

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS



VINCENZO MAIELLO

IL 'POTERE' E I 'DIRITTI'  
NEI CHIAROSCURI DELLA MAGNA CARTA DEI GIUDICI

1. La *Magna carta of Judges*, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) in occasione del 10° anniversario della sua costituzione, ambisce a definire – a livello comunitario – una sorta di statuto dei principi minimi a protezione dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, e di quanti la svolgono, entro una prospettiva di indirizzo programmatico espressamente inclusiva anche delle giurisdizioni costituzionali e di quelle previste dall'ordinamento dell'Unione.

La rilevanza della fonte da cui l'atto proviene e la sua stessa denominazione e tipologia formale concorrono a farne un 'manifesto', destinato ad ufficializzare le concezioni in tema di caratteri fondamentali della giurisdizione e ruolo dei giudici, dominanti nella magistratura europea e negli ambienti istituzionali della comunità.

È il caso di rilevare come la riferibilità a questi luoghi, di un documento che pure è prodotto della sola elaborazione di un gruppo ristretto di giudici, – sebbene possa generare perplessità in ragione dell'autocrazia della fonte – costituisce proprio quanto il Consiglio d'Europa ha inteso perseguire allorchè, istituendo quale suo organo il CCJE (unica struttura in ambito europeo composta esclusivamente da giudici), gli assegnò competenza in materia di indipendenza, imparzialità e ruolo dei giudici.

Questa assimilazione tra Charta e UE ha, peraltro, avuto uno sbocco anche sul piano formale. Nel giorno della pubblicazione dell'atto, infatti, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – in simmetria ai principi fissati dalla CCJE, ma temperandone talune forzature corporative – ha emanato la Raccomandazione CM/- Rec (2010) 12 “sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità”, con l'obiettivo di sostituire la previgente, e ben nota, Raccomandazione R(94)12 “sull'indipendenza, l'efficacia e ruolo dei giudici”, che, per oltre un quindicennio, aveva orientato le iniziative assunte in materia dal Consiglio.

Avendo, dunque, fatto ingresso nella vita politico-istituzionale dell'Unione, la Magna carta dei giudici si è consegnata allo spazio del confronto pubblico, ove ci si augura che torni ad essere protagonista una *ragione discorsiva*

capace di ricondurre la giustizia e le sue questioni nei binari di una plurale, ma rigorosa, cultura costituzionale.

Su queste basi, anche se solo nei confini limitati di un intervento circoscritto, rifletteremo sul senso della Carta nell'ottica del penalista: impegno per certi versi ostacolato dall'impostazione 'generalista' del documento e, dunque, dalla non automatica adattabilità delle sue *guidelines* ai paradigmi concettuali ed alle logiche di azione della giustizia penale.

2. Spiace rilevarlo, ma il bisogno di parlar franco, che è parte costitutiva di un'etica del discorso critico orientato a predicare la centralità dei diritti e l'effettività dei suoi meccanismi di tutela nella cornice dello Stato costituzionale, non ci consente di intravedere nell'impianto e nei contenuti del documento una tappa progressiva del dibattito in tema di giustizia, compiti della magistratura e qualità della giurisdizione.

L'impressione è che ciò rappresenti conseguenza di due fattori: da un lato, la de-contestualizzazione della Carta dal livello di complessità raggiunto dalla discussione pubblica sui problemi di legittimazione e funzionamento della giustizia a cui non hanno mancato di contribuire i pareri dello stesso CCJE, tra i quali vorremmo qui rammentare, per la profondità e l'ampiezza che lo denota, quello n. 11 del 18 dicembre 2008 sul tema della "qualità delle decisioni giudiziarie". Dall'altro, la collocazione delle questioni dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici entro una prospettiva condizionata da pre-comprensioni corporativo/istituzionali, oltre che da una idea di giurisdizione non compiutamente armonica alla realtà della *democrazia costituzionale* ed alla configurazione *multilevel* del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Solo su queste premesse, riteniamo possano spiegarsi i *topoi* della Carta che appaiono espressione di cultura conservatrice. Tra essi, segnaliamo la mancanza di riferimenti sia al contesto costituzionale ove trova oggi posto il modello dello stato di diritto, sia al rango comunitario dei diritti fondamentali e del *due processo of law*; ma anche la dissimmetria quantitativa tra principi dedicati alla dimensione *soggettiva* dell'ordine giudiziario (così come alla tutela della proiezione solo *istituzionale* della sua indipendenza *esterna*) ed enunciati riferiti alla *funzione* giurisdizionale.

