

QUESTIONE GIUSTIZIA

SOMMARIO N. 4, 1989

Avvertenza pag. III

Leggi e istituzioni

Poteri privati e controllo giudiziario, di *Renato Greco* » 785

Il Csm sotto tiro: dalla ripresa del « processo Vitalone »
alle proposte di modifica del sistema elettorale, di
Domenico Pulitanò » 797

Il corvo, il giudice Ayala e la strategia normalizzatrice del
Consiglio superiore della magistratura, di *Giovanni
Palombarini* » 807

Dibattito su...: Il nuovo processo penale

Tra il vecchio e il nuovo dibattito: problemi di diritto
transitorio, di *Luigi Saraceni* » 817

Sul potere discrezionale del pubblico ministero, di *Valeria
Fazio* » 830

Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo pro-
cesso, di *Elvio Fassone* » 848

Spunti di analisi critica su nuovo processo e criminalità or-
ganizzata, di *Rosario Minna* » 868

Gli imputati malati di mente e il nuovo codice processuale,
di *Pier Luigi Zanchetta* » 880

Le ambiguità del processo minorile tra educazione e puni-
zione, di *Enza Roli* » 889

Prassi e orientamenti

- Ancora al « caso Napoli »: una possibile chiave di lettura,
di *Vincenzo Albano* e *Sergio Mattone* pag. 901
- Il processo (in)civile, di *Luigi De Marco* » 914

Obiettivo: Fiat e giustizia

- I. Pretura Torino, decr. cit. a giudizio, ud. 7 ottobre 1989 » 936
- II. Trib. Torino, sez. VI pen., ord. 13 ottobre 1989 » 937
- III. Proc. gen. Rep. Torino, istanza 6 ottobre 1989 » 941
- IV. Cass., sez. I pen., ord. 23 ottobre-8 novembre 1989 » 944
- V. Le istanze di ricusazione e rimessione e la posta in gioco,
(*Gianfranco Gilardi*) » 947

Cronache istituzionali

- L'istituzione del Consiglio della magistratura militare e i
nuovi obiettivi di democratizzazione del settore (*Benedetto Roberti*) » 969
- L'ultima amnistia, forse la penultima... (*Luigi Marini*) » 973
- Cosa succede a Bologna? (*Giancarlo Scarpari*) » 977

Osservatorio internazionale

- La difficile lotta per la realizzazione in Francia dell'indipendenza della magistratura, di *Vincenzo Accattatis* » 981

Giudici e società

- Realtà e prospettive dell'associazionismo giudiziario alla
soglia degli anni '90, di *Franco Ippolito* » 1007
- Il dovere morale di non iscriversi al Fascio (lettera di un
magistrato al padre), di *Alberto Apponi* » 1033

Segnalazioni

- Donne e magistratura: antichi pregiudizi e nuovi problemi
(*Massimo Niro*) » 1043

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

LA DIFFICILE LOTTA PER LA REALIZZAZIONE IN FRANCIA DELL'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA

di Vincenzo Accattatis

1. Il « governo dei giudici » e i « giudici del governo »

Lo Stato di diritto in Italia è stato normalmente considerato secondo modelli astratti e non, invece, secondo modelli storici concreti; si sono analizzate le idee di Montesquieu e di altri autori piuttosto che esaminare lo Stato di diritto così come si è concretamente realizzato in Gran Bretagna, negli Stati Uniti e in Francia (i tre modelli fondamentali di riferimento).

Non si deve dimenticare che è il modello francese, di stampo bonapartista, ad essersi realizzato concretamente in Italia e che è, quindi, questo a dovere essere più attentamente analizzato, anche perché molti in Italia continuano ad ispirarsi proprio ad un modello del genere.

La lotta per la realizzazione dello Stato di diritto in Italia è stata — e per larga parte è ancora — lotta per l'emancipazione dal modello bonapartista. È questo il concetto di fondo da cui occorre partire.

La storia della magistratura francese è, per noi, ricca di insegnamenti di vario tipo. È dalla Francia che ripetiamo il concetto (o, se si vuole, il mito) del giudice elettivo; è con la Francia che possiamo fare utili paragoni con riferimento sia al ruolo e alla funzione del Consiglio superiore della magistratura, sia al potere del Capo dello Stato in funzione di suo presidente, sia agli ostacoli che il Consiglio superiore può incontrare.

Attualmente, poi, in Francia si discute molto sulla giustizia che, mai come adesso, si è trovata strettamente collegata alla politica: « affari » Prouteau, Chaumet, Luchaire, Air Inter, Gordji, Michel Droit, false fatture di Lione. Si tratta di una discussione molto istruttiva anche per noi.

I rapporti fra giustizia e politica, in Francia, sono sempre stati intricati e la situazione attuale non fa eccezione, come hanno rilevato numerosi osservatori.

« La tradizione costituzionale francese — ha scritto R. Hadas-Lebel — è stata sempre diffidente verso il potere giudiziario, a partire dal 1789. Indebolita da due secoli di crisi e di controversie, la magistratura è oggi dilacerata fra l'indipendenza teoricamente riconosciuta dalla Costituzione ed il sistema gerarchizzato nella quale è costretta. È troppo facile dire che la giustizia è "agli ordini", che è sottomessa ed accusare i magistrati di "rendere servizi in luogo di sentenze": se la si lascia in condizioni di dipendenza, non si possono conseguire diversi risultati. Le pressioni politiche sui magistrati sono sempre esistite ed i governi, a destra o di sinistra, hanno sempre preferito i giudici indipendenti a quelli compiacenti. I cittadini francesi, fra l'altro, mai hanno avuto per i propri giudici il rispetto che hanno i cittadini dei paesi anglosassoni »¹.

« La Francia — ha osservato a sua volta J.D. Bredin — intrattiene con la giustizia una relazione malata. L'indipendenza ancor oggi, è affidata alla virtù personale del giudice, al suo coraggio. La politica costituzionale francese è stata sempre, comunque, nel senso di garantire una magistratura dipendente. È pertanto cosa cinica denunciare la dipendenza dei giudici quando la società è impegnata a mantenerla. La verità è che la Francia non sopporta istituzioni indipendenti. Questa nazione, che si pretende sinceramente amante della libertà mal tollera i meccanismi democratici, non sopporta i contropoteri. La Francia si amano i simboli ma non le istituzioni veramente indipendenti. La stessa Corte costituzionale non è stata istituita per controllarla per proteggere il governo dai possibili "abusi" del potere legislativo »².

Nello stesso senso si è espresso Ch. de Brie: « In Francia mai l'istituzione giudiziaria è riuscita a costituirsi come potere indipendente ed autonomo. Privati, sin dall'origine, del controllo di istituzionalità delle leggi e privati, inoltre, delle controversie fra cittadini ed amministrazioni; organizzati, nel corso dei secoli, su modello militare, con progressione di carriera nelle mani dell'esecutivo e della gerarchia ... con comunicazione fra giudici e pubblici ministeri sottoposti al guardasigilli, i magistrati francesi hanno dietro di sé una lunga tradizione di dipendenza. Quasi ad ogni mutamento di regime, a parte da Napoleone I, le purghe, epurazioni e giuramenti di fedeltà ... la giustizia è stata così mantenuta sottomessa »³.

La storia dell'indipendenza della magistratura francese — come

1. R. Hadas-Lebel, *Du bon usage d'un malaise*, *Le Monde* 24 dicembre 1987.

2. J.D. Bredin, *Insupportable indépendance*, *Le Monde*, 20 novembre 1987.

3. Ch. de Brie, *La justice française en procès*, *Le Monde diplomatique*, febbraio, 1988.

quella della magistratura italiana — è, in effetti, la storia della sua dipendenza.

« Il tema del “governo dei giudici” — ha osservato Cohen-Tanugi — è uno dei punti di riferimento costanti della classe politica francese che, con questo mezzo, ha espresso il rigetto del sistema di governo americano e, prim'ancora, il rifiuto del sistema politico nato dalla rivoluzione e del precedente sistema di controllo giudiziario nei confronti della monarchia »⁴ (cioè del « potere diviso »). La rivoluzione francese ha detto no al governo dei giudici e questo no è stato poi, più o meno, ripetuto da tutti i governi francesi successivi. Rifiuto legittimo, se si considera che il governo dei giudici è il peggior governo possibile; rifiuto legittimo nei confronti delle « indebite supplenze », come oggi si direbbe in Italia; ma non certo nei confronti dei controlli di legalità demandati nello Stato democratico e costituzionale alla magistratura, salvo a volerne distruggere un caposaldo fondamentale: il principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini — ricchi o poveri, potenti o deboli — davanti alla legge. « Le crescenti prerogative politiche dei tanto deprecati parlamenti nell'ultimo periodo dell'*ancien régime*, per una parte almeno, hanno rappresentato una forma di controllo politico nei confronti del potere assoluto, un suo contenimento »⁵.

