

**STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI / Materiali 1**  
collana a cura di Mario Ascheri



Paolo Alvazzi del Frate

# Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari

DALL'ASSOLUTISMO FRANCESE  
ALL'ITALIA REPUBBLICANA



Copyright © MMIX  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-xxxx-x

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2009

## Indice

<i>Premessa</i> .....	9
-----------------------	---

### Capitolo I Giurisdizione e ordinamenti nell'Antico Regime

1. La giurisdizione .....	11
2. Giustizia quale <i>iurisdictio</i> .....	12
3. Il Re-giudice nell' <i>Ancien Régime</i> francese .....	15
4. La giustizia «concessa» .....	16
5. La giustizia «delegata» .....	21
6. La giustizia «ritenuta» .....	23
7. Considerazioni generali .....	26

### Capitolo II Le riforme giudiziarie nel periodo rivoluzionario e napoleonico

Premessa .....	29
1. Ordine o Potere Giudiziario? .....	30
2. L'indipendenza del potere giudiziario .....	32
3. L'elettività dei giudici .....	33
4. L'inaamovibilità e il principio del giudice naturale .....	34
5. Il Tribunale di Cassazione e il <i>référé législatif</i> .....	35
6. La giuria e la giustizia penale .....	37
7. L'evoluzione negli anni della Rivoluzione .....	39
8. L'ordinamento napoleonico .....	41
9. La riforma giudiziaria del 1810–1811 .....	46

10. L'introduzione dell'ordinamento giudiziario napoleonico nei Dipartimenti italiani .....	50
---	----

### **Capitolo III** Il ruolo del giudice e l'interpretazione nel *Code civil*

1. Le disposizioni preliminari dei codici civili .....	55
2. La teoria dell'interpretazione nel periodo rivoluzionario e il <i>référé législatif</i> .....	57
3. Il Libro preliminare del progetto del codice civile .....	59
4. Portalis e il <i>Discours préliminaire</i> sul progetto del codice civile .....	61
5. Il titolo preliminare .....	64
6. L'art. 4 del <i>Code civil</i> .....	67
7. Considerazioni conclusive .....	71

### **Capitolo IV** L'evoluzione nell'età liberale

1. Le Carte francesi del 1814 e 1830 .....	75
2. Lo Statuto albertino .....	77
3. L'Italia liberale e l'ordinamento giudiziario .....	78
4. Il regime fascista .....	81

### **Capitolo V** La disciplina dell'avvocatura

1. Avvocati e procuratori .....	85
2. La disciplina dell'avvocatura negli ordinamenti italiani .....	87
3. Le riforme del periodo rivoluzionario e napoleonico .....	89
4. La Restaurazione .....	91
5. L'Unificazione italiana .....	92
6. L'istituzione dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori: la legge 8 giugno 1874 .....	93

**Capitolo VI** L'indipendenza della magistratura e l'istituzione del  
Csm in Francia e Italia

Premessa .....	99
1. L'indipendenza del giudice nell'ordinamento francese .....	100
2. Il primo <i>Conseil supérieur de la magistrature</i> (1883) .....	102
3. La IV Repubblica francese e il dibattito sul Csm .....	103
4. Il Csm francese del 1946 .....	108
5. L'evoluzione nella V Repubblica .....	112
6. La genesi del Csm in Italia .....	113
7. La Costituente e il Csm.....	116
8. L'attuazione della Costituzione e l'ostruzionismo di maggioranza .....	120
9. La legge istitutiva del Csm (24 marzo 1958) .....	122
10. L'entrata in funzione del Csm .....	129
11. L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n. 168 del 12 dicembre 1963 .....	134
12. Considerazioni conclusive .....	135





## Premessa

Questa raccolta di appunti per gli studenti è frutto soprattutto di riflessioni svolte nell'ambito di corsi universitari e non ha in alcun modo carattere esaustivo, né sistematico. Oltre a testi inediti, vi appaiono, sensibilmente modificati e semplificati, alcuni brani tratti dai seguenti saggi già pubblicati:

- *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma, Viella, 1999 (nel cap. I);
- *Les principes généraux sur la juridiction dans la Constitution de 1791*, in *Constitution & Révolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776–1850)* sous la direction de Roberto Martucci, Macerata, Laboratorio di Storia costituzionale, 1995, pp. 475–482 (nel cap. II);
- *Il Code civil e l'interpretazione della legge*, in *Lezione di storia delle codificazione e delle costituzioni*, a cura di Mario Ascheri, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 141–155 (nel cap. III);
- *Sulle origini dell'ordine degli avvocati: dall'Ancien Régime all'Italia liberale*, in «Panorami, riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione», VI (1994), pp. 17–31 (nel cap. V);
- *Costituzionalismo e indipendenza del giudice. Il Consiglio superiore della Magistratura tra Francia e Italia*, in *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, a cura di Marco Fioravanti, Cosenza, Pellegrini, 2008, pp. 33–69 (nel cap. VI).

Per agevolare la comprensione dei testi abbiamo tradotto in italiano le citazioni francesi e, in alcuni casi, alleggerito i riferimenti bibliografici.



## Capitolo I

### Giurisdizione e ordinamenti nell'Antico Regime

#### 1. La giurisdizione

Prima di delineare la storia degli ordinamenti giudiziari in età moderna è opportuno comprendere in che cosa consista, dal punto di vista teorico-giuridico, la funzione giurisdizionale. Certamente definire la giurisdizione è un'impresa ardua. Le innumerevoli definizioni formulate differiscono nella enfaticizzazione di un aspetto o di un altro di un fenomeno assai complesso. Così, ad esempio, si è ritenuto che la giurisdizione possa considerarsi quale «attuazione della legge»<sup>1</sup>, «attuazione delle sanzioni»<sup>2</sup>, oppure «composizione delle liti»<sup>3</sup>, o ancora «affermazione dell'ordinamento nel caso concreto»<sup>4</sup>.

Secondo Alessandro Pizzorusso «l'opera del giudice consiste essenzialmente in un'attività volta all'applicazione delle norme giuridiche alle fattispecie concrete e qualificata dall'obbligo di osservare particolari regole procedurali»<sup>5</sup>. In estrema sintesi, Riccardo Guastini af-

---

<sup>1</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1928, p. 301. Quella di Chiovenda è una delle più note definizioni: «la giurisdizione consiste nell'attuazione della legge mediante la sostituzione dell'attività di organi pubblici all'attività altrui, sia nell'affermare l'esistenza di una volontà di legge sia nel mandarla ulteriormente ad effetto».

<sup>2</sup> E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano 1962, p. 227.

<sup>3</sup> F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1936, pp. 44, 132.

<sup>4</sup> S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano 1970, p. 224.

<sup>5</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, II ed., Torino 1990, p. 3.

ferma che la giurisdizione è «conoscenza e applicazione di norme preesistenti»<sup>6</sup>.

Da tali definizioni ricaviamo che la funzione giurisdizionale, nel *rispetto di procedure e garanzie specifiche* (prestabilite), consiste:

- a) nella *conoscenza delle norme*, ossia nell'individuazione e nell'interpretazione di enunciati normativi;
- b) nell'*applicazione* delle norme così ricavate (e dunque preesistenti) alle fattispecie concrete sottoposte al giudizio.

In tale prospettiva, la funzione giurisdizionale si distingue nettamente da quella legislativa, perché quest'ultima consiste nella *creazione* di norme nuove<sup>7</sup>. La «normazione» (o legislazione) è quindi creazione di regole giuridiche, mentre la giurisdizione è *interpretazione e applicazione* delle regole alle fattispecie concrete.

È necessario ricordare subito che la *separazione dei poteri*, alla quale sono prevalentemente ispirati gli ordinamenti contemporanei, è un principio teorizzato soltanto nel XVIII secolo da Montesquieu sulla base delle riflessioni di John Locke<sup>8</sup>. La definizione e la distinzione dei poteri pubblici in legislativo, esecutivo e giurisdizionale è dunque molto recente, sia in dottrina, che negli ordinamenti positivi, e certamente non appartiene alla cultura giuridica dell'età medievale e moderna.

## 2. Giustizia quale *iurisdictio*

L'amministrazione della giustizia da sempre costituisce la funzione essenziale e persino la ragion d'essere del potere costituito. «Attribuire a ciascuno il suo» — il romanistico *suum cuique tribuere* — rappresenta infatti il valore primario sul quale si fonda la società civile, e la tutela della giustizia è ciò che gli associati richiedono (e pretendono) dall'autorità politica. Si può anzi affermare che la «giustizia» si identifichi con il «potere».

---

<sup>6</sup> R. GUASTINI, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 1995, p. 12.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Cfr. per tutti G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano 1994.

Tale premessa ci consente di comprendere l'ampiezza e la complessità delle funzioni derivanti dall'esercizio della *iurisdictio*. Con il termine latino *iurisdictio* (da *ius-dicere* = dire il diritto) si definiva in epoca medievale un insieme di funzioni molto eterogenee che non possono ricondursi alla sola «giurisdizione» in senso stretto. Come osserva il Picardi «nel diritto comune classico l'espressione *iurisdictio* veniva intesa quale *dictio iuris*, potere del giudice di accertare il diritto e di stabilire l'equità»<sup>9</sup>. Si trattava di attività volte alla garanzia di situazioni soggettive ritenute meritevoli di tutela secondo la consuetudine. Tali attività si fondavano da un lato sul rispetto del diritto della tradizione e dall'altro sull'emanazione delle norme necessarie per una migliore tutela di tali situazioni. «Normazione» (ossia creazione delle regole giuridiche) e «giurisdizione» (loro applicazione alla fattispecie concreta) non erano in alcun modo considerate incompatibili. Anzi, l'una (la normazione) costituiva la premessa dell'altra (la giurisdizione). Nella *iurisdictio*, giudicare comprendeva inevitabilmente un'attività normativa. Al riguardo ci si deve rifare alla fondamentale dottrina del giurista commentatore del XIV secolo Bartolo da Sassoferrato (1314–1357), il quale ricordava l'ampiezza delle potestà riconducibili alla *iurisdictio* («*iurisdictio ponitur ut genus generalissimum*») che comprendevano anche funzioni normative:

*iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae tamquam a persona publica*<sup>10</sup>.

Infine Baldo degli Ubaldi (1327–1400), allievo di Bartolo, distingue schematicamente le forme della *iurisdictio* in contenziosa, volontaria e «statutaria» (che oggi definiremmo «normativa»):

*triplex est iurisdictio, quaedam contentiosa fori contentiosi, quidam voluntaria fori voluntarii, quaedam statutaria faciendi leges et statuta*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, p. 21. L'Autore ricorda che la giurisdizione ha anche «un aspetto coercitivo e sanzionatorio» e «va correlata all'*imperium*... Imerio puntualizzava, infatti, '*Imperium: sine quo nulla est iurisdictio*'».

<sup>10</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, ad l. *Ius dicentis*, ff. *De iurisdictione*, II.1.1, n. 3. Cfr. F. CALASSO, *Iurisdictio nel diritto comune classico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, IV, Napoli 1953 e in «Annali di storia del diritto», IX (1965), da cui si cita, p. 100. Cfr. N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., p. 87.

<sup>11</sup> BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X e XI Codicis libros commentaria*, ad l. *Si lex*, C. *De emancipatione liberorum*, cfr. N. Picardi, *La giurisdizione*, cit., p. 87.

Esisteva dunque una «inseparabile connessione tra la titolarità di *iurisdictio* e quella di *potestas* e di *imperium*»<sup>12</sup>. Le due potestà regie «quella di amministrare la giustizia e l'altra di legiferare erano... intimamente connesse, la seconda essendo diretta conseguenza della prima e da questa sola legittimata. La legislazione era una forma di giustizia»<sup>13</sup>. Ciò oggi può facilmente stupirci, abituati come siamo «a pensare illuministicamente al legiferare e al giudicare come a due attività rigidamente distinte»<sup>14</sup>. È forse utile ricordare che la separazione dei poteri è un principio teorizzato soltanto nel XVIII secolo. In base a tale principio la «normazione» fu considerata invece un'attività del tutto distinta dalla giurisdizione. Il «legislatore», cui spettava la creazione delle norme giuridiche, doveva distinguersi nettamente dal «giudice», il quale applicava «meccanicamente» le norme alla fattispecie concreta in giudizio. Tale principio non corrisponde assolutamente alla cultura e alla prassi giuridica medievale e dell'età moderna. Si deve osservare che, contrariamente a una mentalità oggi molto diffusa, all'autorità politica si richiedeva innanzitutto di tutelare lo *status quo*, ossia l'insieme delle regole giuridiche esistenti, e non di modificarlo. La difesa della tradizione si fondava necessariamente sul rifiuto dell'innovazione. Pertanto l'intervento normativo del *Princeps*, l'autorità titolare della *iurisdictio*, si giustificava soltanto con la necessità di realizzare una più efficace amministrazione della giustizia.

In sintesi, come rileva Giovanni Tarello,

giurisdizione è un vocabolo che è stato usato in accezioni diverse: e l'uso che ne facciamo noi corrisponde a un concetto moderno, la cui elaborazione e diffusione è coeva ai processi di codificazione e con questi solidale». Anteriormente al secolo XVIII la parola *iurisdictio* (e le parole che nelle varie lingue traducevano più o meno soddisfacentemente quella parola latina) indicava la titolarità e l'estensione di un potere giuridico di applicare diritto (di creazione sia altrui sia propria) e di produrre diritto (sia precedentemente, sia in concomitanza con l'applicazione); il carattere giuridico del potere e l'efficacia coercitiva del suo esercizio costituivano il designato della parola *iurisdictio*,

---

<sup>12</sup> M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, p. 524.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 527.

<sup>14</sup> P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100–1433)*, Milano 1969, p. 148. Cfr. i saggi di M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1989.

molto di più di quanto non lo costituisce il rapporto tra l'attività interpretativa di un diritto preesistente e la pronuncia del risultato di tale attività in riferimento ad un caso di specie (anche se tale rapporto era senza dubbio presente alla consapevolezza degli operatori giuridici)<sup>15</sup>.

### 3. Il Re-giudice nell'*Ancien Régime* francese

Il Sovrano medievale e dell'età moderna era dunque un Re-giudice, dotato di ampi poteri perché «giusto» e capace di rendere giustizia ai suoi sudditi. Le comunità, dal canto loro, riconoscevano l'autorità del Sovrano *proprio* perché giudice imparziale, garante dei diritti della tradizione e si affidavano al Sovrano per veder tutelata la pace esterna — grazie alla difesa militare che il *Princeps* poteva assicurare loro — e la pace interna alla comunità stessa, grazie a un efficace esercizio della funzione giurisdizionale. Per la comprensione della evoluzione della funzione giurisdizionale nell'età moderna è utile soffermarsi sull'*Ancien Régime* francese che rappresentò una sorta di modello al quale ispirarono gli ordinamenti di molti paesi europei<sup>16</sup>.

Nella massima «toute justice émane du roi», era efficacemente sintetizzata la concezione della funzione giurisdizionale nell'*Ancien Régime*<sup>17</sup>. Al Sovrano era riconosciuta la pienezza dell'autorità di esercizio della giurisdizione, che costituiva anzi la prerogativa regia fondamentale. La tradizionale immagine di San Luigi che amministrava personalmente la giustizia sotto una quercia nel bosco di Vincennes<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 53.

<sup>16</sup> Sulla storia giuridica dell'età moderna si vedano tra le opere più recenti I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007; M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, II ed., Torino 2008.

<sup>17</sup> Sull'*Ancien Régime* francese si vedano le opere di sintesi di F. OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Cour d'Histoire du droit public français 1950/51*, Paris 1950 (rist. an. Paris 1988); PH. SUEUR, *Histoire du droit public français. XVe–XVIIIe siècle*, 2 voll., Paris 1989. Sul periodo medievale si veda M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit.

<sup>18</sup> La circostanza è riferita da Jean de Joinville nell'*Histoire de Saint Louis* (1309), cap. XII, J. JOINVILLE, *Œuvres de Jean Sire de Joinville*, par Natalis de Wailly, Paris 1867, p. 41. Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris 1948 (rist. Paris 1990), pp. 215–216; R. VILLERS, *La justice retenue en France, Cours d'histoire des institutions politiques et administratives du Moyen âge et des temps modernes* (1969–

intendeva evidenziare appunto come la *iurisdictio* costituisse l'essenza dell'autorità monarchica: come aveva affermato Jean Bodin «tutti gli antichi e saggi politici sono d'accordo che i Re non furono mai stabiliti per altro scopo se non per fare giustizia... così la vera scienza del Principe è quella di giudicare il suo popolo»<sup>19</sup>. Secondo il Royer, «la quercia di Vincennes simbolizza i legami essenziali che non hanno mai separato potere e giustizia... *iurisdictio* e *imperium*, [il re] è un principe perfetto se è un principe giustiziere, che possiede e conserverà sempre la prerogativa di amministrare personalmente la giustizia»<sup>20</sup>.

Il re, *Grand-justicier*, amministrava la giustizia attraverso organi variamente organizzati e legittimati ed esercitava la funzione giurisdizionale attraverso le tre forme della giustizia «concessa» (*justice concédée*); «delegata» (*justice déléguée*); «ritenuta» (*justice retenue*)<sup>21</sup>.

#### 4. La giustizia «concessa»

La «giustizia concessa» (*justice concédée*) rappresentava la «giustizia signorile» ed era amministrata dai signori fondiari grazie a una concessione regia perpetua, che assunse, nell'età moderna, tale denominazione. È opportuno ricordare che fino alla Rivoluzione francese, come ha sottolineato il Caravale, «non si ha unicità di giurisdizione e

1970), Paris 1970, p. 103 ; e A. LEBIGRE, *La justice du Roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, Paris 1988, pp. 13 ss.

<sup>19</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République* (1576), I, IV, ch. 6, Paris 1583 (rist. anast. Aalen 1961), pp. 610–611. Come aveva affermato il cancelliere Michel de l'Hospital davanti agli Stati generali di Orléans nel dicembre del 1560, «i re sono stati eletti innanzitutto per fare giustizia ed è atto tanto reale fare la guerra che fare giustizia ... Infatti nel sigillo di Francia non è raffigurata l'immagine la figura del re armato e a cavallo, come in molti altri paesi, ma assiso sul suo trono reale mentre amministra la giustizia », cit. in F. OLIVIER–MARTIN, *Histoire du droit*, cit., p. 519.

<sup>20</sup> J.–P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, III ed., Paris 2001, p. 25.

<sup>21</sup> Sull'amministrazione della giustizia nell'*Ancien Régime* esiste una letteratura molto ricca. Tra le opere più recenti si vedano soprattutto A. LEBIGRE, *La justice du Roi*, cit.; Ph. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, 161–281 e *passim*; J. HILAIRE, *Histoire des institutions judiciaires*, II ed., Paris 1994; J.–P. ROYER, *Histoire de la justice*, cit.; G. JUGNOT, *Histoire de la justice française*, Paris 1995 ; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Dottrina e prassi in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma 1999.



monopolio statale della medesima, ma pluralismo di ordinamenti ciascuno dei quali disciplinava proprie forme di giustizia»<sup>22</sup> e il compito di giustizia del sovrano comportava anche il rispetto delle giurisdizioni dei singoli ordinamenti particolari. Di conseguenza nel Medio Evo la giustizia regia non pretese di sostituirsi ai giudici di tali ordinamenti, né di trasformare la giustizia signorile, la quale aveva in sé la sua giustificazione e legittimità, appunto, in *justice concédée*. Nel corso dei secoli XV e XVI si verificò una progressiva espansione della sfera giurisdizionale regia che incontrò una rilevante resistenza da parte degli ordinamenti particolari. È opportuno distinguere la «giustizia feudale» (*justice féodale*), propriamente detta, esercitata sui vassalli in virtù dei legami di dipendenza, da quella «signorile» (*justice seigneuriale*), estesa a tutti gli abitanti il territorio della signoria e per questo di gran lunga più rilevante. Alle due forme di giustizia corrispondevano distinti organi giurisdizionali: da un lato la corte feudale, composta dal signore e dai vassalli, dall'altro le varie giustizie signorili, affidate per lo più a giudici monocratici, nominati dal signore feudale. Sin dalla fine del IX secolo si era affermata

la regola per cui il *dominus* era giudice feudale dei suoi *vassi* ed aveva quindi la diretta responsabilità di dirimere nella sua corte le liti insorte tra quelli, insieme con le vertenze che li opponevano a lui stesso. Di modo che i grandi signori fondiari si trovarono a presiedere due tipi distinti di corti: quella signorile, nella quale era tutelato il diritto che disciplinava i rapporti interni alle comunità inserite nell'organizzazione curtense; quella feudale, dove trovava tutela il diritto vassallatico<sup>23</sup>.