2.1. Il primo dato emerge dalla proclamazione di esordio del documento: "Il giudiziario è uno dei tre poteri di ogni stato democratico. Il suo compito consiste nel garantire la vera essenza dello stato di diritto e conseguentemente

*assicurare l'applicazione della legge in una imparziale, corretta, giusta ed efficiente maniera*".

Omettendo il necessario richiamo alla dimensione dello Stato costituzionale ed ai diritti fondamentali concepiti quali *apriori* degli apparati istituzionali, specie delle loro articolazioni 'autoritarie', gli estensori della Carta hanno perso un'occasione utile: *a*) per ribadire le ragioni profonde che situano il 'giudiziario' al crocevia delle dinamiche di funzionamento degli odierni ordinamenti di cultura occidentale; *b*) per inquadrare nei termini di una moderna teoria dello stato l'annosa *actio finium regundorum* tra politica e giurisdizione.

Se la Carta avesse delineato la propria architettura, muovendo dai caratteri effettivamente distintivi dello Stato di diritto (*diffusione* del potere e *differenziazione* del giuridico rispetto agli altri universi normativi<sup>1</sup>) – e dall'evoluzione che essi hanno registrato in esito alla integrazione del costituzionalismo continentale di ascendenza giacobina con quello di matrice anglosassone – avrebbe, con consequenzialità conforme allo *Zeitgeist* contemporaneo, individuato la peculiarità funzionale del giudice nella sua soggezione alla legge 'conforme a costituzione' e al catalogo dei diritti inviolabili dell'uomo.

Ove prescelta, tale prospettiva avrebbe lasciato affiorare, ad un livello ampio di generalizzazione, il carattere dialettico della funzione giurisdizionale, il suo essere, cioè, strumento di stabilizzazione della legge in armonia col quadro dei principi di rango sovraordinato: per un verso, motore che può attivare strumenti di neutralizzazione o correzione della legge (articolando, così, *discorsi sul diritto*<sup>2</sup>); per l'altro, esercizio di attività 'vincolata', nelle 'forme' e nei 'limiti' della Legge fondamentale.

È noto come, nell'orizzonte semantico del penalista, l'adesione a questa 'narrazione' resti subordinata all'orientamento *in bonam partem* del ricorso alle chiavi dell'interpretazione adeguatrice e della *quaestio legitimatis*: entrambi arnesi di sterilizzazione degli slittamenti autoritari del sistema, segnatamente di ridimensionamento degli eccessi punitivi, secondo una logica orientata a riaffermare il carattere giuridico della *lotta al delitto* (vincolato da regole ispirate alla cultura della 'proporzionalità' e dell'*umanismo* penale)<sup>3</sup>.

Senonché, quel carattere ancipite dell'attività giudiziaria appare occultato

<sup>1</sup> D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, 2002, pp. 17 e ss., spec. 37 e ss., 41 e ss.