In effetti, a partire dalla rivoluzione e salvo alcuni periodi — II, III e IV Repubblica — lo Stato francese ha configurato la forma del cesarismo moderno. Il gollismo, cui molti uomini politici italiani, non solo di destra, oggi si richiamano, è da considerare la forma attuale del cesarismo francese da cui occorre mantenere accurate distanze; sia detto questo nel quarantaduesimo anniversario della Costituzione repubblicana italiana, che ha configurato un sistema di potere completamente diverso, e nel trentaduesimo della Costituzione gollista del 1958.

« Un incremento in Francia del potere dei giudici — ha scritto ancora Cohen-Tanugi — garantirebbe oggi una più ricca forma di democrazia »⁶. Come dubitarne?

Il governo dei giudici è da rifiutare, ma sono anche da rifiutare i giudici del governo. Occorrono invece giudici veramente indipendenti, consapevoli di mantenere un accurato *self-restraint*, ma anche capaci e decisi nel far valere la *rule of law* nei confronti di “chiunque”. È questo, in effetti, un fondamentale presupposto dello Stato di diritto.

« La giustizia in Francia — ha scritto Hubert Dalle — ha sempre

4. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'état*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, p. 86.

5. *Ibid.*, p. 87.

6. *Ibid.*, p. 92.

avuto un'immagine mediocre presso la pubblica opinione. I *cabiers de doléance* che nel 1789 hanno preceduto la riunione degli Stati Generali costituiscono, oltre alle opere letterarie, una delle più antiche fonti di rivelazione dell'opinione pubblica di quel tempo sui temi della giustizia, sia per le critiche che per le proposte di riforma. Alla giustizia si rimproveravano la lentezza, il costo esorbitante, il linguaggio volutamente ermetico, oltre all'ignoranza, agli arbitrî ed alla venalità dei giudici. Si proponevano, quindi, la soppressione dell'acquisto degli uffici di giudice e delle *lettres de cachets*, che permettevano al re di incarcerare i sudditi; si chiedeva la soppressione delle giurisdizioni di eccezione, la fissazione preventiva della durata massima dei processi, l'instaurazione di un sistema di giudici di pace composti da conciliatori non professionisti più vicini ai cittadini; sul piano penale, si proponeva di rendere pubblica la fase istruttoria dei processi, di svuotare le prigioni e di renderle salubri »⁷. Né oggi, secondo Dalle, tale immagine è migliorata.

Da un'indagine condotta nel 1984 è risultato che sei persone su dieci ritenevano che la giustizia funziona male; il 35 % degli intervistati che i giudici francesi non possono essere considerati indipendenti (mentre il 24 % non ha ritenuto di dover esprimere alcuna opinione al riguardo). Nove persone su dieci hanno lamentato la lentezza della giustizia, sei su dieci il costo eccessivo ed il suo carattere discriminatorio.

2. I « giudici del governo » in Francia

2.1. Il giudice elettivo

La storia della magistratura francese moderna inizia con i decreti rivoluzionari del 4 ed 11 agosto del 1789, con la legge 24 agosto 1790 e con la Costituzione del 1791 che eliminano il precedente sistema giudiziario e rendono i giudici elettivi.

È questo il sistema francese di indipendenza della magistratura preso poi a modello da tutta la sinistra europea: collegamento fra giudici e sovranità popolare per via di elezioni.

L'alternativa si è posta, in seguito, nei seguenti termini: giudice professionale, nominato per concorso, o giudice elettivo; giudice esperto di leggi o giudice direttamente espresso dal popolo?

« A partire dalla rivoluzione — ha scritto J. Ellul⁸ — il giudice

7. H. Dalle, *La giustizia in Francia e le prospettive di riforma*, in questa Rivista, 1987, pp. 221 e ss.

8. J. Ellul, *Histoire des institutions*, n. 5, Presses Universitaires de France, Paris, 1982, pp. 63 e ss.

viene concepito come macchina per applicare leggi che avrebbero dovuto tutto prevedere». Il carattere « popolare » della giustizia, espresso dalla rivoluzione, si è configurato in due differenti maniere: a) il potere giudiziario, come ogni altro potere, deve essere espressione della sovranità popolare; b) il popolo, attraverso le giurie, deve partecipare direttamente alle decisioni. Dopo la rivoluzione, i giudici esercitano il loro potere nel nome della Nazione. Il sistema elettivo viene favorito anche in ragione della ostilità nei confronti della monarchia e dei parlamenti: questi, da che il potere rivoluzionario è stato instaurato, sono stati riguardati come un momento di possibile opposizione dei giudici al potere rivoluzionario.

2.2. L'inizio delle epurazioni

In applicazione dei decreti del 1789, della legge del 1790 e della Costituzione del 1791 vi è stata, in Francia, una prima elezione dei giudici; ma gli eletti sono stati giudicati poco rivoluzionari e prontamente rimossi. Comincia così la storia delle epurazioni, della sistematica violazione della indipendenza della magistratura francese che è da vedere come conseguenza diretta della instabilità della classe politica di governo⁹.

Il 22 settembre 1792 l'Assemblea rivoluzionaria indice nuove elezioni. Nel corso del dibattito assembleare Condorcet attacca duramente i giudici perché poco rivoluzionari, Danton si augura che le successive elezioni diano migliori frutti. La Convenzione interviene ripetutamente per eliminare decisioni giudiziarie ritenute errate. Per allontanare i giudici ritenuti poco affidabili in senso rivoluzionario, con decreto 19 ottobre 1792, i Montagnardi eliminano ogni qualificazione professionale.

9. Il sistema delle epurazioni, in Francia come in Italia, può essere anche visto come una singolare forma di *spoils system*. Com'è noto negli Stati Uniti il trollo politico rappresentato dal Senato). In Francia ed in Italia lo *spoils system* vigente con riferimento all'apparato amministrativo (da tener presente però il controllo politico rappresentato dal Senato). In Francia ed in Italia lo *spoils system* storicamente è stato organizzato al fine di mantenere i giudici « fedeli » ai vari regimi di volta in volta succedutisi. Lo *spoils system* italiano attuale è nient'altro che la « lottizzazione » da cui è opportuno che la magistratura rimanga immune. Sullo *spoils system* all'italiana cfr. G. Galli, *L'Italia sotterranea. Storia politica e scandali*, Laterza, 1983, pp. 296 e ss. Sullo *spoils system* esistente negli Stati Uniti, cfr. B. Barthorn, R. Penniman, F. Ferber, *Government and Politics in the United States*, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey, Toronto, New York, London, 1966, pp. 403 e ss.; J. A. Corry e Henry J. Abraham, *Elements of Democratic Government*, Oxford University Press, New York, 1958, pp. 283 e ss., 578 e ss.; Allen M. Potter, *America, Government & Politics*, Faber and Faber, London & Boston, 1981, pp. 22 e ss.

È questo il momento di massima democratizzazione ma di minima preparazione professionale della magistratura francese.

Nel marzo del 1793 viene istituito un tribunale rivoluzionario con l'incarico di processare e condannare tutti gli attentati contro « la libertà, l'eguaglianza e l'unità della repubblica ». I « presunti » contro-rivoluzionari subiscono la carcerazione preventiva. Da questa data viene emanata ampia legislazione sui « sospetti ». Nel 1794 il diritto di difesa è soppresso. I tribunali possono infliggere condanne anche per reati non menzionati dalla legge. La sola pena prevista è la morte¹⁰.

2.3. *Il pluralismo come intralcio*

La prima forma di concentrazione di potere è stata realizzata dalla Costituzione del 24 giugno 1793.

È precisamente da questa data che il pluralismo viene visto in Francia come intralcio da eliminare, è da questa data che le Costituzioni francesi sempre più si allontanano da quella degli Stati Uniti che — com'è ben noto — consacra il pluralismo istituzionale e la divisione dei poteri nella forma più eminente. I giudici, ancora una volta, vengono eletti ma, appena eletti, vengono epurati. La « fase rivoluzionaria » è ormai finita, molto tristemente per l'indipendenza della magistratura, per la divisione dei poteri, per lo Stato di diritto che mai allignerà completamente in Francia.

« Con la Convenzione — ha scritto J. Ellul¹¹ — la rivoluzione è apparsa come un mutamento di regime politico ma non vi è stato mutamento del modo di evoluzione dello Stato ». Tutto al contrario, l'evoluzione dello Stato francese, iniziata nel XIV secolo in termini di sempre maggiore autoritarismo e concentrazione di potere, è stata portata avanti dalla rivoluzione. La rivoluzione, si potrebbe anzi dire, ha comportato « una crescita dello Stato nel senso della concentrazione ».

La rivoluzione era stata uno scontro, libero fino alle peggiori forme di violenza, fra le forze politiche in campo.

Il Consolato e l'Impero hanno voluto esserne la negazione.

