

SULLA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA*

Testo dell'audizione dinanzi alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei deputati in data 13 giugno 2011

Ringrazio il presidente e le Commissioni riunite di avermi invitato a questa importante audizione. Dico subito che, essendo la mia formazione culturale liberale, è ben difficile che un testo come quello contenuto nel disegno di legge costituzionale all'esame delle Commissioni possa incontrare la mia soddisfazione. Invece, per quanto possa determinare una qualche sorpresa, proprio sulla responsabilità del giudice non sarei così contrario al testo sottopostoci come l'ANM e numerosi colleghi.

Ho esaminato tutte le modifiche, ma cercherò di riassumere il mio pensiero per non appesantire troppo la discussione.

Sulla modifica di talune rubriche

Per quanto riguarda la modifica delle rubriche, è bene non seguire la proposta per ragioni molto semplici. Lo stesso Ruini, se non sbaglio, all'Assemblea costituente affermò che la ripartizione dei titoli nella seconda parte della Costituzione, intestati al Presidente della Repubblica, al Governo, al Parlamento e alla Magistratura era stata fatta guardando agli organi e non agli obiettivi. Una volta che è stata scelta quella via, non ha però senso che senza alcun serio motivo il titolo relativo alla «Magistratura» venga chiamato «La Giustizia». Che cosa dovremmo fare allora per il Governo e per il Parlamento? Sostituire i titoli con «Perseguimento dell'interesse pubblico»? Mi sembra inutile e comunque eccessivo.

La rubrica relativa alla sezione prima si vorrebbe cambiarla da «Ordinamento giurisdizionale» a «Gli organi». Ma in quella sezione non si parla soltanto di organi; si parla di funzioni e quindi dell'ordinamento giurisdizionale.

Da ultimo, la rubrica della sezione seconda («Norme sulla giurisdizione») dovrebbe essere sostituita con «La giurisdizione». In effetti ci sono però delle norme sulla giurisdizione, quindi, tutto sommato, ...molto rumore per nulla.

Cosa s'intende per giudice?

Passiamo ora a problemi più importanti. Ci sono due disposizioni tra loro correlate. Una è il nuovo articolo 104 della Costituzione, che ci dice: «I magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri». Poi però, al nuovo articolo 101, si dice: «I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere e sono soggetti soltanto alla legge», cambiando così il notissimo enunciato «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», che ha una importante giurisprudenza e un'altrettanto importante elaborazione dottrinale alle sue spalle.

* Per comodità del lettore, il testo originale dell'audizione è stato ripartito in paragrafi con relativi titoli.

Ci dobbiamo allora chiedere che cosa si intenda con la nuova locuzione «I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere». Si fa riferimento soltanto ai giudici? Non credo. Evidentemente si fa riferimento anche ai pubblici ministeri, e quindi a tutti i magistrati. Ma perché allora sostituire l'enunciato classico, nel quale, riferendosi anche alle giurisdizioni speciali, sia a quelle anteriori sia a quelle successive previste in Costituzione, si garantisce che nell'esercizio della giurisdizione, quale che sia l'organo, esso debba essere soggetto soltanto alla legge? Mi sembra un enunciato assai perspicuo, che andrebbe, a mio avviso, conservato.

Sulla separazione delle carriere, sulla natura e sull'indipendenza del p.m., sui rapporti della polizia giudiziaria con il p.m. e sull'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale

Comincio dalla separazione delle carriere per passare poi all'indipendenza del pubblico ministero, ai rapporti della polizia giudiziaria con il pubblico ministero e all'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Diversamente da quanto si opina nella relazione al disegno di legge costituzionale n. 4275, va subito precisato che questa separazione non è resa necessaria - come si dice a pagina 5 - dai principi che regolano il giusto processo, introdotti con la modifica dell'articolo 111 della Costituzione. Tale separazione non serve per attuare nel massimo grado l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici, già costituzionalmente assicurata, ma incide, assai esplicitamente, sull'indipendenza del pubblico ministero nei confronti della politica. Ciò è, del resto, confermato dall'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale e dai mutati rapporti del pubblico ministero con la polizia giudiziaria.