<sup>2</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, p. 35

<sup>3</sup> Fa eccezione, ben vero, l'ipotesi della sindacabilità delle *norme penali di favore*, nei termini chiariti da Corte Cost. n. 394/06.

nella trama precettiva della Carta, che ripiega, invece, su una definizione del rapporto tra legge e giurisdizione ‘buona per tutte le stagioni’ e, perciò, oggettivamente conservatrice. Sorprende che la CCJE non si sia fatta cassa di risonanza del processo di metamorfosi del diritto, in fase di pieno svolgimento nella temperie del nostro tempo. Un processo che ha già segnato l’eclissi del paradigma *neoclassico* di diritto – fondato sul nesso hobbesiano tra *ius* e sfera sovrana della decisione politica e sull’armonia stilistico/gerarchica del *Rechtsstaat*, nella configurazione datane dalla giuspubblicistica tedesca del secondo Ottocento – trasformandolo in un sistema *barocco*, ove l’intreccio multilivello delle fonti e la correlata espansione della giuridicità (*Verrechtlichung*) fanno assumere all’*applicazione giuridica* i tratti di autentica *Rechtsfindung* e mettono fuori gioco la metafora baconiana del giudice ‘leone seduto sotto il trono del principe’.

Dichiarare che compito del potere giudiziario è “*l’applicazione della legge in una imparziale, corretta, giusta ed efficiente maniera*” significa rispolverare quella antica ambiguità operativo/funzionale che ha permesso alla *iurisdictio*, nel corso della sua lunga storia pre-costituzionale, di ritagliarsi uno spazio all’ombra della legge, “dimostrando ad essa il più devoto degli ossequi” ma agendo “anche per discostarsi dalle scelte del potere politico quando non le consentono di svolgere a pieno quei compiti che nel sistema sociale le sono demandati”<sup>4</sup>.

Tralasciando valutazioni di portata teorico-generale e abbozzando, invece, un punto di vista interno alla *situazione spirituale* del penalista, reputiamo che quella concezione si lasci criticare per il suo mancato condizionamento da una effettiva ‘cultura del limite’, unica proiezione di *etica della giurisdizione* idonea a propiziare le prestazioni garantistiche (ma con risvolti anche ordinanti) del diritto penale, nella sua duplice funzione di *Magna Charta* e di strumento di concretizzazione di politica criminale.

Un giudice penale che non incorpori nei propri programmi d’azione tale coscienza metodologica non potrà concorrere all’ottimizzazione – quantunque solo tendenziale – del progetto penalistico della modernità, la cui cifra identitaria è data, per l’appunto, dalla sottoposizione della violenza istituzionale a criteri di *giustizia* ed a principi *materiali* di marcata selettività.

Sul piano della *law in action* e del suo *enforcement*, quella esigenza è progredita parallelamente alla accresciuta consapevolezza della struttura intrinsecamente ermeneutica dell’applicazione giudiziale del diritto: ipotecata da *pre-comprensioni* e contrassegnata da una conformazione a spirale che, nel segui-

<sup>4</sup> Così, sia pure in riferimento ad altro contesto ricostruttivo, relativo al funzionamento della Cassazione durante il fascismo, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile*, Milano, 2003, p. 262

re un andamento analogico-circolare, conduce a continui e reciproci rimandi tra *fatto* e *norma*, esponendo quest’ultima a sempre nuovi tentativi di generalizzazione semantica.

Si tratta di un dato epistemologico che alcuna professione di fede giuspositivista e/o alcun atto di autorità possono esorcizzare o rimuovere e con cui, quindi, sono obbligati a confrontarsi anche i cultori di una disciplina *legicentrica*, quale il diritto penale.

Come conciliare, allora, l’irriducibile tasso di *costruttività con-formativa* della decisione giudiziale – sbocco inesorabile di un diritto a *giustiziabilità necessaria* – col patrimonio delle garanzie penalistiche, legate a quella razionalità idealtipica di matrice weberiana che assegna alla funzione orientativa della legge il compito di legittimare rimproveri *personali* ed implementare scopi di prevenzione?