Le idee rivoluzionarie vengono giudicate sorpassate. I giacobini e i repubblicani, dopo l'attentato di *rue Saint-Nicaise* del 24 dicembre 1800, vengono repressi a livello di massa. L'annichilimento delle passioni politiche, vivamente auspicato, non poteva essere ottenuto che per via di annientamenti dei mezzi di espressione. I dibattiti assembleari vengono lasciati in stanze chiuse. Il Tribunale della Costituzione del-

10. Cfr. J. Ellul, *op. cit.*, p. 87.

11. J. Ellul, *op. cit.*, p. 85.

l'anno VIII, dove aveva trovato rifugio il residuo pensiero repubblicano, viene epurato nel 1802 e disciolto nel 1807. I parlamenti divengono pallide ombre delle assemblee del passato. Il suffragio elettorale è svuotato di contenuto, la libertà di espressione gravemente limitata (all'inizio del 1800, 60 dei 73 giornali parigini sono soppressi, ai restanti è proibito pubblicare articoli « contrari al patto sociale, alla sovranità popolare ed alla gloria dell'esercito »).

Il vero corpo legislativo, il Senato, si limita ad avallare le decisioni di Napoleone. Viene istituito il Consiglio di Stato, corpo di tecnocrati a servizio del nascente dittatore, modello di ogni corpo tecnocratico dell'avvenire (di giuristi-funzionari al servizio del principe). Il Consiglio di Stato si limita a mettere in « forma giuridica » ed in « bella copia » le decisioni di Napoleone.

Alle « fazioni politiche », Bonaparte « il pacificatore », oppone l'ideale di una nazione riunificata, di una nuova legittimità autoritaria basata sul... colpo di Stato ed i plebisciti.

Napoleone crea così il « potere personale », il « cesarismo moderno », « amalgama di tradizione monarchica e di simulacro democratico ».

Il Primo Console governa e regna alla maniera di un *souverain éclairé* che concede al fatto compiuto della Rivoluzione di circondarsi di forme repubblicane; ma sono, in effetti, l'ambiguità, la doppiezza e l'inganno a regnare nelle istituzioni ¹².

Napoleone inventa la « duplicità istituzionale » (che trova oggi vistose espressioni anche, o soprattutto, in Italia): sotto forme repubblicane egli instaura la dittatura; con il « sistema delle assemblee », caro ai rivoluzionari, egli crea organizzazioni non funzionali ed autoelidentisi, capaci di legittimare, quindi, in ultima istanza, gli interventi « provvidenziali » e risolutori del dittatore ¹³. Questo il particolare genio giuridico suo e dei legisti al suo servizio, non solo quello che lo ha portato ad emanare i codici della borghesia imitati poi ovunque, in particolare in Italia.

Napoleone ha anche creato il suo « geniale ordinamento giudiziario » che ha sfidato i secoli e le costituzioni repubblicane, anche quella italiana del 1948.

La concezione dell'equilibrio dei poteri espressa da Napoleone è molto chiara: « Le gouvernement — egli ha scritto — est au centre

12. G. Duby, *Histoire de la France de 1348 à 1852*, Larousse, Paris, 1987, pp. 360, 361.

13. K. Loewenstein, *Political Power and the Government Process*, The University of Chicago Press, Chicago, 1957, p. 278. L'essenza del bonapartismo — ha scritto Léo Hamon — consiste nel « fare accettare il potere forte mostrando di garantire le conquiste rivoluzionarie » (*Les juges de la loi*, Fayard, Paris, p. 47).

des sociétés comme le soleil; les diverses institutions doivent parcourir autour de lui leur orbite, sans s'en écarter jamais ».

Si tratta di un sistema gravitazionale completamente diverso da quello concepito da Montesquieu; si tratta di una invenzione postrivoluzionaria « alla francese », del tutto coerente con la evoluzione del potere accentrato francese a partire dal XIV secolo.

2.4. *Il modello giudiziario bonapartista*

In forza della Costituzione dell'anno VIII Napoleone, Primo Console, nomina i giudici (salvo quelli di pace che restano elettivi), che egli vuole, ovviamente, fedeli ed ossequienti. Sorge così il modello giudiziario francese che resterà in vigore, in Francia, nel corso degli anni e sarà imitato da vari paesi, fra cui l'Italia. Giudici subordinati, gerarchizzati, giudici-funzionari¹⁴.

Tale Costituzione non contiene dichiarazioni di diritti e con essa il vero potere è nelle mani dei tre consoli, dei ministri e del Consiglio di Stato.

Con l'avvento della Costituzione dell'anno VIII, afferma Ellul¹⁵, « non vi è più, a vero dire, un potere giudiziario ». (È, a questo punto, da notare che gli artt. 29-21 della legge Siccardi italiana dell'11 aprile 1851 riprendono testualmente la normativa napoleonica. Allo stesso modo della legge Rattazzi del 13 novembre 1859 che estende la legge Siccardi alle altre provincie italiane).

L'art. 78 della Costituzione dell'anno VIII istituisce « *un grand-juge ministre de la justice* » (così evidenziando che l'indipendenza dei giudici è fuori di ogni orizzonte). Ai sensi dell'art. 81 questo nuovo organo ha sui tribunali, i giudici di pace ed i membri che li compongono, « *le droit de les surveiller et les reprendre* ». A termini dell'art. 82 egli presiede la Corte di cassazione in funzione disciplinare. Per gravi ragioni può sospendere i giudici dalle loro funzioni. L'art. 83, infine, stabilisce la gerarchia fra gli organi giudiziari: le corti di appello hanno « la sorveglianza » sui tribunali ed i tribunali sui giudici di pace.

Il senatoconsulto del 1807 consacra la condizione del giudice burocrate di tipo bonapartista.

Queste leggi trovano il loro completamento nell'ordinamento giudiziario del 20 aprile 1810, soprattutto nel capitolo VII che tratta della disciplina dei magistrati. Le sanzioni irrogabili sono l'« ammo-

14. J. Ellul, *op. cit.*, p. 180.

15. *Ibid.*, p. 153.

nimento » (*avertissement*), la « censura semplice », la « censura con reprimenda », la « sospensione dalle funzioni ».

2.5. *La manipolazione della magistratura nella sua forma parossistica*

Nel corso degli anni 1814-15 si assiste, in Francia, al parossismo della manipolazione della magistratura.

La Carta costituzionale del 2 maggio 1814, emanata sotto il regno di Luigi XVIII, prende in considerazione l'inamovibilità e l'indipendenza dei giudici (che sono nominati dal re), ma l'ordinanza del 15 febbraio 1815 stabilisce una... nuova epurazione; al ritorno di Napoleone dall'isola d'Elba vi è, ovviamente, un'altra epurazione ed una terza interviene (in forza di ordinanza 13 luglio 1815) al ritorno del re; sicché nel corso di pochi mesi, come è stato scritto, i giudici francesi sono stati costretti a « tourner trois fois sa robe »¹⁶.

2.6. *Le contraddizioni in seno alla II Repubblica*

Nel 1848 viene proclamata la II Repubblica.

Con decreto 17 aprile 1848 il principio di inamovibilità è, paradossalmente, giudicato « incompatibile » con i principi repubblicani! Secondo Lamartine l'epurazione è strettamente necessaria al fine di separare la giustizia della politica¹⁷. L'Assemblea nazionale costituente condanna però un simile orientamento, disponendo che i magistrati epurati siano reintegrati nei loro posti.

L'esperienza della II Repubblica è importante perché consente una utile riflessione sulla tradizione socialista francese, sulla astrattezza (e concretezza) dei programmi, sulle buone intenzioni e la pratica, sui presupposti politici dell'indipendenza della magistratura e dell'inamovibilità dei giudici.

Non vi è dubbio, infatti, che la II Repubblica, che si è data una costituzione all'americana (con volontà cioè di istituire una reale indipendenza dei poteri), non sia riuscita a realizzarla per mancanza dei presupposti politici. Alle velleità si sono contrapposti i « fatti », le tradizioni, le esigenze politiche di un governo possibile... Gli artefici

16. D. Charvet, in prefazione a G. Masson, *Le juge et le pouvoir*, Coédition Alain Moreau e Syros, Paris, 1977, p. 7.

17. Per un efficace affresco della II Repubblica francese rinvio a Ph. Vigier, *La seconde république*, Presses universitaires de France, Paris, 1983. Per un'analisi della epurazione e dello spirito che l'ha guidata, vds. in particolare p. 25; cfr., inoltre, G. Masson, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

della II Repubblica hanno governato in modo « lirico » e « sentimentale », non solo in materia di disoccupazione, di giustizia sociale, di « diritto al lavoro ». « L'amour est plus fort que le haine — cantava Pierre Dupont — chapeau bas devant la casquette, à genoux devant l'ouvrier »; ma con gli « atteggiamenti lirici », com'è ben noto, non si riesce a governare.

