essa connesse*, sono dettate queste altre norme: a) ancora una volta, il principio che chi esercita funzioni di giudizio è soggetto soltanto alla legge che deve applicare o contribuire ad applicare (art. 101 co. 2); b) la affermazione espressa che i magistrati (ordinari: sia giudicanti che requirenti) ' si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni ' (art. 107 co. 3), vale a dire, più esattamente, che le differenze di grado non incidono sul contenuto delle funzioni magistratuali; c) la regola che ' le nomine dei magistrati (ordinari) hanno luogo per concorso ' (art. 106 co. 1), salvo il caso, già accennato, dei magistrati onorari e salva la possibilità di nomina, su designazione del Consiglio superiore di consiglieri di cassazione ' per meriti insigni ', tratti dagli ordinari di diritto nelle Università e dagli avvocati cassazionisti ed equiparati con almeno quindici anni di esercizio (art. 106 co. 2 e 3); d) il principio della inamovibilità del magistrato (ordinario) non consenziente, giudicante o requirente, salva decisione del Consiglio Superiore ' per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario ' (art. 107 co. 1); e) l'attribuzione al Consiglio Superiore della magistratura, ' secondo le norme dell'ordinamento giudiziario ', di ogni deliberazione sulle assunzioni, sulle assegnazioni ed i trasferimenti, sulle promozioni e sulle sanzioni disciplinari dei magistrati ordinari (art. 105); f) la struttura e il modo di formazione del Consiglio superiore della magistratura, costituito da tre membri di diritto (presidente della Repubblica, primo presidente e procuratore generale della Cassazione) e da un numero, che va precisato, di membri quadriennali elettivi, non immediatamente rieleggibili e privi della capacità di far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale: dei quali membri elettivi, un terzo è eletto dal Parlamento tra gli ordinari di diritto nelle Università e gli avvocati con almeno quindici anni di esercizio, mentre due terzi sono da eleggersi, ' da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie ' (art. 104 co. 2 ss.).

C) A garanzia della *impenetrabilità della magistratura rispetto ad ogni influenza proveniente dall'ambiente politico, economico e sociale in cui essa opera*, e quindi a tutela della libertà, della legalità, della serietà della giustizia contro le possibili debolezze intellettuali o morali delle persone cui la amministrazione della giustizia è commessa, sono pur poste alcune norme, poche, ma significative: a) l'obbligo per chi (magistrato

o non magistrato) eserciti funzioni di giudizio di 'motivare' i suoi provvedimenti, anche se interlocutori e, sopra tutto, anche se discrezionali (art. 111 co. 1); b) l'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale (art. 112); c) il riconoscimento (implicito) della normale pluralità dei gradi della giurisdizione ordinaria, culminante nella Corte di cassazione (art. 104 co. 2, 106 co. 3, 107 co. 3, 111 co. 2); d) la ricorribilità in Cassazione, per violazione di legge, contro i provvedimenti dei giudici ordinari o speciali relativi alla libertà personale, fatta eccezione per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra (art. 111 co. 2); e) la ricorribilità in Cassazione, per motivi inerenti alla giurisdizione, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (art. 111 co. 3).

Questo, a mio avviso, è il quadro schematico delle norme costituzionali a tutela dell'autonomia giurisdizionale. Quadro che, come è ovvio, è il risultato di un processo interpretativo degli art. 101-113, del quale ho evitato di esprimere l'argomentazione sia per motivi di brevità che per il fatto che essa mi sembra facilmente intuibile da chi tenga sott'occhio il testo costituzionale. Certo, se volessimo ulteriormente approfondire l'esame, qualche sottile problema di interpretazione non mancherebbe, sopra tutto per la poco brillante tecnica giuridica che il legislatore costituzionale mostra ad ogni passo di possedere. Ma non è il caso di 'insistere' in questa sede ed allo scopo limitato di queste note, salvo forse che per un sol punto, e cioè per l'art. 107 co. 4, ove si legge che 'il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario'. Questa norma potrebbe far sorgere, a primo aspetto, il dubbio che le garanzie dei magistrati ordinari investiti delle funzioni di pubblico ministero non siano quelle di cui agli art. 105, 106 e 107 co. 1 e 3 (v. *retro* sub B, lett. b, c, d, e), e che pertanto la legge sull'ordinamento giudiziario possa anche stabilire per essi garanzie minori; ma è il dubbio di un momento, sol se si pensa che i predetti articoli parlano sempre, e senza distinguere, di 'magistrati' (ordinari), nonchè che il procuratore generale della Corte di cassazione è membro di diritto del Consiglio Superiore della magistratura (art. 104 co. 3). Quale che possa essere stata la *mens legislatoris*, mi pare che l'interpretazione logico-sistematica, non contrastata da quella letterale, sia nel senso che i magistrati investiti delle funzioni di pubblico ministero debbano poter eleggere i loro rappresentanti nel Consiglio superiore e godano delle garanzie concesse agli altri magistrati ordinari. L'art. 107 co. 4 riguarda, dunque, soltanto le even-