L'organizzazione di tali giurisdizioni fu, in genere, assai rudimentale: a volte le udienze erano addirittura tenute all'aperto nella piazza del villaggio<sup>24</sup>. Soltanto a partire dal XIV secolo, contestualmente al rafforzamento della giustizia regia, alcune disposizioni regie provvedero a regolarne il funzionamento e a disciplinare i criteri di scelta e la nomina dei giudici signorili<sup>25</sup>. La giustizia signorile, la cui competenza

<sup>22</sup> M. CARAVALE, *Federico II Legislatore. Per una revisione storiografica*, in «Clio», XXXI (1995), p. 183.

<sup>23</sup> M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 142.

<sup>24</sup> Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit*, cit., p. 142; e PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, p. 167.

<sup>25</sup> Con l'*Ordonnance* del 1561, art. 65. Un Editto del 1693 prevedeva che i giudici

fu progressivamente limitata in favore della «giustizia regia», rimase comunque in vigore fino alla Rivoluzione.

La giurisdizione signorile era costituita da una complessa rete di innumerevoli organi, dalle origini storiche le più disparate, la cui competenza, *ratione personae* o *ratione materiae*, tendeva spesso a sovrapporsi provocando insanabili conflitti di attribuzione. Alla giustizia signorile era riconosciuta un'ampia competenza, sia in campo civile che in quello penale. Essa veniva distinta in «bassa» (*basse*), competenza su cause civili minori e di polizia, «media» (*moyenne*), cause civili e penali fino a sessanta soldi di ammenda, e «alta» (*haute*), piena competenza civile e penale compresa la facoltà di infliggere la pena capitale.

All'interno della giurisdizione signorile esisteva una sorta di ordine gerarchico tra i vari organi che consentiva la possibilità di ricorrere più volte in appello. Inoltre, nel corso del XIV secolo, si diffuse la pratica di ammettere l'appello finale alla giustizia regia: ciò comportava processi interminabili e molto costosi. Le giurisdizioni signorili si collocavano in una posizione di subordinazione nei confronti del giudice regio, e l'appello alla giustizia del Re costituiva, «lo strumento giuridico per affermare questa subordinazione»<sup>26</sup>. In questo modo la giustizia signorile cominciò a inserirsi nella gerarchia giudiziaria fino a costituire una sorta di primo grado di giudizio<sup>27</sup>. Tale processo, come avverte il Caravale, deve però necessariamente essere valutato nell'ambito di una concezione che reputava legittimo l'intervento della giurisdizione regia solo in casi eccezionali poiché:

la funzione di giudice di appello svolta dal signore unitario era ... diversa nella sostanza da quella di secondo grado di giudizio operante all'interno della medesima giurisdizione: essa, infatti, configurava un'ingerenza dell'ordinamento unitario in un altro — da lui distinto — che era particolare e che il primo si era impegnato a tutelare e a rispettare, nelle norme sostanziali come in quelle processuali, da ogni tipo di intromissione e quindi anche dalla propria. L'ingerenza, allora, risultava ammessa ... quando i meccanismi di giu-

---

signorili fossero istruiti dai giudici regi, cit. in J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, cit., p. 72.

<sup>26</sup> F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit*, cit., p. 515.

<sup>27</sup> In seguito all'evoluzione che abbiamo descritto, la giustizia signorile, fu considerata una sorta «di giustizia regia di primo grado», PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, p. 166.

stizia previsti dall'ordinamento particolare avevano mancato di funzionare. E i casi eccezionali erano soltanto due, la denegata giustizia — che si aveva quando le corti particolari avevano mancato di prendere in esame la vertenza — e la scorretta giustizia, la mancata applicazione — cioè — da parte del giudice locale delle consuetudini previste dall'ordinamento particolare come regolatrici della fattispecie in questione<sup>28</sup>.

A partire dal XV secolo la monarchia attuò una progressiva azione di limitazione della competenza della giustizia signorile in favore di quella regia: l'esistenza di una concorrenza tra la due giurisdizioni condusse fatalmente a una situazione di antagonismo. Il potenziamento delle prerogative monarchiche implicò necessariamente un notevole ridimensionamento delle funzioni signorili in campo giurisdizionale: ciò fu attuato dalla monarchia per tappe successive, «senza attaccare frontalmente le giustizie signorili, ma degradandole, restringendo le loro competenze su certe persone e, con maggiore efficacia, sottraendo loro la conoscenza di una serie di cause considerate 'regie'»<sup>29</sup>. Ciò avvenne soprattutto tramite l'elaborazione delle teorie della *bourgeoisie royale*, dei *cas royaux* e della *prévention*.

Nel primo caso si sottraevano alla giurisdizione signorile i *bourgeois du Roi*, ossia i liberi che risiedevano nelle città considerate «regie»: a tal fine era sufficiente dimostrare di abitarvi nelle quattro feste religiose dell'anno<sup>30</sup>. In pratica, con le *lettres de bourgeoisie* emanate dal Re era possibile concedere *ad personam* tale privilegio<sup>31</sup>. Istituto analogo fu quello delle *lettres de committimus*<sup>32</sup>, che consentivano ai beneficiari di essere sottoposti esclusivamente a una giurisdizione regia preventivamente definita. Titolari del privilegio del *committimus* furono essenzialmente gli *officiers* del Re (ossia i «funzionari regi»), e ciò costituiva una prerogativa della carica stessa<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> M. CARVALE, *Federico II Legislatore*, cit., 183.

<sup>29</sup> PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, p. 168.

<sup>30</sup> Ciò risale a una *Ordonnance* del 1287, confermata a più riprese da disposizioni successive. Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit*, cit., 540.

<sup>31</sup> Come afferma il Sueur, «nel XIV secolo, il procedimento era abituale e permetteva di non dipendere che dal giudice regio», PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, p. 169.

<sup>32</sup> Il termine deriva dalle parole di esordio delle *lettres*.

<sup>33</sup> Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit*, cit., 523.

Sin dal XIII secolo i sovrani di Francia considerarono di esclusiva competenza della giustizia regia una serie di cause, civili e penali<sup>34</sup>. In base al principio della *superioritas* del Re, le giurisdizioni signorili non avrebbero potuto pronunciarsi in materie in qualche misura attinenti a interessi regi o dei suoi *officiers*: ciò poiché «il Re, in quanto sovrano, non può affidare la determinazione dei suoi diritti al tribunale di un signore, suo inferiore»<sup>35</sup>. I *cas royaux*, affermatasi nella consuetudine, furono innanzi tutto: la lesa-maestà, la falsificazione delle monete e dei sigilli regi, la violenza esercitata nei confronti delle persone poste sotto la salvaguardia del re, i reati commessi dagli *officiers* nell'esercizio delle loro funzioni, le cause civili relative al patrimonio del re<sup>36</sup>. Nel corso del XV e XVI secolo il numero delle fattispecie che costituivano i *cas royaux* si accrebbe considerevolmente, giungendo a comprendere il porto abusivo d'armi e, genericamente, tutti i reati in violazione di *Ordonnances* reali. L'elencazione di tali reati non fu mai effettuata, nemmeno dall'*Ordonnance criminelle* del 1670, e ciò consentì alla monarchia una progressiva limitazione della giurisdizione signorile.

Secondo il principio della *prévention* era possibile per una giurisdizione regia avocare a sé una causa di competenza signorile, grazie alla presunzione di negligenza di quest'ultima. La giustizia regia poteva dunque anticipare, appunto *prae-venire*, quella signorile. Il giudice signorile cui era stata sottratta la competenza disponeva della facoltà di pretendere la restituzione, se si trattava di *prévention à charge de renvoi*, mentre nei casi più gravi, qualora si trattasse di *prévention absolue*, ciò era impossibile. Sebbene l'istituto avesse origine dalla necessità di regolare i conflitti di competenza tra giurisdizioni e non mirasse direttamente a colpire la competenza delle giustizie signorili, esso contribuì ad ampliare considerevolmente l'azione della giustizia regia.

L'azione di limitazione della giustizia signorile condotta, *ratione personae* attraverso la *bourgeoisie royale*, e *ratione materiae* grazie ai *cas royaux* e alla *prévention*, ottenne concreti risultati. Ciò al punto che, all'inizio del XVII secolo, Charles Loyseau (1566–1627) poté de-

---

<sup>34</sup> Sul punto cfr. E. PERROT, *Les cas royaux, origine et développement de la théorie aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, Paris 1910.

<sup>35</sup> F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit*, cit., 514.

<sup>36</sup> PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, 169.

finire tale giurisdizione, con un certo disprezzo, *justice de village* e affermare addirittura che «non c'è niente di più contrario alla giustizia»<sup>37</sup>.

## 5. La giustizia «delegata»

La *justice déléguée* costituiva la struttura fondamentale della giustizia regia dell'*Ancien Régime*. Esercitata in base a una delega del Sovrano dagli *Officiers* — titolari di cariche venali, ereditarie e inamovibili — la *justice déléguée* aveva una competenza generale, in campo civile e penale, con l'eccezione di alcune materie per le quali era prevista una specifica giurisdizione speciale (le c.d. *juridictions royales d'exception*). Organi principali furono le *prévôtés*, i *bailliages* (o *sénéchaussées*<sup>38</sup>) e i *parlements*. La giustizia regia fu caratterizzata dalla complessità degli organi, con denominazioni differenti a seconda delle province, e dalla sovrapposizione delle rispettive competenze, al punto che gli interventi volti alla semplificazione del sistema condussero spesso a un'ulteriore complicazione dell'ordinamento<sup>39</sup>. Una distinzione essenziale fu quella tra le «giurisdizioni inferiori» (*inférieurs*) — le *prévôtés* e i *bailliages* — e le «giurisdizioni sovrane» (*juridictions souveraines*), ossia i *parlements* e i *conseils provinciaux*.

I Parlamenti, tredici in tutto il Regno, costituivano la giurisdizione suprema, civile e penale, ed erano dotati di competenza generale d'appello nei confronti delle sentenze emanate dai tribunali regi inferiori o dai giudici signorili. Il Parlamento di Parigi, sorto nel XIII secolo dalla *curia regis*, godeva di privilegi particolari e di

---

<sup>37</sup> «Non c'è niente di più contrario alla giustizia di queste giustizie di paese [*justices de village*]», esercitate da «approfitatori [*mangeurs*] e sanguisughe di paese... gente da poco, senza onore, senza coscienza ... analfabeti, inesperti... [e che] dipendono interamente dal potere del loro Signore», CH. LOYSEAU, *Discours de l'abus des justices de village*, in *Œuvres de Maître Charles Loyseau*, n. ed., Paris 1678, pp. 10–11.

<sup>38</sup> Questa era la denominazione tipica delle province meridionali: tuttavia esistevano eccezioni.

<sup>39</sup> Si pensi che PIERRE-JACQUES BRILLON (1671–1736), autore nel 1711 di un *Dictionnaire de jurisprudence et des Arrêts*, affermò a proposito dell'ordinamento giudiziario francese: «ma l'ordine, qual è?», I, n. ed., Lyon 1781, p. IV.

un'autorità tale da porlo in una posizione di netta superiorità rispetto alle altre corti<sup>40</sup>. Il Parlamento era inoltre giudice di primo grado per una serie di materie di grande importanza per il Regno e si trasformava in Corte dei Pari, in occasione di un processo a un Pari di Francia. A esso spettava inoltre la registrazione, verifica e conservazione degli atti normativi del Re, con la facoltà di rifiutare tale registrazione ed emanare *remontrances* in caso di violazione delle «leggi fondamentali del regno» (*lois fondamentales du Royaume*)<sup>41</sup>. Tutto ciò formava un insieme di prerogative che esulavano dalla funzione giurisdizionale in senso stretto e conferivano al Parlamento di Parigi il ruolo, in una certa misura, di giudice della costituzionalità delle leggi<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Sul Parlamento di Parigi esiste una vastissima letteratura. Tra le opere recenti cfr. F. OLIVIER–MARTIN, *Le Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle. Cours de doctorat. Histoire du droit public 1949–50*, Paris 1950 (rist. Paris 1988); F. DIAZ, *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino 1962; J. EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, Paris 1970; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica*, cit.; F. BLUCHE, *Les magistrats du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris 1986; PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit.; J. ROGISTER, *Louis XV and the Parlement of Paris, 1737–1755*, Cambridge 1995; J.–P. ROYER, *Histoire de la justice*, cit.

<sup>41</sup> Della ricca bibliografia si vedano tra gli altri F. OLIVIER–MARTIN, *Les lois du Roi. Cours de doctorat. Histoire du droit public (1945–46)*, Paris 1946 (rist. Paris 1988); P. BAS-TID, *L'idée de constitution*, Paris 1963 (n. ed., Paris 1985); B. BASSE, *La Constitution de l'ancienne France. Principes et lois fondamentales de la royauté française*, Liancourt 1973; C. SAGUEZ–LOVISI, *Les Lois fondamentales au XVIIIe siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris 1983; J. BARBEY–F. BLUCHE–S. RIALS, *Lois fondamentales et succession de France*, 2<sup>a</sup> ed., Paris 1984; M. VALENSISE, *La constitution française*, in *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, I, *The Political Culture of the Old Regime*, by Keith Michael Baker, Oxford 1987, pp. 441–467; V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Napoli 1990, 51 ss.; J.–M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, Puf, 1998; M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005.

<sup>42</sup> Si veda sul punto J.–L. MESTRE, *L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les «Maximes du droit français» 1775*, in *Collection d'Histoire des Idées Politiques* par M. Ganzin, VIII, *Etat et pouvoir. L'idée européenne*, Aix–Marseille 1992, pp. 21–36; M. LAHMER, *La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 4 (2002), pp. 125–144; E. GOJOSSE, *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIIIe siècle: une autre approche*, ivi, pp. 145–154; F. DI DONATO, *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien Régime: una storia politico-istituzionale*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 7 (2004), pp. 147–165.

I Parlamenti difesero strenuamente le loro prerogative e costituirono, com'è noto, il più efficace strumento di opposizione alla politica assolutistica dei sovrani francesi.

## 6. La giustizia «ritenuta»

Il re, malgrado la «concessione» alle giustizie signorili e la «delega» agli *officiers*, mantenne comunque intatta nel corso dell'*Ancien Régime* la sua funzione di giudice supremo, dal quale «emana ogni giustizia» (secondo la massima *toute justice émane du Roi*). Come ha giustamente osservato Robert Villers, autore dell'opera più importante a questo proposito<sup>43</sup>, si deve ricordare che la giustizia ritenuta aveva un carattere, per così dire, residuale: «essa è ciò che rimane al Re in persona escludendo la giustizia che egli tollera sia amministrata dalla Chiesa o dai signori, e ugualmente escludendo quella che egli ha delegato ai suoi *officiers* titolari»<sup>44</sup>. Inoltre i confini tra giustizia ritenuta e giustizia delegata rimasero sempre sfumati e mobili<sup>45</sup>, in modo che, ad esempio, l'attività giudiziaria del *Grand Conseil* o le *évocations* e le *cassations*, considerate parte integrante della giustizia ritenuta, meritavano una disciplina precisa, tale da eliminare quasi del tutto il sospetto dell'arbitrarietà di un intervento straordinario della giustizia regia, senza tuttavia che si giungesse a una loro integrazione completa nella giustizia delegata<sup>46</sup>.

Al Re di Francia erano riconosciute prerogative molto ampie, teoricamente illimitate, nell'amministrazione della giustizia: egli aveva la possibilità di riformare le sentenze di qualunque tribunale, di condannare o esiliare direttamente con la sua volontà e senza alcun processo attraverso una *Lettre de cachet*<sup>47</sup>, di avocare le cause al suo Consiglio, attraverso le *évocations*, o di creare nuove giurisdizioni, per mezzo delle *commissions*.

---

<sup>43</sup> R. VILLERS, *La justice retenue en France*, cit.

<sup>44</sup> Ivi, p. 95.

<sup>45</sup> *Ibid.*.

<sup>46</sup> Cfr. PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, p. 229.

<sup>47</sup> Cfr. A. CHASSAIGNE, *Des lettres de cachet sous l'Ancien Régime*, Paris 1903.

Il Re, *Grand-justicier*, poteva amministrare la giustizia personalmente<sup>48</sup>, anche senza l'ausilio dei giudici: si trattava, in questo caso, della *justice retenue* nella sua espressione più compiuta, poiché il sovrano «arbitro supremo del bene dello Stato» aveva la facoltà di infliggere una pena che assumeva le caratteristiche di sanzione giudiziaria. Il Re poteva, «di sua autorità e sul campo, far giustiziare il colpevole come se fosse stato giudicato colpevole in via giudiziaria del suo reato»<sup>49</sup>. In caso di lesa-maestà, il «Re giudice» poteva addirittura precedere, con la sua sanzione, il giudizio e il compimento del fatto: senza dubbio le esigenze della ragion di Stato risultavano in questo caso determinanti. A tal riguardo si possono ricordare i casi celebri dell'uccisione dell'ammiraglio Gaspard de Coligny e del massacro dei protestanti nell'agosto del 1572 o dell'esecuzione di Henri de Guise e del fratello Louis, cardinale di Lorena, nel corso degli Stati generali di Blois nel dicembre del 1588. Se, com'è noto, attentati e congiure furono un fatto, per così dire, «normale», nella vita delle corti dell'età moderna, si deve però precisare che la morte inflitta dal Re, nelle situazioni che abbiamo ricordato, costituiva una pena legale e giudiziaria, perché proveniente dal sovrano *Grand-justicier*. In entrambi i casi il Re si giustificò attraverso una dichiarazione ufficiale e solenne contenente la motivazione della condanna: l'azione del Re aveva dunque un fondamento giuridico, condiviso — occorre sottolinearlo — dai Parlamenti e da gran parte della dottrina<sup>50</sup>.

I fatti clamorosi che abbiamo citato restarono isolati ed eccezionali; il Re tuttavia conservò la possibilità di derogare alle norme ordinarie e di giudicare direttamente, e senza alcuna formalità, o di anticipare addirittura il compimento del fatto. I sovrani francesi continuarono a esercitare un potere discrezionale di fondamentale importanza nell'am-

---

<sup>48</sup> Sul punto E.-D. GLASSON, *Le Roi, Grand Justicier*, in «Nouvelle Revue d'histoire de droit français et étranger», XXVI (1902), pp. 711-737 e XXVII (1903), pp. 76-94.

<sup>49</sup> R. VILLERS, *La justice retenue en France*, cit., 105. Sugli aspetti giuridici dei processi politici dell'*Ancien Régime* P. BASTID, *La justice politique. Cours de droit constitutionnel comparé (1956/57)*, Paris 1957; M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

<sup>50</sup> Per il massacro della notte di San Bartolomeo il re Carlo IX emanò una dichiarazione ufficiale il 28 agosto 1572 ove si affermava che motivo dell'operazione era «ovviare e prevenire l'esecuzione di una infelice e detestabile cospirazione», in *Recueil général des lois*, XIV, p. 257. Cfr. R. VILLERS, *La justice retenue en France*, cit., pp. 105-111.



ministrato della giustizia attraverso i *placet*, le *lettres de cachet*, le *commissions* e le *évocations*, ma evitarono il clamore di giudicare personalmente le cause penali nelle quali il valore politico dei processi appariva evidente. A tal riguardo possiamo citare l'episodio che vide Luigi XIV a Saint-Germain condannare a morte due uomini che avevano tentato di annegare una persona. Il Re, che era stato testimone diretto del fatto, «riunì venti notabili nella sala del Trono e condannò gli imputati a essere gettati nel fiume con i piedi e le mani legate, nel luogo dove avevano commesso il loro reato»<sup>51</sup>. Nell'ambito della *justice retenue*, le *évocations* e le *commissions extraordinaires* svolsero un ruolo fondamentale. Con l'*évocation*, vi era la possibilità per il sovrano di avocare a sé una causa civile, sottraendone il giudizio alla giurisdizione competente, per affidarlo ad altra, generalmente il *Grand Conseil*. Nel secondo caso, con la *commission* si istituiva un organo giurisdizionale *ad hoc* cui affidare il giudizio penale su reati già commessi.

Al Re, considerato «custode della regola giuridica» (*gardien de la règle juridique*), spettava la soluzione dei conflitti di attribuzione tra le giurisdizioni e di cassare le sentenze a causa di vizi di legittimità. E ciò, ancora una volta, rifletteva il principio sul quale si fondava tutto il sistema: «toute justice émane du roi»<sup>52</sup>. Una situazione di conflitto di competenza tra giurisdizioni differenti poteva essere regolato unicamente dal Re, con l'ausilio del suo «Consiglio privato» (*Conseil privé* o *Conseil des parties*), che costituiva un «tribunale regolatore» (*tribunal régulateur*)<sup>53</sup>: si trattava delle decisioni definite *règlements de juge* e *contrariété de jugement*<sup>54</sup>.