Al quesito, Giovanni Fiandaca ha dato una risposta che corrisponde ad un programma (ad ampia articolazione) di difesa della legalità penale. In esso – oltre alla rifondazione del sistema nel segno dell’*extrema ratio*, e di una spiccata accuratezza denotativa della dimensione linguistico/espressiva dei tipi criminosi, ed in aggiunta ad una accentuata funzionalizzazione dei costrutti dogmatici alle esigenze della prassi – viene auspicata la riappropriazione da parte della giurisprudenza di una “cultura del limite”, o dell’autocontenimento: “*interiorizzando più profondamente il principio della divisione dei poteri – aggiunge l’insigne maestro – e, di conseguenza, sottoponendo a vaglio critico e problematizzando le sue crescenti vocazioni “sostanzialistiche”*”<sup>5</sup>.

Il carattere virtuoso della prospettiva sta, da un canto, nel raccordo che si verrebbe a realizzare tra piano epistemologico dell’applicazione normativa e rango deontologico della *lex parlamentaria*; dall’altro, nel protagonismo implicitamente riconosciuto alla *ragione democratica*: la legalità penale si ‘scopre’ traguardo raggiungibile tramite un’impresa collettiva, ove dottrina e giurisprudenza (non dovrebbero essere messe all’indice) se svolgono funzioni *fisiologiche* di precisazione integrativa del programma politico criminale puntualizzato nella legge.

Ci saremmo, allora, attesi – memori dell’elevata qualità di precedenti elaborazioni del CCJE – che la Magna Carta del giudice europeo avesse rivolto uno sguardo alla (questione della) effettività della legalità penale, vale a dire ad un tema in cui si riflette la perdurante attualità del monito jheringhiano a ‘lottare per il diritto’.

<sup>5</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 63

2.2. Come accennato, numerose sono le enunciazioni della Carta relative allo *status* di autonomia e all'indipendenza *esterna istituzionale* della magistratura, mentre oggettivamente 'povera' è la parte riservata al funzionamento della giurisdizione, nelle declinazioni di qualità scandite dai doverosi parametri costituzionali.

Nel documento il termine *independence* viene impiegato sia come sinonimo di autonomia (predicato, cioè, dell'organizzazione della funzione giurisdizionale), sia in una accezione ampia che ricomprende tanto l'indipendenza *esterna* dell'apparato giudiziario, quanto quella *interna* del singolo giudice<sup>6</sup>. L'una espressione della separazione dei poteri, l'altra manifestazione del principio di uguaglianza dei cittadini.

La preponderante attenzione dedicata ai profili dell'autonomia e dell'indipendenza esterna di tipo *istituzionale*, nonché l'assenza di ogni richiamo all'indipendenza esterna funzionale tradiscono una certa venatura corporativa del documento o, quanto meno, la preoccupazione – di stampo soprattutto ideologico – di salvaguardare un assetto complessivo e generale dei poteri, piuttosto che il piano – storicamente condizionato – dei fattori da cui dipende il grado di contiguità del singolo pronunciamento giudiziario ai livelli, assiologicamente 'garantiti', di verità e giustizia.

In particolare, la Carta insiste affinché l'indipendenza sia “*garantita dagli altri poteri dello Stato, da coloro che cercano giustizia, dagli altri giudici e dalla società in generale*”, affermando, a tal fine, che lo “*Stato e ciascun giudice sono responsabili per la promozione e la tutela dell'indipendenza della magistratura*”. Specifica, poi, che l'impegno a proteggere l'indipendenza della magistratura dovrebbe riguardare gli aspetti del reclutamento, nomina, pensionamento, promozioni, inamovibilità, formazione, immunità, remunerazione e finanziamento; segnatamente, avvertendo che allo scopo “*di evitare improprie influenze, i giudici dovrebbero ricevere una adeguata remunerazione e agli stessi dovrebbe essere assicurata un adeguato sistema pensionistico*”.

Ferma l'assoluta condivisibilità di tali linee di azione – peraltro ampiamente implementate nell'ordinamento italiano – osserviamo come esse appartengano ad aspetti meramente *istituzionali* dell'indipendenza *esterna*, che attonano in prevalenza alle prerogative di *status*.