Il « socialismo alla francese » è sempre stato connotato da umanitarismo (il suo fascino) ma anche da astrattezza (la sua debolezza). Si tratta dell'eredità rousseauiana di cui i socialisti, nei vari paesi, hanno sempre pagato il prezzo¹⁸. Vi è qui, per la sinistra, un difficile nodo da sciogliere, uno snodo da realizzare.

2.7. *Il governo di Luigi Bonaparte e le manipolazioni della magistratura*

La II Repubblica ha vita breve.

Il plebiscito che « legittima » la dittatura personale di Napoleone il Piccolo si svolge nei giorni 21 e 22 dicembre 1851.

Luigi Bonaparte chiede al popolo di andare al potere « pour fermer l'ère des orages », iniziata nel 1848. Di fronte agli occhi delle masse gioca « lo spettro rosso » (« les ateliers nationaux »).

In un manifesto apparso sui muri di Parigi il 12 dicembre Montalambert afferma che votare contro Luigi Napoleone significherebbe « dare via libera alla rivoluzione sociale... ». Questi i temi del dibattito, allora.

7.145.000 francesi danno la loro fiducia a Napoleone, solo 592.000 la negano, mentre 1.500.000 si astengono. Luigi Napoleone instaura quindi la sua dittatura personale con largo consenso di popolo. Dopo il plebiscito il « nuovo terrore », la caccia al rosso¹⁹.

Anche il potere personale di Napoleone il Piccolo — come già quello di Napoleone il Grande — è fondato, quindi, sui plebisciti e sull'inganno²⁰.

Sotto Luigi Napoleone la giustizia francese è resa « nel nome dell'imperatore ». I giudici, nominati dall'imperatore, devono prestargli

18. Per un'analisi di questi aspetti resta, a mio avviso, fondamentale l'opera di N. Bobbio, *Politica e cultura*, Einaudi, 1955.

19. Cfr. Ph. Vigier, *op. cit.*, pp. 120 e ss.

20. Luigi Napoleone redige la « sua costituzione » in poche ore. Il parlamento diviene una « cave sans air et sans jour » dove Montalambert dice di aver trascorso « six ans à lutter avec des reptiles... ». Si può credergli, egli che, in precedenza, aveva inneggiato a Napoleone il Salvatore (cfr. Ph. Vigier, *op. cit.*, pp. 122 e ss.).

giuramento di fedeltà. L'epurazione, dalla II Repubblica portata avanti in modo incerto e contraddittorio, viene ora effettuata con decisione (in forza del decreto 1° marzo 1852).

In questo periodo i magistrati francesi, specialmente i giudici di pace, sono politicizzati nel modo più deteriore; divengono veri e propri galoppini del governo. È il governo, quindi, che vuole e sceglie i giudici galoppini. Chi non si allinea al nuovo corso viene epurato²¹.

2.8. *Un breve ritorno al giudice elettivo*

Per « elementari ragioni politiche » anche la Comune di Parigi procede all'epurazione della magistratura.

Sotto la Comune i giudici divengono di nuovo elettivi; ma, com'è ben noto, la Comune dura lo spazio di un mattino.

L'esperienza della Comune interessa, comunque, in modo particolare, perché proprio attraverso l'analisi di questa esperienza Marx ha formulato alcuni giudizi sulla indipendenza della magistratura; giudizi che hanno molto influenzato la tradizione culturale della sinistra ed ancora la influenzano.

« I magistrati — egli ha affermato, in particolare — sono stati privati della loro finta indipendenza che era servita solo per mascherare la loro dipendenza dall'esecutivo »²². Marx ha inoltre approvato il sistema del giudice elettivo instaurato dalla Comune: giudici « elettivi, responsabili e revocabili », secondo la sua espressione, « come tutti gli altri pubblici funzionari ».

Marx, come il successivo pensiero rivoluzionario di sinistra, non riconosce, quindi, alcuna « specificità del giudiziario »; non pensa lontanamente alla divisione dei poteri. È questa la tradizione della sinistra da rivisitare a fondo, da ripensare accuratamente.

Marx, in definitiva, giudica impossibile ed illusoria una vera e reale indipendenza dei giudici nello Stato capitalistico-borghese (come nello Stato comunista) e — conformemente al punto di vista dei rivoluzionari francesi — vede l'unica possibile forma di democratizzazione del giudizio nel rapporto tra giudiziario e principio di sovranità popolare.

21. Una critica molto dura nei confronti dei giudici pronti a prestare giuramento e ad installarsi « sempre nel campo dei vincitori, ...prostituti che si concedono ad ogni passante » viene formulata da Victor Hugo in *La Magistrature impériale: servilité de la magistrature impériale sous le despotisme de Napoléon le Petit*, Paris, 1871 (citato da G. Masson, *op. cit.*, p. 46).

2. Karl Marx, *La guerra civile in Francia*, in Marx-Engels, Editori Riuniti, 1966, p. 909.

Su questa cruciale questione la sinistra, per oltre un secolo, ha seguito Marx, più o meno pedissequamente²³.

In Francia dunque (come del resto in Italia) la sinistra ha visto per un lungo periodo la democratizzazione della magistratura nel rapporto con « l'unica sorgente » democratica: la sovranità popolare; e, conseguentemente, non ha mai avuto veramente a cuore l'autogoverno dei giudici, mentre le è interessato sempre il controllo politico « da sinistra » sulla magistratura²⁴. Questa è sempre stata avvertita come condizionata da destra (ed in larga parte ciò è stato vero). La sinistra ha quindi cercato di vincere questo condizionamento con un controcondizionamento.

Il discorso sul « governo dei giudici » che ci viene dalla Francia (rivolto alla condizione dei giudici degli Stati Uniti: ben noto è l'episodio dell'aspro contrasto tra Governo Roosevelt e Corte suprema degli Stati Uniti in funzione di inammissibile « governo ombra » conservatore) è stato elaborato tutto in questa chiave. Siamo in presenza di un punto focale dell'analisi della indipendenza della magistratura.

In definitiva, implicitamente o esplicitamente, la sinistra ^{francese} magistratura ha sempre posto questo problema: indipendenza per che fare, per contrastare le leggi sociali, come è avvenuto in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, o per altro? È un problema, questo, che resta aperto, non solo a livello nazionale ma anche a livello internazionale.

3. Il timido e contraddittorio inizio dell'indipendenza della magistratura francese

3.1. *La III Repubblica*

All'indomani del plebiscito dell'8 maggio 1870, che aveva assicurato all'Impero un'enorme maggioranza, anche i più esaltati repubblicani erano convinti che il regime sarebbe durato a lungo ma, quattro

23. Per un'analisi accurata della posizione della sinistra italiana riguardo alla indipendenza della magistratura, alla elettività dei giurici ed alle questioni connesse, cfr. F. Venturini, *Un sindacato dei giudici da Giolitti a Mussolini*, Il Mulino, 1987, in particolare pp. 73 e ss., pp. 106 e ss., pp. 178 e ss. Interessanti sono, tra gli altri, i rilievi circa le indicazioni della Associazione magistrati nel senso dell'introduzione del giudice elettivo (i giudici devono essere « espressione della sovranità popolare » e, quindi, « eletti dal popolo », affermava, ad esempio, Roberto Cirillo; cfr. *ibid.*, p. 193).

24. È in questa tradizione che affondano le loro radici atteggiamenti anche recenti della sinistra come l'ostilità o la diffidenza nei confronti della istituzione del Consiglio superiore della magistratura ed i successivi attacchi allo stesso.

mesi dopo, l'Impero cadeva sotto il peso della disfatta militare per cedere il posto alla III Repubblica.

La Repubblica è stata proclamata all'Hôtel de ville, come si conveniva; il governo provvisorio è nato con il compito di proteggere la Francia dall'invasione prussiana; insomma, il 4 settembre, è stato « meno una nascita che la constatazione di un decesso »²⁵.

Dal punto di vista della storia dell'indipendenza della magistratura la III Repubblica è importante perché proprio nei circa 70 anni della sua durata la indipendenza incomincia ad emergere lentamente in Francia; essa si rafforza sotto la IV Repubblica, mediante la istituzione del Consiglio superiore della magistratura, e riprende il suo declino sotto la V Repubblica di stampo autoritario-gollista²⁶.

È questo un aspetto importante: con la III Repubblica si ha finalmente, in Francia, un periodo di lunga stabilità e la stabilità dei regimi è il presupposto politico fondamentale ai fini dell'indipendenza del giudiziario, essendo ovvio che i rappresentanti dei nuovi regimi vogliono il « rinnovamento della magistratura » affinché le nuove leggi non siano contrastate dalla magistratura ma siano applicate « fedelmente »²⁷.

È necessario rilevare come la III Repubblica realizza un governo pluralistico o, se si vuole, una condizione di « potere diviso » in senso politico, che favorisce il « potere diviso » in senso istituzionale e la crescita graduale dell'autonomo peso politico della magistratura. Le stesse proteste di quel tempo contro la magistratura, serva e prostituita, sono da vedere come espressione dell'esigenza che la magistratura finalmente diventi indipendente.

