

SOVRANITÀ DEL POPOLO E POTERI DEI GIUDICI

PREMESSA

Se la democrazia è « il governo del popolo, con il popolo, per il popolo », secondo la famosa definizione di Lincoln (1), e richiede che il popolo partecipi alla formazione del governo, si deve esigere che anche i giudici vengano eletti dal popolo e rispondano ad esso delle loro sentenze? Se la giustizia è funzione sovrana dello Stato moderno, come si armonizza il potere dei giudici che la amministrano con l'affermazione democratica che tutto il potere appartiene al popolo?

Il problema è vivamente dibattuto in Italia, anche per i rilevanti aspetti pratici, e trae alimento di discussione dalla necessità, molto sentita, di emanare nuove norme sullo stato dei giudici e sulla loro organizzazione. Di recente si sono aggiunti, a rendere più vivace il dibattito, alcuni episodi di cronaca giudiziaria (2), nei quali si è ritenuto di cogliere una scarsa sensibilità « politica » dei magistrati ed una mancanza di coordinamento, se non un vero e proprio conflitto, fra Potere giudiziario e Potere esecutivo. Gli interventi riflettono le diverse esperienze e preoccupazioni dei magistrati e degli operatori del diritto, da una parte, e dei parlamentari e degli uomini politici, dall'altra.

Negli interventi dei magistrati si sottolinea in genere che l'esercizio della giurisdizione è espressione della sovranità dello Stato (3) e che i giudici sono costituiti in un potere che va tenuto rigorosamente distinto dagli altri. Quanto al rapporto fra giurisdizione e popolo viene respinta, con opinione pressoché concorde che risale al tempo dell'Assemblea Costituente, la proposta di far eleggere i giudici, mentre solo di recente l'attenzione dei magistrati si è venuta spostando sui contenuti democratici della giurisdizione e sulle disfunzioni organizzative che incidono sul suo effet-

(1) A. LINCOLN, *Discorso di Gettysburg* (19 novembre 1863), in *Il pensiero politico nell'età di Lincoln*, a cura di C. GORLIER, Bologna 1962, p. 147.

(2) Ci riferiamo, in particolare, al c.d. fatti di Sassari, dell'autunno 1967, che portarono alla cattura di un Commissario di P. S. sotto l'accusa di violenza, calunnia, ecc. ai danni di cittadini inquisiti.

(3) Cfr., ad es., CONS. SUP. MAGISTRATURA, *Ordine del giorno del 19 ottobre 1967*, in *Notiziario C.S.M.*, 1967, n. 6, p. 94.

tivo servizio al popolo (4).

Gli interventi dei politici, per contro, tendono a sottolineare la necessità del coordinamento fra i Poteri e l'esigenza di trovare **forme di responsabilizzazione del giudice** nei confronti della sovranità popolare.

« Esiste il problema di garantire l'unità dello Stato e quindi di individuare sotto la tricotomia classica dei poteri dello Stato di diritto il momento unitario, dal quale essi ripetono la loro autorità e al quale ritornano per il controllo dell'esercizio di esso. [...] Ora, se non si vuol imboccare la strada dell'elettività del giudice, che certamente segnerebbe il visibile e diretto collegamento della funzione giudiziaria con la fonte unitaria dell'autorità democratica, e cioè la sovranità popolare, se si nutre un giustificabile timore per gli inconvenienti cui una siffatta scelta andrebbe incontro, bisogna sostenere la tesi che il potere del giudice trovi il suo fondamento unitario, all'interno dello Stato, nella legge, espressione della sovranità popolare [...]. Se ciò è vero, però, [...] bisogna evitare ogni occasione e ogni spazio per una interpretazione creativa della legge, e quindi sforzarsi di garantire il massimo di coerenza dell'ordinamento giuridico [...] » (5).

In altro intervento, dopo che si è ribadita la necessità di ricondurre tutti i Poteri dello Stato « nella corrente della sovranità popolare », si afferma che nei sistemi in cui « la decisione sui delitti e sulle pene è lasciata a un corpo [...] selezionato per concorso, nella logica del sistema democratico **l'incontro della Magistratura con la sovranità popolare avviene attraverso il filtro degli organi eletti dal popolo**: in primo luogo del Parlamento » (6). Ed in tema di responsabilità della Magistratura si afferma: « La democrazia poggia su quattro pilastri: la ripartizione del potere, il collegamento tra gli organi depositari del potere, la responsabilità, il controllo: se manca uno dei pilastri la democrazia zoppica »; e si aggiunge: « La responsabilità procede dall'organo meno democratico all'organo più democratico, valutandosi la democraticità sul grado di rappresentatività » (7).

Questi in sintesi i termini del problema, dai quali traspare che i magistrati riferiscono la sovranità più spesso allo Stato che al popolo e che i politici identificano il problema del collegamento fra gli organi dello Stato con quello della giustificazione o legittimazione dell'esercizio del potere. E' peraltro evidente che il problema del collegamento (da noi non trattato in questa sede) è problema organizzativo, ed è altra cosa da quello della legittimazione del potere.

(4) E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, pp. 49 ss., 55, 73, 149 ss., 179, 226 ss., che riassume le posizioni dei Magistrati nel periodo 1945-64 attraverso l'esame dei giornali di categoria.

(5) R. MISASI, *I problemi della giustizia riguardano tutta la società*, in *La discussione*, 1967, n. 5, p. 12.

(6) F. SULLO, *Lo Stato scricchiola*, in *La discussione*, 1967, n. 25, pp. 3-4.

(7) G. FENOALTEA, *Lettera a « La discussione »*, in *La discussione*, 1967, n. 26, p. 9.

GLI ASPETTI TEORICI DEL PROBLEMA

1. La « sovranità ».

La « sovranità » è un concetto politico-giuridico che ha accompagnato lo sviluppo dello Stato moderno e che è tuttora fondamentale per la comprensione di esso (8).

Jehan Bodin (1529-1596), il primo filosofo politico che lo spiegò ampiamente, ne dava questa definizione: « *Souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République* » (9). Si tratta però, in realtà, di un concetto il cui contenuto varia in relazione al contesto politico-culturale a cui ci si riferisce.

a) La dottrina generale dello Stato distingue fra « sovranità » come carattere dell'ordinamento giuridico statale e « sovranità » come attributo del soggetto o dei soggetti che nell'ordinamento medesimo sono investiti della « potestà d'impero » (10).

« Sovranità dello Stato » nel primo senso significa che l'**ordinamento giuridico statale** (sia che lo si intenda come il sistema delle norme giuridiche che regolano la vita della comunità statale, sia che lo si intenda come la stessa comunità statale in quanto organizzata dalle norme giuridiche) è **originario**, vale a dire che « ha in sè la sua fonte », che « si pone e si modifica da sè », è **indipendente** rispetto agli ordinamenti giuridici esterni (agli ordinamenti giuridici degli altri Stati e a qualsiasi ordinamento internazionale), ed è **superiore** a tutti gli ordinamenti che vivono nel suo interno.

Al concetto di sovranità dell'ordinamento inteso come « sistema di norme » si riconducono sostanzialmente le espressioni, spesso usate, di *sovranità della Costituzione* e di *sovranità della legge*.