Anche il ricorso in cassazione era di competenza del *Conseil privé* del re<sup>55</sup>. La procedura, che risaliva al XVI secolo e fu definitivamente

---

<sup>51</sup> R. VILLERS, *La justice retenue en France*, cit., p. 111. «Il re, a partire dal XIV secolo si limita ad assistere alle sedute del parlamento che onora della sua presenza. Egli non giudica», *ivi*, p. 104.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 140.

<sup>53</sup> Sul *Conseil du Roi* si veda soprattutto la fondamentale opera di M. ANTOINE, *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV (thèse Lettres)*, Genève-Paris 1970.

<sup>54</sup> R. VILLERS, *La justice retenue en France*, cit., pp. 139 ss.

<sup>55</sup> Previsto dall'art. 92 dell'*Ordonnance* di Blois del 1579 e dall'art. 18 dell'Editto di Rouen del 1597.

disciplinata solo dal regolamento del 28 giugno 1738<sup>56</sup>, consentiva il ricorso al re, in quanto «gardien de la loi», nei confronti di una sentenza di una Corte sovrana, e quindi definitiva, viziata da una violazione della legge. Si deve osservare che il ricorso in cassazione mantenne le caratteristiche di rimedio straordinario e, come tale, non fu mai considerato come una procedura giudiziaria vera e propria, quanto piuttosto «uno strumento giudiziario collegato al potere legislativo del Re per mantenere e ampliare la sua autorità in questo campo»<sup>57</sup>. L'attività del *Conseil privé* del Re, «sebbene perfettamente istituzionalizzata e regolata, ... restava un ingranaggio della giustizia ritenuta, il cui scopo era la regolazione della giustizia delegata, e non quello di essere una corte suprema dal potere unificante»<sup>58</sup>.

## 7. Considerazioni generali

Dalla nostra sommaria descrizione dell'ordinamento giudiziario francese dell'*Ancien Régime* risulta evidente la coesistenza di una pluralità di giurisdizioni signorili e regie. La definizione dei rispettivi ambiti di competenza della giustizia *concedée*, *déléguée* e *retenue* fu sempre problematica e condizionata dall'evoluzione politico-istituzionale del regno. Una prima fase, in particolare il secolo XVI, fu caratterizzata dall'affermazione della giustizia regia: i principali problemi sorsero quindi a causa della progressiva limitazione delle giustizie signorili. Nella seconda fase, i secoli XVII e XVIII, fu invece l'individuazione dei confini tra *justice retenue* e *justice déléguée*, nell'ambito della giustizia regia, a suscitare contrasti interpretativi e dottrinari e la necessità di interventi legislativi. I numerosi conflitti verificatisi ebbero dunque origine sia dalla difesa delle giurisdizioni signorili nei confronti dell'espansione della giustizia regia, sia dalla contrapposizione

---

<sup>56</sup> Tale regolamento fu ispirato dal cancelliere d'Aguesseau. Sulle origini della cassazione si vedano il classico P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, Torino 1920 (ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, VI, Napoli, 1976); e J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790–1799)*, Paris 1987, in particolar pp. 23–33.

<sup>57</sup> PH. SUEUR, *Histoire du droit public*, cit., II, p. 254.

<sup>58</sup> *Ibid.*

tra giustizia delegata e giustizia ritenuta, conflitto quest'ultimo simbolicamente rappresentato dal contrasto tra Parlamento di Parigi e il *Conseil du Roi*.



## Capitolo II

### Le riforme giudiziarie nel periodo rivoluzionario e napoleonico

#### Premessa

L'esigenza di una riforma giudiziaria, soprattutto in campo penale, era stata particolarmente sentita nella Francia d'*Ancien Régime*: l'antiquata procedura inquisitoria, l'uso della tortura giudiziale, abolita soltanto nel 1780, l'assenza delle più elementari garanzie per l'imputato e l'inumanità delle pene<sup>1</sup> facevano del sistema francese uno dei più arretrati d'Europa. La riforma giudiziaria costituì una delle principali rivendicazioni dei *cahiers de doléances* presentati agli Stati generali e rappresentò successivamente un importante argomento di dibattito nelle varie Assemblee rivoluzionarie.

La Rivoluzione francese trasformò radicalmente gli ordinamenti giudiziari introducendo, oltre a una serie di istituti di fondamentale importanza, una concezione e una filosofia della giustizia propriamente rivoluzionarie. Si può in effetti parlare, come ha fatto Robert Badinter per sottolineare la portata innovativa di tali riforme, di «un'altra giustizia»<sup>2</sup>.

Nell'Europa continentale i principi fondamentali degli ordinamenti giudiziari contemporanei furono stabiliti per la prima volta dalla Co-

---

<sup>1</sup> Fino al 1788 rimase ad esempio ancora in vigore la *question préalable*, ossia una pena supplementare inflitta ai condannati a morte allo scopo di ottenere i nomi dei complici, cfr. R. MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*, I, *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano 1984, p. 29.

<sup>2</sup> *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française* sous la direction de Robert Badinter, Paris 1989. In generale sulle riforme giudiziarie del periodo *La Révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, sous la direction de PH. BOUCHER, Paris 1989; e J.-P. ROYER, *Histoire de la justice*, cit., pp. 245 ss.

stituzione francese del 3 settembre 1791<sup>3</sup>. La Costituzione fu preceduta da alcuni importanti provvedimenti legislativi, quali l'abolizione dei privilegi del 4 agosto 1789, la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 26 agosto 1789 e la legge sull'ordinamento giudiziario del 16–24 agosto 1790, che fornirono le indicazioni al legislatore per determinare i principi sulla giurisdizione a livello costituzionale. L'Assemblea Costituente, nel riformare la giustizia si proponeva di realizzare un sistema *efficace*, in termini di certezza e celerità, ma al tempo stesso il più *garantista* possibile, quanto a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini nei confronti della giurisdizione<sup>4</sup>. Cardine del sistema costituzionale e fondamento del garantismo fu considerato il principio della 'separazione dei poteri'<sup>5</sup>.

## 1. Ordine o Potere Giudiziario?

Nella Costituzione del 1791 si parla di «potere giudiziario» (tit. III, cap. V, «Del potere giudiziario»). Nel corso dei dibattiti alla Costituente ci furono tuttavia posizioni differenti: la destra e i «costituzionali» erano favorevoli all'utilizzazione del termine «ordine giudiziario», considerando l'amministrazione della giustizia subordinata al potere esecutivo. Era il caso di Adrien Duport che affermava: «questa funzione [giudiziaria] non può sicuramente essere svolta da nessuno degli altri due poteri; essa forma propriamente l'oggetto di ciò che si

---

<sup>3</sup> F. FURET–R. HALÉVI, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris 1996. In generale sui lavori delle varie assemblee rivoluzionarie A. SAITTA, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789–1875)*, Milano 1975; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789–1958)*, IX ed., Paris 2006. Cfr. in generale L. Lacché, *L'Europe et la révolution du droit : brèves réflexions*, in « Annales historiques de la Révolution française », n. 328, 2002 [<http://ahrf.revues.org/document634.html>.]

<sup>4</sup> Sul garantismo si veda il fondamentale studio di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma–Bari 1989.

<sup>5</sup> Sul punto si vedano soprattutto L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée constituante de 1789*, in « Revue d'économie politique », VII 1893, p. 99 ss.; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris 1980; M.A. CATTANEO, *Separazione dei poteri e certezza del diritto nella Rivoluzione*, in *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese. Atti del Colloquio internazionale Milano, 1–3 ottobre 1990*, Milano 1992; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit.; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale. Padova 22–23 ottobre 2004*, Padova 2008.

chiama impropriamente il potere giudiziario. Dico impropriamente, perché non c'è realmente potere nell'ordine giudiziario se non il potere esecutivo, il quale è obbligato a consultare gli uomini indicati dalla Costituzione, prima di fare eseguire le leggi civili, quando la loro applicazione appare difettosa»<sup>6</sup>. E ancora di Jean Mounier (il potere giudiziario «non è che una emanazione del potere esecutivo, che deve attivarlo e sorvegliarlo costantemente»<sup>7</sup>) e di Jacques Cazalès («non ci sono che due poteri, quello che fa la legge e quello che la fa eseguire. Il potere giudiziario, nonostante tutto quello che abbiano detto molti pubblicisti, non è che una semplice funzione, poiché consiste nell'applicazione pura e semplice della legge. L'applicazione della legge è una derivazione dal potere esecutivo»<sup>8</sup>).

La scelta dell'espressione «potere giudiziario» e della sua netta separazione dagli altri poteri, fu al contrario sostenuta soprattutto dalla sinistra della Costituente e si fondava sulla lettura di Montesquieu, lettura spesso considerata errata. Si possono citare gli interventi di Nicolas Bergasse («il potere giudiziario sarà ... male organizzato, se esso dipende nella sua organizzazione da un'altra volontà che non sia quella della nazione .. [e] se i depositari di questo potere hanno una parte attiva nel legislativo o possono influire in qualunque maniera sulla formazione della legge»<sup>9</sup>), di Jacques-Guillaume Thouret («Il potere giudiziario è quello dei poteri pubblici il cui esercizio abituale avrà più influenza sulla felicità dei privati, sul progresso dello spirito pubblico, sul mantenimento dell'ordine politico e sulla stabilità della Costituzione» e «tutti i poteri, lo abbiamo detto nella Dichiarazione dei Diritti, emanano essenzialmente dalla nazione e sono da lei conferiti»<sup>10</sup>) e infine di Antoine Barnave («è falso, assolutamente falso che il potere giudiziario sia una parte del potere esecutivo»<sup>11</sup>).

Si deve ricordare che, nella Costituzione del 1791, la separazione dei poteri «non è concepita in modo tale da conferire una posizione

---

<sup>6</sup> *Archives parlementaires*, 1<sup>e</sup> série, XII, p. 410. Cfr. L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs*, cit., p. 570.

<sup>7</sup> *Archives parlementaires*, 1<sup>e</sup> série, VIII, p. 409.

<sup>8</sup> Ivi, 1<sup>e</sup> série, XV, p. 392. Cfr. L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs*, cit., p. 571.

<sup>9</sup> *Archives parlementaires*, 1<sup>e</sup> série, VIII, p. 441.

<sup>10</sup> Ivi, XII, p. 344.

<sup>11</sup> Ivi, XV, p. 410.

uguale a ciascuno di essi. Il potere legislativo attraverso il quale si esprime la volontà generale è un potere superiore e anche supremo»<sup>12</sup>. Da ciò il carattere sacro della legge, il «legicentrismo» della Costituzione. Il giudice diviene allora «la bocca della legge» (*bouche de la loi* secondo la nota espressione di Montesquieu) e deve limitarsi ad applicarla poiché «nell'interpretazione si nasconde il rischio della creazione della legge o almeno della sua deformazione»<sup>13</sup>. Dunque, «fiducia assoluta nel legislatore, diffidenza profonda verso il giudice: questa è la doppia ispirazione dei costituenti quando creano la nuova giustizia»<sup>14</sup>.

## 2. L'indipendenza del potere giudiziario

L'affermazione dell'indipendenza della magistratura derivava da due ordini di considerazioni:

- a) l'esigenza di evitare l'intrusione del potere legislativo e del potere esecutivo in particolare, nell'esercizio della funzione giudiziaria (questo principio fu stabilito con l'art. 1 del cap. V, Tit. III: «Il potere giudiziario non può, in nessun caso, essere esercitato dal Corpo legislativo né dal re»);
- b) l'esigenza di evitare l'ingerenza del potere giudiziario negli altri poteri (principio stabilito dall'art. 3 del cap. V, Tit. III: «I tribunali non possono né immischiarsi nell'esercizio del potere legislativo, o sospendere l'esecuzione delle leggi, né interferire sulle funzioni amministrative, o citare davanti a essi gli amministratori per ragioni legate alle loro funzioni»).

Dei due aspetti il secondo era però di gran lunga il più importante. Ciò perché appariva soprattutto necessario assicurare al legislativo la possibilità di legiferare liberamente, con efficacia e rapidità. Il ricordo della permanente ingerenza dei Parlamenti dell'*Ancien Régime* nelle funzioni legislative e amministrative era allora molto vivo e costituiva

---

<sup>12</sup> G. VEDEL, *La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, in «Revue française de droit administratif», VI (1990), p. 698.

<sup>13</sup> R. BADINTER, *Introduction*, in *Une autre justice*, cit., p. 18.

<sup>14</sup> Ivi, p. 19.



il pericolo che si intendeva assolutamente evitare. Come ha osservato Georges Vedel, la Costituente aveva stabilito all'unanimità che «il potere giudiziario fosse distinto dagli altri due poteri e non sconfinasse nel loro esercizio. Ciò comportò necessariamente la soppressione delle prerogative che i parlamenti si erano attribuiti, nei riguardi del legislativo, con il rifiuto della registrazione, le *remontrances*, e gli *arrêts de règlement*»<sup>15</sup>. La separazione delle funzioni giudiziarie dalle funzioni amministrative, già stabilita dall'articolo 13 della legge 16–24 agosto 1790, era dunque fondamentale allo scopo di proibire ai giudici «di turbare, in qualunque maniera, le operazioni dei corpi amministrativi né citare davanti ad essi gli amministratori a causa delle loro funzioni»<sup>16</sup>. Se l'amministrazione «era ormai protetta contro i giudici, si doveva nondimeno assicurare ai privati garanzie per ciò che si riferiva agli atti e alle attività dell'amministrazione. La Costituente si rifiutò di creare veri tribunali amministrativi locali simili ai tribunali ordinari. Essa preferì contare sul ricorso *gracieux* e gerarchico ... Si dovrà attendere il 1800 per veder sorgere delle giurisdizioni amministrative di diritto comune»<sup>17</sup>.

### 3. L'elettività dei giudici

Il potere giudiziario era dunque indipendente e affidato a giudici elettivi, in rappresentanza della Nazione (art. 5, tit. III: «il potere giudiziario è delegato a giudici eletti dal popolo»<sup>18</sup>). Si trattava di impedire la formazione nella nuova società di un vero e proprio ceto di magistrati come era avvenuto nell'*Ancien Régime*<sup>19</sup>. Al riguardo, si deve ricordare

<sup>15</sup> G. VEDEL, *La loi des 16–24 août 1790*, cit., p. 700.

<sup>16</sup> Art. 13, Legge 16–24 agosto 1790 e art. 3, cap. V, tit. III, Cost. 1791. Cfr. sul punto J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris 1970.

<sup>17</sup> R. SZRAMKIEWICZ–J. BOUINEAU, *Histoire des institutions 1750–1914*, Paris 1989, p. 153. Cfr. J.–L. MESTRE, *La signification de la loi des 7–14 octobre 1790*, in *Conseil d'Etat. Études & documents*, n. 43, 1991, pp. 281 ss.

<sup>18</sup> Cfr. art. 2, cap. V, tit. III: «La giustizia sarà resa gratuitamente da giudici eletti a tempo determinato dal popolo, e istituiti con lettere patenti del Re che non potrà rifiutarle. – Essi potranno essere destituiti solo per abusi debitamente giudicati, e sospesi solo per un'accusa ammessa. – Il pubblico accusatore sarà nominato dal popolo».

<sup>19</sup> Sul punto si veda *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*,

la diffidenza della Costituente nei confronti dei giuristi e dei pratici (gli *hommes de loi*), considerati una sorta di «freno conservatore».

L'affermazione dell'elettività dei giudici, che derivava dal principio secondo il quale tutti i poteri emanano dalla Nazione, non incontrò una seria opposizione nell'Assemblea Costituente: Thouret arrivò addirittura a proporre «di consacrare come massima inalterabile» che «i giudici debbono essere eletti dal popolo»<sup>20</sup>.

Nonostante l'entusiasmo che aveva accompagnato l'affermazione del principio dell'elettività dei giudici, la sua pratica attuazione fu assai deludente e provocò innumerevoli inconvenienti. La giustizia negli anni della Rivoluzione fu spesso amministrata da giudici privi di preparazione giuridica e fortemente connotati politicamente. L'elettività fu quindi progressivamente abbandonata a partire dal periodo del Direttorio fino all'Impero, quando il reclutamento dei magistrati — con l'esclusione dei soli Giudici di pace — fu interamente affidato alla nomina da parte dell'esecutivo e alla cooptazione.

#### 4. L'inamovibilità e il principio del giudice naturale

Con l'art. 2 del cap. V, tit. III, si stabilì l'inamovibilità dei magistrati, per evitare il rischio dell'ingerenza del potere esecutivo, e la gratuità della giustizia. Si deve ricordare infatti che nell'*Ancien Régime* i giudici erano pagati dalle parti con le «sportule» (in francese: *é-pices*) e ciò era molto spesso fonte di corruzione<sup>21</sup>.

Il principio del «giudice naturale», certamente uno dei principi fondamentali del garantismo giudiziario, fu stabilito dall'art. 17 della legge 16–24 agosto 1790 («l'ordine costituzionale delle giurisdizioni non potrà essere modificato, né i cittadini distratti dai loro giudici naturali, da nessuna commissione, né da altre attribuzioni o avocazioni se non quelle determinate dalla legge») e recepito dalla Costituzione del 1791, all'art. 4 del cap. V, tit. III: «i cittadini non possono essere distratti dai giudici che la legge loro assegna, da nessuna commissione,

---

sous la direction de Jacques Krynen, Paris 1999.

<sup>20</sup> *Archives parlementaires*, 1<sup>e</sup> série, XII, p. 344, cfr. L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs*, cit., p. 574.

<sup>21</sup> Art. 2, cap. 5, tit. III.

né da altra attribuzione e avocazione se non quelle che sono determinate dalle leggi»<sup>22</sup>. Grazie alle avocazioni e alle commissioni giudiziarie i sovrani dell'*Ancien Régime* avevano spesso potuto condizionare l'amministrazione della giustizia sottraendo i giudizi ai «giudici naturali» per affidarli a giudici da loro individuati in modo discrezionale. La Costituente intese dunque dare stabilità all'ordine giudiziario e soprattutto impedire l'istituzione di giurisdizioni *ad hoc*, create specificamente per giudicare una determinata causa<sup>23</sup>. Nonostante tale previsione costituzionale, innumerevoli giurisdizioni straordinarie furono istituite negli anni della Rivoluzione e, ancor più, nel periodo napoleonico. Il principio del giudice naturale, dopo la parentesi napoleonica, sarà successivamente ribadito nelle Carte della Restaurazione francese del 1814, 1815, 1830 e 1848 e, come vedremo, nello Statuto albertino del 1848.

## 5. Il Tribunale di Cassazione e il *référé législatif*

Il sistema giudiziario aveva al suo vertice un Tribunale di Cassazione<sup>24</sup> (art. 19, cap. V) che «non potrà mai giudicare nel merito delle cause; ma, dopo aver cassato la sentenza che sia stata emanata attraverso una procedura nelle quale sia presente una violazione formale, o che contenga una contravvenzione espressa della legge, rinvierà il giudizio della causa al tribunale competente» (art. 20).

Si deve ricordare che, a proposito della creazione del Tribunale di Cassazione, si erano verificati dibattiti molto animati: parte dei costituenti erano contrari nel timore di una eccessiva indipendenza dei giu-

---

<sup>22</sup> Sul punto si veda P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale*, cit.

<sup>23</sup> TH.S. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, in «Revue trimestrielle de droit civil», XCII (1993), p. 33. Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano 1981, pp. 8 ss.; U. SEIF, *Droit et justice retenue. Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle*, in «Revue historique de droit français et étranger», LXXXIII (2005), pp. 215–245.

<sup>24</sup> Art. 19. Vi sarà per tutto il regno un solo tribunale di cassazione, posto presso il Corpo legislativo. Le sue funzioni consistono nel pronunciarsi: – sulle domande di cassazione contro le sentenze pronunciate in ultima istanza dai tribunali; – sulle domande di rinvio da un tribunale ad altro, per causa di legittima suspizione; – sui conflitti di attribuzione e le denuncie contro un tribunale intero.

dici dal potere legislativo. Ma la necessità di uniformare la giurisprudenza, e «di far applicare la legge, in maniera letterale e uniforme, da tutti i tribunali»<sup>25</sup>, spinse la Costituente a istituire il Tribunale di Cassazione. Essa introdusse alcune importanti limitazioni al suo potere per evitare la rinascita del «dispotismo giudiziario» dell'*Ancien Régime* pericoloso per il potere legislativo. Il Tribunale di Cassazione, «non solo ... doveva impedire ai tribunali di interpretare la legge e di formare delle giurisprudenze locali, ma era proibito ... anche di sviluppare una sua giurisprudenza»<sup>26</sup>. Come sosteneva Le Chapelier, «il Tribunale di Cassazione, come i tribunali di distretto, non deve avere una propria giurisprudenza. Se questa giurisprudenza dei tribunali, la più detestabile di tutte le istituzioni, esistesse nel Tribunale di cassazione, la si dovrebbe distruggere»<sup>27</sup>. Poiché — si tratta di un'affermazione di Robespierre — «in uno Stato che ha una Costituzione, una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è altro che la legge»<sup>28</sup>.

