

## Premio Gustavo Spera 2009:

*“Dopo brevi cenni sul Ruolo ed il Potere del Giudice nelle organizzazioni sociali primordiali e, poi, nel corso dei secoli, il candidato delinea le cautele man mano adottate, fin da allora, dal potere governativo contro i possibili arbitri e corruzione del Giudice.”*

*Signori,*

per me oggi è un grande onore poter esporre dinanzi a voi brevemente la materia ad oggetto del Premio attinente al ruolo e al potere del giudice, di tale attualità e importanza per il mondo antico così come per i giorni nostri. Infatti, è proprio ripercorrendo le varie tappe dell'**evoluzione storica** della figura del giudice che possiamo coglierne l'essenza e le ragioni della sua perenne importanza.

La figura del giudice è sorta nel momento in cui, secondo la **concezione hobbesiana**, l'uomo ha sentito la necessità di evitare il ricorso all'uso della vendetta privata per dirimere i contrasti che potevano sorgere nella società al fine di attribuire ad un soggetto, terzo e imparziale, la competenza a conoscere le controversie.

Ma già nella **Grecia** antica, in particolare, nelle *πολεις* monarchiche, però, il re iniziò ad essere affiancato da un gruppo di cittadini, la *boulè*, che aveva la funzione di assistere il sovrano nello svolgimento delle attività riguardanti anche la funzione giurisdizionale. Fu uno dei primi e più importanti traguardi raggiunti dalla giustizia.

Lo stesso termine “giudice” ci richiama al mondo antico ed in particolare all'epoca romana, in cui lo ***iudex*** era colui che era preordinato alla risoluzione delle controversie e al quale era attribuita la funzione di far rispettare la legge, attraverso il timore di una pena. Durante l'**età monarchica** il potere esecutivo aveva una pressante influenza sul potere giudiziario: infatti vi erano forti immunità di cui godevano i magistrati. Questi ultimi non potevano essere chiamati a rispondere del loro operato fino a quando fossero in carica e godevano di una più generale immunità che ne rendeva inammissibile qualunque convocazione in giudizio contro la loro volontà, anche per cause private. Una delle prime cautele contro l'arbitrio del potere giudiziario fu predisposta durante l'**età repubblicana** con l'emanazione di varie leggi: la *lex iudiciaria*, che prevedeva che i giudici potessero essere soggetti ad accuse di corruzione, dato che la corruzione era divenuta abituale, come ci tramanda Appiano; la *lex de capite civis Romani* che prevedeva la privazione della cittadinanza per chiunque avesse fatto uccidere cittadini romani senza processo al fine di limitare l'inflazione della pena di morte.

Durante l'**età imperiale**, l'imperatore era anch'esso dotato di potere supremo in materia giudicante e poteva intervenire nelle controversie trattate nonché deciderne la sorte. Talvolta, era assistito da un *consilium principis* competente anche in materia di affari giudiziari, costituito da giuristi e alti funzionari imperiali. Era lo stesso imperatore a poter essere considerato come fonte di cautele contro gli arbitri e la corruzione dei magistrati, in quanto essi potevano reprimere condotte meritevoli di punizione, anche senza un'espressa previsione legislativa. Tale rimedio era palesemente di scarsa efficienza a causa della distanza sociale che sussisteva tra l'imperatore ed il popolo.

Nel **periodo medievale**, invece, dato che la giustizia non forniva un efficace strumento di tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini, si ricorreva sempre più spesso alla vendetta privata. In particolare, il sistema feudale prevedeva che il potere giurisdizionale venisse esercitato o dai feudatari o dai conti. L'operato di questi ultimi era sottoposto al controllo dei *messi dominici* che salvaguardavano la popolazione da eventuali abusi da parte dei conti stessi, presiedendo i processi di particolare gravità. Si trattava, dunque, di un mezzo di cautela predisposto dal sovrano per garantire un corretto svolgimento dell'attività giudiziaria. Però, dato che le pene previste erano

alquanto crudeli, come la pena di morte e la strumentalizzazione della tortura, qualsiasi cautela risultava facilmente raggiungibile.