Nell'Assemblea che viene eletta nel 1871 sono i monarchici (peraltro fra loro divisi) e non i repubblicani ad avere la maggioranza. Si deve inoltre ricordare che la Repubblica nasce a sorpresa, nel 1875, con un solo voto di maggioranza. Repubblica fragile, quindi? Proprio non si direbbe, visto che riesce a durare tre quarti di secolo! Durata immensa, fatto il paragone con i regimi politici precedenti e susseguenti. La III Repubblica realizza il primo genuino governo parlamentare

25. G. Dubuy, *Histoire de la France de 1852 à nos jours*, Larousse, Paris, 1987, p. 143.

26. Per un'analisi più compiuta cfr. J. Ellul, *op. cit.*, pp. 323 e ss. Per un'analisi della III Repubblica e, in particolare, del « lealismo » preteso dai funzionari e dai magistrati, cfr. J.P. Machelon, *Le République contre les libertés?*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1976.

27. È stato giustamente notato da D. G.T. Williams che la indipendenza della magistratura inglese ha potuto sopravvivere e si è potuta consolidare soltanto perché « per quasi tre secoli il corso della storia inglese è stato relativamente placido » (D.G.T. Williams, *L'indipendenza del giudice in Inghilterra*, in *Rassegna dei magistrati*, ottobre 1964, p. 362).

francese e non a caso in esso può incominciare a germogliare la prima, fragile, indipendenza della magistratura²⁸.

Con la III Repubblica si è avuto, in Francia, il potere assoluto non di un singolo (secondo la peggiore tradizione francese) ma del parlamento e cioè dell'insieme delle forze politiche; analogamente a quanto era accaduto in Inghilterra a partire dal XVII secolo.

Con la III Repubblica anche la giurisprudenza amministrativa, sempre a servizio del principe, diviene più rispettabile.

Con legge 24 maggio 1872 viene creato il Tribunale dei conflitti (con sottrazione al Consiglio di Stato della competenza a decidere in materia); alle decisioni del Consiglio di Stato è conferita immediata efficacia esecutiva; il Tribunale dei conflitti è composto da consiglieri di Stato e di Corte di cassazione (peraltro con presidenza del guardasigilli nella sua duplice qualità di membro del governo e di supremo organo dell'ordine giudiziario). I componenti del Consiglio di Stato sono resi inamovibili e cioè più indipendenti rispetto al governo²⁹.

Nei confronti della indipendenza dei giudici, all'inizio, anche la III Repubblica ha battuto la strada tradizionale, cominciando cioè con l'epurazione dei giudici « per indeclinabili ragioni politiche ». Solo sul presupposto di una magistratura già epurata sono state effettuate delle riforme volte a meglio garantirne l'indipendenza. Da notare che è stata proprio la sinistra democratica a contrastare il « feticismo dell'inamovibilità ».

L'epurazione è stata decisa con voto assembleare del 10 giugno 1882. Contestualmente l'Assemblea ha approvato una risoluzione in favore dell'elettività dei giudici, risoluzione che però non ha avuto poi alcun seguito. Il principio dell'elettività in Francia è stato così praticamente abbandonato.

La circolare del 26 settembre 1895 sintetizza le ragioni per le quali le riforme sono state effettuate. « Da lungo tempo — si legge nella circolare — l'amministrazione della giustizia soffre di critiche per il modo come i giudici sono reclutati e promossi. Abbandonata all'esclusivo potere del guardasigilli, la nominata è guardata con sospetto, per il

28. Si deve a G. Maranini l'affermazione che una delle ragioni fondamentali per cui in Italia non poteva esistere una reale indipendenza della magistratura era determinata dalla inesistenza di un effettivo regime parlamentare (G. Maranini, *Storia del potere in Italia. 1848-1967*, Vallecchi, 1968). Le correnti antiparlamentari in Italia sono state sempre molto forti ed ancor oggi lo sono. Per una recente analisi cfr. A. Benenati, *Politique et société dans l'Italie contemporaine, Economica*, Paris, 1987, pp. 118 e ss.

29. Per un'analisi dell'evoluzione storica del Tribunale dei conflitti e del suo attuale funzionamento, cfr. G. Vedel-P. Devolvé, *Droit Administratif, Presses Universitaires de France*, 1984, pp. 209 e ss.

solo fatto di dipendere da una volontà unica, che si pensa soggetta a diverse sollecitazioni... ».

In base a considerazioni del genere la circolare del guardasigilli stabilisce che, al fine della nomina dei giudici, deve essere predisposta annualmente — da parte di una speciale Commissione composta dal presidente della Corte di cassazione, da due consiglieri di cassazione anziani e da tre funzionari ministeriali — una lista dei giudici da nominare. Ben scarsa garanzia, certamente, ma purtuttavia un inizio.

Una garanzia più consistente è realizzata con decreto 18 agosto 1906 che dispone, in via generale, la nomina dei magistrati per concorso e migliora la procedura per le promozioni, peraltro emendato, in senso regressivo, con decreto 18 febbraio 1908.

La Costituzione del 1875 (anche se, in effetti, non si è trattato di vera e propria Costituzione) non prevedeva un organo abilitato al controllo di costituzionalità delle leggi (mentre in precedenti costituzioni tale organo è stato individuato nel Senato).

Da qui due correnti interpretative: una secondo cui il giudizio di costituzionalità poteva e doveva essere effettuato dai giudici ordinari; l'altra secondo cui, nel silenzio della legge, non poteva essere effettuato da alcuno³⁰.

La magistratura francese, sempre castigata ed intimidita a partire dalla Rivoluzione, mai ha effettuato il controllo di costituzionalità che, giuridicamente parlando, bene avrebbe potuto effettuare³¹.

I governi susseguitisi negli anni 1908-35 ben scarse modifiche hanno apportato al precedente ordinamento giudiziario. Si può ricordare il decreto 20 febbraio 1934, con il quale sono state migliorate le garanzie per la promozione dei magistrati e quello del 5 giugno dello stesso anno, che ha istituito una Commissione consultiva per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari ai pubblici ministeri. (Anche in Italia, in epoca giolittiana, si sono avute analoghe, timide riforme; tenuto conto che, in epoca precedente, la magistratura italiana aveva vissuto una condizione di dipendenza di tipo francese)³².

3.2. I governi di Fronte popolare e Vichy

Il Fronte popolare ha perseguito una politica di maggiore, intrinseco, controllo della magistratura.

30. Cfr. L. Hamon, *Les juges de la loi*, op. cit., p. 48.

31. *Ibid.*, pp. 49 e ss.

32. Per una puntuale analisi di detta condizione di dipendenza rinvio all'opera di Maranini, già citata, ed all'opera di M. D'Addio, *Politica e Magistratura*, Giuffrè, 1966.

In particolare, con decreto 18 giugno 1936, sono state abrogate le riforme realizzate nel 1934; con legge 18 agosto 1936, poi, è stato deciso lo svecchiamento della magistratura e cioè l'allontanamento da essa dei giudici più anziani.

Il governo di Vichy, per parte sua, ha ovviamente disfatto tutte le riforme introdotte dalla III Repubblica volte a dare ai giudici maggiore indipendenza, rendendo la magistratura di nuovo completamente subordinata al potere esecutivo.

In forza dell'atto costituzionale 27 gennaio 1941 i giudici hanno dovuto giurare fedeltà a Pétain diventando personalmente responsabili davanti a lui (e — pagina ingloriosa della magistratura francese — la storia ricorda un unico caso di rifiuto con conseguente radiazione). Con legge 21 settembre 1941, poi, l'inaamovibilità dei giudici è stata sospesa a tempo indeterminato. I giudici sono stati, quindi, nuovamente epurati; e particolare accanimento è stato rivolto contro i giudici ebrei.

3.3. *La IV Repubblica ed il definitivo abbandono del principio di elettività*

Ampia epurazione dei giudici è stata nuovamente effettuata sotto la IV Repubblica.

Socialisti e comunisti hanno allora avuto in comune « la volontà di fare sparire dalle future istituzioni » le vestigia della III Repubblica, ma non si sono trovati d'accordo circa l'organizzazione da dare ai vari poteri. In particolare, « nel progetto comunista nessun organismo avrebbe dovuto limitare la sovranità di un'Assemblea unica ed onnipotente, eletta a suffragio universale, capace di tenere sotto stretto controllo il potere esecutivo ed il potere giudiziario »³³ ed il partito comunista ha conseguentemente preso posizione contro la divisione dei poteri³⁴.

Sotto la IV Repubblica viene ripreso il discorso relativo all'elettività dei giudici — punto di orientamento fisso, come si è visto, della sinistra dopo la rivoluzione del 1789 —, ma nessun partito, compreso quello comunista, si è impegnato a fondo in favore della elettività; tutti hanno finito con l'accettare la soluzione intermedia e cioè l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura.