Nel nome della rigida separazione dei poteri, l'interpretazione delle leggi era dunque riservata al legislativo grazie al sistema detto del *référé législatif* (art. 21, cap. V<sup>29</sup>) che imponeva ai giudici di rivolgersi al legislativo ogni volta che si poneva una questione interpretativa della legge<sup>30</sup>. Il *référé législatif* ebbe una certa effettività nel periodo della Convenzione, ma sotto il Direttorio cominciò il suo declino perché le assemblee legislative si dimostrarono spesso incapaci di rispondere ai *référés* che i Tribunali o la Cassazione stessa gli indirizzavano. Così «l'interpretazione giurisprudenziale prendeva il posto lasciato vacante dall'interpretazione legislativa»<sup>31</sup>. Il *référé*, quasi abbandonato nel pe-

---

<sup>25</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in *Une autre justice*, cit., p. 227.

<sup>26</sup> Ivi, p. 234.

<sup>27</sup> *Archives parlementaires*, 1<sup>e</sup> série, XX, p. 517 cfr. J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, cit., p. 227.

<sup>28</sup> *Archives parlementaires*, ivi, p. 515.

<sup>29</sup> Art. 21. «Quando dopo due cassazioni la sentenza del terzo tribunale venga attaccata coi medesimi mezzi delle due precedenti, la questione non potrà più essere discussa al tribunale di cassazione senza essere sottoposta al Corpo legislativo, che emetterà un decreto declaratorio della legge, al quale il tribunale di cassazione sarà tenuto a conformarsi».

<sup>30</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, cit., p. 235.

<sup>31</sup> Ivi, p. 236.

riodo napoleonico, fu formalmente abrogato soltanto nel 1837<sup>32</sup>.

Un'altra forma di limitazione, o di controllo del potere della cassazione da parte del legislativo, era prevista dall'art. 22, cap. V, della Costituzione: «ogni anno, [la Cassazione] ... sarà tenuta a inviare al Corpo legislativo una deputazione di otto dei suoi membri, che gli presenteranno lo stato dei giudizi resi, a fianco di ciascuno dei quali saranno posti una breve nota della causa e il testo della legge che avrà determinato la decisione».

## 6. La giuria e la giustizia penale

Si deve innanzi tutto evidenziare la netta separazione operata dalla Costituente tra la giustizia civile e la giustizia penale. Ispirandosi al modello inglese, la Costituzione prevedeva per la giustizia penale un *jury d'accusation* e un *jury de jugement* (art. 9, cap. V). Come sostiene Bernard Schnapper «la giuria, più che una creazione della Rivoluzione, ne fu un simbolo»<sup>33</sup>. Per i costituenti «la giuria era la libertà, la giuria manifestava la sovranità della nazione, la giuria esprimeva infine la ragione in cammino, il libero esame dei cittadini»<sup>34</sup>. La doppia giuria conservò le sue funzioni fino al Codice di procedure penale del 1808 che abrogò la giuria di accusa.

I principi di legalità dei reati e delle pene, di umanità delle pene, di presunzione d'innocenza e di irretroattività delle leggi penali, stabiliti dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 (artt. 8 e 9), completavano il sistema normativo costituzionale. Da allora questi principi costituirono le garanzie fondamentali dei moderni ordinamenti giudiziari<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris 1965; M. MIERSCH, *Der sogenannte Référé législatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*, Baden-Baden 2000; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

<sup>33</sup> B. SCHNAPPER, *Le jury criminel*, in *Une autre justice*, cit., p. 149. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai «philosophes» alla Costituente*, Milano 1994.

<sup>34</sup> B. SCHNAPPER, *Le jury criminel*, cit., p. 151.

<sup>35</sup> R. MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale*, cit.

Le riforme rivoluzionarie ebbero dunque due obiettivi di riferimento: da un lato l'efficienza e la celerità del sistema, attraverso la razionalizzazione e la semplificazione di strutture e procedure, e dall'altro il c.d. «garantismo giudiziario», ossia la previsione di istituti giuridici atti a garantire una effettiva tutela dei diritti dell'individuo, in particolare nella sua qualità di «imputato» in un giudizio penale, nei confronti dell'autorità giudiziaria. Ricordiamo che — come ha osservato Luigi Ferrajoli — il garantismo rappresenta «sul piano giuridico un sistema di vincoli imposti alla potestà punitiva dello Stato a garanzia dei diritti dei cittadini. È conseguentemente 'garantista' ogni sistema penale che si conforma normativamente a tale modello e che lo soddisfa effettivamente»<sup>36</sup>.

Dell'ordinamento istituito dalla Rivoluzione risulta difficile sintetizzare gli elementi essenziali, in quanto tutti gli aspetti dell'amministrazione della giustizia, processuali e sostanziali, ne furono investiti. Tra i principi fondamentali si devono ricordare:

- la netta distinzione tra giurisdizione civile e penale;
- l'istituzione di un sistema gerarchico di organi giudiziari con al vertice un Tribunale di Cassazione, giudice di legittimità;
- il doppio grado di giudizio;
- la pubblicità delle procedure;
- l'elettività dei giudici;
- l'istituzione di giurie popolari in materia penale<sup>37</sup>;
- l'abolizione della tortura e l'umanizzazione delle pene;
- l'unità di giurisdizione;
- l'irretroattività delle leggi penali<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 891–892.

<sup>37</sup> La Costituente aveva istituito, in campo penale, una doppia giuria popolare, d'accusa e giudicante.

<sup>38</sup> Della vasta bibliografia sulle riforme giudiziarie del periodo rivoluzionario ci limiteremo a ricordare per ulteriori riferimenti, oltre alle opere già citate nelle note precedenti, E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution*, I, (1789–1792), Paris 1901, II, (1791–1793), Paris 1913; J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1951 (III ed. 1985); V. DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra Illuminismo e codificazioni*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi. Quarto Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, II, Firenze 1982, pp. 883–897; R. MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale*, cit.; N. PICARDI-A. GIULIANI, *L'ordinamento giudiziario*, I, *Documentazione storica*, Rimini 1985; A. PADOA

Si tratta, evidentemente, di riforme di grande rilevanza, riforme «propriamente rivoluzionarie», che costituiscono il *corpus* normativo sul quale si fonda la moderna concezione della giustizia: il contrasto con gli ordinamenti tradizionali non poteva essere più netto.

I principi sulla giurisdizione stabiliti dal primo testo costituzionale francese ebbero senza subbio un valore e una portata universale. «È il tempo — afferma Robert Badinter — nel quale sono forgiate istituzioni giudiziarie interamente nuove, basate sulla sovranità popolare e ispirate dalla filosofia illuminista»<sup>39</sup>. In effetti «il sistema giudiziario creato dall'Assemblea Costituente ci appare ... come logico, coerente, quasi completo ... l'organizzazione giudiziaria ... è senza dubbio stata una delle parti più riuscite della sua opera»<sup>40</sup>.

Alcuni di questi principi saranno progressivamente abbandonati sia perché troppo astratti e di nessuna utilità — è il caso del *référé législatif* — sia per delle ragioni nello stesso tempo politiche e pratiche, è il caso dell'elettività dei giudici. Ma l'esperienza giuridica successiva ha dimostrato chiaramente al legislatore la necessità di rifarsi all'insieme di questi principi e alle idee ispiratrici di questi testi costituzionali per garantire l'effettività dei diritti dei cittadini.

## 7. L'evoluzione negli anni della Rivoluzione

Con l'avvento della Repubblica nel 1792 e il c.d. periodo del Terrore furono istituite due giurisdizioni straordinarie: i Tribunali rivoluzionari<sup>41</sup> che giudicavano, senza possibilità di appello, i «cospiratori e i contro-rivoluzionari» e le Commissioni militari<sup>42</sup>, cui era affidato il giudizio sugli emigrati. Tali giurisdizioni svolsero nel corso di tutto il periodo rivoluzionario e napoleonico un ruolo particolarmente importante, creando una sorta di giurisdizione parallela a quella ordinaria. Si trattava delle «giurisdizioni rivoluzionarie» che, negli anni della Convenzione, furono trasformate in strumento di lotta politica. Esse giudi-

---

SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit.

<sup>39</sup> R. BADINTER, *Avant-propos*, in *Une autre justice*, cit., p. 7.

<sup>40</sup> J. GODECHOT, *Les institutions de la France*, cit., p. 159.

<sup>41</sup> Decreto 9 marzo 1793.

<sup>42</sup> Decreto 9 ottobre 1792.

carono sommariamente e mandarono a morte migliaia di persone e, soprattutto, interruppero bruscamente il processo di affermazione dello «Stato di diritto» iniziato nel 1789.

La costituzione dell'anno III si riallacciò per molti aspetti, ed in particolare per quanto riguarda il sistema giudiziario, ai principi di quella del 1791. Indipendenza del potere giurisdizionale, elettività dei giudici, suddivisione della giustizia in civile, correzionale e penale furono ribadite. In campo civile si mantenne la struttura gerarchica prevista dalla Costituente, riducendo però il numero dei Tribunali. Per quanto riguarda la giustizia correzionale, i reati punibili con una pena inferiore a tre giorni di prigione o al valore corrispondente a tre giornate lavorative erano di competenza dei Giudici di pace, mentre per quelli fino a tre mesi di detenzione il giudizio spettava ai Tribunali correzionali<sup>43</sup>. In campo penale venne ripreso il sistema previsto dalla prima costituzione, basato sui Tribunali Criminali dipartimentali con giuria di accusa e giuria giudicante<sup>44</sup>.

Si deve osservare che, nel periodo del Direttorio, il principio di elettività dei Giudici venne progressivamente sostituito dalla nomina governativa. Nel complesso, rispetto al periodo precedente, la magistratura francese fu composta sempre più da elementi moderati, o addirittura conservatori, con una marcata connotazione tecnica e professionale evidenziata dalla loro provenienza dalle professioni giuridiche classiche dell'*Ancien Régime*: giudici dei Parlamenti, avvocati o notai.

Da notare che la fine del periodo emergenziale degli anni 1792–1794 (l'epoca del c.d. Terrore) non comportò la fine della giustizia penale straordinaria: le Commissioni militari continuarono infatti a operare per tutto il periodo termidoriano. Con la legge 30 Nevoso Anno VI (19 gennaio 1798) a tali Commissioni era stato affidato il giudizio dei reati di brigantaggio, fenomeno che non accennava ad esaurirsi in Francia e nei territori passati sotto il suo controllo.

---

<sup>43</sup> Ogni Dipartimento aveva da tre a sei Tribunali correzionali. Sugli appelli ai giudizi correzionali era competente il Tribunale criminale dipartimentale.

<sup>44</sup> Il Tribunale era composto da un Presidente, un Accusatore pubblico, un Cancelliere, quattro Giudici, un Commissario dell'esecutivo, nominato dal Direttorio, e da una giuria di dodici persone.



## 8. L'ordinamento napoleonico

In seguito al colpo di Stato napoleonico e l'emanazione della costituzione del 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799), venne attuata un'ampia riforma del sistema giudiziario francese. Pur tenendo conto delle principali acquisizioni del periodo rivoluzionario, si diede avvio a una sorta di «restaurazione» moderata: furono, ad esempio, reintrodotti gli avvocati<sup>45</sup>, che erano stati aboliti nel 1793, limitato il criterio della elettività dei giudici, attenuati alcuni principi garantistici del processo penale accusatorio e recuperate alcune disposizioni dell'*Ordonnance Criminelle* del 1670 instaurando un sistema misto accusatorio–inquisitorio<sup>46</sup>. Come hanno osservato Szramkiewicz e Bouineau,

Napoleone vuole che la giustizia riprenda il carattere misterioso, quasi magico, che essa conservava ancora sotto la monarchia e che si riteneva potesse impressionare l'imputato. Fortemente legato ai riti, ai titoli simbolici delle dignità e al cerimoniale, Napoleone realizza, con l'Impero, un ritorno definitivo alla giustizia d'Ancien Régime [...] Le Corti imperiali sono il più possibile installate negli antichi palazzi dei Parlamenti<sup>47</sup>.

Fu presto intrapresa, con la creazione di specifiche commissioni, una vasta opera di codificazione del diritto che portò alla emanazione

---

<sup>45</sup> Legge 27 Ventoso Anno VIII e 18 Fruttidoro Anno VIII (5 settembre 1800). Cfr. M.P. FITZSIMMONS, *The Parisian order of barrister and the French Revolution*, Cambridge Mass.–London 1987, pp. 90–153 e, per una sintesi, J.–L. GAZZANIGA, *Les avocats pendant la période révolutionnaire*, in *Une autre justice*, cit., pp. 363–380. L'Ordine degli Avvocati fu ristabilito soltanto nel 1810, con il Decreto 14 dicembre 1810, mentre il Notariato fu riorganizzato dalla Legge 16 marzo 1803, cfr. in sintesi A. MOREAU, *Notariat, Révolution: codification*, in *Une autre justice*, cit., pp. 381–394.

<sup>46</sup> A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, Paris 1882 (rist. Vaduz 1978), pp. 451–480. Il modello cui si era riferito il legislatore rivoluzionario, il sistema giudiziario inglese, perse d'influenza «posto in crisi dal conflitto militare e dalle resistenze delle alte Corti francesi (sempre restie a recepire gli istituti, primo fra tutti quello della giuria)» mentre l'*Ordonnance criminelle* del 1670 tornò «ad imporre le sue ragioni, soprattutto per ciò che concerne scrittura e segretezza della fase istruttoria», G. ALESSI, *Processo penale. Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano 1987, p. 397. Cfr. EAD., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma–Bari 2001.

<sup>47</sup> R. SRAMKIEWICZ – J. BOUINEAU, *Histoire des institutions*, cit., p. 271.

dei codici civile (1804), di procedura civile (1806), commerciale (1807), di procedura penale (1808), penale (1810)<sup>48</sup>.

Le disposizioni della costituzione dell'anno VIII, in materia giudiziaria, furono integrate da numerose leggi, in particolare da quelle del 27 Ventoso anno VIII (18 marzo 1800)<sup>49</sup>, in campo civile, e 7 Piovoso anno IX (27 gennaio 1801)<sup>50</sup>, in campo penale e dalle successive costituzioni e leggi organiche, parallelamente all'evoluzione del Regime napoleonico, dal Consolato all'Impero.

Di particolare interesse, tra gli elementi di novità, vi è la fine della elettività dei magistrati, a eccezione dei Giudici di Pace, con l'affermazione del principio della nomina governativa e della «inamovibilità» del giudice<sup>51</sup>. La costituzione dell'anno VIII, Titolo V, artt. 60–68, prevedeva che i giudici di pace fossero elettivi mentre tutti gli altri magistrati sarebbero stati nominati direttamente dal primo Console (art. 41) in base ad una lista di notabili dipartimentali. Da notare che, con il Senato Consulto organico del 4 agosto 1802 (artt. 78–82), si ristabilì la figura del *Grand-Juge*, Ministro della giustizia, che presiedeva la Cassazione e disponeva di ampi poteri di controllo e disciplinari sulla magistratura. Secondo gli artt. 81 e 82 della costituzione:

Art. 81. Egli [il *Grand-Juge*] ha sui tribunali, le giustizie di pace e i loro membri, il diritto di sorvegliarli e di sanzionarli.

Art. 82 — Il Tribunale di cassazione, presieduto da lui, ha il diritto di censura e di disciplina sui Tribunali d'appello e i Tribunali criminali; può, per causa grave, sospendere i giudici dalle loro funzioni, deferirli al *Grand-Juge*, per rispondere della loro condotta.

---

<sup>48</sup> Sul punto esiste una vastissima bibliografia. Si vedano, tra le opere più recenti, J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris 1992; *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano 2002; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit.; S. SOLIMANO, *Il Code civil*, in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Milano 2005, pp. 553 ss.; R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006.

<sup>49</sup> La legge divise il Tribunale di Cassazione in tre sezioni, aumentò il numero dei Tribunali di prima istanza e distinse i Tribunali d'Appello in civili e penali.

<sup>50</sup> La legge riformò la procedura penale in attesa della pubblicazione del codice. Sull'elaborazione del codice, che fu alquanto difficile, cfr. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure*, pp. 481 ss.

<sup>51</sup> Sul sistema giudiziario napoleonico è fondamentale l'opera di J. BOURDON, *La réforme judiciaire de l'An VIII*, 2 vv., Rodez 1941. Sui problemi generali del sistema giudiziario si vedano gli studi a carattere storico – comparativo in *L'ordinamento giudiziario* a cura di N. PICCARDI-A. GIULIANI, cit.

Per quanto riguarda la giustizia civile, oltre ai Giudici di Pace, le cui attribuzioni non subirono modifiche sostanziali<sup>52</sup>, si stabilirono Tribunali di Prima Istanza in ogni *Arrondissement*, composti da dieci giudici e cinque supplenti, competenti anche in materia correzionale e Tribunali di Commercio<sup>53</sup>. Abbandonato il sistema ideato dal legislatore rivoluzionario del c.d. «appello circolare» (*appel circulaire*), secondo il quale i ricorsi contro le sentenze dei Tribunali civili erano indirizzati a un Tribunale civile di un altro Distretto, furono creati i Tribunali d'appello (dopo il 1804 «Corti d'appello» e, dal 1810, «Corti Imperiali»), in media uno ogni tre Dipartimenti, che giudicavano gli appelli dei Tribunali di primo grado e dei Tribunali di Commercio<sup>54</sup>. Per comprendere le ragioni dell'adozione del sistema dell'appello circolare bisogna ricordare che il legislatore rivoluzionario non voleva in alcun modo stabilire giurisdizioni superiori nel timore che potesse riprodurre l'autorità dei Parlamenti d'*Ancien Régime*. Napoleone, al contrario, riteneva che i tribunali d'appello potessero razionalizzare e organizzare gerarchicamente il sistema. L'ufficio di Pubblico Ministero era affidato a un Commissario di nomina governativa con il titolo di «Procuratore Imperiale». Come afferma il Taruffo, il codice di procedura civile del 1806

non è certamente il frutto di una lunga e meditata preparazione, e non regge affatto, sul piano qualitativo, il confronto con il giustamente più famoso *Code civil* del 1804 [...] Manca inoltre una visione coerente della struttura del procedimento ... il processo è una vicenda rimessa integralmente alla volontà delle parti, non solo nel senso che occorre la loro iniziativa ad ogni passo, ma anche nel senso che esse non incontrano limiti o preclusioni di sorta quanto al numero degli atti che possono compiere e delle prove che possono dedurre, né quanto alla possibilità di proporre eccezione, di modificare domande e

---

<sup>52</sup> Il numero delle Giustizie di Pace fu considerevolmente ridotto dalla legge 8 piovoso anno IX (28 gennaio 1801). Rispetto al periodo termidoriano al Giudice di Pace non fu più affidata giurisdizione penale ad eccezione della competenza sui reati di «polizia semplice». Per un panorama generale cfr. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980; in particolare sul *Code de procédure civile* del 1806, pp. 62 – 69.

<sup>53</sup> Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992. Sull'influenza della legislazione commerciale napoleonica nella Restaurazione G.S. PENE VIDARI, *Tribunali di commercio e codificazione commerciale carloalbertina*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», XLIII–XLIV (1971– 1972), pp. 27–124.

<sup>54</sup> I Tribunali d'Appello erano composti da un minimo di dodici ad un massimo di trentuno giudici. Per la validità dei giudizi era necessaria la presenza di almeno sette giudici.

conclusioni. Il ruolo del giudice è ... completamente passivo di fronte alla gestione che del processo fanno gli avvocati delle parti<sup>55</sup>.

Il Vigoriti afferma addirittura che il *Code de procédure civile* «fu semplicemente l'espressione di un'opera di razionalizzazione e di sistemazione che appare, al limite, più vicina ad una consolidazione che ad una codificazione vera e propria»<sup>56</sup>.

Il Tribunale di Cassazione, che assunse nel 1804 la denominazione di Corte, venne diviso in tre sezioni, mantenendo le funzioni che aveva nel periodo rivoluzionario<sup>57</sup>. La Corte di Cassazione era composta da 48 giudici vitalizi eletti dal Senato. Il pubblico ministero era rappresentato dal Procuratore generale imperiale e da sei sostituti o Avvocati generali. La Corte svolse un importante ruolo disciplinare e di cooptazione nei confronti della magistratura. L'emanazione del Codice civile e la crisi del *référé législatif* ebbero come conseguenza un considerevole ampliamento del ruolo della Cassazione che iniziò a svolgere importanti funzioni nomofilattiche nei confronti dei giudici di merito.