Quanto al primo rilievo, e cioè che la separazione non serva per attuare ancor di più l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici, è facile osservare che la parità della difesa e dell'accusa è assicurata dall'articolo 111 della Costituzione, ma solo sul piano funzionale. In tale ottica, il pubblico ministero dovrebbe anzi sempre essere considerato parte a tutti gli effetti, anche se, a differenza del cosiddetto «avvocato dell'accusa» di cui si parla, il pubblico ministero può chiedere il proscioglimento. L'avvocato dell'accusa tutt'al più potrebbe rinunciare al mandato o all'azione, ma non potrebbe mai chiedere il proscioglimento. Questo è un punto importante.

Se nel processo vi è parità tra accusa e difesa ai sensi dell'articolo 111, non vi è, invece, parità tra difesa e accusa sul piano ordinamentale. Il pubblico ministero, per le funzioni ad esso attribuite, cioè vegliare all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti di stato delle persone giuridiche e degli incapaci, è, infatti, ancora oggi considerato anche dalla Corte costituzionale organo di giustizia, a tal punto che - a mio avviso erroneamente - la Corte costituzionale non lo ritiene parte nei giudizi di legittimità costituzionale, ancorché sia stato lo stesso pubblico ministero a sollevare la questione di costituzionalità.

È esatto, quindi, a mio avviso - e rispondente al diritto vigente - distinguere l'imparzialità istituzionale del pubblico ministero dalla sua parzialità funzionale e sottolineare, come fa Glauco Giostra, che, sotto il primo punto di vista, cioè quello dell'imparzialità istituzionale, come e più di ogni altro funzionario della pubblica amministrazione, quando si accinge ad agire, egli sia indifferente al risultato della sua azione, che deve essere soltanto governata da una neutrale legalità. Questa è la differenza rispetto all'«avvocato dell'accusa».

Altrettanto indubbio è che la separazione delle carriere non serve ad accrescere l'indipendenza del giudice, indipendenza che un magistrato serio e onesto sa benissimo come salvaguardare. Il ministro Alfano usa dire, argutamente, che giudice e pubblico ministero non

dovrebbero darsi del «tu». Ma la quotidianità e la familiarità di rapporti non pregiudica mai la reciproca dignità dei magistrati se si è tra persone oneste.

La separazione delle carriere, mentre non serve ad accrescere l'indipendenza del giudice, certamente diminuisce l'indipendenza del pubblico ministero. Un bel libro di Armando Spataro, intitolato "Ne valeva la pena", mi ha convinto non solo della crescita di professionalità che consegue dallo stretto rapporto tra polizia, pubblico ministero e giudice delle indagini preliminari ma anche del fatto che il pubblico ministero deve sempre ragionare come se fosse il giudice.

La separazione delle carriere, mentre non serve - lo ripeto - ad accrescere l'indipendenza del giudice, certamente diminuisce l'indipendenza del pubblico ministero, ma non perché, come si legge nella relazione, a pagina 6, «i magistrati del pubblico ministero assumono uno status costituzionale proprio, nel quale l'autonomia e l'indipendenza sono prerogative dell'ufficio requirente e non del singolo magistrato, e sono dunque funzionali all'efficienza, alla responsabilità e all'eguaglianza nell'esercizio dell'azione penale, obiettivi al cui conseguimento è preordinato l'ufficio del pubblico ministero». Sono bellissime parole, ma sono già nella Costituzione vigente. Basta leggere l'articolo 107, quarto comma, per trovarvi scritte queste stesse cose, in conseguenza delle quali la Corte costituzionale, in talune famose sentenze, negò l'indipendenza del pubblico ministero all'interno dell'ufficio. Confermò bensì l'indipendenza nei confronti dell'esterno, tanto che, come tutti sapete, il pubblico ministero può essere parte nei conflitti di attribuzione tra poteri, ma non nei confronti del procuratore capo. Certamente anche lì ci deve essere un po' di democrazia, non quel livellamento che si pretendeva nel 1970, quando sembrava che tutti i sostituti procuratori potessero porsi sullo stesso piano del procuratore capo. Che ci debba essere un dirigente dell'ufficio del pubblico ministero, e quindi una gerarchia, era quindi chiaro già dalla Costituzione, ed è stato ribadito dalla Corte costituzionale.