La « sovranità » nel secondo senso rimanda al fenomeno dell'autorità (e quindi dei « poteri ») dello Stato nei confronti dei cittadini. In questa accezione, dicendo che lo Stato è « sovrano », si vuol dire che l'autorità statale è **superiore ad ogni altra esistente nell'ordinamento**, che le deliberazioni definitivamente prese nell'esercizio di tale autorità (« potestà di impero ») non sono rivedibili da nessun soggetto giuridicamente sopraordinato: « sovrani-

(8) Per importanti indicazioni bibliografiche sul concetto di « sovranità », v. D. PASINI, *Riflessioni in tema di sovranità*, Milano 1968 (II ed.). Le critiche che taluno (H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia, ed altri saggi*, tr. it., Bologna 1966, p. 182, e C. CARSTIA, *Studi recenti sul concetto di sovranità*, in *Scritti giuridici, storici e politici*, Milano 1953, p. 409) muove alla « sovranità » come concetto non più utile alla descrizione dell'attuale realtà dello Stato, si appuntano soprattutto contro una presentazione assolutistica del concetto stesso.

(9) J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris 1579, I, p. 119. Nell'edizione latina (*De Republica*, Paris 1586, I, p. 8): « *Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas* ».

(10) Cfr., per tutti, S. ROMANO, *Principii di Diritto costituzionale generale*, Milano 1947 (rist. II ed.), pp. 66 ss.

tà » viene cioè a significare **libertà e discrezionalità nell'esercizio del potere.**

b) La « costituzione » dello Stato, scritta o non scritta, che è la struttura fondamentale dell'ordinamento giuridico, stabilisce concretamente quale sia il soggetto investito dei poteri sovrani, come l'autorità si organizzi e distribuisca fra i vari organi, quali fini debba perseguire, ecc.

La moderna scienza giuridica concorda nell'affermare che titolare dell'autorità sovrana sia lo Stato (in quanto riconosciuto come persona giuridica), ancorchè resti divisa su cosa debba in effetti intendersi per Stato. Una importante opinione dottrinale ritiene infatti che lo Stato, quale titolare dei poteri sovrani, si identifichi con il complesso di organi che formano l'apparato di governo » (c.d. « Stato apparato ») (11). Si dirà più sotto come per influsso della concezione democratica si stia affermando oggi una diversa opinione, la quale identifica invece lo Stato con il « popolo » ed attribuisce a quest'ultimo la sovranità.

Dall'origine costituzionale consegue che l'autorità sovrana è « **autorità istituzionalizzata** », cioè soggetta alla legge e non autorità di fatto. In altri termini, **la sovranità ammette delle limitazioni**, sicchè la formula di Bodin « *potestas legibus soluta* » non può essere mantenuta nella sua assolutezza (12).

Limitazioni sussistono anche per il potere di fare le leggi, che, operando alla modifica del corpo normativo, sembrerebbe più svincolato che obbligato all'osservanza della legge: in realtà, « la potestà di porre un ordinamento nuovo deve essa stessa esplicitarsi con forme, garanzie e limiti già precedentemente stabiliti, e comunque si risolve nella posizione di limiti nuovi nel medesimo momento in cui si affranca da quelli antichi » (13).

Per altra via l'autorità sovrana può risultare limitata, quando nella costituzione dello Stato risulti accolto il principio della « **divisione dei poteri** » (14).

(11) C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova 1967, (VII ed.), pp. 41-42, 93-94, 135-136; cfr. D. PASINI, *Riflessioni in tema di sovranità*, cit., pp. 123 ss.

(12) Del resto, lo stesso BODIN (*Les six livres de la République*, trad. it., Torino 1964, pp. 357 ss.) ammetteva che il principe fosse vincolato alle leggi naturali e divine, alle leggi comuni a tutti gli uomini, alle leggi « che riguardano la struttura stessa del regno ed il suo assetto fondamentale ».

(13) S. ROMANO, *Proincipii di Diritto costituzionale generale*, cit., p. 169. Sull'esistenza di limiti alla sovranità, cfr., di recente ed in senso favorevole, M. CAPURSO, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Milano 1967.

(14) Ciò avviene, seppure in varia misura, negli Stati dell'Occidente europeo e nel Nord America. Nell'U.R.S.S., al contrario, il principio è sostituito con l'altro della c.d. « *dimensione del potere* » (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La théorie générale de l'État Soviétique*, Paris 1928, p. 7), che attua una scala di organi a rappresentanza territoriale, ciascuno dei quali concentra in sé tutto il potere, pur essendo subordinato all'organo che esprime una rappresentanza territoriale immediatamente più vasta. Per indicazioni bibliografiche sulla divisione dei poteri, v. F. MODUGNO, in *Novissimo*

Il principio nella sua astratta formulazione afferma che le funzioni dell'autorità si distinguono in legislativa, amministrativa e giurisdizionale, e che ciascuna deve essere distribuita fra diversi organi (o gruppi di organi) tra loro separati ed indipendenti, in modo che ogni potere venga a costituire un limite naturale e quindi una difesa contro gli abusi nell'esercizio degli altri poteri.

Per quanto variamente criticato (15), il principio della divisione dei poteri permane criterio, seppure empirico e tendenziale, tuttora valido di organizzazione dell'autorità.

Oggi nello Stato democratico fatti e orientamenti nuovi — ad esempio, il progressivo intensificarsi della politica dell'intervento sociale, per cui si richiede una sempre più complessa organizzazione dell'apparato di governo; la presenza dei partiti come forza motrice del sistema politico, per cui si tende ad unificare sostanzialmente la funzione legislativa e quella esecutiva e a rendere quindi quasi formali i controlli sull'esecutivo demandati al Parlamento; e infine la scoperta degli aspetti positivi e dinamici dei conflitti sociali (16), per cui in particolare si ritiene che le tensioni di classe, invece che represses, debbano piuttosto essere accettate attraverso l'istituzionalizzazione della « conflittualità » — portano ad attribuire un nuovo significato politico alla « divisione dei poteri », la quale infatti si concreta « nell'assicurare che gli organi più spiccatamente portatori del potere politico possano trovare un limite e un freno alla loro azione nel controllo attribuito ad organi più squisitamente tecnici e quindi istituzionalmente apolitici », e « nel far sì che la pluralità degli organi investiti della cura degli interessi dello Stato renda, se non impossibile, almeno più difficile l'egemonia di un solo partito o coalizione di partiti e quindi, in definitiva, di una determinata classe sociale a tutto danno delle altre » (17).

c) La « giurisdizione » è funzione sovrana, ma l'attributo della sovranità le è stato solo di recente riconosciuto (18).

Digesto Italiano, vol. XIII, Torino 1966, alla voce « Poteri (Divisione dei) », pp. 472 ss.

(15) Sotto il *profilo storico*, in quanto il principio non avrebbe mai trovato completa attuazione; sotto il *profilo politico*, in quanto richiederebbe, per essere realmente efficiente, che ogni potere avesse origine da classi diverse, mentre nelle « società borghesi » la divisione resterebbe sostanzialmente elusa dalla comune provenienza degli appartenenti ai vari poteri, e nelle « società socialiste » l'assenza di ogni conflitto di classe lo renderebbe superfluo; sotto il *profilo giuridico*, in quanto qualche autore (in particolare H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano 1952, pp. 274 ss.) riduce le funzioni statuali a due sole, la legislazione e l'esecuzione, ed in quanto qualche altro (ad es., C. Mortati, *Istituzioni di Diritto pubblico*, cit., p. 532) critica l'omissione delle funzioni di indirizzo politico.

(16) Cfr. L. A. Coser, *Le funzioni del conflitto sociale*, trad. it., Milano 1967, pp. 44 ss. e 172 ss.