Nulla viene detto, invece, riguardo alla difesa dell'autonomia e dell'indipendenza *esterna funzionale* del potere giudiziario; esigenza viva ed attuale

<sup>6</sup> In argomento, N. ZANON-F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2003, pp. 38 e ss.

specie in paesi, come il nostro, ove l'autonomia della potestà decisionale dei giudici in rapporto al contenzioso loro affidato (in altri termini, la *riserva di giurisdizione*) è stata di frequente scossa dal ricorso, da parte di legislativo ed esecutivo, a strumenti marcatamente invasivi quali: *a*) leggi che hanno introdotto fattispecie di *impunità retroattiva*, moltiplicando la panoplia delle figure atipiche di clemenza (sanatorie, condoni, scudi, regolarizzazioni) o utilizzando in chiave surrettizia le leggi interpretative, *b*) ispezioni ministeriali concernenti procedimenti penali *in itinere*.

Quanto all'assenza di riferimenti all'*indipendenza interna funzionale*, sarebbe ingenuo giustificarla<sup>7</sup> con la considerazione che la sua tutela rappresenta il precipitato automatico di una ferrea salvaguardia dell'autonomia e dell'*indipendenza esterna istituzionale* della Magistratura.

In effetti, quest'ultima è solo condizione necessaria, ma non sufficiente della prima.

L'esempio italiano ancora una volta ne dà conferma.

Il nodo problematico si connette alla piaga del correntismo associativo ed all'influenza che esercita sulle dinamiche di funzionamento del CSM. Basti pensare ai risultati nefasti che produce la supremazia delle correnti e della connessa logica di appartenenza, tutte le volte che occorre decidere in materia di trasferimenti, destinazione dei magistrati alle varie funzioni e affidamento degli incarichi direttivi<sup>8</sup>.

2.3. Come già sottolineato, la Carta appare carente riguardo ai profili che concernono la relazione tra giudice ed esercizio della giurisdizione, con particolare riferimento alla qualità della decisione.

È questo il terreno di dominio dei principi di terzietà ed imparzialità, da un lato, e del giusto processo, dall'altro.

Quanto ai primi, ci saremmo aspettati, da penalisti, un riferimento alla questione dei rapporti interni ai soggetti pubblici della giurisdizione.

Negli ultimi anni, soprattutto grazie alle forti posizioni assunte dall'Unione delle Camere Penali ed al patrimonio di elaborazioni e proposte che le ha so-

<sup>7</sup> Come sembrerebbe ricavarsi dal punto 4 della Raccomandazione CM/Rec (2010) 12, cit., ove è scritto che "*l'indipendenza del singolo giudice è salvaguardata dall'indipendenza della magistratura nel suo complesso e costituisce, in tal senso, un aspetto fondamentale dello Stato di diritto*".

<sup>8</sup> In proposito, cfr. G. DI FEDERICO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura: alcune delle sue più gravi disfunzioni*, Relazione alla Contro-inaugurazione dell'anno giudiziario dell'UCPI, L'Aquila, 28 gennaio 2010, pp. 5 e ss.

stenute, l'orizzonte riformistico della separazione ha acquisito uno spazio crescente di consenso, anche in ambienti della pubblica opinione che avevano espresso cautele e preoccupazioni.

Occorre convenire che in gioco è la legalità stessa del processo, misurata sul parametro di effettività delle sue garanzie: presunzione di non colpevolezza, diritto di difesa, contraddittorio per la prova configurano pezzi di una strategia orientata a realizzare le funzioni cognitive di garanzia del processo, la cui capacità di implementazione è legata in misura non trascurabile proprio a quei valori – quali l'eguaglianza delle armi tra accusa e difesa e l'imparzialità del giudice – che trarrebbero oggettivo giovamento da un regime di distinzione ed autonomia degli statuti organizzativi dei magistrati d'accusa e dei magistrati di decisione<sup>9</sup>.

Quanti hanno dimestichezza con i vissuti giudiziari sanno come l'unicità dell'ordine giudiziario favorisca prassi che traghettano il processo penale verso approdi autoritari.