Perché mai il Pcf, in linea di principio favorevole al sistema elettivo, non si è impegnato a fondo perché fosse introdotto? Sostanzial-

33. P. Courtier, *La quatrième république*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 11.

34. Cfr. G. Masson, *op. cit.*, pp. 186 e ss.

mente perché anch'esso ha finito per preferire giudici politicamente scelti e preselezionati, secondo la ben consolidata tradizione francese. Quali giudici sarebbero stati, infatti, espressi per via di elezione dopo la caduta del governo Vichy? Giudici democratici, fedeli al nuovo corso, per il solo fatto di essere stati democraticamente eletti? Vi era da dubitarne. Quindi meglio giudici preselezionati e controllati — via Consiglio superiore — dalle nuove forze democratiche...

Il contesto politico del dopoguerra, caratterizzato da una forte spinta antiautoritaria e di sinistra, sarebbe stato l'ambiente politico ideale per la reintroduzione del sistema elettivo; se, cioè nonostante, esso non è stato reintrodotta si può dare per certo che in Francia (come in Italia) esso è stato definitivamente messo da parte.

È questa, a mio avviso, una rilevante conclusione, visto che, ancor oggi, si discute molto in Italia — e molto se ne è discusso nel corso del referendum sulla giustizia — della « rappresentatività » dei giudici e cioè dei possibili raccordi fra il principio della soggezione del giudice alla legge e quello di sovranità popolare³⁵. Orbene la vicenda storica francese dimostra come la strada dell'elezione sia utopica e piena di inconvenienti.

Le ragioni contrarie al principio del giudice elettivo sono state espresse, tra gli altri, da M. Duverger nei seguenti termini: innanzitutto un simile sistema « non offre alcuna garanzia di competenza giuridica » ed il principio della soggezione del giudice alla legge postula, ovviamente, la competenza giuridica; « inoltre, l'elezione comporta il collegamento fra candidati e partiti politici », rapporto che è pieno di inconvenienti, come la storia degli Stati Uniti chiaramente dimostra. « Nel XIX secolo ed all'inizio del XX — continua Duverger — i partiti americani hanno spesso preso la forma di macchine manipolate da politici disonesti che hanno cercato di assicurarsi le leve di comando e l'impunità... mediante la simultanea elezione del giudice, del capo della polizia e degli amministratori locali. Differenti misure sono state poi prese per cercare di correggere simili abusi »³⁶. Abusi che, peraltro, ancora persistono³⁷.

35. Nel corso del referendum da molti è stato notato che esso in effetti si è atteggiato come volontà di alcuni partiti di sottoporre la giustizia a generale controllo popolare.

36. M. Duverger, *Institutions politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, 1980, p. 203.

37. Per una più completa analisi degli inconvenienti cui ha dato luogo il sistema elettivo negli Stati Uniti rinvio a G.B. Harthorn, H.R. Penniman, M.F. Ferber, *Government and Politics in the United States*, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey, Toronto, London, New York, 1965, p. 672;

Vi è un altro aspetto importante da rimarcare. Quando il Consiglio superiore viene istituito l'epurazione, in Francia, è stata già portata a termine. Il Consiglio sorge, quindi, come organo di garanzia della (relativa) indipendenza dei giudici sul presupposto di una magistratura già epurata. Questa, come si è visto, è una costante della tradizione francese. In Italia, invece, negli stessi anni, praticamente non si è avuta epurazione della magistratura, il che può essere letto in vario senso. Tradizionalmente questo fatto è stato letto dalla sinistra come grave

J.S. Sutton, *American Government*, Harrap, London, 1982, p. 135; e, inoltre, per più recenti valutazioni, nascenti dalla cronaca, *California Leading Way in High-Cost Races for the Judiciary*, *The New York Times*, 19 ottobre 1985; *Court in the Crossfire*, *The Economist*, 6 aprile 1985; *Of liquor, lotteries and lingo*, *The Economist*, 1 novembre 1986; *Rescue Judges From the Bosses*, *The New York Times*, 6 giugno 1986. È utile ricordare che, sia a livello locale (giudici di pace, tribunali di contea o degli Stati) sia a livello federale (giudici distrettuali, d'appello, della Corte suprema), la scelta dei giudici negli Stati Uniti è legata alla politica. In genere i giudici di pace e di contea sono eletti, con mandato rinnovabile, ogni 4 o 6 anni. Essi si presentano all'elettorato come indipendenti o come portati da uno o da entrambi i grandi partiti, democratico e repubblicano. A livello superiore, quello dei tribunali di prima istanza e di corte di appello degli Stati, in generale sono nominati dall'esecutivo (dai governatori) per tempo limitato. In genere le nomine sono confermate o dal parlamento o da speciali consigli. A livello federale i giudici sono nominati dal presidente con conferma del Senato. Anche questa scelta è politica in altro senso, per via mediata e « rappresentativa ». I senatori esercitano grande influenza a livello di proposta dei candidati e di conferma. I senatori « raccomandano » al presidente i vari candidati e ne « negoziano » poi la nomina. L'*attorney general* (insieme procuratore generale e ministro della giustizia) ha una funzione di mediazione e di scrutinio. L'« avanzamento » dei giudici (ad una giurisdizione superiore o per un distretto più importante) dipende, comunque, da decisione politica: per esempio, il presidente degli Stati Uniti nomina alla Corte suprema un giudice che ha acquistato la sua fiducia nell'esercizio delle sue funzioni in corte di appello e così via; lo stesso fa, con riferimento ai singoli Stati, il governatore.

La nomina secondo il merito è negli Stati Uniti prospettiva presente e da molti raccomandata, ma la realtà è, ancora, la nomina politica (anche se le considerazioni relative al merito giocano, indubbiamente, la loro parte). L'onesto giudice federale Griffin Bell ha sintetizzato così le ragioni della sua nomina: « ... ho condotto la campagna per John F. Kennedy in Georgia, dove i due senatori erano miei amici, ed ho fatto anche la campagna politica per il governatore... » (cito da D. M. O'Brien-S. Center, *The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton & Company, New York, London, 1986, p. 52).

Seconda caratteristica del sistema degli Stati Uniti è la nomina politica dei pubblici ministeri ed il fatto che essi, nei singoli Stati, dipendono dai governatori mentre, a livello federale, dipendono dall'*attorney general*. In ogni momento essi possono essere « revocati ». I procuratori sono assistiti da avvocati del governo, anch'essi sostituibili in ogni momento. Essi, quindi, sono « sostituiti » in senso vero e proprio, privi di autonomia. I procuratori dei singoli Stati, con incarico temporaneo, restano in funzione, in media, da due a quattro anni.

inconveniente, per le precise ragioni per le quali ad ogni mutamento di regime politico le nuove forze politiche hanno sempre epurato la magistratura; vi è tuttavia un'altra lettura possibile: la mancata epurazione è stato un fatto nuovo rispetto alla storia d'Italia, capace di creare il presupposto di una migliore indipendenza presente e futura dei giudici, anche se con enormi contraddizioni e difficoltà³⁸.

3.4. *L'istituzione del Consiglio superiore della magistratura*

Nel preambolo della Costituzione francese del 27 ottobre 1946 è scritto: « All'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservirli e di degradare la persona umana, il popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, di fede, possiede diritti inalienabili. Esso riafferma solennemente i diritti di libertà dell'uomo e del cittadino, consacrati nella dichiarazione dei diritti del 1789 ».

L'art. 83 stabilisce che il Consiglio superiore della magistratura « è composto di 14 membri: Presidente della Repubblica; guardasigilli che lo presiede; sei personalità elette per sei anni dall'Assemblea nazionale, a maggioranza di due terzi, con esclusione dei suoi componenti; sei supplenti, eletti allo stesso modo; sei personalità designate nel seguente modo: quattro magistrati eletti per sei anni, ciascuno rappresentante le diverse categorie dei magistrati, secondo le indicazioni della legge; quattro supplenti, eletti allo stesso modo; due membri designati per sei anni dal Presidente della Repubblica al di fuori dei componenti il parlamento e del corpo dei magistrati, ma all'interno delle professioni legali; due supplenti designati allo stesso modo ». La norma dispone poi che « le decisioni del Consiglio sono prese a maggioranza e che, in caso di parità, prevale il voto del presidente »³⁹.

L'art. 84 testualmente recita: « Il Consiglio superiore della magistratura assicura la disciplina dei magistrati, garantisce la loro indipendenza », il che vuol dire che il Consiglio viene espressamente istituito a garanzia della indipendenza dei giudici.

Il 28 marzo 1947, salutando il costituito Consiglio, il suo presidente Vincent Auriol ha affermato che esso era da considerare figlio spirituale di Montesquieu. Affermazione sostanzialmente esatta visto

38. È questo, a mio avviso, un aspetto cruciale di analisi da sviluppare ma che, in questa sede, può essere solo accennato.