In seguito alla formazione degli Stati nazionali, nel 1700 iniziarono a plasmarsi le teorie dell'Illuminismo. Secondo tali teorie, lo strumento principale di razionalizzazione del diritto è la legge. Le leggi devono essere chiare, conoscibili, di numero limitato ma stabili e devono essere applicate meccanicamente dal giudice, il quale è la "bocca della legge", secondo l'espressione di Montesquieu. Durante tale periodo, quindi, venne evidenziata la necessità di contenere ogni possibile arbitrio e trasgressione attraverso il diritto. Un esempio di tale cultura fu l'opera di Cesare Beccaria "Dei delitti e delle pene" in cui si affermò che l'inflizione della pena deve avvenire dopo un processo pubblico, in cui sia presente una giuria, senza prove segrete né trattamenti disumani (come la tortura), garantendo il diritto di difesa all'accusato. Una volta accertata la colpevolezza del reo, la pena deve essere applicata senza dare al condannato alcuna speranza di impunità poiché è l'infallibilità, e non la crudeltà della punizione, a costituire un deterrente per la commissione dei delitti.

*Nel 1800, nello Statuto Albertino venne introdotto l'art. 68 in base al quale la magistratura esercitava la giustizia per conto del sovrano. In quel periodo la magistratura non costituiva un potere al pari di quello legislativo e esecutivo ma un'articolazione della pubblica amministrazione. Veniva già assicurata autonomia e indipendenza alla magistratura e venne solo successivamente istituito il Consiglio Superiore della Magistratura. Nel 1921, l'indipendenza di tale organo venne rafforzata ma tale modifica venne abrogata dal successivo regime fascista. Durante il regime, infatti, il potere ed il ruolo del giudice fu fortemente limitato dalle disposizioni del governo dittatoriale e tutto l'ordinamento giudiziario venne strumentalizzato al fine di ottenere l'obbedienza da parte dei cittadini attraverso l'intimidazione. Alla base di tale sistema vi era il contrasto allo scontro politico e, dunque, doveva essere sedato qualunque tentativo di ribellione al regime. La giustizia, quindi, non era più garante delle libertà del cittadino e della società ma essenzialmente dell'autorità dello Stato.*

*Con l'avvento della Costituzione, vennero istituite garanzie e principi-base affinché lo svolgimento dell'attività giudiziaria avvenga al di fuori di qualunque condizionamento esterno. Tra tali principi vi è il principio di legalità, il divieto di istituire giudici speciali, la soggezione del giudice soltanto alla legge. Il giudice è organo dello Stato e svolge un ruolo di assoluta terzietà, la quale può sussistere solo se esso è anche indipendente e imparziale. La nomina dei magistrati avviene esclusivamente tramite concorso e «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge» evidenziando il principio della predeterminazione della competenza del giudice. Inoltre, dall'art. 111, co. 6, Cost., emerge la necessità di salvaguardare i cittadini dal possibile arbitrio e corruzione del giudice prescrivendo che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati". Si tratta di un rimedio che priva l'autorità che lo emette della possibilità di travalicare la propria sfera di competenza, tutelando allo stesso tempo sia lo svolgimento della corretta funzione giudiziaria, sia l'individuo in qualità di parte processuale da possibili arbitri del giudice.*

Occorre, poi, distinguere i riflessi di tali principi nel processo civile e in quello penale. Nel **processo civile**, un *primo limite al potere del giudice viene individuato nel principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, previsto dall'art. 112 c.p.c. In base a tale disposizione, infatti, «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». Tale principio è supportato inevitabilmente dal principio della domanda e del contraddittorio tra le parti e l'inosservanza dello stesso da parte del giudice determina i vizi che rendono il provvedimento suscettibile di impugnazione dinanzi ad un organo di grado superiore.*

Al fine di individuare il ruolo del giudice nel **processo penale**, occorre distinguere l'odierno processo di tipo accusatorio dal precedente contesto processuale inquisitorio. La distinzione tra i due modelli processuali è di enorme importanza poiché nel precedente modello, il giudice non era soggetto a vincoli di particolare rilievo. Eventuali arbitri o abusi della sua funzione non potevano

essere fatti valere dall'imputato che, molto spesso, non era a conoscenza né poteva contestare gli elementi probatori in base ai quali era stato giudicato. Oggi, invece, oltre alle varie garanzie processuali sancite a livello costituzionale, vi è anche l'importante strumento di impugnazione concesso per contestare l'inosservanza o l'erronea applicazione della legge, in merito sia allo svolgimento del processo che all'assunzione delle prove, la mancanza, contraddittoria o manifesta illogicità della motivazione della sentenza e l'eccesso di potere del giudice.