tuali *ulteriori e diverse* garanzie da accordarsi a chi esercita la funzione di pubblico ministero, per tutelarla da chiechessia nell'esercizio della sua funzione: e poi che da nessuna norma della Costituzione risulta che le funzioni di pubblico ministero debbano essere necessariamente affidate dalla legge a magistrati ordinari (la 'funzione giurisdizionale' di cui parla l'art. 102 co. 1, è, infatti, la sola funzione di giudizio), è chiaro che la norma dell'art. 107 co. 4 serve anche a coprire l'ipotesi di persone estranee alla magistratura con funzioni di pubblico ministero.

Vediamo ora di saggiare succintamente il grado di rispondenza e di sufficienza delle norme costituzionali sopra richiamare alle finalità che il costituente sembra essersi prefisse.

3. — A) Il fine della *indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato* trova nella Costituzione un'attuazione sostanzialmente soddisfacente per quanto riguarda l'indipendenza dal potere amministrativo, ma trova una soluzione, a mio parere, del tutto insoddisfacente per quanto attiene alla indipendenza dal potere legislativo. Sommamente preoccupato di sottrarre le funzioni di giudizio, e in genere la magistratura ordinaria, alle possibili pressioni e coartazioni dell'esecutivo, il legislatore non si è accorto (o non ha voluto accorgersi?) di sottomettere il potere giudiziario al legislativo ordinario, quindi alle possibili variazioni e ai non difficili spostamenti di maggioranza nei due rami del Parlamento.

(a) Circa i rapporti tra *potere giudiziario e potere amministrativo*, è stata, credo, una felice decisione quella di ridurre i poteri del Ministro della giustizia all'organizzazione ed al funzionamento dei 'servizi relativi alla giustizia', sebbene la formula un po' elastica possa far sì che il Guardasigilli si attribuisca, o si faccia attribuire per legge, mezzi anche piuttosto sensibili per influire, almeno indirettamente, sugli atteggiamenti della magistratura ordinaria. Una vera e piena autonomia del potere giudiziario avrebbe richiesto, invero, oltre che la completa esclusione dei non magistrati ordinari dalle funzioni di giudizio, l'abolizione del Ministro della Giustizia ed il passaggio di tutte le sue attribuzioni al Consiglio superiore della magistratura o ad altro organo espresso elettivamente da esso. Così come è congegnato il sistema, non è chi non veda che potrebbe anche accadere (pur se nell'attuale momento politico può sembrare od è improbabile) che un giorno o l'altro un Ministro in vena di autoritarismo circondi i magistrati di personale ausiliario e subalterno (cancellieri, segretari, ufficiali giudiziari ecc.) che

ne sabotò in mille modi l'operato; oppure che lo stesso Ministro riduca i ruoli di un ufficio giudiziario, rendendo necessaria l'allontanamento di alcuni magistrati; o ancora che egli modifichi, o faccia modificare per legge, l'assetto delle circoscrizioni giudiziarie, influenzando sulla competenza territoriale dei giudici; e così via dicendo.