(17) F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista trim. di Diritto pubbl.*, Milano, 1965, pp. 107 ss. L'esigenza del controllo e di una relativa autonomia degli organi ad esso preposti, si manifesta nella stessa Unione Sovietica attraverso la rivalutazione dell'attività della Procura generale dell'U.R.S.S. (cfr. H. J. Berman, *La giustizia nell'U.R.S.S.*, trad. it., Milano 1965, pp. 242 ss.).

(18) Sullo sviluppo storico del concetto e per indicazioni bibliografiche, v. C. Cereti, *Diritto costituzionale italiano*, Torino 1966, pp. 351 ss.

In quanto mera applicazione della legge e quindi priva di discrezionalità, essa veniva subordinata alla legislazione, e in quanto non abilitata a conoscere degli atti illeciti della pubblica amministrazione, era ritenuta una branca speciale di questa. Il progressivo estendersi dei controlli giurisdizionali ha peraltro esaltato la sua autonomia dalla funzione amministrativa, mentre rispetto alla legislazione gli studi recenti hanno dimostrato che un **elemento creativo e discrezionale** è insito necessariamente in essa ed **ineliminabile** (19). E' altresì riconosciuto che, se nella costituzione dello Stato la sovranità della funzione si accompagna ad una sufficiente indipendenza ed autonomia degli organi giurisdizionali, questi organi costituiscono un « potere » dello Stato, il c.d. « **potere giudiziario** ».

Nella dottrina sopra ricordata, che attribuisce la sovranità allo « Stato apparato », l'espressione « sovranità » riferita alla funzione giurisdizionale ed al potere giudiziario, viene ovviamente a significare che i giudici esercitano una parte della sovranità dello Stato-apparato.

2. La « democrazia » e la sovranità dello Stato.

a) Il progressivo realizzarsi della democrazia negli Stati contemporanei dà origine a importanti modifiche nella teoria della sovranità.

Nel suo significato politico-giuridico, che qui interessa, la **democrazia** (20) oggi importa: 1) l'eguaglianza politica dei cittadini; 2) la sovranità popolare; 3) l'adozione del principio maggioritario; 4) la tutela delle minoranze; 5) l'attribuzione allo Stato del compito di promuovere l'eguaglianza di fatto di tutti i cittadini attraverso la promozione del loro sviluppo materiale e culturale. Si tratta della rappresentazione di un **ideale**, di una definizione « pre-

(19) G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova 1964, pp. 33 ss. L'elemento creativo si rinviene, non solo negli Stati a « diritto giurisprudenziale », in cui si lascia al giudice di ricercare nella consuetudine e nel precedente la norma da applicare, ma anche in quelli, come il nostro, in cui le norme sono codificate in atti legislativi (cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967).

(20) Per indicazioni bibliografiche, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano 1964, alla voce « Democrazia », p. 127, per l'aspetto giuridico; nonché G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna 1969, III ed., pp. 375 ss., per ciò che concerne la scienza politica. In relazione con quanto si dice nel testo, v. G. FASSÒ, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino 1957, alla voce « Democrazia », pp. 461 ss. Agli elementi costitutivi della « democrazia », di cui parla il FASSÒ, abbiamo aggiunto quello dell'azione dello Stato per la promozione dell'uguaglianza di fatto dei cittadini, in quanto riteniamo che tale azione sia coesistente all'idea stessa di Stato democratico: « se democrazia è dialogo fra parte e parte di tutto il popolo attivo, suo presupposto è che sia eliminata ogni grave antitesi di posizione fra esse, ogni radicale conflitto di interessi » (C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubbl.*, cit., p. 129). Sullo « Stato sociale », v. L. ROSA, *La « comunità statale » nella Costituzione italiana*, in *Aggiornamenti Sociali*, (dicembre) 1958, pp. 657 ss., rubr. 135.

scrittiva » e non di una definizione « descrittiva » della democrazia (21): ma, proprio in quanto tale, serve a **mettere in tensione la realtà**, a provocare movimenti di trasformazione e di adeguamento continuo al modello (22).

Contenuto deontologico e non descrittivo ha anche il concetto di **sovranità popolare** (23), il quale ovviamente non può intendersi come utopistica pretesa di identificare « in toto » il popolo con chi esercita di fatto l'autorità nello Stato. Esso significa invece che tra chi esercita l'autorità e il popolo deve esserci **una continua interazione**; che l'autorità è **per il popolo**; che il popolo ha diritto di **partecipare** nelle forme più convenienti alla gestione del potere, alla scelta dei governanti e alla scelta degli orientamenti politici, e di **controllare** l'operato dei governanti (24).

Storicamente il principio della sovranità popolare fu introdotto nelle Costituzioni contemporanee quale principio generale di diritto, soprattutto in funzione di fondamento delle disposizioni che negli Stati di democrazia classica dovevano regolare la partecipazione popolare al governo della cosa pubblica, ma anche, idealmente, al fine di operare una vera e propria **sostituzione giuridica** nel soggetto titolare dell'autorità. Tale positiva funzione ha tuttavia tardato in Italia a tradursi nella esperienza giuridica concreta, perchè ostacolata dal permanere, nella « dottrina », dell'opinione secondo cui l'autorità sovrana appartiene allo Stato-apparato.

Da alcuni anni sta prendendo piede una teoria più conseguente (25), la quale attribuisce la titolarità dell'autorità sovrana, non allo Stato-apparato, bensì **allo stesso popolo**, il quale — si sostiene — esercita tale autorità sia mediante gli istituti di « democrazia diretta » (in particolare, mediante le elezioni e il « referendum »), sia **indirettamente** attraverso i propri organi rappresentativi e gli uffici dell'apparato statale. Al « popolo » si riconosce la personalità giuridica; non si parla più di una sovranità degli organi, ma di

(21) Sulla distinzione, v. G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, cit., pp. 5-14.

(22) « Un dover essere non è fatto per far le veci dell'essere » ed « è calibrato in funzione delle resistenze che è destinato ad incontrare ». Perciò G. SARTORI (*Democrazia e definizioni*, cit., p. 55) mette in guardia contro i pericoli di una rappresentazione utopica della democrazia che pretendi di realizzare totalmente il modello.

(23) Per la bibliografia, v. nota 20.

(24) R. M. MAC YVER, *The Web of Government*, II ed. it., Bologna 1965, pp. 198 ss.

(25) E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Rivista trim. di Diritto pubbl.*, Milano, 1957, pp. 12 ss. Esattamente nello stesso senso, v. L. ROSA, *La « comunità statale » nella Costituzione italiana*, cit. Con il medesimo orientamento, ma con diverse soluzioni tecniche, cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Studi per V. E. Orlando*, Padova 1957, vol. I, pp. 407 ss.; G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. di Diritto pubbl.*, Milano, 1962, pp. 74 ss.

mero esercizio di funzioni sovrane da parte degli organi stessi per conto del popolo (26), e si considera in tal modo sostanzialmente garantita sotto l'aspetto giuridico l'interazione fra governanti e governati.

b) La sovranità popolare ha modo di esplicarsi in concreto adottando il « **principio della maggioranza** », per il quale si considerano vincenti le alternative più consentite e volute. L'adozione del principio della maggioranza non basta peraltro a dar vita a una democrazia; occorre che sia altresì previsto ed istituzionalizzato il **mutamento di opinioni**, e quindi l'**alternarsi delle maggioranze**: è necessario « sottrarre alla volontà dei più », che potrebbe fare del principio maggioritario un assoluto, « il diritto di sussistenza e di libera manifestazione delle minoranze » (27).