Il pregiudizio all'indipendenza del pubblico ministero emerge sotto quattro profili. In primo luogo, dalla sottrazione all'autorità giudiziaria della diretta disponibilità della polizia giudiziaria; in secondo luogo, dall'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale; in terzo luogo, dall'attribuzione costituzionale al ministro della Giustizia della funzione ispettiva; infine, dall'attribuzione al ministro della Giustizia del compito di riferire annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine, che è un po' la *summa* di quello che si vorrebbe con questa modifica.

Il primo e il secondo punto - e cioè la disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria e l'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale - sono la ragione per la quale ho portato con me questo volume collettaneo, intitolato «Problemi attuali della giustizia in Italia», edito da Jovene, che riporta gli atti di un seminario organizzato dall'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, di cui allora ero presidente, e che si tenne a Roma nel giugno 2009. Vi collaborarono costituzionalisti e processualpenalisti di diversa formazione culturale. L'ho portato con me perché contiene l'intervento a quel seminario del compianto collega Vittorio Grevi, che disse delle cose risolutive su entrambi i temi. E' un libro che vale leggere, se non altro per le ultime dieci pagine di Grevi, di cui, per l'affetto e la stima che avevo nei suoi confronti nonché per l'obiettività e l'autorevolezza con le quali egli si esprimeva, riporto alcune parole. Prendendo in considerazione il disegno di legge Alfano n. 1440, allora in discussione, Grevi denunciò «il grande indebolimento del ruolo del pubblico ministero» determinato da quel disegno di legge, osservando come, per i reati di media gravità, la polizia avrebbe potuto svolgere tutte le indagini di sua iniziativa per un periodo di sei mesi; come l'intento del legislatore (ora confermato da questo disegno di legge costituzionale) fosse quello di riservare in via esclusiva alla polizia giudiziaria il

compito di ricerca delle notizie di reato, con il risultato, del pari esplicitamente voluto e annunciato, di sottrarre così al pubblico ministero il corrispondente potere di iniziativa. Osservò poi come tutto ciò implicasse che il pubblico ministero non potrebbe far nulla finché non «ricevesse una notizia di reato». Il professor Illuminati, ascoltato dalle Commissioni riunite in una precedente audizione, in questa stessa linea ha affermato che il pubblico ministero si ridurrebbe a «un mero recettore dell'iniziativa della polizia giudiziaria».

C'era quindi in quel disegno di legge, e ancora più c'è nell'attuale disegno di legge costituzionale, un rifiuto totale del sistema attualmente vigente - che pure è nello spirito della nostra Costituzione -, nel quale, ai sensi dell'articolo 109, la polizia giudiziaria non è un soggetto «altro», a fronte dell'autorità giudiziaria, ma è un soggetto di cui si avvale il pubblico ministero in chiave collaborativa, «cosicché il rapporto tra i due organi si può definire di tipo complementare e quindi accessorio».

Aggiungeva ancora Grevi che, poiché gli organi di polizia giudiziaria, se quel disegno di legge fosse stato approvato, dipenderebbero, sotto il profilo gerarchico, dai vertici del potere esecutivo, non sarebbe stato «azzardato immaginare che tali vertici possano essere tentati, attraverso circolari ufficiali e anche attraverso direttive non scritte, di dare indicazioni ai medesimi organi di polizia circa gli indirizzi da seguire sul terreno delle indagini, sia nel senso di concentrare l'attività investigativa su determinati settori a preferenza di altri, sia soprattutto nel senso di evitare di indagare verso ambiti particolari alla ricerca di presumibili attività delittuose». Il che sarebbe invece assolutamente impossibile se la normativa attuale rimanesse quella attuale.