La giustizia penale, sino all'entrata in vigore dei nuovi codici nel 1811, si basò sulla legge 7 piovoso anno IX (27 gennaio 1801) che aveva introdotto importanti modifiche alla struttura del processo accusatorio creato dalla Costituente. La legge, secondo l'Esmein, «segnava un ritorno molto netto verso il passato; essa riprendeva l'istruzione segreta e preparatoria che le leggi del 1791 e dell'anno IV avevano abbandonato»<sup>58</sup>. Gli elementi principali della riforma del processo penale furono la creazione di un ministero pubblico e di un giudice d'istruzione, l'audizione dei testimoni al di fuori della presenza dell'imputato e la sostituzione delle prove scritte al dibattito orale di fronte al

---

<sup>55</sup> M. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., p. 66.

<sup>56</sup> V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie (prolegomeni storico-comparativi)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa—Atti del III Congresso Internazionale della Società di Storia del Diritto*, Firenze 1977, II, p. 677.

<sup>57</sup> La Corte di Cassazione era composta da 48 giudici vitalizi eletti dal Senato. Il pubblico ministero era rappresentato dal Procuratore generale imperiale e da sei sostituti o Avvocati generali. La Corte svolse un importante ruolo disciplinare e di cooptazione nei confronti della magistratura.

<sup>58</sup> A. ESMEIN, *Histoire de la procédure*, cit., p. 454.

*jury d'accusa*<sup>59</sup>. Si stabilirono «Tribunali di polizia semplice»<sup>60</sup>, che giudicavano le contravvenzioni o «delitti di polizia», punibili con un'ammenda non eccedente il valore di tre giornate lavorative o con tre giorni di prigione. Ai Tribunali di Prima Istanza spettava il giudizio in materia correzionale<sup>61</sup>, per reati non comportanti pene «afflittive» o «infamanti», o sino a due anni di prigione. Infine le Corti di Giustizia Criminale<sup>62</sup>, stabilite nei capoluoghi dei Dipartimenti, giudicavano gli appelli correzionali e in primo grado le cause penali<sup>63</sup>. Contro le sentenze di tali Corti era ammesso il ricorso in Cassazione.

Caratteristica dell'intero periodo furono le giurisdizioni penali straordinarie: ci riferiamo alle commissioni militari che già nel periodo giacobino avevano fatto la loro comparsa. Con la legge 18 piovoso anno IX (7 febbraio 1801) furono istituiti numerosi Tribunali speciali che giudicavano, senza appello, i reati di brigantaggio e che continuarono ad operare in Francia e nei territori che entravano a far parte del sistema napoleonico sino alla fine dell'Impero<sup>64</sup>.

Si deve ricordare infine che era prevista anche una giurisdizione amministrativa<sup>65</sup>, il contenzioso amministrativo, che verrà successivamente ripresa dagli ordinamenti liberali ottocenteschi<sup>66</sup>, basata

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Erano composti dal Giudice di Pace del Cantone mentre l'ufficio di P.M. era esercitato dal Commissario di Polizia.

<sup>61</sup> Una sezione dei Tribunali civili di Prima Istanza era infatti destinata al giudizio delle cause correzionali.

<sup>62</sup> Fino al 1804 ebbero la denominazione di 'Tribunali Criminali'.

<sup>63</sup> Nonostante Napoleone fosse contrario all'istituto della giuria, vennero mantenute sia la giuria di accusa che quella giudicante.

<sup>64</sup> G. MICHON, *La justice militaire sous la Révolution*, in «Annales révolutionnaires», XIV (1922), pp. 1–26, 99–130, 197–222.

<sup>65</sup> Sulla giustizia amministrativa napoleonica cfr. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris 1970, pp. 87–130; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano 1990. Per un quadro più generale cfr. J.–L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985, pp. 181–226; L. MANNORI–B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma–Bari 2001.

<sup>66</sup> Il sistema del contenzioso amministrativo fu ripreso nel 1817 nel Regno delle Due Sicilie, nel 1835 nello Stato pontificio e nel 1842 nel Regno di Sardegna. Sul problema della giustizia amministrativa nell'Italia unitaria e sull'influenza del modello napoleonico si vedano B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, pp. 25–70.

sui Consigli di Prefettura<sup>67</sup>, al cui vertice era posto il Consiglio di Stato<sup>68</sup>.

## 9. La riforma giudiziaria del 1810–1811

Con l'entrata in vigore nel 1811 dei Codici di procedura penale (1808) e penale (1810), il sistema giudiziario imperiale conobbe ulteriori riforme.

Il Codice di procedura penale del 1808 «segna ancora una nuova reazione nella procedura criminale, perché ristabilì il segreto, quasi nelle stesse condizioni dell'Ordonnance del 1670»<sup>69</sup>. Questo codice «che servì poi di modello ai codici italiani del secolo XIX, non era che una fusione abbastanza riuscita di quanto di meno ingiusto e di più razionale esisteva nelle leggi procedurali precedenti»<sup>70</sup>. Alle Corti di Giustizia Criminale, permanenti, si sostituirono le Corti d'assise, composte da un Presidente e da quattro giudici, stabilite in ogni Dipartimento una volta ogni tre mesi e i cui giudici erano scelti tra i giudici dei Tribunali civili. Napoleone, contrario al principio della giuria popolare, fece eliminare il *jury d'accusation* rafforzando il ruolo del giudice istruttore, mentre il *jury de jugement*<sup>71</sup> venne mantenuto grazie alla ferma volontà del Consiglio di Stato.

Si deve ricordare la creazione delle Corti Speciali. Composte di cinque magistrati della Corte d'assise e di tre militari con il grado almeno di Capitano, le Corti Speciali avevano una competenza molto

---

<sup>67</sup> Presieduto dal Prefetto e composto da tre fino a cinque membri nominati dall'esecutivo tra i *notables locaux*, il Consiglio di Prefettura aveva funzioni consultive ma, soprattutto, costituiva una giurisdizione amministrativa di primo grado.

<sup>68</sup> Il Consiglio di Stato, organo consultivo dell'amministrazione attiva, ricopriva anche le funzioni di supremo organo del contenzioso amministrativo, per il quale fu creata nel 1806 una specifica Commissione al suo interno. Giudicava gli appelli nei confronti delle sentenze dei Consigli di Prefettura. Della vasta bibliografia sul Consiglio di Stato si vedano C. DURAND, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, Paris 1949; e J. BOURDON, *Napoléon au Conseil d'Etat*, Paris 1963.

<sup>69</sup> J. GODECHOT, *Les institutions de la France*, cit., p. 630.

<sup>70</sup> G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano* a cura di Pasquale Del Giudice, III/2, Milano 1927, p. 793.

<sup>71</sup> Ricordiamo che l'istituto della giuria popolare non venne introdotto nei Dipartimenti italiani.

ampia: secondo gli artt. 553 e 554 cod. proc. pen. «tutti i reati commessi da vagabondi o mendicanti o da condannati a pene afflittive o infamanti, così come dei reati di ribellione alla forza armata, di contrabbando, di moneta falsa e di omicidio perpetrato da gruppi armati».

Anche il nuovo codice penale segna «una netta reazione rispetto a quelli che l'avevano preceduto. L'idea di giustizia è sacrificata all'interesse della società borghese; le pene severe sono prodigate; le pene ingiuste — quali la confisca generale, la morte civile — sono frequenti»<sup>72</sup>. Il nuovo codice, che sostituì quelli del 1791 e dell'Anno IV ed è tutt'ora vigente in Francia<sup>73</sup>, si basava sulla tripartizione delle pene in:

- pene di polizia (ammende sino a 15 Franchi e reclusione sino a 5 giorni)
- pene correzionali (reclusione fino a 5 anni)
- pene criminali (pene afflittive e infamanti).

Caratteristica del Codice penale era l'inasprimento generale delle pene nei confronti della legislazione del 1791 e dell'Anno IV e il ripristino di pene — quali il taglio della mano prima della decapitazione per i parricidi — bandite dalla Costituente come retaggio della giustizia d'*Ancien Régime*<sup>74</sup>. Da notare che il nuovo Codice abbandonava in parte il principio della fissità delle pene, stabilendo in alcuni casi un *minimum* e un *maximum*, e ammetteva la possibilità per il giudice di considerare «circostanze attenuanti». Ciò in contrasto con il rigido principio di fissità previsto dal legislatore del 1791 che aveva inteso

---

<sup>72</sup>Ivi, p. 635. Cfr. F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, I, Paris 1866 (II ed.); A. ESMEIN, *Histoire de la procédure*, cit., pp. 481 ss.

<sup>73</sup>Cfr. A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, Paris 1985. Le riforme più importanti nella Restaurazione sono state nel 1814 l'eliminazione della confisca generale dei beni; nel 1832 la riduzione dei casi di applicabilità della pena di morte e la soppressione dell'amputazione del pugno per i parricidi prima dell'esecuzione, del marchio e della gogna. Ulteriori riforme si ebbero nel 1848, nel 1854 e nel 1863.

<sup>74</sup>Al riguardo il giudizio del noto penalista italiano Pellegrino Rossi era molto severo quando definiva il codice penale «opera precipitosa» e lo riteneva «molto al di sotto della civiltà francese», P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, II ed. précédée d'une introduction par Faustin Hélie, Paris 1855, I, p. 42.

limitare al massimo l'intervento discrezionale del giudice<sup>75</sup>. Il legislatore, rileva il Carbasse,

ripudiando il sistema della pena fissa adottato nel 1791, restaurava in parte l'*arbitrium judicis* che costituiva la regola prima del 1789 [...] Era questo il mezzo di conciliare il necessario principio di legalità con la non meno necessaria presa in considerazione delle circostanze particolari di ogni infrazione. Così il codice del 1810 ripudiava la concezione del giudice automa, cara ai riformatori del XVIII secolo, per tornare a quella del giudice intelligente e responsabile, conforme alla più antica tradizione<sup>76</sup>.

Il Codice del 1810, come del resto il codice di procedura penale, ispirato ad un principio utilitaristico che tendeva a recuperare alcuni istituti delle *Ordonnances*, è infatti considerato «come un'opera di reazione contro le leggi del 1791»<sup>77</sup>. Nonostante le critiche provocate dalla severità delle pene, spesso considerate eccessive, al *code pénal* è universalmente riconosciuto il pregio della estrema chiarezza: il codice francese costituì infatti il principale modello per le codificazioni penali europee del XIX secolo.

Contestualmente all'entrata in vigore dei nuovi codici fu realizzata una riforma del sistema giudiziario con la legge del 20 aprile 1810. Le Corti d'appello assunsero la denominazione di Corti Imperiali i cui giudici divennero «Consiglieri di Sua Maestà» (art. 1) mentre i giudici uditori divenivano Consiglieri Uditori (art. 12)<sup>78</sup>. L'art. 2 stabiliva che tali Corti avrebbero avuto competenza in materia sia civile sia penale, poiché le Corti di Giustizia Criminale risultavano soppresse (art. 3). I Sostituti del Procuratore Generale avrebbero assunto la qualifica di

---

<sup>75</sup> Come osserva il Mantovani, il nuovo codice introduceva il principio della c.d. *discrezionalità vincolata* abbandonando il sistema del 1791 basato sul «principio garantista di legalità-tassatività della pena» che «implica la predeterminazione da parte della legge della pena applicabile ai singoli reati. Con la sua espressione estrema nel sistema meccanicistico della 'pena fissa', frutto dell'astratta mentalità illuministica (es.: codice rivoluzionario del 1791) e che elimina la stessa possibilità di un qualsiasi arbitrio del giudice nella irrogazione della sanzione», F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova 1988, p. 761.

<sup>76</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, cit., p. 332. Occorre sottolineare che, per i reati più gravi, era mantenuta la rigida fissità della pena.

<sup>77</sup> A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, cit., p. 118. Fu, in effetti, il legislatore stesso a presentare il *Code pénal* in questo senso.

<sup>78</sup> L'art. 4 stabiliva che il numero di Consiglieri dovesse essere compreso tra quaranta e sessanta per la Corte Imperiale di Parigi e tra venti e quaranta per le altre Corti.



Avvocati Generali, mentre i Sostituti presso la Corte d'assise quella di Procuratori Imperiali Criminali (art. 6).

Le Corti d'assise (art. 16) sarebbero state composte da Consiglieri della Corte Imperiale nominati dal Primo Presidente ed avrebbero tenuto le loro sedute nei luoghi ove abitualmente si riunivano le Corti Criminali. Le Corti Speciali (artt. 23–31) avrebbero giudicato i reati compiuti dai vagabondi o dai condannati a pene afflittive e infamanti (ex artt. 553–534 cod. proc. pen.). I Tribunali di Prima Istanza, i Tribunali di Commercio e le Giustizie di Pace non subivano modifiche sostanziali (artt. 34–44). Agli aspiranti magistrati, oltre agli studi universitari giuridici previsti già dal 1804, si richiedeva un periodo di due anni di pratica come Uditori.

Alla riforma giudiziaria si accompagnò una riorganizzazione generale della magistratura che, attraverso un'ampia epurazione, ne accentuò il carattere conservatore: «a partire dal 1810 ... le Corti d'appello si popolano di vecchi parlamentari o di figli di vecchi parlamentari... Così la giustizia imperiale diventa sempre più una giustizia di classe»<sup>79</sup>.

Tra gli aspetti più rilevanti delle riforme napoleoniche fu la *burocratizzazione del giudice* e l'*organizzazione gerarchica* della magistratura. Si trattò del passaggio da una magistratura non professionale ed elettiva, prevista dagli ordinamenti del periodo rivoluzionario, a un sistema basato su giudici professionali la cui carriera era simile a quella degli altri funzionari pubblici. Il giudice diveniva un tecnico del diritto, un burocrate, la cui carriera nell'ambito della pubblica amministrazione era scandita da «promozioni», «trasferimenti» e «sanzioni» governati dal Ministro della giustizia. Le garanzie di indipendenza del giudice erano molto deboli in quanto, nonostante la previsione costituzionale della inamovibilità, le carriere e l'esercizio stesso della giurisdizione subivano l'influenza determinante del governo. I magistrati del pubblico ministero non godevano nemmeno delle garanzie formali dei giudici e si trovavano alle dipendenze del Ministro della giustizia.

---

<sup>79</sup> J. GODECHOT, *Les institutions de la France*, cit., p. 622.

## 10. L'introduzione dell'ordinamento giudiziario napoleonico nei Dipartimenti italiani

Il sistema giudiziario francese esercitò un'influenza fondamentale sulla cultura e sugli ordinamenti italiani del XIX secolo<sup>80</sup>. Tale influenza si manifestò una prima volta negli anni 1796–1799, all'epoca delle c.d. «Repubbliche giacobine», e, una seconda volta in modo più duraturo, nel periodo napoleonico (1800–1814). Si può parlare di una vera e propria «politica giudiziaria francese», perché l'organizzazione e i problemi provocati dall'introduzione del sistema furono, in buona sostanza, gli stessi in tutti gli Stati italiani.

Nel momento in cui l'Impero napoleonico raggiunse la sua massima estensione, nel 1810, tutta l'Italia, salvo la Sicilia e la Sardegna, ove si erano rifugiate le corti in esilio di Napoli e di Torino, era sotto l'influenza francese. La Penisola era divisa tra territori formalmente autonomi, il Regno d'Italia e il Regno di Napoli, e in dipartimenti francesi denominati «al di là delle Alpi»: il Piemonte (sei dipartimenti)<sup>81</sup>, la Liguria (tre dipartimenti)<sup>82</sup>, Parma (un dipartimento)<sup>83</sup>, la Toscana (tre dipartimenti)<sup>84</sup>, il Lazio (un dipartimento)<sup>85</sup> e l'Umbria (un dipartimento)<sup>86</sup>. Si trattava delle province del Regno di Sardegna, dello Stato pontificio, del Ducato di Parma, della Repubblica di Genova e del Granducato di Toscana. Nei territori annessi all'Impero l'influenza

---

<sup>80</sup> Cfr. E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Saggi di storia del diritto penale*, Milano 1992, pp. 159–195; A. CAVANNA, *L'influence juridique française en Italie au XIXe siècle*, in «Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique», n. 15, 1994, p. 87–112 (in italiano, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in ID., *Scritti (1968–2002)*, II, pp. 1185–1218).

<sup>81</sup> Senato-consiglio dell'11 settembre 1802: Po (Torino), Stura (Cuneo), Dora (Ivrea), Sesia (Vercelli), Marengo (Alessandria), Tanaro (Asti). Cfr. P. Notario –N. Nada, *Il Piemonte sabauda. Dal periodo napoleonico al Risorgimento*, in *Storia d'Italia* diretta da Giuseppe Galasso, VIII/2, Torino 1993.

<sup>82</sup> Montenotte (Savona), Genova (Genova), Appennini (Chiavari).

<sup>83</sup> Taro (Parma).

<sup>84</sup> Senato-consiglio del 24 maggio 1808: Arno (Firenze), Mediterraneo (Livorno), Ombrone (Siena).

<sup>85</sup> Decreto imperiale del 17 maggio 1809: Tevere, in seguito denominato «di Roma» con il Senato-consiglio del 17 febbraio 1810.

<sup>86</sup> Decreto imperiale del 17 maggio 1809 e Senato-consiglio del 17 febbraio 1810: Trasi-meno (Spoleto).

fu diretta e preponderante, nel Regno d'Italia e di Napoli, il personale giudiziario, la cultura e le tradizioni giuridiche locali furono, invece, più valorizzate.

La giustizia francese presentava caratteristiche veramente « rivoluzionarie » rispetto alla situazione italiana. Si tratta di una filosofia giudiziaria nuova, fondata sul razionalismo illuministico e sulla garanzia dei diritti fondamentali del cittadino. Nei dipartimenti italiani, il governo francese introdusse l'ordinamento giudiziario dell'Impero con la sola deroga importante relativa all'istituzione della giuria popolare che Napoleone non volle applicare perché considerava « gli italiani ... troppo passionali »<sup>87</sup>. Le Corti d'assise non furono dunque introdotte in Italia. Giustizie di pace, Tribunali di prima istanza, Corti d'appello (successivamente denominate Corti imperiali), Tribunali di commercio ecc. ricevettero un'organizzazione che riproduceva fedelmente quella della Francia *de l'intérieur*.

Tutti i codici francesi furono pubblicati. In tal modo, il diritto romano fu per la prima volta abrogato in Italia: i codici eliminarono il particolarismo giuridico della tradizione dello *ius commune*.

L'organizzazione delle istituzioni giudiziarie e il reclutamento dei magistrati dei dipartimenti italiani fu, in generale, realizzato da autorità provvisorie stabilite dal governo imperiale: fu il caso della « Giunta straordinaria per la Toscana » e della « Consulta straordinaria per gli Stati romani ». Questi organi erano composti da personalità francesi e italiane<sup>88</sup> e diretti da autorità militari francesi: il generale Jean-Baptiste Jourdan a Torino, il generale Jean-François Menou a Firenze e il generale Sextius Miollis a Roma<sup>89</sup>. Giuristi di una certa notorietà ne fecero parte: per esempio Joseph-Marie de Gérando<sup>90</sup>, considerato

---

<sup>87</sup> *Note sur l'établissement du jury*, 24 giugno 1808, in *Correspondance de Napoléon I<sup>er</sup>*, XVII, Paris 1865, n. 14127, XVII, p. 380. Cfr. in generale, *Les destinées du jury criminel* par Renée Martinage et Jean-Pierre Royer, Lille 1990.

<sup>88</sup> Gran parte di questi ultimi erano piemontesi perché considerati assai fedeli all'Impero napoleonico.

<sup>89</sup> Si veda H. AURÉAS, *Un général de Napoléon: Miollis*, Paris 1961.

<sup>90</sup> Cfr. G. BERLIA, *Gérando. Sa vie. Son oeuvre*, Paris 1942; O. MOREL, *Essai sur la vie et les travaux de M.J. Baron De Gérando*, Paris 1846; H. F. KOEHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Paris 1950, pp. 286-289; e L. TRÉNARD in *Dictionnaire de biographie française*, XV, Paris 1982, pp. 1197-1199.

tra i fondatori del moderno diritto amministrativo francese, e gli italiani Ferdinando Dal Pozzo<sup>91</sup> e Cesare Balbo<sup>92</sup>. L'attività delle Giunte straordinarie nell'organizzazione giudiziaria e la nomina dei magistrati fu controllata da Commissari straordinari inviati direttamente dal governo imperiale. Si trattava di magistrati della Corte di cassazione ai quali spettava il compito di preparare un rapporto completo al Ministro della giustizia per verificare i criteri di scelta dei giudici. Fu il caso dei commissari Gilbert Jourde, Sostituto procuratore della cassazione, inviato a Torino e di Joseph Coffinhal<sup>93</sup>, giudice della stessa Corte di cassazione, inviato a Roma. I commissari entrarono spesso in contrasto con le autorità militari e civili (Governatori e Giunte straordinarie). La soluzione di tali contrasti fu normalmente favorevole ai commissari.