Tutto ciò rimanda al rapporto fra **sovranità popolare e legge**.

« Ma cosa è la legge? [...] Se la legge non fosse altro che il comando del sovrano, non ci sarebbe modo di definire la libertà ». Ma se « vogliamo definire la libertà nella legge », dobbiamo ammettere che « la libertà è un prodotto dei diritti »: « senza diritti non ci può essere libertà, perchè senza diritti gli uomini sono sottoposti a leggi non rispondenti alle esigenze della persona » (28).

L'autorità sovrana è soggetta alla legge, e la democrazia nell'attribuirle al popolo non la emancipa da tale soggezione (29). La sovranità popolare può mutare ma non violare la legge, poichè, come dice Rousseau, « l'obbedienza alla legge che ci siamo prescritta è libertà » (30).

c) La partecipazione del popolo all'esercizio della funzione giurisdizionale, è senza dubbio un aspetto della sovranità popolare. Essa tuttavia non può venir realizzata se non nel rispetto degli altri valori democratici.

Ovviamente, non può mai darsi una partecipazione « diretta », nel senso di un processo in cui l'intero popolo sia giudice (un processo per « referendum », ad esempio, sarebbe una aberrazione); una partecipazione può aversi soltanto attraverso la scelta del

(26) Il principio della sovranità popolare « esclude, per definizione, e tende a rendere impossibile in pratica, attraverso appositi congegni organizzativi, la c.d. "sovranità del Parlamento" » (V. CRISAFULLI, *Stato e popolo nella Costituzione italiana*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano 1958, vol. II, pp. 1370 ss.).

(27) P. BISCARETTI DI RUFFIA, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 115.

(28) Cfr. G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, cit., p. 207.

(29) M. CAPURSO, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, cit., pp. 49 ss. e spec. 63. Il principio di legalità è « tendenziale » e non può trovare totale applicazione, non potendosi eliminare i necessari margini di discrezionalità nell'esercizio dello « *imperium* », « che devono risultare tanto più ampi quanto più siano elevati i compiti per il cui esercizio esso viene conferito » (C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubbl.*, cit., p. 551).

(30) J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Livre premier, ch. VIII.

rappresentanti del popolo per l'esercizio della funzione di giudici: scelta che dovrà effettuarsi secondo criteri i quali garantiscano la imparzialità e la competenza di chi deve giudicare, e con ciò stesso la giustizia e la legalità delle decisioni.

Partecipazione significa altresì **giustizia « consentita »**, cioè giustizia ispirata a principi ed a valori accettati da tutto il popolo, e compresa e condivisa nelle sue motivazioni. Perché una tale partecipazione si abbia, si richiede nei giudici una sincera disposizione di servizio al popolo, la preoccupazione di far comprendere ai cittadini le proprie decisioni, uno sforzo costante di traduzione dei valori comuni nella giurisprudenza. Se l'aderire alla coscienza giuridica popolare provocasse in loro un conflitto insuperabile con la legge positiva, essi però dovrebbero sempre scegliere la legge, dato che in regime democratico la legge viene a essere la più generale manifestazione della sovranità popolare e dato che in quel regime il popolo ha sempre la facoltà di correggere o sostituire una norma inadeguata. Il compito dei giudici risulta facilitato quando la Costituzione ha già tradotto in norme giuridiche i valori « consentiti » dall'intera comunità: in tale ipotesi infatti la loro adesione ai valori consentiti viene a identificarsi con la loro adesione alla Carta costituzionale.

3. La « rappresentanza » nell'esercizio del potere giurisdizionale.

a) L'attribuzione dei poteri sovrani al « popolo » non comporta necessariamente che esso debba sempre esercitare tali poteri direttamente. Al contrario, la grande dimensione numerica, che caratterizza la comunità popolare negli Stati contemporanei, rende materialmente impossibile l'esplicazione diretta, da parte della comunità stessa, di tutte le funzioni sovrane, e impone quindi di demandare l'esercizio di molte di esse ad appositi organi.

Il rapporto giuridico che lega lo « Stato-persona » (sia esso l'apparato statale o il « popolo ») agli organi che esercitano concretamente i poteri sovrani, viene denominato « rapporto di **rappresentanza istituzionale** » (e, da altri, rapporto « organico ») (31). Per esso in democrazia tutti gli organi, senza distinzione alcuna, « rappresentano il popolo », devono agire nell'interesse di esso, dal momento che la volontà da loro espressa viene considerata come volontà del popolo.

Per far sì che vi sia la più ampia corrispondenza fra l'attività degli organi rappresentativi e la volontà del popolo, gli Stati democratici, per la scelta delle persone da investire della titolarità dell'organo, si avvalgono in varia misura delle « elezioni ». Essi

(31) Per una chiara esposizione del problema, molto dibattuto, anche sotto l'aspetto della storia dell'istituto, v. R. ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano 1966, pp. 77 ss. Cfr. L. ROSA, *Democrazia e partiti politici*, in *Aggiornamenti Sociali*, (aprile) 1959, pp. 200-202, rubr. 72.

tuttavia non escludono il ricorso anche ad **altri sistemi**, quali la imposizione « ex lege », la nomina « per chiamata » o la nomina « per concorso » (32).

Il sistema elettivo è riservato in genere ai casi in cui l'elezione deve assicurare anche una **rappresentanza di interessi diversi** nella composizione dell'organo. Ciò si verifica massimamente nelle elezioni per le assemblee legislative, dove la **rappresentanza politica** (33) è il mezzo con il quale il corpo elettorale, « complesso dei mandanti e delle organizzazioni che li raggruppano (partiti politici) », elegge le persone che ritiene più idonee « a far valere i propri indirizzi politici, tendenze, interessi, bisogni, esigenze, aspirazioni, ecc. » (34). Perchè la rappresentanza di interessi sia effettiva « occorre peraltro che il procedimento elettivo sia integrato con istituti rivolti ad assicurare il mantenimento del rapporto fiduciario » per l'intera durata della carica (rinnovo periodico del mandato, disciplina di partito), nonchè diretti a « far valere qualche sanzione per la responsabilità in cui [gli eletti] siano incorsi » violando gli interessi rappresentati (responsabilità politica e sanzione di non rieleggibilità) (35).

L'« **interesse generale** » si ritiene assicurato non all'inizio ma al termine del procedimento di formazione della volontà popolare, allorquando in sede di assemblea i diversi interessi rappresentati si coordinano per formare gli opposti schieramenti di maggioranza e di minoranza.

b) L'ampiezza del corpo elettorale, la molteplicità degli interessi particolari in gioco, le necessità della campagna elettorale rendono difficile formare una rappresentanza che sia **in funzione dell'interesse generale**, immediatamente e senza ulteriori mediazioni: rendono cioè difficile formare una rappresentanza non di interessi ma di volontà, in forza della quale l'eletto miri a realizzare con la propria azione il « bene comune » e non invece gli interessi particolari dei suoi elettori.

Questa difficoltà connessa con il sistema delle elezioni si presenta soprattutto nella scelta dei giudici, ai quali è tipicamente demandato di agire con **imparzialità**, in funzione dell'interesse generale e nel rispetto della legge (36). Il servire comunque interessi particolari in luogo di quello generale costituisce per il giudice

(32) C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, cit., pp. 88 ss.