Altro lato non del tutto convincente del nuovo sistema è quello delle giurisdizioni speciali, delle sezioni specializzate e in genere della partecipazione del popolo alla amministrazione della giustizia. Se il mantenimento di certe e ben collaudate giurisdizioni speciali (Consiglio di Stato, Giunte provinciali, Corte dei conti; ma non, assolutamente non, a mio fermissimo convincimento, i così detti tribunali della così detta giustizia militare del tempo di guerra) può anche essere approvato, non può essere sottaciuto il pericolo che le numerose e varie giurisdizioni speciali, cacciate per la porta, rientrino dalla finestra, sotto forma di 'sezioni specializzate', con così larga e intensa 'partecipazione diretta del popolo' da poter rendere i magistrati ordinari puri estensori (se pur 'suicidi') delle sentenze deliberate dalla eventuale maggioranza di estranei. 'Partecipazione' è un termine troppo ampio perchè possa dirsi che la Costituzione non abbia frustrato o permesso al potere legislativo di frustrare il principio solenne che 'la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari' (art. 102 co. 1). Ed io penso che assai meglio avrebbe fatto la Costituente se avesse deliberato di ammettere gli estranei alla magistratura alle sole funzioni di 'ausiliari' del giudice (si pensi, ad esempio, ai consulenti tecnici), oltre che a quelle di pubblici accusatori, eliminando davvero lo sconcio e il pericolo gravissimo dell'inquinamento della magistratura con persone che agli eventuali nobili, ma vaghi e generici sentimenti di giustizia non siano eventualmente in grado di accompagnare, come è invece necessario, la conoscenza e la coscienza del diritto positivo e dei suoi invalicabili limiti.

Infine, a perfezionare la tutela della magistratura in genere e dei giudicanti in specie dalle non impossibili prevaricazioni del potere amministrativo, ho idea che sarebbe stato sensibilmente opportuno concedere ai giudici, o quanto meno ai giudici della magistratura ordinaria, o almeno ai membri del Consiglio Superiore della magistratura, garanzie costituzionali parzialmente corrispondenti a quelle attribuite dall'art. 68 ai membri del Parlamento: non poter essere, senza autorizzazione del Consiglio superiore, arrestati o sottoposti a perquisizione personale o domiciliare, salvo il caso di flagranza nella commissione di un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura.

4. — (b) Ma, come dicevo, il grave, il veramente grave è che la Costituzione, lungi dal realizzare l'indipendenza degli organi del potere giudiziario, o almeno della magistratura ordinaria, dal *potere legislativo*, giusta il dichiarato proposito dell'art. 104 co. 1, asserve quasi del tutto il potere giudiziario alla legislazione ordinaria, facendo praticamente dipendere la sua organizzazione ed il suo funzionamento dal gioco politico delle maggioranze parlamentari. L'unica, trascurabile garanzia delle leggi sull'ordinamento giudiziario è che queste, essendo da classificare come 'leggi in materia costituzionale', non possono, a norma dell'art. 72 co. 4, essere approvate con procedura abbreviata, ma debbono scaturire dalla 'procedura normale di esame e di approvazione' stabilita dall'art. 72 co. 1. E si noti che la Costituente ha deliberato quanto ha deliberato ad occhi ben aperti, dato che l'art. 26 del disegno apprestato dalla apposita sottocommissione dei 75 (relatore il CALAMANDREI) diceva esplicitamente che 'le leggi che regolano l'ordinamento degli uffici giudiziari e lo stato giuridico dei magistrati e degli altri addetti all'ordine giudiziario non possono essere modificate che nelle forme e con le garanzie stabilite per modificare la presente Costituzione'. L'approvazione di questo articolo avrebbe, dunque, significato che, almeno, alle leggi sull'Ordinamento giudiziario si sarebbe dovuto applicare la complessa, e proprio per ciò tranquillante, procedura prevista dall'art. 138.

Affinchè il pericolo qui denunciato non sembri immaginario o meschino, ma risulti come è, reale e gravissimo, basterà la semplice rilettura delle norme della Costituzione, accompagnata dall'immaginazione, non difficile, di un partito o di una coalizione politica strapotenti, che usufruiscano della disciplinata maggioranza nelle due camere. Alla legislazione ordinaria compete: a) la possibilità di frustrare il divieto di giurisdizioni speciali attraverso la istituzione di 'sezioni specializzate per determinate materie' e la elevazione del *quantum* di partecipazione di estranei alla magistratura alle funzioni giudiziarie (cfr. art. 102 co. 2 e 3); b) la possibilità di potenziare le giurisdizioni speciali, a detrimento di quella ordinaria, mediante la moltiplicazione delle materie assegnate ad esse in linea esclusiva, ed in specie la possibilità di fare dei tribunali militari in tempo di guerra gli arbitri assoluti ed incontrollabili della giustizia penale (cfr. art. 103, di cui l'ultimo comma in relaz. all'art. 111 co. 2 seconda parte); c) la possibilità di fissare anche in un *minimum* trascurabile le garanzie del pubblico ministero presso la giurisdizione ordinaria (cfr. art. 107 co. 4) e quelle riservate ai giudici ed ai pubblici ministeri delle giurisdizioni speciali, nonchè agli estranei che partecipano all'am-