39. *Textes constitutionnels français*, a cura di S. Rials, *Presses Universitaires de France*, Paris, 1986, pp. 81 e ss. Per un'analisi della Costituzione della IV Repubblica rinvio a F. Pierandrei, *La Costituzione della IV Repubblica francese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 753 e ss.

che il Consiglio è un'articolazione nuova ma essenziale ai fini della concreta divisione dei poteri, che devono essere divisi ma non possono vivere separati (sicché occorrono elementi di raccordo).

Le resistenze contro il Consiglio non si sono fatte attendere. Come in Italia negli anni '50 e '60 (ed ancor oggi)⁴⁰, si è tentato di ridurlo ad organo amministrativo.

I tentativi, in Francia, sono stati coronati da successo. Il contrasto fondamentale si è ovviamente verificato fra Consiglio e guardasigilli. Il Consiglio di Stato ha contribuito ad abbassare il Consiglio superiore al rango amministrativo⁴¹ (agevole, al riguardo, è il rilievo circa l'analogia della situazione in Italia in ragione della impugnabilità dei provvedimenti del Consiglio in primo grado davanti ai tribunali amministrativi regionali ed in secondo davanti al Consiglio di Stato⁴²). Tentativi sono stati inoltre intrapresi per legalizzare la riduzione dei poteri del Consiglio. Il 20 aprile 1948 il governo ha presentato in Assemblea nazionale un progetto di legge volto a ridurne le competenze, a tutto

40. Per la definizione del ruolo e delle funzioni del Consiglio cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 1976, II, pp. 1275 e ss.; *Il Consiglio superiore della magistratura*, Atti del XVIII Convegno nazionale dei Comitati di azione per la giustizia, Boccia, 1985; A. Pizzorusso, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in questa *Rivista*, 1984, pp. 281 e ss.; E. Bruti Liberati e A. Galasso, *Funzioni del Consiglio superiore della magistratura e proposte di riforma*, in *Democrazia e Diritto*, 1984, pp. 37 e ss. Per un'analisi relativa ai tentativi volti a ridurre i poteri del Consiglio, rinvio ai miei contributi *Ruolo e funzione del Consiglio superiore della magistratura*, in *La Magistratura*, nn. 1-2, 1983 e *Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia dell'Associazione nazionale magistrati*, in questa *Rivista*, 1986, pp. 745 e ss.

41. Cfr. G. Vedel e P. Devolvè, *op. cit.*, pp. 163 e ss. Gli autori criticano la iniziativa del Consiglio di Stato volta a rendere sindacabili, da parte del giudice amministrativo, i provvedimenti del Consiglio superiore. Per tal via, essi affermano, l'autorità giudiziaria ordinaria in certo senso è passata « alle dipendenze del giudice amministrativo » (p. 164). Cfr., inoltre, G. Masson, *op. cit.*, pp. 298 e ss.

42. L'analogia con la situazione italiana — oggi il Consiglio superiore della magistratura in certo senso è « alle dipendenze » dei Tar — è del tutto evidente. Come sempre, la questione del ruolo dell'organo ha trovato il suo *pendant* nella definizione dottrinarina da dare al nuovo istituto: organo costituzionale, di rilevanza costituzionale o solo di « alta amministrazione »? Coloro che hanno preteso ridurre il « rango » del Consiglio, ovviamente lo hanno qualificato (hanno cercato di qualificarlo) come organo di « alta amministrazione », così più facilmente sottoponibile agli altri organi dell'amministrazione attiva: al presidente della Repubblica in funzione di Presidente del Consiglio superiore, alla competenza dei Tar. Non coglie questo aspetto, anzi lo trascende del tutto, con riferimento sia all'Italia che alla Francia, M. Devoto, nel saggio *L'organizzazione del potere giudiziario* (in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, p. 280).

vantaggio di quelle ministeriali, ma il progetto non è stato discusso. La riduzione dei poteri del Consiglio è quindi avvenuta lentamente, per via amministrativa.

3.5. *Il capo dello Stato quale presidente del Consiglio superiore della magistratura*

Caratteristica del sistema francese del 1946 è la marcata presenza, nel giudiziario, del capo dello Stato (presenza rafforzata con la V Repubblica), a tal punto che un costituzionalista francese ha scritto che la IV Repubblica ha « fondato il ruolo giudiziario del Presidente della Repubblica », visto che la indipendenza della magistratura è stata posta « sotto il suo beneplacito ». Aspetto molto interessante, questo, di diritto comparato, visto che anche da noi si è discusso e si discute delle competenze del Capo dello Stato in funzione di presidente del Consiglio superiore.

La differenza è che la nostra Costituzione vuole una magistratura effettivamente indipendente, riduce fortemente i poteri del guardasigilli, vuole un Consiglio superiore organo di governo autonomo della magistratura con prevalente presenza di magistrati eletti. Per la nostra Costituzione il Capo dello Stato è, quindi, nient'altro che il presidente di un organo collegiale che, con il suo prestigio, rafforza il Consiglio superiore nella sua funzione di garante della indipendenza dei giudici.

3.6. *La V Repubblica*

« Alla vigilia della caduta della IV Repubblica — ha scritto G. Masson⁴³ — si era ben lontani dalle speranze ed illusioni del 1946. L'istituzione nella quale alcuni avevano riposto le speranze di una funzione giurisdizionale autonoma non era ormai che un organo privo di rilievo ». La ragion d'essere del Consiglio — quella, cioè, di affrancare i magistrati dalla tradizionale dipendenza dell'esecutivo — non era stata comunque messa in causa. Per 12 anni i giudici avevano potuto esercitare la giurisdizione senza il timore di dispiacere al governo in carica. In varie occasioni il Consiglio aveva difeso i magistrati contro le prevaricazioni dell'esecutivo; aveva contrastato, sia pure con fatica, molte iniziative del guardasigilli. La magistratura si era sentita finalmente « più libera ». Il guardasigilli aveva conservato rilevanti poteri ma il suo ruolo si era finalmente ridotto e, in certa misura almeno, era stato posto sotto controllo. « La spoliticizzazione della magistratura »,

43. G. Masson, *op. cit.*, p. 316.

nel suo vero senso (visto che la politicizzazione della magistratura è stata sempre, storicamente, dipendenza politica dal potere politico di volta in volta in carica), « era finalmente iniziata ».

La Costituzione gollista del 4 ottobre 1958 ha interrotto il corso della indipendenza della magistratura francese iniziata sotto la III e proseguita sotto la IV Repubblica.

A termini dell'art. 14 « il Presidente della Repubblica è garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria ». Egli « è assistito » in questa sua funzione « dal Consiglio superiore della magistratura ». L'art. 65 dispone che il Consiglio superiore è presieduto dal Presidente della Repubblica. Il guardasigilli ne è vicepresidente di diritto (sì che la magistratura continua ad essere del tutto subordinata al potere esecutivo) e « può sostituire il Presidente della Repubblica ». Il Consiglio è costituito da nove membri tutti designati dal Presidente della Repubblica⁴⁴.

La designazione dei nove membri è stata così disciplinata dall'ordinanza 22 dicembre 1958: « Tre membri della cassazione, fra cui un avvocato generale, e tre giudici delle corti e dei tribunali, scelti in una lista predisposta dalla Corte di cassazione costituita da un numero triplo di nomi di magistrati rispetto al numero dei magistrati da nominare; un consigliere di Stato, scelto fra tre nomi indicati dall'Assemblea generale del Consiglio di Stato; due personalità esterne alla magistratura, scelte in ragione della loro competenza ».

A termini della Costituzione gollista del 1958 non solo tutti i componenti del Consiglio sono designati dal capo dello Stato ma i poteri del guardasigilli all'interno del Consiglio risultano accresciuti.

« L'autorità indivisibile dello Stato — ha scritto De Gaulle nelle sue memorie — è affidata al Presidente della Repubblica dal popolo che lo ha eletto; non ne esiste alcun'altra, né ministeriale, né civile, né militare, né giudiziaria, che non sia conferita e garantita da lui »⁴⁵. La divisione dei poteri e l'autonomia della magistratura sono del tutto al di fuori dell'orizzonte gollista. In un regime del genere il Consiglio superiore della magistratura non può svolgere alcun ruolo effettivo a garanzia della indipendenza.

« Con la creazione di un Consiglio superiore indipendente dal potere e con l'attribuzione di decidere la nomina e la promozione dei ma-

44. S. Rials, *op. cit.*, pp. 110 e ss.

45. Cfr. A. Passeron, *Discours et messages du général De Gaulle*, tomo IV, Paris, 1970, pp. 163 e ss. Singolare è anche il ruolo affidato dalla Costituzione del 1958 alla Corte costituzionale, un ruolo piuttosto di controllo del legislativo a vantaggio dell'esecutivo che a garanzia della Costituzione o, tanto meno, dei diritti dei cittadini. Per una approfondita analisi cfr. L. Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, 1987.

gistrati — ha scritto Duverger — i costituenti del 1946 avevano incrinato la vecchia catena che legava i giudici all'esecutivo; i costituenti del 1958 hanno invece distrutto la felice riforma per rendere di nuovo i magistrati nominati e promossi dal guardasigilli »⁴⁶.