(33) Generalmente si conviene che la « rappresentanza politica » è ordinata a recepire i diversi interessi degli elettori (cfr., per tutti, S. ROMANO, *Principi di Diritto cost. gen.*, cit., pp. 164 ss.), anche se taluno (ad es., P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano 1967, VI ed., pp. 194 ss.) discute sul suo inquadramento nella figura giuridica della « rappresentanza di interessi ».

(34) C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, cit., p. 378.

(35) C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubbl.*, cit., p. 187. V., sul tema, G. U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano 1967.

(36) Il dovere dell'imparzialità non viene meno se il « giudizio » consente margini di « discrezionalità », in quanto « discrezionalità » non si-

addirittura una violazione della legge penale e dell'etica professionale. (Va notato che non è neppure configurabile una « responsabilità politica » del giudice verso il popolo, o, se si vuole, del giudice verso il Parlamento, per ciò che concerne il merito delle sue decisioni: si può configurare soltanto una « responsabilità penale e disciplinare » del giudice, sulla quale però devono giudicare, — perchè sia garantita l'indipendenza del potere giurisdizionale —, non già organi del potere esecutivo, bensì speciali organi « ad hoc » previsti dalla legge).

Se per la scelta dei giudici sembra senz'altro da escludere il ricorso a un sistema elettivo analogo a quello in uso per la designazione dei membri degli organi del potere legislativo (e indirettamente dei membri stessi degli organi dell'esecutivo), si deve invece ammettere, per tale scelta, anche la possibilità di utilizzare un **sistema elettivo corretto con accorgimenti tecnici** capaci di garantire un'assoluta imparzialità nei giudizi.

Il pericolo che i giudici finiscano col servire ad interessi di parte può certamente presentarsi anche quando si adottano sistemi di nomina diversi da quello elettivo. E' certo però che in particolare con il sistema del « concorso » tale pericolo si rivela molto minore, quando almeno si faccia in modo che un tale sistema di nomina non si accompagni a una organizzazione del corpo dei magistrati in senso burocratico-carriero.

L'ELEZIONE DEI GIUDICI NELL'ESPERIENZA DI ALCUNI STATI

1. Unione Sovietica.

Nell'U.R.S.S. si eleggono i giudici dei tribunali inferiori, i c.d. « tribunali popolari di distretto », mentre quelli delle giurisdizioni superiori sono nominati dal Soviet di pari livello territoriale (organo rappresentativo collegiale che riunisce in sé tutto il potere).

Il sistema è l'attuazione coerente di un orientamento ideologico che considera la giurisdizione come attività politica e richiede nel giudice una conseguente professione di fede politica. E' in questo ordine di idee che trova giustificazione il rapporto di dipendenza (di fatto) della Magistratura dal Partito comunista che propone le candidature e sorveglia tutta la macchina statale (37).

Il problema dell'indipendenza dei magistrati eletti, dai gruppi

gnifica « soggettivismo arbitrario » ma obbiettiva ricerca della regola più idonea a disciplinare il caso concreto.

(37) R. DAVI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova 1967, pp. 199 ss. Cfr. altresì P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Lineamenti generali dell'ordinamento costituzionale sovietico*, Milano 1956.

di interesse, viene negato dai teorici sovietici come problema in sè, in quanto, si dice, l'intero sistema trova applicazione in una società « senza classi », che è unitaria nelle aspirazioni e nei programmi (38). La realtà smentisce quest'ultima affermazione, essendo in concreto ineliminabile, anche nell'U.R.S.S., la diversità degli interessi nel corpo sociale; per cui si deve ritenere che il problema di fatto sussiste anche là in tutta la sua drammaticità.

2. Stati Uniti d'America.

Negli U.S.A. la designazione dei giudici mediante elezioni, pur essendo largamente applicata, non è così generalizzata come comunemente si crede. L'intera magistratura federale (magistrati distrettuali, d'appello, e della Corte suprema) è nominata a vita dal Presidente con l'approvazione del Senato. Le elezioni hanno luogo invece per la nomina di molti giudici locali.

Vengono eletti: a) in tutti gli « States » i giudici locali minori (« *justice of peace* », nelle aree rurali; « *municipal court* », « *city court* », « *magistrate's court* », « *police court* », nelle aree urbane); b) in 35 su 50 « States » i giudici dei tribunali di competenza generale (« *trial courts of general jurisdiction* »), che hanno una giurisdizione di prima istanza nelle contee popolate o in gruppi di contee (in 4 « States » questi giudici vengono designati dal Parlamento; nei rimanenti 11 vengono nominati dal Governatore, subordinatamente all'approvazione di una o di entrambe le Camere, o del Consiglio); c) in 32 « States », dei 35 di cui alla lettera b), i giudici di appello « statali ».

I giudici locali restano in carica, nei diversi « States », per un periodo di tempo che va dai 2 anni a tutta la vita; più frequentemente la durata della permanenza nell'ufficio, soprattutto dei giudici delle « *trial courts of general jurisdiction* », va dai 2 ai 6 anni.

Per i giudici delle « *trial courts of g. j.* », la candidatura alla carica (in genere i candidati sono avvocati) in 22 « States » è di diretta designazione o derivazione dai partiti; negli altri avviene, in modi diversi, per designazione dal di fuori dei partiti (39).

In 8 « States » è prevista la possibilità di una destituzione del giudice prima della scadenza del mandato attraverso « referendum » su petizione firmata da un certo numero di elettori (40).

Negli U.S.A. il sistema di elezione dei giudici, che è un pro-

(38) Sul fatto che per i giuspubblicisti sovietici, data la società unitaria e « senza contraddizioni » che caratterizzerebbe uno Stato socialista, nell'U.R.S.S. non ci sarebbe più alcun motivo di preoccuparsi dell'indipendenza e obiettività della Magistratura, cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le strutture organizzative e funzionali degli « Stati socialisti » dell'Europa centro-orientale*, in *Riv. trim. di Diritto pubbl.*, Milano, 1960, p. 735.

(39) L. MAYERS, *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, trad. it., Milano 1967, pp. 455 ss.

(40) R. ZARISKI, *I giudici statali e locali negli Stati Uniti d'America*, nel volume *Magistrati o funzionari?*, Milano 1962, p. 172.

dotto dell'oltranzismo del movimento jaksoniano, presenta gravi inconvenienti: 1) restano esclusi dalla candidatura gli avvocati che non sono politicamente attivi all'interno dei partiti, nonché quelli del partito di minoranza negli « States » in cui l'elettorato è stabile; 2) il giudice deve pagare « con favori giudiziari non sempre di poco peso » il debito contratto verso la macchina elettorale che lo ha fatto eleggere, e deve mantenere la fiducia dei potenti del partito, dai quali dipende la riproposizione della sua candidatura e la sua rielezione; 3) le necessità della campagna elettorale distraggono il giudice dal normale lavoro giudiziario.

A causa dei rapporti politici di cui abbiamo appena parlato, il c.d. « sistema delle spoglie » è stato introdotto anche nell'assegnazione degli incarichi giudiziari: così delegati, custodi di minori o di incapaci, amministratori giudiziari (lautamente remunerati), segretari, impiegati, ecc. vengono spesso nominati per ricompensare le organizzazioni di partito.

Inoltre, in sede civile un avvocato con adesioni politiche può venir favorito sia in materia di procedura, incidentale rispetto alla questione di fondo, sia, anche se più raramente, nella stessa decisione della causa. In sede penale il giudice, « nella misura in cui controlla il "grand jury", nell'istruzione di un dato reato o di una data situazione di fatto, può concedere favori politici »; è però « nell'emissione della sentenza che il giudice può soprattutto essere parziale; e qui la resistenza a pressioni politiche è molto difficile » (41).