Sanno, in particolare, come i condizionamenti che nascono dalla comunanza di *status*, dalla medesimezza delle forme di reclutamento, tirocinio, formazione, disciplina e dalla sottoposizione dei magistrati tutti agli identici organi di valutazione della loro professionalità e di avanzamento in carriera, favoriscano un'alterazione degli equilibri interni al rapporto tra le parti, sia nella fase delle indagini preliminari, sia nella gestione della prova dibattimentale.

Sanno, quindi, che i valori-cardine della terzietà e dell'imparzialità del giudice – pilastri del processo concepito quale istituzione di garanzia – rappresentano un modello normativo, che attende di essere ancora implementato nella pienezza delle sue implicazioni. Non è senza significato che di questa realtà si sia fatto interprete, all'inizio degli anni novanta del secolo passato, Giovanni Falcone il quale ascriveva agli impropri rapporti di parentela tra P.M. e Giudici la scarsa qualità del processo penale italiano<sup>10</sup>.

Colpisce, inoltre, che la Carta non contenga alcun rinvio alla CEDU laddove delinea il modello del giusto processo e non faccia neppure mai cenno alla figura del difensore; si manca, così, di sottolineare come la qualità della decisione sia il risultato di un procedimento a struttura dialettica, la cui capacità di prestazione è intimamente connessa ai saperi comunicati dalle parti antagoniste.

<sup>9</sup> Sul punto *amplius*, O. DOMINIONI, *La separazione delle carriere*, in *questa rivista*, 2008, pp. 218 e ss.

<sup>10</sup> G. FALCONE, Intervista a M. PIRANI, in *La Repubblica*, 3 ottobre 1991, p. 9.

Non è, allora, sufficiente proclamare che la formazione “è un importante elemento per garantire l'indipendenza dei giudici così come la qualità e l'efficienza del sistema giudiziario” (punto 8 della Carta), dovendosi avere necessaria consapevolezza che la capacità del processo di servire le esigenze della giustizia e del diritto sono funzioni anche dell'elevato livello di professionalità di ciascuno degli attori di quella vicenda.

Nella medesima prospettiva, sarebbe stato opportuno anche richiamare l'importanza che riveste la qualità della legislazione sull'agibilità del modello *equitable* di processo e ai fini della pronuncia di una decisione conforme agli *standards* della civiltà costituzionale<sup>11</sup>.

La questione è nota e largamente frequentata ne è la modulazione argomentativa di supporto: non vi potrà essere alcun diritto giudiziario che sia *razionale rispetto agli scopi ed ai valori*, se tali predicati difettano nei programmi legislativi.

Ed allora, prima ed accanto agli appelli al potenziamento delle risorse organizzativo/materiali/strutturali dell'apparato, occorre una svolta radicale nelle politiche del diritto penale: arrestandone la bulimia e sforzandosi di costruire le figure di reato nell'ottica delle connotazioni garantistiche del processo e delle sue pretese atletico/cognitive.

3. Da ultimo, la nostra attenzione è stata colpita da talune affermazioni della Carta che sembrano scandire un discorso eccessivamente orientato in termini autoreferenziali o, se si vuole, di ‘patriottismo magistratuale’.

Pensiamo all'auspicio affinché si creino CSM composti “*esclusivamente da giudici o da una sostanziale maggioranza di giudici eletti dai loro colleghi*” (enunciato a cui la Raccomandazione CM/- Rec (2010) 12, ha, nel punto 3, opposto una versione meno corporativa) ed a quello secondo cui i principi deontologici, cui sottostanno le azioni dei giudici, “*dovrebbero essere redatti dagli stessi giudici*”.

Parimenti, reputiamo che sintomatiche di una certa ‘timidezza’ nella edificazione di una solida cultura della responsabilità siano le previsioni racchiuse ai punti 21 e 22.

<sup>11</sup> Si sofferma su questo aspetto, il parere n. 11 del 18 dicembre 2008 del CCJE.

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di maggio 2011