Nei dipartimenti italiani l'organizzazione giudiziaria fu dunque affidata a una sorta di «duumvirato»: da un lato le autorità provvisorie e dall'altro i commissari straordinari, direttamente inviati dal governo imperiale.

Dal punto di vista del reclutamento dei magistrati, si deve sottolineare che soltanto le procure, a Roma, Torino, Genova e Firenze, furono composte esclusivamente da francesi. Ciò si può spiegare con la fedeltà assoluta che il governo pretendeva dai Procuratori imperiali le cui funzioni erano considerate veramente essenziali e propulsive nell'amministrazione della giustizia. Personalità francesi di alto livello furono scelte nel ruolo di Procuratore generale presso le Corti d'appello italiane: è sufficiente ricordare i magistrati della Corte di cassazione, Jean-Baptiste Tixier, nominato a Torino, e Joseph Le Gonidec, nominato a Roma. La scelta dei Primi Presidenti delle Corti d'appello cadde su magistrati italiani. Furono nominati autorevoli giuristi i quali avevano aderito al regime napoleonico, quali Ugo Vincenzo Botton di

---

<sup>91</sup> Cfr. L. C. BOLLEA, *Ferdinando Dal Pozzo di Castellino e San Vincenzo con l'append. Dieci mesi di carteggio*, Torino 1924; e la voce di M. GOSSO, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXXII, Roma 1986, pp. 229–233.

<sup>92</sup> Cfr. C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, Torino 1881; Y.-M. BERCÉ, *L'organisation judiciaire et le recrutement des magistrats dans les Départements de l'Etat ecclésiastique (1809–1813)*, in *Annuario dell'Ist. storico ital. per l'età moderna e contemporanea*, XIII–XXIV (1971–72), pp. 421–434; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Le istituzioni giudiziarie degli «Stati romani» nel periodo napoleonico (1808–1814)*, Roma 1990.

<sup>93</sup> Cfr. *Nouvelle biographie générale depuis les temps les plus reculés*, XI, Paris 1866, p. 61; A. TRIN, in *Dictionnaire de biographie française*, IX, Paris 1961, p. 127.

Castellamonte<sup>94</sup> a Torino, Ferdinando Dal Pozzo a Genova, o Vincenzo Bartolucci<sup>95</sup> a Roma.

I magistrati di origine piemontese, perché ritenuti fedeli all'Impero, furono privilegiati nel reclutamento. Quanto all'origine sociale e professionale dei giudici possiamo fornire alcuni dati sulle nomine: 50 % avvocati, procuratori e notai; 30% magistrati e impiegati dei governi precedenti; 10% magistrati francesi; 10% proprietari non giuristi<sup>96</sup>. Da notare che le personalità che avevano aderito ai governi delle Repubbliche «giacobine» del Triennio 1796–1799, svolsero comprensibilmente un ruolo particolare negli ordinamenti giudiziari dei territori italiani annessi all'Impero napoleonico.

La giustizia francese dimostrò una grande celerità in materia civile e una particolare efficacia repressiva in quella penale. In generale essa fu apprezzata per la razionalità del suo sistema gerarchico, per la certezza dei giudizi e per la speditezza delle procedure.

L'importanza delle riforme giudiziarie introdotte dai francesi fu riconosciuta ovunque in Italia. Negli anni della Restaurazione tutti i governi dovettero ispirarsi al sistema giudiziario francese. La separazione tra giustizia civile e giustizia penale, la pubblicità delle procedure, l'obbligo di motivazione delle sentenze, il doppio grado di giudizio e la Cassazione, e, in materia penale, l'abolizione della tortura e l'umanizzazione delle pene, furono i principi tratti dall'ordinamento francese che costituiscono in Italia il modello della modernizzazione della giurisdizione. Il modello giudiziario napoleonico esercitò una grandissima influenza in tutta Europa e, in particolar modo, in Italia, dove fu adottato dal Regno di Sardegna e, successivamente, dal Regno d'Italia.

---

<sup>94</sup> Si veda la voce di G. VACCARINO, in *Dizionario biografico degli Italiani*, XIII, Roma 1971, pp. 480–482. In seguito fu nominato Lodovico Antonio Peyretti.

<sup>95</sup> Dopo la sua nomina al Consiglio di Stato francese, si affidò la presidenza al piemonte Cavalli d'Olivola. Su Vincenzo Bartolucci si veda la voce in *Dizionario biografico degli Italiani*, VII, Roma 1965, pp. 4–5.

<sup>96</sup> Cfr. Y.-M. BERCÉ, *L'organisation judiciaire*, cit.



## Capitolo III

### Il ruolo del giudice e l'interpretazione nel *Code civil*

#### 1. Le disposizioni preliminari del codice civile

L'individuazione di regole atte a disciplinare la produzione e l'applicazione delle norme giuridiche — ossia le «norme di produzione» o «di riconoscimento», — è da sempre fondamentale in tutti gli ordinamenti giuridici. Con le codificazioni del XIX secolo<sup>1</sup> tali norme furono formalizzate e collocate nei titoli preliminari dei codici civili<sup>2</sup>. La di-

---

<sup>1</sup> Della vastissima bibliografia sulla codificazione francese ci limitiamo a ricordare i saggi contenuti nel *Livre du Centenaire. Le Code civil 1804–1904*, 2 vv., Paris 1904 (rist. anast. Paris 2004); J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris 1929; A.–J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris 1969; tra le opere più recenti cfr. J.–L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, cit.; ID., *Le code civil*, Paris 1996 (II ed. 2003); ID., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996; S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean–Baptiste Target 1798–1799*, Milano 1998; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit.; *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit.; R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, cit. La bibliografia si è ora particolarmente arricchita in occasione della celebrazione del bicentenario del *Code Napoléon*, cfr., tra gli altri, *Livre du Bicentenaire. Le Code civil 1804–2004*, Paris 2004; *Le Code civil: un passé, un présent, un avenir. 1804–2004*, Paris 2004.

<sup>2</sup> A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse, disposizioni preliminari*, II ed., Torino, Utet, 1999, pp. 377–502, anche ID., *Le preleggi. Gli articoli 1–15 del Codice civile*, Torino 1999 (da cui citiamo). Sul tema cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in «Il Foro Italiano», XCII (1969), parte V, pp. 112–132 (ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 443–474, da cui citiamo); E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa (a proposito d'uno scritto di Gino Gorla sull'art. 12 disp. prel. del codice civile)*, in «Il Foro italiano», XCVI (1971), parte V, pp. 99–118; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, *Disposizioni sulla legge in generale, Art. 10–15*, Bologna–Roma 1974; G.S. PENE VIDARI, *Nota sull'«analogia juris». L'art. 15 del tit. prel. C.C. alber-*

disciplina dettata dalle «disposizioni preliminari» — abitualmente denominate *Preleggi* — non si limita alla sola materia civile, ma si estende alla legge «in generale», e dunque anche a quella costituzionale. I titoli preliminari del codice civile sono frutto «di un patrimonio di idee comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quello della rivoluzione e della stessa restaurazione: a) il primato della legge, con la esclusione delle altre fonti concorrenti (consuetudine, dottrina, giurisprudenza); b) il valore garantistico del codice civile, che diviene la magna carta dei diritti individuali; c) la subordinazione del giudice funzionario al legislatore»<sup>3</sup>.

È il caso, ad esempio, delle *Disposizioni sulla legge in generale*. Esse precedono il Codice civile italiano del 1942 e disciplinano nel Capo I (artt. 1–9) le fonti del diritto e, nel secondo (artt. 10–15), l'applicazione della legge (l'obbligatorietà, gli effetti nel tempo e l'interpretazione). Anche il Codice civile del Regno di Sardegna del 1837 e il primo Codice unitario, il c.d. «Codice Pisanelli» del 1865, erano preceduti rispettivamente da un *Titolo preliminare* (artt. 1–17) e da *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale* (12 articoli). I codici civili italiani — com'è noto — si ispirarono ampiamente al *Code Napoléon* del 1804. Tuttavia, a questo riguardo, essi si discostarono dal codice francese e accolsero soprattutto il modello dell'ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) del 1811: infatti, mentre il titolo preliminare del testo francese, di soli 6 articoli, non forniva alcuna disciplina dell'interpretazione della legge, il codice civile austriaco, nei 14 articoli della *Introduzione (Delle leggi in generale)* stabiliva una disciplina assai più ampia, non solo sui criteri dell'interpretazione (art. 6), ma anche

---

*tino e la sua formazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», L (1977), pp. 342–355; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I/2, Milano 1980; A. SCIUMÉ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo 1837–1942*, Torino 2002; G.S. PENE VIDARI, *Le disposizioni preliminari del codice civile*, in E. GENTA–G.S. PENE VIDARI, *Storia del diritto contemporaneo*, Torino 2005, pp. 35–67; R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in *Forum Historiae Iuris*, 2006, [http://www.forhistiur.de/zitat/0601ferrante.htm]; F. AIMERITO, *Preleggi (storia)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile, Aggiornamento*, III/2, Torino 2007, pp. 953–961.

<sup>3</sup> A. GIULIANI, *Le preleggi*, cit., p. 4.



sull'analogia (art. 7), sull'interpretazione autentica (art. 8) e sulla vigenza della consuetudine (art. 10).

Fu il codice civile francese del 1804 — il *code Napoléon* — a inaugurare la tradizione delle Preleggi con il *Ttolo preliminar*e di 6 articoli.

## 2. La teoria dell'interpretazione nel periodo rivoluzionario e il *référé législatif*

Le dottrine dell'Illuminismo<sup>4</sup>, sulla base dei principi della separazione dei poteri e del «primato della legge» sulle altre fonti del diritto (consuetudinarie, giurisprudenziali e dottrinarie), avevano teorizzato la realizzazione di un sistema normativo che consentisse l'applicazione della norma senza «interpretazione»<sup>5</sup>. Ci riferiamo ad esempio ad autori quali Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Pietro Verri e Filangieri. Ciò prevedeva per il giudice un'attività meramente meccanica di applicazione della norma al caso oggetto del giudizio, con l'esclusione di qualunque attività interpretativa. Unica interpretazione ammessa era l'interpretazione autentica, perché fornita dal legislatore stesso<sup>6</sup>. Tali

<sup>4</sup> Sull'illuminismo giuridico si vedano soprattutto G. D'AMELIO, *ILLUMINISMO e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit.; P. COMANDUCCI, *L'Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1978; M.R. DI SIMONE, *Diritto*, in *L'Illuminismo. Dizionario storico*, a cura di V. Ferrone e D. Roche, Roma-Bari 1997, pp. 137-146; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine giuridico*, cit.;

<sup>5</sup> Per un panorama sulla vastissima bibliografia sulla interpretazione si vedano, tra le opere più recenti, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993; V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, III ed., Milano 1998; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova 1998; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999; P. COMANDUCCI, *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, Torino 1999, pp. 1-20; G. ALPA, *Storia, fonti, interpretazione*, in ID., *Trattato di diritto civile*, I, Milano 2000; *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli 2001; N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisprudenza*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, a cura di M. G. di Renzo Villata, Napoli 2004, pp. 465-501.

<sup>6</sup> Sulle teorie dell'interpretazione nel XVIII secolo e, specificamente, nell'ordinamento

teorie costituirono il fondamento delle dottrine giuridiche dominanti negli anni della Rivoluzione francese. Ha osservato Adriano Cavanna che

il dogma illuministico della certezza e chiarezza del diritto, della sua radicale semplificazione e della tassativa subordinazione del giudice alla legge — principio che la Rivoluzione eredita da Montesquieu — diventa, in questo momento, coerentemente produttivo di un poderoso complesso di costruzioni giuridiche positive<sup>7</sup>.

Principale frutto di tale orientamento in materia d'interpretazione della legge fu il sistema del c.d. *référé législatif*, istituto paradigmatico della teoria della separazione assoluta tra normazione e giurisdizione, creato dall'Assemblea costituente nel 1790. Tale istituto vietava al giudice l'interpretazione della legge, imponendogli di rivolgersi al legislatore per la soluzione dei dubbi interpretativi o in seguito all'individuazione di una lacuna legislativa. Il legislatore avrebbe fornito una interpretazione autentica, attraverso l'emanazione di una legge interpretativa che il giudice *a quo* avrebbe applicato alla controversia oggetto del giudizio. Il sistema si articolava in un *référé* al legislatore «obbligatorio», richiesto dal Tribunale di cassazione nel caso di conflitto con il giudice di rinvio provocato dal suo mancato adeguamento al pronunciamento della Cassazione (art. 21, II co., legge 27 novembre–1 dicembre 1790), e in un *référé* «facoltativo», che aveva origine invece da un dubbio interpretativo individuato dal giudice di merito (art. 12, tit. II, legge 16–24 agosto 1790).

L'attuazione del sistema del *référé législatif* provocò una situazione di paralisi della giustizia. Ciò in quanto i giudici avevano frequentemente fatto ricorso alla procedura del *référé* interrompendo i giudizi, mentre il legislatore non riusciva a rispondere tempestivamente alle crescenti richieste di soluzione di dubbi interpretativi. L'istituto del *référé législatif* poneva inoltre una grave questione di principio, poiché la richiesta dell'emanazione di una legge interpretativa — o addi-

---

francese, rinvio alla bibliografia riportata nei miei due studi *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e «riferimento al legislatore» nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000; e *Giurisprudenza e référé législatif*, cit.

<sup>7</sup> A. CAVANNA, *Dal diritto comune alla codificazione. Appunti dalle lezioni*, Milano 1997, p. 36.

rittura di una nuova legge — in pendenza di lite, rischiava di trasformare il legislatore in giudice. Si trattava di una forma di ingerenza del legislativo nell'amministrazione della giustizia e dunque di una violazione del principio di separazione dei poteri. Il *référé législatif*, istituito in base a una rigida concezione di tale principio, paradossalmente divenne nei fatti uno strumento di condizionamento della giustizia da parte del legislatore. È opportuno ricordare che il *référé législatif* è considerato in dottrina come un istituto avulso dalla realtà e troppo schematico: significativo è al riguardo il giudizio del civilista francese François Géný che lo ha definito «errore legislativo» e «incidente effimero e quasi dimenticato della nostra storia costituzionale», al quale non si può riconoscere «la minima influenza positiva»<sup>8</sup>.

### 3. Il Libro preliminare del progetto del codice civile

L'avvento del regime napoleonico fu caratterizzato da un atteggiamento pragmatico tendente a correggere gli eccessi della cultura giuridica rivoluzionaria, grazie al recupero di principi e istituti della tradizione dell'*Ancien Régime*. Anche in tema di interpretazione della legge e nella definizione dei rapporti tra giurisdizione e normazione si verificò l'abbandono di un istituto — quale il *référé législatif* — che cominciò a essere considerato frutto di un astratto schematismo, in favore della rivalutazione del ruolo interpretativo del giudice. Per agevolare il funzionamento della giustizia, la rigidità della concezione illuministica del giudice *bouche de la loi* — secondo la nota espressione di Montesquieu — fu considerevolmente attenuata sulla base di esigenze pratiche, consentendo una maggiore latitudine interpretativa.

Allo scopo di pervenire rapidamente alla codificazione del diritto civile, dopo i tentativi non riusciti del periodo rivoluzionario, il 24 Termidoro anno VIII (12 agosto 1800) fu incaricata una nuova Commissione, composta da François-Denis Tronchet (1726–1806), Jean-Etienne-Marie Portalis (1746–1807), Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747–1825) e Jacques de Maleville (1741–1824). La

---

<sup>8</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II ed., Paris 1919 (rist. anast. Paris 1995), I, pp. 85, 88.

Commissione preparò un progetto di codice che si apriva con un *Libro preliminare*, intitolato *Del diritto e delle leggi in generale*, composto da 39 articoli, divisi in sei titoli: I. *Definizioni generali* — II. *Divisione delle leggi* — III. *Della pubblicazione delle leggi* — IV. *Degli effetti della legge* — V. *Dell'applicazione e dell'interpretazione delle leggi* — VI. *Dell'abrogazione delle leggi*.

Il titolo V conteneva una vera e propria disciplina dell'interpretazione della legge. Dopo aver affermato, all'art. 1, che «il ministero del giudice è di applicare le leggi con discernimento e fedeltà», si riconosceva che «sovente è necessario interpretare le leggi» (art. 2). Si distinguevano quindi due forme d'interpretazione: quella giudiziale (o «in concreto»), originata da una fattispecie concreta sottoposta a giudizio, e quella autentica (o «in astratto»), efficace *erga omnes*. Gli artt. 5, 6, 7 fornivano alcuni criteri molto generali per l'interpretazione: si affermava, ad esempio, che «quando una legge è chiara non bisogna eluderne la lettera con il pretesto di penetrarne lo spirito» (art. 5) e si vietava al giudice di introdurre eccezioni non previste dalla legge e di distinguere ove la legge non distingueva (art. 7).

Particolarmente importanti erano le disposizioni che stabilivano:

- il divieto per il giudice di emanare disposizioni di carattere generale (art. 3: «Il potere di pronunciarsi in forma di disposizione generale è vietato ai giudici»);
- l'obbligo per il giudice di giudicare in ogni caso le controversie a lui sottoposte (art. 12: «Il giudice che rifiuti o che differisca il giudizio con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, si rende colpevole d'abuso di potere o di diniego di giustizia»);
- la possibilità per il giudice di far ricorso in materia civile all'equità e alla consuetudine, in presenza di una lacuna legislativa (art. 11: «Nelle materie civili, il giudice, in mancanza di una legge precisa, è un ministro di equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale, o agli usi stabilitisi nel silenzio della legge positiva»).

Quest'ultima disposizione rappresentava la novità più rilevante: l'art. 11, che consentiva al giudice di divenire «ministro di equità» e di

riferirsi al diritto naturale e alla consuetudine in caso di lacuna legislativa, avrebbe in gran parte riconosciuto alla giurisprudenza quella funzione creativa che essa aveva esercitato nell'*Ancien Régime*, proprio quella funzione che la Rivoluzione aveva aspramente combattuto.

Nel complesso, dal titolo V del progetto del libro preliminare emerge chiaramente la volontà di assegnare al giudice un ruolo del tutto diverso rispetto a quello previsto dalla legislazione del periodo rivoluzionario.

#### 4. Portalis e il *Discours préliminaire* sul progetto del codice civile

Il *Discours préliminaire* del Portalis, che accompagna il progetto di codice civile del 1° piovoso Anno IX (21 gennaio 1801), è un testo di grande rilievo e notorietà, perché rappresenta una sorta di manifesto programmatico della codificazione napoleonica, non solo civilistica. È dunque utile cercare nel *Discours préliminaire* le ragioni dell'abbandono delle teorie rivoluzionarie sull'interpretazione della legge da parte del legislatore napoleonico.

Nel testo il Portalis ricorda come l'istituto del *référé facultatif* avesse rallentato il corso della giustizia e come la giurisprudenza della Cassazione lo avesse evidenziato:

sul fondamento della massima seconda la quale i giudici devono ubbidire alle leggi e che è loro vietato di interpretarle, i Tribunali, in questi ultimi anni, hanno inviato con dei *référés* i processi al potere legislativo, tutte le volte che non disponevano di una legge, o che la legge appariva loro oscura. Il Tribunale di cassazione ha sempre represso questo abuso come diniego di giustizia<sup>9</sup>.

Secondo il Portalis, il ricorso al *référé* in pendenza di lite aveva affidato al legislatore funzioni giurisdizionali, con evidenti rischi per l'imparzialità e la correttezza nell'amministrazione della giustizia: «costringere il magistrato a ricorrere al legislatore sarebbe ammettere

---

<sup>9</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827 (rist. anast. Osnabrück 1968), p. 474.

il più funesto dei principi; sarebbe rinnovare tra noi, la disastrosa legislazione dei rescritti»<sup>10</sup>.

La netta condanna dell'istituto pronunciata dal Portalis non era fondata solo su ragioni pratiche, ma, più in generale, sulla necessità di ridefinire la concezione della giurisdizione e di restituire al giudice funzioni interpretative. Un codice — proseguiva il Portalis — non può disciplinare tutte le fattispecie e non può definirsi completo: «prevedere tutto, è un obbiettivo impossibile da raggiungere»<sup>11</sup>. Non si può imporre al legislatore «il terribile compito di non lasciare nulla alla decisione del giudice»<sup>12</sup>:

per quanto si faccia, le leggi positive non saprebbero mai sostituire interamente l'uso della ragione universale nelle cose della vita. I bisogni della società sono così diversi, la comunicazione degli uomini così attiva, i loro interessi sono così numerosi, e i loro rapporti così estesi, che è impossibile per il legislatore provvedere a tutto [...]