ministrazione della giustizia (cfr. art. 108 co. 2); *d*) la possibilità di determinare in quali proporzioni i magistrati delle varie categorie siano ammessi a far parte del Consiglio superiore, col pericolo di favorire le categorie più ambiziose di appoggi ed onori politici (non importa specificare quali), e quindi di disorientare il Consiglio dalle auspicabili finalità di correttezza, di autonomia, di obbiettività (cfr. art. 104 co. 4); *e*) la possibilità di dettare tutte le molteplici norme che l'ordinamento della magistratura ordinaria richiede, e persino quella di mettere a repentaglio il principio della inamovibilità attraverso una latissima determinazione dei motivi di rimozione ed un'eccezionale limitazione delle garanzie di difesa dei magistrati (cfr. art. 108 co. 1, 102 co. 1, 105, 107 co. 1); *f*) la possibilità, infine, di ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli, combinata con la possibilità di estendere enormemente, in ogni senso (anche sotto il profilo della competenza esclusiva per materia), le funzioni dei medesimi (cfr. art. 106 co. 2).

Se questo quadro di possibilità non è pauroso, non so in che altro possa consistere la tema di un democratico tradimento dei principi della democrazia. A prescindere dal fatto che il fine dichiarato della nostra Costituzione è quello di impedire la sottrazione alla magistratura ordinaria del *maximum* di materiale di giudizio, nonchè quello di rendere la stessa 'indipendente da ogni altro potere', quindi anche da quello legislativo (cfr. art. 102 co. 3 e 104 co. 1); a prescindere dal fatto che questo fine, per quanto riguarda i rapporti col potere legislativo, non è sufficientemente garantito da ogni deprecata possibilità di asservimento, vi è anche da ricordare che lo scopo di una Carta costituzionale è appunto quello di porre un argine invalicabile proprio al potere legislativo ordinario, di evitare che questo possa modificare agevolmente le strutture fondamentali dello Stato, rompendo l'equilibrio prestabilito dal legislatore costituente. Che, se il legislatore costituente questo equilibrio non lo prestabilisca e non lo predetermini, o almeno non ne sinvii la ulteriore determinazione a leggi 'costituzionali', diverse da quelle 'ordinarie', è chiaro che la Costituzione è inutile scriverla.

Le vie che si prospettano per rimediare in tempo allo stato di cose ed allo possibilità spiacevoli qui denunciati sono varie. Un prima via sarebbe quella di una revisione costituzionale con la quale si stabilisse, giusta il disegno elaborato dalla sottocommissione dei 75, che le norme da emanare in applicazione e complemento di quelle degli art. 101-113, rivestono carattere costituzionale e che vanno, pertanto, approvate con

la procedura prevista dall'art. 138. Una seconda via, più semplice ed efficace, sarebbe di stabilire, con legge costituzionale, che le leggi sull'ordinamento giudiziario e quelle processuali, nonché i provvedimenti emanati dal Ministro della Giustizia in forza dell'art. 116, siano da sottoporre al preventivo parere vincolante del Consiglio superiore della magistratura (aggiungendo, magari che detto parere non è obbligatorio se il Parlamento prosegua la procedura delle leggi costituzionali).

Il sistema che riterrei di gran lunga preferibile, e di cui proporrei l'adozione, è il secondo, perchè è quello che nel modo migliore varrebbe, se non erro, a garantire sufficientemente l'autonomia del potere giudiziario e la sua indipendenza dagli altri poteri. Suo presupposto sarebbe l'accurata determinazione della composizione del Consiglio superiore della magistratura: problema sul quale ritorneremo di qui a poco. Suoi vantaggi sarebbero: a) la garanzia della pratica impossibilità per il potere legislativo e per quello amministrativo di porre in essere provvedimenti, normativi o non, su qualsivoglia materia attinente alla giurisdizione, i quali siano giudicati pregiudizievoli o inopportuni dal consesso supremo della magistratura ordinaria; b) la non necessità di sottoporre, giusta l'art. 26 del disegno, le leggi in materia di ordinamento giudiziario (nonchè quelle processuali in genere) alla complicata procedura delle revisioni costituzionali; c) il contemperamento dell'autonomia del potere giudiziario e dell'indipendenza della magistratura ordinaria con la preminenza da riconoscersi al potere legislativo, e più in generale col potere di iniziativa e di decisione sia degli organi legislativi che di quelli amministrativi. Giungere, come è stato proposto da taluno (GORLA, in *Quaderni di Temi* 2 [1946] 50), sino al punto di riconoscere alla magistratura ordinaria la vera autonomia, quindi il potere di autogoverno e di autoregolamento, sarebbe un sistema, invece, sconsigliabile, perchè implicherebbe pericoli per le libertà democratiche non meno gravi di quelli implicati dal sistema vigente.