E' da notare che molte disfunzioni del sistema si verificano, più che a causa dei legami politici derivanti dall'elezione dei giudici, per la **temporaneità del mandato** conferito ai giudici stessi. La magistratura federale, pur traendo in ultima analisi anch'essa prevalente origine da nomine politiche, e la stessa magistratura elettiva negli « States » che prevedono la durata a vita dell'incarico, riescono infatti a conservare la propria autonomia rispetto agli interessi particolaristici.

A ogni modo, di fronte ai gravissimi inconvenienti da noi brevemente indicati, è sorto negli Stati Uniti un **forte movimento di riforma**.

Alcuni **correttivi** miranti a eliminare o a ridurre una indebita ingerenza dei partiti nell'amministrazione della giustizia, sono stati proposti e in parte già adottati in diversi « States »: elezioni con abolizione della candidatura di partito; nomina da parte del Governatore dello Stato; predisposizione di una rosa di candidati da parte di un comitato non politico e successiva nomina da parte del Governatore.

L'« American Bar Association » (l'Associazione nazionale statunitense degli Avvocati) anni fa ha presentato un **progetto** di ri-

(41) L. MAYERS, *L'ordinamento processuale negli S. U. d'America*, cit., pp. 458 ss. Cfr. R. ZARISKI, *I giudici statali e locali negli S. U. d'A.*, cit., pp. 173 ss., che rivela come negli Stati del Sud, mentre i giudici federali hanno quasi sempre resistito alle pressioni segregazioniste contrarie alla Costituzione, altrettanta fermezza non hanno invece mostrato i giudici statali.

forma (il c.d. « **Missouri Plan** »), che è già stato attuato in cinque « States » (tra essi la California e il Missouri). Tale progetto, pur volendo conservare per alcuni aspetti il sistema elettivo per la nomina dei giudici, cerca soprattutto di assicurare la scelta di giudici capaci.

Secondo il « **Missouri Plan** »: a) è il Governatore che deve nominare il giudice, scegliendolo però tra una rosa di candidati che gli sono stati presentati da una commissione di competenti; b) il giudice deve restare in carica fino allo scadere del termine del suo mandato; a questo punto, se vorrà mantenere la carica, dovrà presentarsi agli elettori, senza concorrenti, e resterà in funzione sino al nuovo termine se il voto gli sarà stato favorevole; c) se allo scadere del suo mandato il giudice non vorrà mantenere la carica, o se gli elettori, essendosi esso ripresentato per essere rieletto, gli avranno dato voto contrario, il Governatore dovrà nominare un altro giudice con il sistema già visto; d) la stessa procedura dovrà essere seguita allo scadere di ogni termine, indefinitamente.

« Nel « **Missouri Plan** » c'è un sottaciuto assunto: la responsabilità ultima del giudice è davanti al popolo, e nel conflitto tra volontà popolare e legalità la volontà popolare deve prevalere » (42).

3. Svizzera.

In applicazione del principio democratico della « sovranità popolare », in alcuni Cantoni della Confederazione elvetica il « popolo » **elegge tutti i suoi magistrati**. Negli altri Cantoni il « popolo » elegge solo i giudici inferiori, mentre i giudici dei tribunali cantonali e quelli della Corte di cassazione sono nominati dal Parlamento cantonale. (I membri del tribunale federale e del tribunale federale delle assicurazioni sono eletti dal Parlamento federale, ossia dall'assemblea federale composta dal Consiglio nazionale e dal Consiglio degli Stati).

La durata delle funzioni dei giudici cantonali varia da uno a dieci anni, a seconda dei Cantoni.

I partiti politici svolgono un ruolo determinante sia nella nomina sia nell'elezione dei giudici; essi però hanno cura di realizzare un certo equilibrio politico e confessionale nella distribuzione dei posti.

« In teoria, i giudici non hanno alcun diritto alla rielezione. Tuttavia, in pratica, essi sono rieletti allo scadere del loro mandato sinchè essi stessi non declinino la candidatura. La stabilità delle funzioni giudiziarie è infatti considerata, al pari della indipendenza dei giudici, indispensabile per un buon funzionamento della giustizia. I partiti politici [...] si astengono dall'intervenire in occasione delle rielezioni, quando i magistrati sono disposti a non ritirare la loro candidatura » (43).

(42) R. ZARISKI, cit., p. 174.

(43) J. CASTELLA, *L'indipendenza dei giudici in Svizzera*, in *Magistrati o funzionari?*, cit., p. 178.

LA PARTECIPAZIONE DEL POPOLO
ALLA GIURISDIZIONE IN ITALIA

La Costituzione italiana del 1948 accoglie, nel secondo comma del suo primo articolo (« La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione »), sia il principio della « **sovranità popolare** » sia quello di « **legalità** ». Di entrambi fa poi applicazione in successivi articoli, fra i quali è rilevante l'art. 101 in tema di funzione giurisdizionale, che espressamente afferma: « La giustizia è amministrata in nome del popolo. — I giudici sono soggetti soltanto alla legge ».

Nell'art. 101¹ dunque è stabilita la subordinazione del principio della « **sovranità popolare** » a quello di « **legalità** »: **soggetti alla legge, infatti, sono tutti i « giudici »**, nel quale termine si devono comprendere sia i magistrati nominati per concorso (art. 106¹), sia gli altri giudici eletti dal popolo (artt. 102¹ e 106²) che per tale titolo potrebbero essere ritenuti superiori alla legge.

La ragione dell'assoggettamento di tutti i giudici alla « legge » è così espressa nei lavori preparatori della Costituzione: « [...] *Il giudice, il quale sia libero, nel senso di poter incondizionatamente interpretare la cosiddetta coscienza popolare, e cioè un'asserita coscienza collettiva, non consacrata né in diritto scritto né consuetudinario, si trasforma in un giudice che potrà seguire sino all'estrema degenerazione il concetto della Führung, presunta interprete della volontà collettiva. [...] Quel giudice tradirà il diritto: egli non sarà signacolo di libertà, bensì veicolo di servitù. E la storia troppo recente dei nostri tempi parla duramente in questo senso.*

« *Vogliamo invece un giudice duttile, libero nella legge, il quale abbia il senso sociale del diritto, il senso dell'avvicinamento del diritto alla vita [...]. Riprendendo un'espressione nota nel campo del diritto, miriamo a un giudice che sia sensibile non alla sola giurisprudenza dei concetti, alla giurisprudenza teoretica, schematica o dottrinale, ma che faccia penetrare la vita nelle pieghe del diritto, che sia sensibile alla giurisprudenza degli interessi [...]. Noi a questo tendiamo, poichè è questo che fa parte del nostro senso sociale del diritto, aderente alla viva realtà delle cose. Noi non concepiamo un diritto che sia avulso dalla coscienza sociale del popolo e che per ciò stesso non risponda alle esigenze della storia.*

« [...] *Vogliamo che il diritto sia nutrito di socialità, non solo nella fase creatrice, ma anche nella fase applicativa. Questo fa parte del nostro senso umano, del nostro spirito della democrazia. Questo, sì, noi vogliamo. Ma ciò inquadrriamo proprio nel principio di libertà del giudice nell'ambito della legge. Perchè, a chi ben guarda, accentuare il senso di socialità del diritto, porsi a contatto col palpito della coscienza comune, significa veramente cogliere lo spirito della legge, essere cioè sul piano di chi applichi, di chi dica il diritto nello stesso quadro in cui il legislatore, espressione della volontà collettiva, lo formulò, lo creò » (44).*

Il principio della subordinazione alla legge ispira il sistema prescelto per la nomina dei giudici (artt. 106 e 102¹), avendo la Co-

(44) ATTI ASS. COST., Sed. antimerid. del 7 nov. 1947, Intervento dell'on. F. M. DOMINÈDÒ, pp. 1824 s.

stituzione optato per una magistratura professionale e nominata per concorso ed avendo ammesso la scelta elettiva da parte del popolo solo in via di eccezione, nei pochi casi di cui si dirà, e sempre nel rispetto delle garanzie di indipendenza stabilite per tutti i giudici (artt. 101² e 104¹).