Voglio richiamare un'altra osservazione di Grevi: la sottrazione alla dipendenza funzionale della polizia giudiziaria sarebbe comunque esiziale qualora si eliminasse l'obbligatorietà dell'azione penale. Con il che il cerchio viene a chiudersi, giacché oggi addirittura si pretende addirittura l'eliminazione dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Beninteso, il nuovo articolo 112 della Costituzione non nega l'obbligatorietà dell'azione, ma è come se lo facesse perché è evidente che la norma, per il mero fatto che non proclama l'obbligatorietà nella sua assolutezza, costituisce un arretramento rispetto all'attuale enunciato. Un arretramento evidenziato dal fatto che «l'obbligo di esercitare l'azione penale» dipende dai criteri stabiliti dalla legge. Se lo spirito di quella futura legge sarà lo stesso che ispira questo disegno di legge costituzionale, è facilmente ipotizzabile che competente a dettare i criteri per l'esercizio dell'azione penale finisca per essere o il Consiglio dei Ministri oppure lo stesso Ministro della Giustizia, tutt'al più sulla base di una mozione delle Camere.

Ebbene, se i criteri si sostanzieranno nell'indicazione dei reati da perseguire a preferenza di altri, il risultato è che ovviamente taluni reati verranno taciuti in quell'elenco. Non dico la corruzione in atti giudiziari, il falso in bilancio o simili, ma certamente reati considerati minori, come il furto o il maltrattamento in famiglia. Con il che, pur senza volerlo, si apriranno spazi di tolleranza di fatto per la delinquenza, sia essa professionale o tra le mura di casa.

Il professor Spangher, che stimo molto personalmente, ha suggerito una via di uscita. I criteri riguarderebbero la priorità dell'investigazione e non dell'esercizio dell'azione. Il suggerimento è abile, ma non mi persuade. Se i criteri sono vincolanti per il pubblico ministero, è di tutta evidenza che i reati per i quali l'investigazione non è ritenuta prioritaria, finiranno automaticamente nel dimenticatoio. E dunque, in buona sostanza, si avrà l'eliminazione totale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

A questo punto, però, deve essere ricordato con la Corte costituzionale che, eliminando l'obbligatorietà dell'azione penale, non viene meno solo l'indipendenza del pubblico ministero, ma viene altresì gravemente pregiudicata l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

Tracciando le possibili conseguenze dell'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale, Paolo Barile - lo cito volutamente per dimostrare che queste sono battaglie di civiltà che non hanno età e che non si rivolgono contro una data persona o un dato partito - osservava più di vent'anni fa come l'abrogazione dell'articolo 112 della Costituzione implicasse di per ciò stesso la violazione anche degli articoli 3, 25, secondo comma, e 101, secondo comma: il primo in punto di difesa da ogni discriminazione, il secondo in quanto consacrate il principio di legalità dei delitti e delle pene, il terzo in quanto assoggetta i giudici "soltanto alla legge" nel senso, già detto, della indipendenza meramente esterna del pubblico ministero. E Barile ricordava a sua volta l'affermazione del suo Maestro, Piero Calamandrei, «secondo cui il principio di legalità nell'esercizio dell'azione penale comporta necessariamente l'istituzione di un pubblico ministero indipendente e inamovibile, si completa, quindi, con quella secondo cui lo stesso principio di legalità impone, anche sotto il profilo della non disparità di trattamento, l'obbligatorietà dell'azione penale. Nello Stato di diritto l'obbligatorietà è corollario della libertà e ad essa deve attenersi anche chi è chiamato a perseguire la responsabilità penale e non soltanto colui che è tenuto a reprimere i reati».