Con la Costituzione del 1958 — ha scritto ancora Duverger⁴⁷ —

3.7. Il governo socialista in contraddizione con il proprio programma

Il governo dell'*Union de la gauche* non ha espresso idee originali circa l'organizzazione della magistratura; ha espresso, comunque, l'esigenza che la Costituzione gollista fosse riformata in modo da rendere il Consiglio superiore più indipendente dal potere esecutivo. Il governo socialista non ha però realizzato i suoi buoni propositi cosicché, ancor oggi, i giudici francesi continuano ad essere strettamente controllati dal potere esecutivo.

G. Masson ha fornito la seguente sintesi relativa alla dipendenza-indipendenza della magistratura francese: « Fatta eccezione per i primi anni successivi alla rivoluzione, durante i quali i giudici sono stati eletti, in nessun altro periodo la borghesia francese, anche quando ha organizzato i poteri dello Stato in forma liberale, ha accordato alla magistratura effettiva indipendenza. Si è perpetuato così lo schema napoleonico fondato sulla coppia "nomina da parte del potere esecutivo - inamovibilità", coppia rinnegata in periodi di crisi politica ed in ogni caso sempre fundamentalmente sbilanciata anche in periodi di stabilità. Il giudice è stato sempre sostanzialmente sottomesso ad un tipo di carriera che ha consentito il pieno controllo della magistratura da parte del potere esecutivo. Indubbiamente, specie negli anni 1934-35 e con la creazione del Consiglio superiore nel 1946, l'indipendenza è cresciuta, ma si è sempre trattato di una crescita lenta e contrastata. Con la V Repubblica l'indipendenza è entrata in regressione, ma con il governo socialista non vi è stata alcuna inversione di tendenza ». Il successivo governo di destra « si è prontamente innestato nella tradizione ». « Lo schema napoleonico, di cui lo statuto della magistratura definito dalla Costituzione del 1958 non è che una traduzione attualizzata, ha sempre permesso e ancora permette al potere di giocare sul doppio registro. Il programma comune dell'*Union de la gauche* aveva previsto che alcuni membri del Consiglio superiore fossero nominati dal Presidente della Repubblica, altri dall'Assemblea nazionale e dal Senato ed altri ancora fossero espressi dalla magistratura, con presidente eletto dal Consiglio competente in materia di nomina e di carriera »⁴⁸.

Si trattava, grosso modo, di un ritorno al tipo di Consiglio espresso dalla IV Repubblica, con esclusione però del guardasigilli e della presidenza del Consiglio superiore affidata al Presidente della Repubblica.

Un simile progetto di maggiore indipendenza dei giudici, già poco esaltante, non si è realizzato, cosicché oggi François Mitterrand —

48. G. Masson, *op. cit.*, pp. 475 e 476.

come in passato De Gaulle — resta il « supremo garante dell'indipendenza dei giudici » e cioè della loro dipendenza.

La riforma della giustizia intrapresa dal governo socialista — ha commentato B. Le Gendre ⁴⁹ — è rimasta a mezza strada. Robert Badinter molto ha fatto per migliorare le condizioni della giustizia ma nulla per migliorare l'indipendenza della magistratura. Nel 1983 ha predisposto, perché i componenti togati del Consiglio superiore fossero in parte eletti con sistema proporzionale, uno schema di riforma che però non è divenuto disegno di legge; di conseguenza, la nomina e la progressione dei magistrati sono ancor oggi decise, in Francia, da un ristretto comitato di nove membri tutti nominati dal Capo dello Stato. La Costituzione del 1958 ha fatto della magistratura *un corps aux ordres* e tale rimane: sulla carta c'è l'inaffidabilità dei giudici ma senza che esistano i presidi volti a garantirne l'effettiva indipendenza.

Se i magistrati francesi vogliono far carriera « doivent plaire ou, tout au moins, ne pas déplaire » al potere politico. Il Consiglio superiore della magistratura, creato dalla costituzione gollista, ereditato e mantenuto intatto da Mitterrand, è stato in effetti voluto non già per emancipare i giudici dal potere politico ma per mantenerli nello stato di tradizionale soggezione. Certo, « c'est l'honneur d'un juge résister aux pressions », ma sarebbe dovere di un governo che si dice democratico non rendere tale capacità di resistenza una missione eroica ⁵⁰.

La sinistra democratica non dovrebbe, su questioni come questa, avere un suo punto di fondamentale verifica?

Indubbiamente, l'indipendenza della magistratura non è solo questione di leggi bensì anche di costume; ma le leggi sono di ausilio, rafforzano la volontà di indipendenza dei giudici qualora sia portata a vacillare. La rinuncia a creare le condizioni di una migliore indipendenza dei giudici francesi è una grave colpa dei governi socialisti, colpa che ne dimostra la gracilità e debolezza sul piano dei principi fondamentali dello Stato di diritto ⁵¹.

Recentemente A. Serge ha criticato l'atteggiamento dei socialisti che, dopo aver denunciato una serie di vicende sospette relative a procedimenti giudiziari in corso, hanno parlato di « scandalo », senza però ricordare le loro responsabilità per non essersi affatto adoperati a ga-

49. B. Le Gendre, *Indépendance des juges: réforme inachevée*, *Le Monde*, 18 giugno 1985.

50. B. Le Gendre, *op. e loc. cit.*

51. Da ricordare che, presiedendo per la prima volta il Consiglio superiore, il 25 giugno 1981, F. Mitterrand ha affermato che la indipendenza dei giudici non poteva essere realizzata che mediante la riforma del Consiglio e, quindi, della Costituzione gollista.

rantire alla magistratura una maggiore indipendenza, in modo che tale « scandalo » non si verifichi in futuro o venga, almeno, contenuto⁵².

Impegnati per la realizzazione di un'effettiva indipendenza, con riforma della Costituzione gollista, sono, ovviamente, in Francia, le associazioni dei magistrati⁵³.

Il congresso del *Syndicat de la Magistrature*, svoltosi a Parigi nei giorni 25-27 novembre 1988, ha dedicato parte del suo dibattito alla riforma dello *status* dei magistrati, riforma che è stata definita « una « priorità ». Il congresso ha denunciato ancora una volta la inaccettabile dipendenza della magistratura dal potere esecutivo e dei singoli magistrati dalla gerarchia interna. « Malgrado l'annuncio, nel 1981, di una riforma costituzionale — si legge nel rapporto⁵⁴ — la condizione dei giudici non è stata modificata. Si tratta di uno dei grandi fallimenti dei governi degli anni 1981-86. Ora il governo è cambiato, il guardasigilli ci ha assicurato che la condizione della magistratura sarà mutata... ». Ma promesse di questo tipo i governi socialisti ne hanno fatte tante senza mai mantenerle. « Ancora parlare dello statuto dei giudici! », si legge nel rapporto. Ma come non parlarne ancora visto che nessuna riforma è intervenuta? Parlare dello statuto dei giudici in effetti significa parlare della democrazia, di quale democrazia si vuole realizzare. « La giustizia è garante delle libertà civili ma è la condizione dei giudici che rende possibile l'esercizio di questa missione. Il *Syndicat de la Magistrature* si batte per una riforma dello statuto dei giudici che realizzi la loro piena indipendenza dal potere esecutivo ». Non può esistere valida giustizia senza un giudice effettivamente « libero, indipendente ed imparziale ». « La storia ci dice che, a partire dal 1791, il potere esecutivo altro non ha fatto che sforzarsi per rendere i giudici subalterni. Tutta la storia della giustizia francese è storia della sua costante rivendicazione di indipendenza ».

La riforma del Consiglio superiore, quindi, si impone. Il Consiglio deve divenire organo di garanzia di indipendenza e deve essere costituito in parte da giudici eletti dagli altri giudici e da rappresentanti degli organi politici elettivi.

52. A. Serge, *La justice solitaire*, *Le Monde*, 29 dicembre 1987.

53. In Francia come in Italia l'associazionismo dei magistrati è strettamente collegato alla difesa della indipendenza della magistratura, ragion per cui i poteri autoritari, in particolare quello francese uscito dalla rivoluzione, hanno sempre mostrato ostilità nei confronti dell'associazionismo dei giudici. In Italia l'associazionismo è stato « tollerato » solo in epoca giolittiana. Il fascismo, ovviamente, ha soppresso l'Associazione magistrati.

54. XXI Congrès, Rapport, Justice et Libertés, in *Justice*, organo del *Syndicat de la Magistrature*, supplemento al n. 122, Paris, novembre 1988, pp. 7 e ss.