Se la decisione del Costituente non può non essere approvata, specie alla luce delle considerazioni teoriche precedentemente esposte, va osservato che la validità effettiva del sistema si dimostra **solo ove esso trovi completa attuazione** (45). Ora, mentre con l'istituzione del Consiglio superiore della Magistratura e con altre riforme legislative hanno avuto una qualche risposta le esigenze di « imparzialità » e « capacità » della magistratura professionale, le esigenze invece della partecipazione popolare hanno trovato scarso interesse sia presso gli operatori del diritto sia presso la classe politica, e sono perciò rimaste fin qui sostanzialmente insoddisfatte.

1. La « partecipazione popolare » nella Corte d'Assise.

La partecipazione popolare è prevista innanzi tutto per la Corte d'Assise. La formulazione dell'art. 102³ (« La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia ») farebbe pensare a diverse possibilità di partecipazione; i lavori preparatori della Costituzione però dimostrano che il Costituente ha inteso realmente riferirsi soltanto alla Corte d'Assise (46).

Secondo le leggi di attuazione (47) la Corte d'Assise è un collegio unitario composto da due « magistrati togati » e da sei « giudici popolari » (senza distinzione di funzioni fra le due categorie di componenti), il quale (art. 29 del Cod. di Procedura penale) giudica, sia in primo grado che in appello, dei più gravi reati (omicidio, strage, rapina aggravata, ecc.), ed è convocato periodicamente per sessioni.

Sono requisiti per l'iscrizione all'albo dei « giudici popolari »: la cittadinanza italiana, il godimento dei diritti civili e politici, la buona condotta, un'età compresa fra i 30 e i 65 anni, la licenza di scuola media inferiore per la Corte d'Assise di primo grado e quella di scuola media superiore per la Corte d'Assise d'appello. Dal 1956 è stata abolita ogni discriminazione di sesso. L'iscrizione agli albi avviene su domanda degli interessati o d'ufficio. Mediante sorteggi successivi fra gli iscritti si perviene alla scelta di coloro che comporranno il collegio giudicante nella sessione.

(45) C. GIANNATTASIO, *Relazione generale*, in *Indagine sulla Magistratura italiana*, Milano 1965, pp. 39 e 42.

(46) Il testo del terzo comma dell'art. 102 Cost., approvato definitivamente dall'Assemblea Costituente, è dovuto a un emendamento dell'on. P. MASTINO; su di esso, v. V. CARULLO, *La Costituzione della Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori*, Milano 1959 (Rist.), pp. 322 ss.

(47) L. 10 aprile 1951, n. 287; L. 24 novembre 1951, n. 1324; L. 5 maggio 1952, n. 405.

Il sistema sembra avere fatto buona prova per quanto riguarda l'idoneità ed imparzialità dei prescelti. La prospettata passività dei giudici popolari verso i magistrati togati nel momento della decisione si è manifestata preoccupazione eccessiva, anche perchè si è nel frattempo verificato un notevole miglioramento del loro livello culturale (un miglioramento che va messo in relazione col generale elevarsi della cultura di base di tutti i cittadini).

Per quanto concerne invece l'interesse e la partecipazione effettiva del popolo, i risultati appaiono alquanto negativi. La scelta per sorteggio, fredda e burocratica, non è fatta certo per suscitare l'interesse e lo spirito civico; per cui, da una parte, la nomina a giudice popolare viene tuttora per lo più considerata unicamente come un fastidioso dovere da evitare, dall'altra, le domande di iscrizione agli albi rimangono poco numerose (48).

In un programma di politica giudiziaria, sensibile alle esigenze della partecipazione popolare, **il sistema dovrebbe venire in un modo o in un altro rimeditato e trasformato**. Si potrebbe, ad esempio, prendere a modello la disciplina oggi vigente per la scelta dei giudici « aggregati » alla Corte Costituzionale — nella composizione speciale prevista per i giudizi sulle accuse rivolte al Presidente della Repubblica (art. 10 della L. cost. 11 marzo 1953, n. 1) — e prevedere la formazione, **mediante elezione a maggioranza qualificata da parte dei cittadini**, di un albo di giudici popolari, dal quale un successivo sorteggio dovrebbe scegliere i componenti del collegio giudicante in una sessione.

In ogni caso è necessario prevedere l'introduzione di adeguati incentivi alla partecipazione, che possono andare dall'educazione civica nelle scuole, all'indizione di particolari cerimonie per l'insediamento dei giudici popolari, all'elevazione della indennità giornaliera (attualmente fissata nella scoraggiante somma di lire due-mila), ecc.

2. L'elezione dei « magistrati onorari ».

La Costituzione prevede che la legge possa « ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli » (art. 106²), seppure con le garanzie di indipendenza richieste per tutti i magistrati.

La norma non ha avuto attuazione, restando in vigore le precedenti disposizioni (49) che istituiscono, quali magistrati onorari, esclusivamente il **giudice conciliatore**, con potere di decidere

(48) Solo in occasione dell'ammissione delle donne alla Corte d'Assise si è avuto un certo afflusso di domande, sollecitato dalle varie associazioni femminili.

(49) R. D. 30 gennaio 1941, n. 12, artt. 20-29, 32 e 34; C.P.C., artt. 7 e 113.

« secondo equità » le cause « il cui valore non eccede le lire ventimila », e « secondo diritto » le cause « relative a beni mobili di valore non superiore a lire cinquantamila », ed il **vice pretore onorario**, al quale sono attribuite le funzioni pretorie in via di sostituzione.

Varie ragioni impongono una più razionale sistemazione ed utilizzazione dei magistrati onorari: innanzi tutto la necessità di attribuire alla comunità, specie ai ceti meno abbienti, un servizio così importante anche sotto il profilo della salvaguardia dei valori civili, e che oggi è pressochè inesistente (i dati statistici ufficiali relativi agli ultimi anni denunciano una enorme diminuzione del totale dei procedimenti di cognizione iniziati avanti agli uffici di conciliazione); poi la necessità di riservare i magistrati professionali, data l'impossibilità di aumentarne il numero, per i processi di maggior impegno; infine correlativamente, la necessità di rivolgersi alle comunità territoriali per la provvista del personale onorario (50).

Da più parti (51) viene auspicata la creazione di un « **giudice di pace** », con incarico remunerato e temporaneo, con giurisdizione civile, penale e di equità su una limitata circoscrizione territoriale, che sostituisca l'attuale conciliatore ed assorba parte delle competenze dei pretori. Sul metodo di scelta di tale giudice esiste tuttavia una vivace contrapposizione di vedute, anche perchè la Costituzione, pur consentendola, non impone la scelta mediante elezioni.