Un codice, per quanto completo possa apparire, non è compiuto che già mille questioni inattese si presentano al magistrato. Perché le leggi, una volta emanate, restano così come sono state scritte. Gli uomini invece, non si riposano mai e questo movimento [...] produce, in ogni istante, qualche combinazione nuova, qualche fatto nuovo, qualche risultato nuovo<sup>13</sup>.

Il compito della legge è quello di «fissare, a grandi linee, les massime generali del diritto», mentre spetta alla giurisprudenza e alla dottrina «dirigerne l'applicazione», poiché «una quantità di cose sono ... necessariamente lasciate alla forza dell'uso, alla discussione degli uomini eruditi, alla valutazione dei giudici»<sup>14</sup>.

Un rifiuto così radicale delle concezioni della giurisdizione e della normazione sulle quali il legislatore rivoluzionario aveva costruito l'ordinamento potrebbe apparire sorprendente se non si tenesse conto del mutato clima politico e culturale. Le parole del Portalis, giustamente note, rappresentano una vera e propria riabilitazione della giurisprudenza e della dottrina:

---

<sup>10</sup> Ivi, I, pp. 474–475.

<sup>11</sup> Ivi., p. 467.

<sup>12</sup> Ivi, p. 469.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Ivi, p. 470.

presso tutte le nazioni civilizzate, si vede sempre formarsi, accanto al santuario delle leggi, e sotto la sorveglianza del legislatore, un deposito di massime, di decisioni e di dottrina che si aggiorna quotidianamente attraverso la pratica e l'effetto dei dibattiti giudiziari, che si accresce senza sosta di tutte le conoscenze acquisite e che costantemente è stato considerato come il vero supplemento della legislazione<sup>15</sup>.

La completezza della legislazione sarebbe stata auspicabile ma, data l'impossibilità di una sua effettiva realizzazione, il ricorso alla consuetudine, alla giurisprudenza, alla dottrina e al diritto naturale risultava indispensabile

in mancanza di un testo preciso su ogni materia, un uso antico, costante e ben stabilito, una serie ininterrotta di decisioni simili, una opinione o una massima accolta, sostituiscono la legge. Quando non si è diretti da niente di ciò che è stato stabilito o che si conosce, quando si tratta di un fatto del tutto nuovo, si risale ai principi del diritto naturale. Perché se la previdenza dei legislatori è limitata, la natura è infinita, essa si applica a tutto ciò che può riguardare gli uomini<sup>16</sup>.

Dopo aver riabilitato dottrina e giurisprudenza, il Portalis si propone di definire il concetto d'interpretazione della legge, distinguendo l'interpretazione *in concreto*, consentita al giudice, da quella *in astratto* o autentica, di competenza del solo legislatore:

L'interpretazione 'per via di dottrina', consiste nel cogliere il vero senso delle leggi, nell'applicarle con discernimento, nel supplirle nei casi che esse non hanno regolato. Senza questa forma d'interpretazione potremmo immaginare la possibilità di svolgere la funzione di giudice?

L'interpretazione 'per via di autorità', consiste nel risolvere le questioni e i dubbi, per via regolamentare o di disposizioni generali. Questo modo di interpretare è il solo che sia proibito al giudice.

Quando la legge è chiara bisogna seguirla, quando è oscura bisogna ricercarne le disposizioni. Se manca la legge, bisogna consultare la consuetudine o l'equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale, nel silenzio, la contraddittorietà o l'oscurità delle leggi positive<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 471.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 474.

Il Portalis, nel concludere le sue riflessioni dedicate alla interpretazione della legge, distingue la cultura del legislatore da quella del giudice e, per vincere la resistenza dei giuristi fedeli alle concezioni rivoluzionarie, sottolinea nuovamente la rilevanza normativa della giurisprudenza e della consuetudine:

c'è una scienza per i legislatori, come ce n'è una per i magistrati e l'una non somiglia all'altra. La scienza del legislatore consiste nel trovare in ogni materia i principi più favorevoli al bene comune; la scienza del magistrato consiste nel mettere in azione questi principi, diramarli ed estenderli attraverso un'applicazione saggia e ragionata, alle fattispecie private [...] Bisogna che il legislatore vegli sulla giurisprudenza... ma bisogna che ve ne sia una [...] Spetta all'esperienza colmare successivamente i vuoti da noi lasciati. I codici dei popoli si fanno con il tempo, ma, in effetti, non siamo noi a farli.

Dunque il Portalis intendeva superare l'accezione negativa del termine «interpretazione» che si era affermata negli anni della Rivoluzione e ne evidenziava l'importanza e l'ineludibilità nell'attività giurisdizionale. La precisa distinzione tra «interpretazione in astratto», o autentica — emanata dal legislatore e vincolante erga omnes — e «interpretazione in concreto», o giudiziale — la cui efficacia è rigorosamente limitata alle parti in giudizio — consentiva al Portalis di chiarire che soltanto la prima è vietata al giudice, mentre la seconda è presupposto necessario dell'applicazione della legge alla fattispecie concreta.

## 5. Il Titolo preliminare

Nel corso dell'*iter* di approvazione del codice civile, il progetto del Libro preliminare fu oggetto di tali critiche da indurre la Commissione ad abbandonarlo. Ricco di riferimenti teorici e di complesse definizioni, il Libro preliminare fu considerato pericolosamente giusnaturalistico e, più in generale, troppo «filosofico»: lo stesso Portalis, uno degli autori del testo, parlò di definizioni «vaghe e astratte, la cui nozione è spesso più difficile da stabilire che quella della cosa stessa che si definisce»<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Ivi, VI, p. 43.



Dal suo testo si stralciarono i titoli III, IV V, e si ricavò un Titolo preliminare, (*Della pubblicazione, degli effetti, e dell'applicazione delle leggi in generale*) di soli 6 articoli, che non aveva le ambizioni del Libro originale.

Non possiamo qui dar conto del dibattito sul Titolo preliminare che si svolse davanti alle assemblee legislative. Ci limitiamo a ricordare che esso fu di grande interesse, in quanto, nonostante i fautori della nuova concezione della giurisdizione fossero in maggioranza, i difensori della concezione «meccanica» della giurisdizione, ossia i fautori del *référé législatif*, ebbero modo di riproporre le argomentazioni tipiche delle dottrine del periodo rivoluzionario.

Questo il testo del Titolo preliminare del *Code Napoléon* nella sua formulazione definitiva:

- Art. 1. Le leggi hanno esecuzione in tutto il territorio francese in forza della promulgazione fatta all'Imperatore. — Esse sono osservate in qualunque parte dell'Impero, dal momento in cui può esserne conosciuta la promulgazione. — La promulgazione fatta dall'Imperatore dovrà ritenersi conosciuta nel dipartimento in cui risiederà l'Imperatore, un giorno dopo quello della promulgazione; e in ciascuno degli altri dipartimenti dopo lo stesso termine, coll'aggiunta di altrettanti giorni, quante decine di miriametri (circa dieci leghe antiche) sarà distante il capoluogo di ciascun dipartimento, dalla città dove sarà stata fatta la promulgazione.
- Art. 2. La legge non dispone che per l'avvenire, essa non può avere effetto retroattivo.
- Art. 3. Le leggi di polizia e di sicurezza obbligano tutti quelli che dimorano nel territorio. — I beni immobili, anche quelli posseduti da stranieri, soggiacciono alla legge francese. — Le leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone regolano i francesi anche residenti in un paese straniero.
- Art. 4. Il giudice che rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito quale colpevole di diniego di giustizia.
- Art. 5. È proibito ai giudici di pronunciarsi in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza.
- Art. 6. Le leggi che interessano l'ordine pubblico o il buon costume, non possono essere derogate da convenzioni particolari.

Nella formulazione del testo definitivo del Titolo preliminare, le disposizioni relative all'interpretazione della legge furono soltanto quelle contenute nell'art. 4:

Il giudice che rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di diniego di giustizia;

e nell'art. 5:

È proibito ai giudici di pronunciarsi in via di disposizione generale regolamentare nelle cause di loro competenza.

Il Portalis, nell'*Exposé des motifs* al Corpo legislativo, ribadì la necessità che il giudice «abbia il diritto di interpretare le leggi e di supplire ad esse»<sup>19</sup>. Ma, al tempo stesso, ricordò i limiti indispensabili all'azione del giudice per la garanzia della separazione dei poteri:

Il giudice diventerebbe legislatore se potesse pronunciarsi attraverso atti regolamentari sulle cause sottoposte al suo Tribunale. Un giudizio non obbliga se non le parti tra le quali interviene. Un regolamento obbligherebbe tutti i cittadini e il Tribunale stesso. Ci sarebbero ben presto tante legislazioni quante sono le giurisdizioni<sup>20</sup>.

Obiettivo dichiarato dell'art. 4 fu dunque l'abrogazione del *référé législatif* facoltativo, attraverso l'imposizione dell'obbligo per il giudice di pronunciarsi *comunque* sulla causa in giudizio, facendo ricorso ai tradizionali strumenti interpretativi: l'analisi dei lavori preparatori del *Code civil* lo conferma pienamente<sup>21</sup>.

Nel presentare il progetto dell'articolo, il Portalis affermò: «questo articolo ha come obiettivo di impedire ai giudici di sospendere o di rinviare arbitrariamente le loro decisioni attraverso i *référés* al legislatore»<sup>22</sup>. Gli espliciti riferimenti alla necessità di impedire la sospensione dei giudizi a causa del ricorso al *référé* furono innumerevoli. Come, ad esempio, le parole di Jean Grenier (1753–1841), pronunciate al

---

<sup>19</sup> Ivi, p. 360.

<sup>20</sup> Ivi, p. 361.

<sup>21</sup> Si vedano L. HUSSON, *Un débat révélateur: la discussion de l'art. 4 du Code Napoléon*, in *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*, coordinador F. E. Rodríguez García, Mexico 1980, pp. 525–553; *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la direction de G. Fauré et G. Koubi, Paris 2003 (in particolare i saggi di J. CHEVALLIER, R. LIBCHABER, M. DAURY–FAUVEAU).

<sup>22</sup> P.–A. FENET, *Recueil complet*, cit., VI, p. 15.

Tribunato il 9 ventoso anno XI, (28 febbraio 1803), che confermano l'intento del legislatore di por fine all'abuso «dei numerosi *référés* da parte dei Tribunali che schiacciavano il Corpo legislativo». Quanto all'art. 5, il Grenier riteneva che si trattasse di «una conseguenza della divisione dei poteri, e ogni riflessione per provarne il merito sarebbe oziosa» (Fenet, VI, p. 376). Louis-Joseph Faure (1760–1837), membro del Tribunato, nel suo intervento del 14 ventoso anno XI (5 marzo 1803), affermò che l'art. 4 del progetto, imponendo al giudice di fare giustizia, avrebbe evitato gli inconvenienti provocati dall'istituto del *référé facultatif*. Ciò avrebbe comportato, in caso di lacuna legislativa, in materia civile, il ricorso all'equità e al diritto naturale mentre, nei giudizi penali, all'assoluzione dell'imputato:

in sintesi, per ogni causa, sia civile, sia criminale, o la legge parla, o essa tace. Se la legge parla, bisogna giudicare conformandosi alla sua volontà. Se essa tace, bisogna comunque giudicare ma con la differenza che, quando si tratta di una causa civile, i giudici devono basarsi sulle regole dell'equità, che consistono nelle massime di diritto naturale, di giustizia universale e razionale, e che, quando si tratta di un processo criminale, l'accusato deve essere assolto, visto il silenzio della legge<sup>23</sup>.

Nel caso fossero rimasti dubbi interpretativi, il giudizio sarebbe spettato alla Cassazione:

Se infine restano ancora delle difficoltà? Spetta al Tribunale di cassazione la loro risoluzione; Tribunale supremo, stabilito per venire in soccorso dei cittadini nei casi in cui fossero state applicate delle leggi che non dovevano esserlo, così come in quelli dove non si fosse trovata alcuna legge applicabile, quando ne esisteva una che doveva essere applicata<sup>24</sup>.

## 6. L'art. 4 del Code civil

Certamente il carattere «giusnaturalistico» del Titolo preliminare che il Portalis aveva desiderato, fu considerevolmente attenuato dall'esclusione dell'art. 11 del progetto. Senza quella disposizione — ap-

---

<sup>23</sup> Ivi, pp. 387–388.

<sup>24</sup> Ivi, p. 388.

punto l'art. 11 — che assegnava al giudice il ruolo di «ministro di equità» nel caso di silenzio della legge e consentiva il ricorso al diritto naturale e alle consuetudini, l'art. 4 fu «inquadrate entro una prospettiva squisitamente legalistica»<sup>25</sup>. Tale lettura *positivistica* dell'art. 4 appare dunque come una conseguenza del mancato inserimento nel Titolo preliminare dell'art. 11. Al proposito le parole di Norberto Bobbio sono molto efficaci:

La *ratio* dell'art. 4 del Codice Napoleone, nell'intenzione dei suoi compilatori, era quella di evitare gli inconvenienti di una prassi giudiziaria instauratasi durante la Rivoluzione, per cui i giudici, quando non disponevano di una precisa norma legislativa, si astenevano dal decidere la causa e rinviavano gli atti al potere legislativo per ottenere disposizioni in proposito ... I redattori ... avevano voluto eliminare questo inconveniente [il *référé législatif*], dettando l'art. 4, che imponeva al giudice di decidere in ogni caso, e l'art. 11, che indicava i criteri in base a cui decidere nel silenzio o comunque nell'incertezza della legge. Eliminato il secondo articolo, il primo — considerato isolatamente e a prescindere dai motivi storici che lo avevano suggerito — venne inteso dai primi interpreti del codice in modo completamente diverso: esso venne cioè interpretato nel senso che si dovesse sempre ricavare dalla legge stessa la norma per risolvere qualsiasi controversia. Tale articolo infatti è stato uno degli argomenti più frequentemente citati dai giuspositivisti per dimostrare che, dal punto di vista del legislatore, la legge comprende la disciplina di tutti i casi, cioè per dimostrare la c.d. completezza del codice<sup>26</sup>.

Tuttavia il significato profondamente innovativo dell'art. 4 del *Code civil*, non solo in campo civilistico, ma anche per quanto riguarda l'assetto dei poteri pubblici, è universalmente riconosciuto in dottrina<sup>27</sup>. È sufficiente ricordare le parole del Carré de Malberg che ne sottolinea «l'importanza capitale», paragonabile a quella di tanti testi costituzionali:

l'art. 4 fa dunque del giudice un arbitro di Stato, che dispone di un potere indefinito di risolvere le liti e, a questo scopo, della facoltà, non soltanto di

<sup>25</sup> S. SOLIMANO, *Il Code civil*, cit., p. 568.

<sup>26</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1979, pp. 84–85.

<sup>27</sup> Sull'art. 4 del *Code civil* si veda, anche per aggiornati riferimenti bibliografici, M.–A. FRISON–ROCHE, *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge*, in *Jurisclasseur civil*, *Code art. 4*, I, 11, 1996, pp. 1–12. Sul diniego di giustizia, dal punto di vista pubblicistico, cfr. L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris 1965.

fondarsi sul diritto legislativo con l'applicazione pura e semplice o con l'interpretazione della legge, ma anche di creare del diritto giudiziario tutte le volte che è indispensabile supplire al silenzio della legge. In una parola, l'art. 4 consacra, nel diritto positivo francese, il principio capitale secondo il quale la funzione giurisdizionale consiste, a volte, nel creare *inter partes* un diritto nato dal solo potere del giudice<sup>28</sup>.

In sintesi si può affermare che, con l'art. 4 del *Code civil*, si passò dall'imposizione al giudice del «divieto d'interpretazione» — originata dal *référé législatif* — alla previsione «dell'obbligo d'interpretazione». Come osserva Piero Calamandrei, «la concezione rivoluzionaria era così addirittura capovolta: poiché, ferma restando al potere legislativo la riserva della interpretazione autentica, l'interpretazione giurisprudenziale, anziché vietata, era ai giudici, non solo permessa, ma fin anche imposta!»<sup>29</sup>.

La genesi dell'art. 4 del *Code civil* evidenzia chiaramente il proposito del legislatore di abrogare il *référé législatif* facoltativo e d'impedire al giudice di sospendere il giudizio anche in presenza di dubbi interpretativi o di lacune legislative (ciò sebbene l'art. 12, tit. II, della legge 16–24 agosto 1790, istitutiva del *référé*, non fosse stato espressamente abrogato). Il giudice, se necessario, avrebbe potuto far ricorso a un'ampia gamma di strumenti interpretativi: dall'analogia, ai principi generali, al diritto naturale. Seppur solo in situazioni particolari, si restituiva efficacia alle fonti della tradizione dell'*Ancien Régime*, ossia al *droit commun coutumier* e al diritto romano, inteso quale *ratio scripta*. Come ha rilevato François Géný, l'art. 4 permise al giudice «di ricercare l'equità che dovrebbe ispirarlo, in mancanza del testo, nel diritto antico, in particolare anche nel diritto romano, considerato non più come legislazione in vigore, ma soltanto come ragione scritta»<sup>30</sup>. Così, «dottrina e giurisprudenza — ha osservato Ugo Petronio — recuperarono la tradizione consolidata del diritto romano e della

<sup>28</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, I., Paris 1920 (rist. anast. Paris 2004), pp. 734–735.

<sup>29</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, Torino 1920 (ora in *Id., Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, VI, Napoli, 1976), I, p. 466.

<sup>30</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., I, p. 103.

scienza giuridica medievale, gettando anche in tema di interpretazione un ponte... tra il vecchio e il nuovo»<sup>31</sup>.

I lavori preparatori evidenziano come, con l'emanazione del codice e il superamento della concezione della giurisdizione caratteristica dell'ordinamento rivoluzionario, siano derivate importanti acquisizioni dottrinali, quali:

- a) l'ineludibilità della funzione interpretativa del giudice ai fini dell'applicazione della legge;
- b) la consapevolezza dell'insufficienza della legge e della necessità di consentire al giudice di colmare le lacune legislative, anche con il ricorso a fonti non-legislative (giurisprudenziali e consuetudinarie);
- c) la precisa distinzione tra interpretazione giudiziale (o *in concreto*) e interpretazione autentica (o *in abstracto*);
- d) la previsione per il giudice di funzioni interpretative differenti nei giudizi civili, rispetto a quelli penali, ove la tipicità dei reati e l'irretroattività delle norme furono tassativamente ribadite.

L'art. 4 del *Code civil* modificò al tal punto le funzioni interpretative del giudice da indurre la dottrina ottocentesca a considerare la legislazione francese come «una di quelle che, sotto il controllo della Corte di cassazione, lasciano la più grande latitudine alla valutazione giuridica dell'interprete»<sup>32</sup>.

È opportuno ricordare come la dottrina abbia individuato una certa ambiguità nella formulazione dell'art. 4: non è appariva chiaro se il giudice potesse far ricorso alla *eterointegrazione*, ossia riferirsi a valori e principi «esterni» rispetto al diritto legislativo, oppure si dovesse limitare alla sola *autointegrazione*. Secondo quest'ultimo orientamento — che si affermò in Francia con la c.d. «Scuola dell'Esegesi» — anche in presenza di una lacuna legislativa, il giudice avrebbe dovuto rinvenire soltanto nella legge positiva la disciplina necessaria per risolvere la controversia oggetto del giudizio<sup>33</sup>. A prevalere, nel clima

---

<sup>31</sup> U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Il diritto fra scoperta e creazione*, cit., p. 457.

<sup>32</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., I, p. 103.

<sup>33</sup> Sul tema J. BONNECASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa*

giuspositivistico del XIX secolo, fu questa interpretazione strettamente legalistica e statualistica dell'art. 4 del *Code civil*.

## 7. Considerazioni conclusive

Le uniche norme relative all'interpretazione del codice civile napoleonico sono dunque quelle contenute negli artt. 4 e 5 del Titolo preliminare. In sostanza si può affermare che il codice francese non disciplini l'interpretazione e *non fornisca alcun criterio*, se non l'obbligo per il giudice di «giudicare», anche in assenza di una specifica norma legislativa (art. 4), e il divieto di estendere *erga omnes* l'efficacia delle decisioni giudiziarie (art. 5). Furono le critiche suscitate dal Libro preliminare a suggerire alla Commissione di rinunciare a fornire criteri sull'interpretazione della legge. Come rileva Gian Savino Pene Vidari, «non si fissò alcuna regola per l'interpretazione, manifestando grande fiducia da una parte per la chiarezza e completezza del codice, dall'altra per la correttezza del giudice, controllato dalla Cassazione»<sup>34</sup>.