Passo al terzo e al quarto punto. Quanto al terzo, l'attribuzione costituzionale al ministro della Giustizia della funzione ispettiva fa ragionevolmente ritenere, se le parole hanno un senso, che, secondo i proponenti, questa nuova competenza costituzionale dovrebbe consentire al ministro di andare oltre quanto attualmente consente l'articolo 9 della legge n. 1311 del 1962 e, quindi, di raccogliere informazioni sul personale che presta servizio nell'ufficio ispezionato.

L'attribuzione al ministro della Giustizia del potere di riferire annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine contribuisce nell'immaginario collettivo a conferire al ministro della Giustizia non solo il ruolo direttivo della politica della giustizia in senso alto, ma anche quello della individuazione dei reati da perseguire e, quindi, ...sotto sotto, nei confronti di chi orientare le indagini. Il che, come osservava ancora il professor Illuminati, con più garbo di me ma con pari decisione, è davvero assolutamente inopportuno.

Sulle modifiche del CSM

Passo al raddoppio del CSM. In coerenza con quanto già detto a proposito del pubblico ministero, che, secondo me, dovrebbe continuare a essere "organo di giustizia" e, quindi, un magistrato indipendente dall'esterno e non un funzionario prossimo al potere politico, non vedo la necessità di un doppio CSM. E non avrei altro da aggiungere.

Il presidente del Consiglio di Stato, Pasquale de Lise, ha parlato di una "Megacorte" di disciplina in cui dovrebbero entrare magistrati amministrativi, contabili e ordinari. Dal canto suo il professor Spangher ha suggerito di spostare la sezione disciplinare fuori dal CSM.

Confesso di essere incerto nella mia valutazione della Sezione disciplinare del CSM, quanto a efficienza e serietà. Mentre gli ex componenti togati, come il dottor Mura, ne hanno parlato bene, gli ex componenti laici, come il prof. Spangher, ne sono critici. In genere, le sezioni disciplinari poste all'interno di una data struttura non costituiscono, per la verità, il massimo di efficienza e di obiettività. In questo senso, la costituzione di un'autonoma Corte di disciplina potrebbe essere consigliabile. Tuttavia è evidente che non basta enunciarne il titolo in Costituzione e rinviarne la

disciplina al legislatore ordinario. Si tratterebbe infatti di istituire un vero e proprio giudice speciale in deroga all'art. 102 comma 2 della Costituzione, e quindi ne andrebbe anche disciplinata la composizione. Gli altri giudici speciali, quelli previsti sia nell'art. 103 della Costituzione, sia nella VI disposizione transitoria, bene o male l'Assemblea costituente li conosceva. Di questa nuova Corte - mega o mini che sia - non se ne sa niente e non può essere sufficiente un rinvio al futuro legislatore.

Per quanto riguarda gli organi di autogoverno in genere, e quindi anche il CSM, deve comunque rimanere fermo che i criteri di loro composizione, se da un lato possono variare in funzione delle caratteristiche peculiari delle singole magistrature speciali, dall'altro devono comunque essere tali da assicurarne in maniera effettiva la necessaria indipendenza, innanzitutto nei confronti del potere esecutivo. Ove così non fosse, la stessa istituzione di questi organi sarebbe del tutto priva di senso. Di qui una netta opposizione alla composizione praticamente paritetica del CSM giudicante e CSM requirente prevista nel disegno di legge costituzionale.

È bensì vero però che resta ferma l'esigenza di evitare che gli organi di autogoverno delle diverse magistrature possano assumere un ruolo di rappresentanza meramente corporativa del rispettivo ordine giudiziario. Su questo siamo tutti d'accordo: il CSM non deve essere una sede di rappresentanza corporativa. Anzi, fu proprio questa l'esigenza tenuta presente dal Costituente quando si scelse il Presidente della Repubblica come suo presidente, una composizione mista togato-laica e un vice presidente che non era togato.

Non bisogna però esagerare in senso contrario. E, con il pretesto di contenere gli eccessi dei magistrati, fare "occupare" dalla politica gli organi di autogoverno. Il che sarebbe un rimedio peggiore del male.