Qualora si riesca ad assicurare ai magistrati onorari una sufficiente indipendenza, la loro designazione mediante elezione diretta sembra da preferire (52). La Giustizia richiede nel popolo attenzione nutrita di spirito civico, che si può ottenere solo se i cittadini come tali, e non solo come parti di una causa, sono in qualche modo coinvolti nella sua attività. Nè si può pensare di poter reperire nella comunità il personale necessario, se la comunità stessa non sente l'ufficio del giudice come cosa propria, a causa della comune responsabilità non meno che per i vantaggi collettivi che tale ufficio produce.

Le esigenze di indipendenza potrebbero venire convenientemente soddisfatte da un sistema che, ad esempio, facesse **designare le candidature dal Consiglio Superiore della Magistratura o dai Tribunali locali** e ponesse il divieto di immediata rielezione, ovvero da un sistema che prevedesse il rinvio della prova eletto-

(50) Cfr. A. C. MORO, *La magistratura onoraria*, in *Atti e commenti al XII Congresso nazionale dell'A.N.M.*, Roma 1966, pp. 138 ss.

(51) *Progetto preliminare del nuovo ordinamento giudiziario*, in *Bollettino de « La Magistratura »*, Roma, 1968, n. 12-bis, artt. 72-85; *Le proposte della Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Rassegna dei Magistrati*, Roma, 1965, nn. 9-10, p. 351.

(52) Il ricorso a una elezione di secondo grado ad opera di collegi formati da consiglieri comunali e provinciali, secondo quanto qualcuno propone (C. GIANNATTASIO, *Relazione generale*, cit., pp. 16 ss.), toglierebbe il principale vantaggio derivante dall'adozione del sistema elettivo, che è quello di sollecitare la partecipazione dei cittadini.

rale allo scadere del primo periodo di incarico. Demandando infine agli organi della magistratura professionale la sorveglianza sul giudice onorario, nonchè prevedendo l'appello contro le sue sentenze, ogni timore dovrebbe venire fugato.

3. L'interazione fra « popolo » e magistratura professionale.

La Costituzione implicitamente esclude, come si è visto, forme giuridiche di rappresentanza e di responsabilità politica che rendano istituzionali e dirette le reciproche relazioni fra il popolo e la magistratura professionale. Tali relazioni tuttavia sussistono e operano su un **piano sociologico**, almeno nella misura in cui gli ideali, i valori e le esigenze della comunità vengono percepiti e tradotti nella giurisprudenza (in varia misura, in tempi più o meno lunghi, talora con drammatiche sfasature) sia sotto l'influsso dell'ambiente sia per il fatto stesso che una giurisprudenza da cui troppi dissentono, perde valore normativo e scredita l'autorità dalla quale emana.

Occorre che la spontanea interazione tra « popolo » e magistratura professionale non subisca distorsioni fuorvianti e trovi **invece indiretto stimolo nella struttura organizzativa del corpo dei magistrati**.

a) Innanzi tutto, **l'abolizione della carriera**, l'attribuzione della funzione giurisdizionale al singolo giudice anzichè all'ufficio astrattamente inteso (c.d. « personalizzazione del giudice ») e la sua distribuzione in numerose competenze territoriali (c.d. « diffusione del Potere giudiziario ») dovrebbero rimuovere gli ostacoli costituiti dallo spirito di corpo dei magistrati e dalla loro possibile deformazione burocratica.

Il sistema di **scelta per concorso**, se correttamente applicato, è tale da consentire una effettiva rappresentatività dei cittadini nella Magistratura.

La Costituzione stabilisce che « tutti » i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici « in condizioni di eguaglianza » (art. 51'), quando abbiano i requisiti di idoneità stabiliti dalla legge. Oggi per l'ingresso nella Magistratura sono stabiliti i seguenti requisiti: 1) un'età compresa fra i 21 e i 30 anni; 2) una moralità e una condotta « incensurabili »; 3) l'appartenenza a una famiglia di estimazione morale indiscussa (53). A nostro avviso, una riforma che intendesse realizzare **una presenza veramente « rappresentativa di tutti i cittadini » nel corpo dei giudici**, dovrebbe abolire sia il limite massimo di età (facendo prevalere l'accertamento concreto di idoneità su ogni altra contraria presunzione), sia l'eccessivo rilievo giuridico dato alla pubblica « estimazione » della famiglia di provenienza. Va notato che

(53) R. D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 124. (Con L. 9 febbraio 1963, n. 66, le donne sono state ammesse nella Magistratura).

la stessa « incensurabilità » morale è un concetto troppo vago che si presta al gioco di chi vuole fare delle ingiuste discriminazioni: sembrerebbe opportuno sostituire tale concetto con un elenco tassativo di requisiti negativi (54).

La partecipazione rappresentativa di tutti i cittadini all'amministrazione della giustizia viene ad essere oggi in concreto limitata anche dalle condizioni economiche di coloro che aspirano alla professione di giudice (si pensi al costo degli studi necessari), nonchè dall'estrazione regionale (diverse regioni non forniscono un numero sufficiente di aspiranti) (55). Sembrano pertanto necessari seri incentivi economici, quali potrebbero essere borse di studio, presalari, premi assegnati da enti locali ai vincitori di concorso, ecc.

b) Per una più intensa interazione fra « popolo » e giudici sembra molto importante la **pubblicità del processo**. Perchè tale pubblicità divenga **effettiva**, si dovrebbero rendere pubbliche le operazioni di fissazione delle cause nei ruoli e si dovrebbero modernizzare le forme di avviso della data di celebrazione; occorrerebbe migliorare la ricettività delle aule di udienza; si dovrebbero curare maggiormente i rapporti con gli organi della pubblica informazione, specialmente attraverso l'istituzione di uffici stampa.

c) Anche l'**accettazione dei valori democratici all'interno della Magistratura**, insieme con la **democratizzazione della sua organizzazione**, che si dovrebbe portare a compimento attraverso la auspicata partecipazione di tutti i giudici alla direzione dei tribunali e delle corti, potrebbe ulteriormente contribuire alla desiderata interazione, in quanto solo una magistratura democratica può porsi veramente in ascolto della coscienza popolare.

Qui non va sottaciuto il ruolo svolto dalle **libere associazioni dei giudici**, sempre alla ricerca di un dialogo coi cittadini attraverso dibattiti, congressi, incontri in tutte le sedi e a tutti i livelli, ecc. Le critiche mosse da più parti al vivace associazionismo dei magistrati italiani dimenticano che esso rappresenta un utile veicolo per quella comunicazione fra popolo e magistrati professionali, che il sistema costituzionale, per altro verso pienamente valido, da solo scarsamente assicura.

Piero Casadei Monti

(54) Le incongruenze dell'attuale prassi applicativa dell'art. 124 sono efficacemente descritte da G. DI FEDERICO, in *Il reclutamento dei magistrati*, Bari 1967, pp. 24 ss. Il C.S.M. con proposta del 13 giugno 1969 (in *Notiziario del C.S.M.*, Roma, 1969, n. 7) ha opportunamente chiesto che siano stabiliti: il requisito di non aver riportato condanne per delitto doloso e quello di non essere stati mai sottoposti a misura di prevenzione.

(55) Cfr. G. MARTINOTTI, *Caratteristiche sociali dei giudici*, Ricerca a cura del « Centro nazionale di Prevenzione e Difesa sociale », Milano-Varese 1968, pp. 13 ss.