Di enorme importanza risulta anche la **responsabilità civile** dei magistrati sancita in base all'art. 28 Cost. il quale dispone che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti per cui tale responsabilità comporta il risarcimento dei danni. Per quanto riguarda, invece, la **responsabilità penale**, il magistrato, quale pubblico ufficiale, può essere chiamato a rispondere dei reati propri che presuppongono tale qualifica soggettiva. Dunque, devono essere estese anche al magistrato le norme relative ai reati commessi dal pubblico ufficiale.

Mediante **l'esercizio dell'azione disciplinare**, invece, vengono perseguite le condotte dei magistrati che si manifestano come sintomo di una inefficacia della giustizia e rappresenta un'alternativa alla responsabilità civile e penale dei magistrati, affidata alla giurisdizione ordinaria. Tale azione colpisce condotte che, pur non traducendosi in un danno o in una violazione dolosa dei doveri d'ufficio, manifestano una risposta inadeguata alle aspettative dei cittadini, un segnale di crisi del funzionamento della giustizia ma che consente di ridare vigore all'intero apparato. I valori di indipendenza e autonomia della magistratura da poteri e interessi estranei alla giurisdizione non fondano l'immunità da responsabilità ma comportano la soggezione del giudice alla legge. Quindi, tale soggezione non costituisce un privilegio ma è la conseguenza del suo inserimento in una struttura di garanzia preordinata a tutelare la sovranità dei valori.

Un'ulteriore questione dibattuta negli ultimi anni nelle democrazie maggioritarie riguarda la possibilità di concedere ai magistrati la possibilità di iscrizione ad uno dei **partiti politici**. Ciò ha rappresentato la riaffermazione della libertà e trasparenza delle scelte individuali del giudice-cittadino però, in realtà, lo scadimento della vita interna dei partiti, gli estesi fenomeni di corruzione ed il ruolo soffocante delle oligarchie dei dirigenti hanno da tempo dissuaso dalla adesione reale ed hanno permesso soltanto legami di interesse non palesi. Nel sistema italiano, inoltre, è la stessa Costituzione a prevedere che uno dei primi accorgimenti necessari per evitare arbitri e condizionamenti del magistrato consiste nell'evitare un'adesione esplicita ad un partito politico, in quanto ciò potrebbe comportare una invasione dell'attività del partito nell'attività giudiziaria del magistrato.

Per l'importanza che il giudice sta assumendo nel corso dei secoli, esso non è più soltanto "bocca della legge", ma è "**creatore della legge**" e diventa sempre più un «amministratore degli interessi collettivi». Per questo motivo, il conflitto tra politica e giustizia sussiste in tutte le democrazie moderne, caratterizzate da un accrescimento del potere giudiziario. In tali democrazie, infatti, va scemando la concezione della subalternità del potere giudiziario a quello politico e sta attecchendo un modello simile a quello americano, in cui il potere giudiziario è posto sullo stesso piano di quello legislativo ed esecutivo, facendo emergere tra di esse un antagonismo dettato dalla logica in base alla quale ogni potere pretende di controllare e limitare l'altro. In tale ottica, il potere giudiziario accentua il suo ruolo di istituzione di garanzia, deputato a scongiurare il pericolo di un dittatura o tirannia delle maggioranze politiche, nonostante fossero state democraticamente elette; però, l'anomalia che si registra, soprattutto nel sistema italiano, sta proprio nell'eccessiva conflittualità tra i poteri della politica e della magistratura, conflitto che pregiudica il funzionamento del sistema sotto diversi profili determinando, peraltro, l'insorgenza di conflitti nella stessa magistratura. Alcune soluzioni individuate riguarderebbero la necessità di esigere un maggiore riserbo e un più marcato equilibrio dei magistrati sul piano della comunicazione pubblica extraistituzionale nonché evitare che il potere di valutazione del giudice sconfini in arbitrio e che l'impegno investigativo del Pubblico Ministero si trasformi in un eccessivo accanimento, alimentando sospetti di partigianeria politica o di ansia di protagonismo.

Qualsiasi commistione tra attività giurisprudenziale e politica non può che divenire pericolosa per la libertà individuale e la legge è l'unico mezzo per assicurare la difesa di tali libertà fondamentali. Ciò che si deve pretendere dal giudice, dunque, è che il processo sia luogo di ricerca della verità effettivo e reale, con un contraddittorio pieno tra le parti e una pubblicità completa e che la decisione si fondi su prove certe, di cui si renda conto in tempi rapidi, con una motivazione rigorosa e leale.

*Fiammetta Guerra*