Desidero, a questo punto, fare una breve riflessione a proposito dal nuovo articolo 105, secondo comma, della Costituzione, secondo il quale i due CSM non possono adottare atti di indirizzo politico ed esercitare funzioni diverse da quelle previste in Costituzione.

Il principio di per sé non fa una grinza. Tutti gli organi costituzionali, Parlamento compreso, si muovono in un'ottica di competenza, nel senso cioè che hanno le attribuzioni (più o meno ampie) che la Costituzione assegna loro e dalle quali non possono esulare.

Si deve però tener presente che nei rapporti tra organi costituzionali - e il CSM lo è sicuramente - valgono anche le consuetudini costituzionali, e quindi, come più volte insegnato dalla Corte costituzionale, si può contestare, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri, la menomazione, da parte di un altro potere, di un'attribuzione costituzionale fondata esclusivamente su consuetudine (si pensi all'esenzione dei controlli sui bilanci delle Camere e della Presidenza della Repubblica che la Corte fece addirittura risalire all'epoca monarchica!).

Dico questo perché, pur non volendo ripercorrere la storia dei rapporti tra Parlamento e CSM, se c'è stata una stagione nella quale, per modo di dire, il CSM sembrava "legiferare", ciò avvenne perché il Parlamento era assai disattento o compiacente e il CSM, esplicitamente o implicitamente, acquisì numerosi poteri che però di recente sono venuti meno. Non così il riconoscimento al CSM del potere di formulare pareri, che risale addirittura agli anni '70, e che rappresenta oggi un'attribuzione costituzionale del CSM, avente alle sue spalle una vera e propria regola consuetudinaria. Pertanto il CSM può esprimere pareri sia in materia processuale che in materia ordinamentale anche quando il ministro non lo richieda.

Non mi sembra invece che al CSM sia mai venuto in mente di adottare atti di indirizzo politico. È sicuramente un'esagerazione polemica questa prevista nell'articolo 105, secondo comma, del nuovo testo. Direi anzi: un'esagerazione polemica "in veste normativa".

Tengo comunque a precisare, concludendo il punto, che la disciplina delle cosiddette «circolari e risoluzioni», se in passato è stata scambiata, soprattutto all'interno del CSM, per attività normativa, in effetti non è mai stata considerata tale in sede giurisdizionale, in quanto la loro eventuale violazione non è mai stata qualificata, dal TAR e dal Consiglio di Stato, come “violazione di legge” - che è ciò che presupporrebbe la “considerazione” della circolare o della risoluzione come atto normativo -, ma tutt'al più la loro violazione rileva come sintomo del vizio di eccesso di potere sotto il profilo dell'errore nei presupposti, della disparità di trattamento e così via.

A ciò deve essere aggiunto che, non esistendo più, se mai è esistita in passato, una pubblicazione “legale” delle circolari e delle risoluzioni, a maggior ragione non si può sostenere che gli atti del CSM abbiano un contenuto normativo. Prima esistevano alcuni volumi nei quali tali atti dovevano essere pubblicati (ma non era una pubblicazione con effetti legali). Adesso questi volumi non esistono nemmeno più. Esiste bensì una pubblicazione per via telematica, ma per attribuire a tale forma di pubblicazione gli effetti vincolanti dell'atto normativo ci vorrebbe comunque una norma di legge che lo prevedesse.

Ampliamento delle possibilità a ricorrere a magistrati onorari e amovibilità dei magistrati in casi eccezionali

Vorrei fare ora un brevissimo accenno a due norme che solo superficialmente potrebbero qualificarsi di secondaria importanza: l'attribuzione ai magistrati onorari anche di funzioni di organi collegiali, che modifica l'articolo 106 della Costituzione, che lo consente solo per le funzioni attribuite a giudici singoli, e la possibilità di derogare all'inaMOVIBILITÀ dei magistrati in casi di eccezionali esigenze individuate dalla legge.