5. — B) Il fine della *indipendenza del magistrato singolo dalla subordinazione gerarchica e dalle influenze ad essa connesse* trova nella Costituzione più la formulazione solenne, che non una vera e propria realizzazione pratica, salvo, in parte, per quanto riguarda la magistratura ordinaria. Ragione di più per caldeggiare il sistema, da noi raccomandato, di non permettere che alcuna norma sull'ordinamento giudiziario possa essere emanata *sic et simpliciter* dal potere legislativo ordinario, ma

di esigere, attraverso una revisione costituzionale, il conforme e vincolante parere del Consiglio superiore della magistratura ordinaria.

Il Consiglio superiore della magistratura, nella sua struttura, costituisce evidentissimamente il nucleo delicatissimo di tutto il sistema, ed è perciò che, io penso, non può e non deve a nessun costo permettersi che la struttura di esso, solo sommariamente delineata dalla Carta costituzionale, possa essere determinata per il resto della legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario. Qui non sto a discutere se sia o meno il caso di ritornare sulla decisione presa che un terzo dei membri elettivi del Consiglio sia designato dal Parlamento, tanto più che la norma mi sembra altamente opportuna, evitando o limitando la possibilità di un dannoso spirito di corpo o di casta della magistratura ordinaria. Nemmeno sto qui a discutere se non sarebbe (e lo sarebbe) giusto ammettere nel Consiglio superiore una rappresentanza delle giurisdizioni speciali, sopra tutto nel caso che i pareri del Consiglio fossero dichiarati obbligatori e vincolanti su tutte le materie di ordinamento giudiziario e di processo giurisdizionale. Mi preme, qui, mettere sopra tutto in rilievo che molto, se non tutto, delle garanzie di indipendenza gerarchica dei magistrati ordinari dipenderà dal come saranno composti e dal come saranno eletti i due terzi dei membri del Consiglio appartenenti alla magistratura: il resto dipenderà, poi, dal come saranno regolati le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari.

La dizione dell'art. 104 co. 4, che 'gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie', è piuttosto vaga e imprecisa. Quali sono le 'categorie'? Qual'è la quota di consiglieri superiori spettante a ciascuna categoria? Come avvengono le elezioni dei consiglieri? Se il primo può essere un problema di interpretazione, è fuori di discussione, che gli altri sono problemi, delicatissimi, di ulteriore normazione, che io auspico rivesta carattere di legge costituzionale. E, a voler fissare in astratto quel che potrà essere il criterio migliore di questa ulteriore normazione, io penso che sia utile tener presenti le seguenti osservazioni: a) ammesso che, giusta la interpretazione più ovvia, per 'categorie' magistratuali siano da intendere i vari gradi della magistratura, così come attualmente determinati dall'art. 118 ord. giud., sarà consigliabile, se non di proporzionare il numero dei rappresentanti di ciascuna categoria al numero dei rappresentati, quanto meno di fissare

lo stesso numero di rappresentanti per tutte le categorie, chè altrimenti si riprodurrebbe in seno al Consiglio quella preponderanza delle gerarchie superiori, che si vuole invece evitare; b) sarà inoltre consigliabile non ritenere eleggibile come rappresentante di una categoria chi abbia le così dette 'funzioni equiparate' ai gradi di una categoria superiore (es., il consigliere di corte di appello con funzioni di presidente di tribunale o di sezione di tribunale: cfr. art. 119 e 120 ord. giud.), chè altrimenti non solo si potrebbe non ottenere la parità nel numero dei rappresentanti delle categorie, ma si alimenterebbe il *timor reverentialis* degli elettori, viziando le loro libere determinazioni; c) per quanto riguarda i gradi più bassi, che sono i più numerosi, sarà infine opportuno istituire collegi elettorali regionali o il sistema delle elezioni di secondo grado, chè altrimenti si avrebbe il pericolo di incertezze, dispersioni di voti o, peggio, di propagande elettoralistiche dei candidati.