Sono senz'altro contrario sia all'una, sia all'altra norma.

Alla prima sono contrario perché praticamente incide sul principio per cui le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso, divenendone una via alternativa di accesso. Quel che è peggio, essa conferma l'impressione che al legislatore, sia esso di destra, di centro o di sinistra, purtroppo non interessa come si amministra la giustizia, purché vi sia qualcuno seduto sullo scranno del magistrato giudicante. Penso, a tal riguardo, all'infelicissima stagione dei cosiddetti GOA, i giudici onorari aggregati, previsti dalla legge 27 luglio 1997, n. 276, istitutiva delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari, dalla cui superficialità e impreparazione gli avvocati e soprattutto le parti subirono gravissimi danni.

In fondo, assegnando loro le vecchie cause si usava un espediente non dissimile dal cosiddetto “processo breve”, che adesso si vorrebbe introdurre nel nostro ordinamento. Mentre il processo breve prevede la “ghigliottina” della prescrizione, l'assegnazione delle cause ai GOA ne assicurava la morte dopo una lunga agonia.

Per le stesse ragioni ritengo che debba essere rifiutata anche la proposta di derogare all'inaMOVIBILITÀ dei magistrati in casi di eccezionali esigenze individuate dalla legge. Conosciamo bene, con tutto il rispetto per il Governo e il Parlamento, l'inesauribile capacità del legislatore di allargare le ipotesi dei casi eccezionali. Basterebbe pensare all'articolo 77 della Costituzione e constatare ciò che è stato legiferato col pretesto della straordinaria necessità ed urgenza.

Credo, quindi, di essere facile profeta nel ritenere che, una volta che passasse questa aggiunta all'articolo 107 della Costituzione, i casi eccezionali si moltiplicherebbero a dismisura.

E poi, chi ci dice che la norma, magari fra molti anni (!), non venga utilizzata per colpire un magistrato scomodo? Si è sempre affermato che l'inaMOVIBILITÀ è la garanzia dell'indipendenza dei magistrati: di tutti i magistrati. Introdurre delle deroghe, per quanto eccezionali, all'inaMOVIBILITÀ equivale a metterla in dubbio.

Sulla responsabilità civile dei magistrati

Mi resta poco tempo e vorrei affrontare sia pure brevemente il tema della responsabilità dei magistrati. Devo purtroppo tralasciare, per ragioni di tempo, la modifica dell'ultimo comma dell'articolo 111 della Costituzione in tema di appello nel processo penale. Ho però visto che, nel corso delle audizioni ci sono stati ottimi interventi, come quello di Spangher, che è stato illuminante al riguardo.

Passo quindi all'articolo 113-*bis* che dispone che «I magistrati sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti al pari degli altri funzionari dipendenti dello Stato».

In proposito, da parte dell'ANM ci sono state critiche assai dure contro l'equiparazione ai funzionari amministrativi quanto alla responsabilità diretta. Tuttavia, quando l'art. 28 della Costituzione parla di responsabilità diretta, allude a tutti i funzionari pubblici, siano essi membri del Governo, parlamentari, funzionari amministrativi e magistrati. Sotto questo profilo, il primo e il terzo comma dell'articolo 113-*bis* sarebbero addirittura inutili perché ripetitivi dell'art. 28, laddove il secondo comma dell'art. 113-*bis* potrebbe diventare il secondo comma dell'articolo 28.