Non mi trattengo sul modo di funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, salvo che per un punto, a mio avviso essenzialissimo, il quale andrebbe chiarito anch'esso con la legge costituzionale sul Consiglio. L'art. 105 dice, fra l'altro, che 'spettano al Consiglio superiore della magistratura... i provvedimenti disciplinari sui magistrati'. Questa norma è di vitale importanza per l'indipendenza dei magistrati ordinari dai superiori gerarchici e, malgrado se ne sia dubitato (dal BALLADORE-PALLIERI, *La nuova costituzione italiana* [Milano 1948] 159, 160 s.), sta a significare che la gerarchia in magistratura va intesa come semplice potere di direttiva, mai come potere di sanzione disciplinare, sia pure impugnabile davanti al Consiglio superiore: ai capi degli uffici giudiziari deve, dunque, riconoscersi la pura e semplice facoltà di 'promuovere' l'azione disciplinare contro i loro sottoposti, e null'altro. Quanto al giudizio disciplinare, va esplicitamente ribadito, qualora non apparisse chiaro, che esso deve essere sempre pronunciato dal Consiglio superiore in assemblea plenaria, senza riguardo alla categoria dei giudicanti in confronto di quella dei giudicabili. Se è vero che il Consiglio è 'superiore', se è vero che sono chiamati a farne parte anche persone estranee alla magistratura e magistrati di tutte le 'categorie', se è vero che 'i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni', è evidente che sostenere la inopportunità di far partecipare al collegio, in sede disciplinare, i membri della magistratura di categoria inferiore a quella dei giudicabili sarebbe contrario alla lettera ed allo spirito della Costituzione.

6. — C) Il fine della *impenetrabilità della magistratura rispetto ad ogni influenza proveniente dall'ambiente politico, economico e sociale che la circonda* è stato assai meno degli altri, anche per l'estrema difficoltà di inquadrarlo e raggiungerlo, onorato delle cure della Costituente. Certo, non vi è Costituzione alcuna la quale possa garantire che il comportamento di un magistrato sia onesto e che la decisione di un giudice, anche se emessa in ennesimo grado, sia veramente conforme a giustizia; tuttavia, penserei che la Costituzione vigente avrebbe dovuto tradire uno sforzo assai più intenso di quello che effettivamente denuncia per garantire al massimo la realizzazione di questo fine. Reprimere le eventuali male azioni commesse dai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni non basta: bisogna prevenire, per quanto possibile, la possibilità delle stesse ed evitare con tutti i mezzi, inoltre, il pericolo di più sottili e impercettibili sviamenti, sancendo all'uopo incompatibilità, ricusazioni preventive e controlli.

Sul problema delle intime, talvolta da lui stesso inavvertite, adesioni del magistrato ad interessi politici, economici, religiosi, morali 'di parte' ha richiamato maestrevolmente l'attenzione, recentemente, il JEMOLO (*L'indipendenza della magistratura*, in *Riv. ital. sc. giur.* 54 [1947] 117 ss., specialm. 124 ss.), il quale mostra, in fondo, di disperare anch'egli che possano evitarsi. Evitarle tutte credo anche io sia impossibile, ma evitarle in parte penso possa quanto meno tentarsi sulla base di questi criteri di massima: a) sancire con legge costituzionale la inconciliabilità della funzione magistratuale con la partecipazione al Parlamento, al Governo, ai Consigli e Governi regionali, o anche con la semplice candidatura ai medesimi, essendo tutto ciò gravemente pericoloso per la rettitudine o anche solo per il prestigio dei magistrati; b) ammettere la ricusabilità dei giudici non solo per i pochi motivi tassativamente determinati dalle leggi vigenti, ma in ogni caso in cui esistessero gravi e provate ragioni di convenienza (quale può essere, ad esempio, l'essere chiamati a giudicare un capo del proprio partito politico e via dicendo). Imporre ai magistrati anche la non iscrizione ai partiti politici, come era stato proposto nell'art. 24 del disegno di costituzione, sarebbe invece, a mio parere, odioso e, in ogni caso, ingenuo: odioso per ragioni ovvie, che già determinarono di recente un Ministro della giustizia ad eliminare il divieto posto da un suo predecessore; ingenuo, perchè non equivarrebbe affatto evitare che i provvedimenti giurisdizionali siano influenzati da considerazioni politiche.

U
12