Detto questo, merita di essere ricordato che nei primi anni '50 si ritenne - dato appunto l'enunciato dell'articolo 28 («...direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative...») - che tutti i funzionari pubblici dovessero rispondere in egual maniera dei privati, e quindi addirittura per colpa lieve. Ragion per cui, quando intervenne il decreto legislativo 10 gennaio 1957, n. 3, che limitò la responsabilità dei funzionari pubblici al dolo o alla colpa grave, da qualche studioso se ne rilevò l'incostituzionalità, data la disparità di trattamento dei danneggiati a seconda che l'evento fosse stato causato da un privato o da un pubblico funzionario. Non ricordo se la questione giunse in Corte costituzionale, forse no. Ma ricordo bene che fu la Corte di cassazione a risolvere, in pratica, la questione, ristabilendo la parità tra i danneggiati, in quanto statui che lo Stato, nella sua capacità patrimoniale, risponde sempre per il fatto dei funzionari pubblici ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, quale ne sia lo stato soggettivo e quindi anche per colpa lieve, salvo poi rivalersi sul funzionario in caso di dolo e colpa grave. Tale principio fu applicato, se non erro, anche ai magistrati in un paio di occasioni. Ma poi, una volta intervenuto il referendum abrogativo del 1987, venne approvata la legge 13 aprile 1988, n. 117, la quale, contrariamente alle aspettative dei referendari, costituì addirittura un arretramento quanto all'estensione della responsabilità (ancorché indiretta) del magistrato. Inoltre, una volta intervenuta la legge n. 117, non poteva nemmeno più essere invocata la citata giurisprudenza sull'art. 2043 del codice civile, in quanto era ormai la legge n. 117 a determinare «le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» ai sensi di quanto dispone l'articolo 24 comma 4 Cost.

Deve essere altresì ricordato che la Corte costituzionale, pur affermando l'applicabilità al magistrato dell'art. 28 della Costituzione e pur respingendo la tesi della «negazione totale» della responsabilità, ha ammesso la possibilità di prevedere «condizioni e limiti della sua responsabilità». Non ha però imposto al legislatore la doverosa presenza di condizioni e limiti.

Sotto questo profilo, è quindi eccessivo dedurre, come fa l'ANM, dalle garanzie attinenti allo *status* e miranti, «per quanto possibile», a rendere «l'attività del giudice (...) libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto dettano scienza e coscienza» (sentenza n. 2 del 1968), la conseguenza che il giudice non dovrebbe essere chiamato a rispondere direttamente, in sede civile, per il proprio operato (ciò che non attiene allo *status* bensì all'operato del magistrato). Come se il *metus* di un possibile giudizio costituisse...un "legittimo impedimento"!

Ma che tale *metus* debba considerarsi insussistente quand'anche il legislatore abrogasse la legge n. 117 del 1988, discende da tre punti fermi. In primo luogo, anche gli avvocati, non meno dei magistrati, possono essere chiamati a rispondere nei confronti del cliente per eventuali errori nell'interpretazione di atti normativi, ma essi sono garantiti dall'articolo 2236 del codice civile secondo il quale «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo e di colpa grave» (non diversamente da quanto potrebbe disporre il legislatore, per i magistrati, ai sensi dell'articolo 28 della Costituzione). In secondo luogo, l'attività interpretativa, soprattutto con riferimento ai magistrati, è per definizione «libera», tant'è vero che la Corte di cassazione ritiene che l'attività del giudice «si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto» (Cass. sez. un., 19 gennaio 2007, n. 1136). In terzo luogo, la stessa Corte di cassazione ha più volte statuito che l'eccesso di potere giurisdizionale (e cioè un' "invenzione normativa" del giudice priva di una qualsivoglia base testuale) avrebbe un rilievo meramente teorico, in quanto, come già detto, l'attività interpretativa si sostanzia sempre in opera creativa.

Anche se su quest'ultimo punto nutro personalmente delle riserve (perché una cosa è interpretare, altra inventare), resta comunque ferma la conclusione che la responsabilità del magistrato connessa all'attività interpretativa è davvero meramente ipotetica, laddove la responsabilità del medesimo che consegua al compimento di "fatti" giuridici non ha alcuna ragione di differenziarsi dalla comune responsabilità per dolo o colpa grave. Infine, nell'ipotesi che la legge n. 117 venisse abrogata, la giurisprudenza della Corte di cassazione sulla responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile diverrebbe nuovamente utilizzabile, e ciò con maggior garanzia per i cittadini che abbiano subito danni. Vi ringrazio.