Contrariamente al codice francese, quello austriaco del 1811 (l'ABGB) affrontò il tema, dettando alcuni canoni interpretativi. Ci riferiamo, in particolare, agli artt. 6 e 7:

- Art. 6. Nell'applicare la legge non è lecito attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla chiara intenzione del legislatore.
- Art. 7. Qualora una causa non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi simili precisamente decisi dalle leggi e ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, si dovrà decidere secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate.

---

*doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, II ed., Paris 1924; PH. RÉMY, *Eloge de l'exégèse*, in «Droits», I (1985), pp. 115–123; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé*, cit.; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Torino 2002.

<sup>34</sup> G.S. PENE VIDARI, *Le disposizioni preliminari*, cit., p. 49.

Anche il codice sardo del 1837 si allontanò, a questo riguardo, dal modello napoleonico e riprese, con una formulazione pressoché identica, il testo degli artt. 6 e 7 del codice austriaco, con gli artt. 14 e 15 del Titolo preliminare:

- Art. 14. Nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.
- Art. 15. Qualora una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi simili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso.

A sua volta il «codice Pisanelli» del 1865 — primo codice dell'Italia unitaria — confermò tale scelta normativa. L'enunciato degli articoli 14 e 15 del codice sardo fu unificato nella formulazione dell'art. 3 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*:

- Art. 3. Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.
- Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali di diritto.

Com'è noto, l'art. 3 divenne l'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* del codice civile italiano del 1942:

- Art. 12. Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.
- Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i *principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*.

L'unica modifica, introdotta nel 2° comma, fu però di grande rilievo: il ricorso ai *principi generali di diritto* del testo del 1865 si trasformò in ricorso ai *principi generali dell'ordinamento giuridico dello*



*Stato*, con una evidente accentuazione in senso positivistico e statualistico dei «principi generali»; ciò ha comprensibilmente destato un dibattito in dottrina<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Si veda ad esempio P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in «Quaderni fiorentini», XXV (1996), ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998 (da cui citiamo) pp. 281–284. Lo stesso Autore ritiene che l'art. 12 confermi «il dogma della statualità del diritto» e fissi «i confini della giuridicità identificandoli con quelli dello Stato». Il testo è per il Grossi «palesemente violatore del pluralismo giuridico impresso nella nostra carta costituzionale» e una «reliquia di convinzioni passate». Perciò prosegue l'Autore, «sarò più tranquillo quando l'art. 12 verrà cancellato dalla nostra splendida codificazione come traccia inammissibile dello statalismo autoritario fascista in modo non dissimile da come si sono prontamente espunte le tracce immonde sul primato della razza ariana», P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, p. 68.



## Capitolo IV

### L'evoluzione nell'età liberale

#### 1. Le Carte francesi del 1814 e 1830

Gli ordinamenti giudiziari della Restaurazione europea recepirono prevalentemente il modello giudiziario napoleonico<sup>1</sup>. In Francia, con la Carta costituzionale del 1814, restarono in vigore i codici (art. 68) e l'ordinamento giudiziario del periodo napoleonico<sup>2</sup>. Gli artt. 59–61 della *Charte* stabilirono infatti che il sistema giudiziario imperiale sarebbe stato conservato:

Art. 59. — Le corti e i tribunali ordinari attualmente esistenti sono mantenuti. Ogni cambiamento sarà introdotto in virtù di una legge.

Art. 60. — L'attuale istituzione dei giudici di commercio è conservata.

Art. 61. — La giustizia di pace è ugualmente conservata. I giudici di pace, sebbene nominati dal Re, non sono inamovibili.

Il nuovo testo costituzionale, sebbene prevedesse che i giudici fossero nominati dal re e amministrassero la giustizia in suo nome (art. 57), ne garantiva l'inamovibilità (art. 58). La tutela non era tuttavia estesa anche ai giudici di pace (art. 61). Erano introdotti il divieto di distrazione dal «giudice naturale» (art. 62) e dell'istituzione di commissioni e tribunali straordinari (art. 63), la pubblici-

---

<sup>1</sup> Sul modello giudiziario francese si vedano i saggi in *Influence du modèle judiciaire Français en Europe sous la Révolution et l'Empire. Colloque juin 1998*, Lille 1999; *Révolution et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales 1780–1830*, sous la direction de Xavier Rousseau, Marie Sylvie Dupont–Bouchat, Claude Vael, Paris 1999.

<sup>2</sup> Sui testi de 1814 e 1830 si vedano i volumi di P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris 1985; e ID., *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris 1994.

tà dei dibattimenti in materia penale (art. 64) e l'abolizione della pena della confisca (art. 66)<sup>3</sup>.

Una deroga al principio dell'obbligo della precostituzione e naturalezza del giudice era prevista nella seconda parte dell'art. 63, ove si stabiliva che non sarebbero state comprese nella definizione di tribunali e commissioni straordinari «le giurisdizioni prevostali (*juridictions prévôtales*) se la loro istituzione è giudicata necessaria». Si trattava di un'attenuazione di rilievo alla norma, tale da vanificarne — come avvenne nei fatti e fu evidenziato in dottrina — la portata garantista dell'art. 62. Il legislatore, attraverso la deroga prevista all'art. 63, intese riservarsi la possibilità di istituire giurisdizioni straordinarie, in considerazione della loro efficacia repressiva in un clima politico particolarmente incerto. Se poi si considera la norma contenuta nel ben noto art. 14 della *Charte*, che consentiva al re di emanare «i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione delle leggi e la sicurezza dello Stato» e, quindi, di sospendere anche le garanzie costituzionali, si comprende come il garantismo liberale previsto dal testo del 1814 fosse gravemente condizionato da una generale impronta di carattere autoritario.

La svolta autoritaria di Carlo X portò — com'è noto — all'insurrezione e all'ascesa al trono di Luigi Filippo d'Orléans nel 1830. L'esigenza di emendare in senso garantista la *Charte* del 1814, da tempo evidenziata dai giuristi e dagli ambienti politici liberali, ri-

---

<sup>3</sup> Carta costituzionale 4 giugno 1814, *Dell'ordine giudiziario*. Art. 57. Tutta la giustizia emana dal Re. Essa è amministrata in suo nome da giudici che egli nomina e che istituisce. Art. 58. I giudici nominati dal Re sono inamovibili. Art. 59. Le corti e i tribunali ordinari attualmente esistenti sono mantenuti. Ogni cambiamento sarà introdotto in virtù di una legge. Art. 60. L'attuale istituzione dei giudici di commercio è conservato. Art. 61. La giustizia di pace è ugualmente conservata. I giudici di pace, sebbene nominati dal Re, non sono inamovibili. Art. 62. Nessuno potrà essere distolto dai suoi giudici naturali. Art. 63. Non potranno quindi essere create commissioni e tribunali straordinari. Sotto questa denominazione non sono comprese le giurisdizioni prevostali se si riterrà necessario il loro ristabilimento. Art. 64. I dibattimenti saranno pubblici in materia penale, a meno che questa pubblicità sia pericolosa per l'ordine e i costumi; e, in questo caso, il tribunale lo dichiara con una sentenza. Art. 65. L'istituto dei giurati è conservato. I cambiamenti che una più lunga esperienza farebbero giudicare necessari, non possono essere effettuati che per mezzo di una legge. Art. 66. La pena della confisca dei beni è abolita e non potrà essere ristabilita. Art. 67. Il Re ha il diritto di fare grazia, e quello di commutare le pene. Art. 68. Il Codice civile e le leggi attualmente esistenti che non sono contrarie alla presente Carta, restano in vigore sino a che non si sia stabilita una deroga per legge.

sultò non più procrastinabile. In tema di ordinamento giudiziario l'attenzione si concentrò sull'abrogazione della deroga — in favore delle *Cours prévôtales* — al principio del giudice naturale prevista all'art. 63. Nel nuovo testo costituzionale, promulgato il 14 agosto 1830, le disposizioni contenute negli artt. 62 e 63 del Carta del 1814 si trovano negli artt. 53, «Nessuno potrà essere distolto dai suoi giudici naturali», e 54, «Non potranno pertanto essere create commissioni e tribunali straordinari, a qualunque titolo e sotto qualunque denominazione ciò possa avvenire». Grazie alla nuova formulazione di quest'ultimo articolo le garanzie giurisdizionali venivano considerevolmente perfezionate.

## 2. Lo Statuto albertino

Nella redazione dello *Statuto del Regno di Sardegna*, concesso da Carlo Alberto il 4 marzo 1848, il legislatore piemontese si ispirò in tutta evidenza alle Carte francesi del 1814 e del 1830 e, in misura minore, a quella Belga del 1831<sup>4</sup>. Numerosi articoli non sono altro che la traduzione letterale in italiano della formulazione francese delle *Chartes*. Anche per quanto riguarda l'ordinamento giudiziario lo Statuto non si discosta in modo rilevante dal modello francese. Negli artt. 68–73, dedicati all'*Ordine giudiziario*, si stabilisce che la giustizia emana dal re, ed è amministrata in suo nome (art. 68); che i giudici, a eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio (art. 69); si introduce la riserva di legge relativa in materia di ordinamento giudiziario (art. 70), il principio del giudice naturale (art. 71) e l'obbligo della pubblicità delle udienze (art. 72). La previsione cui all'art. 73, non era presente nei testi costituzionali francesi ma in quella belga del 1831 all'art. 28<sup>5</sup>. L'articolo 73 vietava ai giudici di

---

<sup>4</sup> Sullo Statuto si vedano, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, P. COLOMBO, *Il Re d'Italia: prerogative costituzionali e potere politico della Corona*, Milano 1999; I. SOFFIETTI, *I tempi dello Statuto albertino. Studi e fonti*, Torino 2004; R. FERRARI ZUMBINI, *Tra idealità e ideologia. Il rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino 2008.

<sup>5</sup> Costituzione del Regno del Belgio 7 febbraio 1831, Art. 28. «L'interpretazione delle leggi per via d'autorità non appartiene che al potere legislativo».

emanare provvedimenti di carattere normativo, assimilabili agli *Arrêts de règlement* dei Parlamenti francesi e riservava al legislativo l'interpretazione autentica delle leggi. Collegata a tali previsione era la disposizione contenuta nell'art. 82 che abrogava gli istituti della interinazione e della registrazione effettuate dai Senati nell'Antico Regime<sup>6</sup>.

Queste le disposizioni dello Statuto sull'ordinamento giudiziario:

- Art. 68. La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce.
- Art. 69. I Giudici nominati dal Re, a eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio.
- Art. 70. I Magistrati, Tribunali, e Giudici attualmente esistenti sono conservati. Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forma di una legge.
- Art. 71. Niuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie.
- Art. 72. Le udienze dei Tribunali in materia civile, e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi.
- Art. 73. L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo.

La disciplina in tema di giurisdizione prevista dallo Statuto, seppur contempra alcune delle garanzie indispensabili per una corretta amministrazione della giustizia, appare dunque piuttosto limitata. L'influenza dell'esecutivo sulla magistratura — quanto a nomine, carriera, trasferimenti e poteri disciplinari — risultava molto rilevante.

### 3. L'Italia liberale e l'ordinamento giudiziario

Dopo l'Unificazione il primo provvedimento mirante a disciplinare in modo sistematico l'ordinamento giudiziario italiano fu il r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626<sup>7</sup>. Il testo del 1865 si rifaceva alla disciplina del

---

<sup>6</sup> Art. 82. Il presente Statuto avrà il pieno suo effetto dal giorno della prima riunione delle due Camere, la quale avrà luogo appena compiute le elezioni. Fino a quel punto sarà provveduto al pubblico servizio di urgenza con Sovrane disposizioni, secondo i modi e le forme *sin qui seguite, omesse tuttavia le interinazioni e le registrazioni dei Magistrati, che sono fin d'ora abolite.*

<sup>7</sup> Specificamente sull'ordinamento giudiziario restano fondamentali le classiche opere di

r.d. 13 novembre 1859, n. 3781, del Regno di Sardegna e quest'ultima riprendeva a sua volta le caratteristiche essenziali dell'ordinamento napoleonico previsto dalla legge 20 aprile 1810<sup>8</sup>. La magistratura, della quale veniva ribadita la organizzazione, con al vertice il Ministro di Grazia e giustizia, era reclutata tramite concorso oppure in base a nomina diretta da parte dell'esecutivo di giudici scelti tra avvocati e professori universitari.

Nell'Italia liberale, malgrado la previsione nello Statuto albertino della separazione dei poteri e di formali garanzie a tutela della indipendenza della magistratura, il governo della magistratura fu dunque sostanzialmente esercitato dal Ministro della giustizia<sup>9</sup>. Solo nel 1880, con il R.D. 4 gennaio 1880, n. 5230, fu istituita una Commissione consultiva, presieduta dal Ministro della giustizia e composta da magistrati — quattro consiglieri di Cassazione e un Sostituto procuratore generale della stessa Corte — eletti dalla Corte di cassazione di Roma, cui spettava la formulazione di pareri sulla promozione e sul trasferimento dei magistrati. Nonostante le norme statutarie poste a garanzia della indipendenza e la creazione della Commissione consultiva, il Ministro della giustizia continuava a esercitare una rilevante azione di controllo sulla magistratura. Ciò al punto che Eduardo Piola-Caselli poteva scrivere nel 1903:

---

E. PIOLA CASELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, Torino 1907 (anche in *Magistratura*, in *Digesto italiano*, XV/1, Torino 1927); e di L. MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, III ed., Firenze 1919; per la bibliografia recente cfr. soprattutto le raccolte *L'ordinamento giudiziario*, a cura di Alessandro Pizzorusso, Bologna 1974; *Ordinamento giudiziario e forense. Testi e questioni*, a cura di Saulle Panizza, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Pisa 2002. Sui rapporti con il potere politico nell'Italia liberale si vedano soprattutto M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano 1966; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1925*, Milano 1967; G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, Bari 1969; N. PICARDI-A. GIULIANI, *L'ordinamento giudiziario*, cit.; C. GUARNERI *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna 1992; P. SARACENO, *Storia della magistratura italiana*, I, *La magistratura del Regno di Sardegna*, Roma 1993.

<sup>8</sup> A. PIZZORUSSO, *Art. 108*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, *La magistratura*, III, Bologna 1992, pp. 1-31.

<sup>9</sup> L'art. 69 prevedeva che i Giudici nominati dal Re fossero «inamovibili dopo tre anni di esercizio». L'art. 70 stabiliva la riserva di legge in materia di organizzazione giudiziaria («I Magistrati, Tribunali, e Giudici attualmente esistenti sono conservati. Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forma di una legge») mentre per l'art. 71 «Niuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie».

La libertà della giustizia non esiste ... se non apparentemente, finché la magistratura non sia costituita in modo da avere il governo di se stessa, anche quale corpo amministrativo ... Nell'odierno sviluppo delle istituzioni parlamentari e democratiche, la condizione della magistratura italiana è andata sempre più peggiorando per la mancanza di sicure garanzie contro le ingerenze politiche, e per l'assenza di una vera autonomia<sup>10</sup>.

Già Lodovico Mortara nel celebre saggio *Lo Stato moderno e la giustizia* del 1885, aveva denunciato la condizione di dipendenza della magistratura nei confronti dell'esecutivo. Al riguardo, l'istituzione della Commissione consultiva non rappresentava che un «palliativo», tale da non mutare «la sostanza delle cose; il Ministro di giustizia rimane sempre il capo supremo della magistratura, e ciò è perfettamente contrario ai buoni principii»<sup>11</sup>. L'unica soluzione efficace — affermava il Mortara — «dee consistere nello affidare alla magistratura il governo di se stessa», in quanto «l'attuale disciplina ... rappresenta la più flagrante antitesi col principio dell'autonomia»<sup>12</sup>. Il Mortara auspicava quindi la creazione di un «Consiglio superiore di giustizia composto, al principio di ogni legislatura, di deputati, senatori, consiglieri di cassazione civile e cassazione penale, in numero uguale per ciascuna delle tre categorie, cui il Ministro presiederebbe senza voto»<sup>13</sup>. È interessante notare la previsione della composizione mista di magistrati e politici, che avrebbe costituito «il punto di congiunzione fra i tre rami della sovranità»<sup>14</sup>.

Nel 1907, la legge Orlando del 14 luglio, n. 511, istituì il «Consiglio superiore della magistratura», organo consultivo composto da due membri di diritto, il primo Presidente e il Procuratore generale della Cassazione di Roma, da sei Consiglieri e tre Sostituti procuratori generali di Corte di cassazione eletti dai magistrati delle cinque Corti di cassazione, e da nove magistrati — con il grado almeno di Primo Pre-

---

<sup>10</sup> E. PIOLA-CASELLI, *Magistratura* (18 dicembre 1903), in *Digesto italiano*, cit., pp. 248–249.

<sup>11</sup> L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia* (1885), *Prefazione* di Alessandro Pizzorusso, Napoli, 1992, p. 66.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 125.

<sup>13</sup> «L'istituzione di questo consiglio ci sembra perfettamente armonica ai principii del diritto pubblico e alla genesi giuridica del potere giudiziario», *ivi*, p. 138.

<sup>14</sup> *Ibid.*



sidente di Corte d'appello — nominati dall'esecutivo. Il Consiglio, presieduto dal Primo Presidente della Cassazione di Roma, formulava pareri soprattutto in merito alla carriera dei magistrati.

Nel 1912, la legge 19 dicembre, n. 1311, abolì l'elettività dei componenti del Consiglio, affidandone la nomina all'esecutivo. L'elettività fu ripristinata con la riforma del 1921 — R.D. 14 dicembre, n. 1978 — che portò il numero dei consiglieri a quattordici e introdusse per la prima volta alcuni «membri laici», ossia quattro professori ordinari di materie giuridiche designati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma.

#### 4. Il regime fascista

L'avvento del fascismo non fu accompagnato da riforme radicali dell'ordinamento giudiziario. Il regime si affermò senza avere la necessità di modificare profondamente il sistema che prevedeva già un'organizzazione gerarchica e dipendente dall'esecutivo<sup>15</sup>. Come ha osservato Alessandro Pizzorusso, «bastò al fascismo selezionare gli uomini da destinare alle cariche più importanti e accrescere i poteri della polizia mediante la modifica delle leggi processuali e di pubblica sicurezza oltre che, di fatto, creando organizzazioni di partito praticamente onnipotenti<sup>16</sup>». Le riforme del periodo fascista intesero accentrare la funzione giurisdizionale e sviluppare ulteriormente il controllo dell'esecutivo sulla magistratura. Coerentemente con il carattere autoritario del fascismo furono varate riforme che attenuavano in

---

<sup>15</sup> Sulla magistratura nel periodo fascista si vedano G. NEPPI MODONA, *La magistratura ed il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di Guido Quazza, Torino 1973, pp. 127–181; C. SCHWARZENBERG, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano 1977; O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano 2003; A. MENICONI, *Magistrati e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, a cura di Guido Melis, Bologna 2008, pp. 185–200. Più in generale G. MELIS, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 4 ed., VI, Torino 1991, pp. 259–273; C. GUARNERI, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma 1995, pp. 365–405; *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Baden–Baden 2002; G. SPECIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino 2007.

<sup>16</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 36.

modo considerevole le garanzie giurisdizionali tipiche dei sistemi liberali.

Tra le riforme giudiziarie più rilevanti del periodo possiamo ricordare:

- *la fine dell'elettività del Csm.* Con il t.u. Oviglio<sup>17</sup> del 30 dicembre 1923, n. 2786, si ripristinò la nomina governativa di tutti i membri del Csm;
- *l'unificazione delle Corti di cassazione in materia civile* (R. Decreto 24 marzo 1923 n. 601). Il sistema delle cinque Corti (Roma, Torino, Firenze, Napoli, Palermo) — già unificato in materia penale dal 1888 (legge 6 dicembre 1888 n. 5825) — fu abrogato in favore della Corte di cassazione unica per tutto il Regno<sup>18</sup>;
- *l'istituzione del «Tribunale speciale per la difesa dello Stato»* (legge 25 novembre 1926, n. 2008), cui fu attribuita la competenza sul giudizio dei reati politici, sottraendola alla giurisdizione ordinaria<sup>19</sup>;
- *la riforma dell'ordinamento giudiziario* con il R. Decreto Grandi<sup>20</sup> del 30 gennaio 1941 n. 12, che stabilì un Csm, «presso il Ministero di grazia e giustizia», interamente composto da magistrati di Cassazione di nomina governativa.

Da notare, inoltre, che nel 1925 l'Associazione dei magistrati («Associazione generale fra i magistrati italiani»), istituita nel 1909, fu sciolta nel quadro del consolidamento del regime<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Dal nome del Ministro della giustizia, Aldo Oviglio.

<sup>18</sup> Si vedano M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna 1991; M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata, 1865–1923*, Milano 2005.

<sup>19</sup> Sul Tribunale speciale si veda il testo di G. VASSALLI, *Il periodo fascista: leggi liberticide e Tribunale speciale per la Difesa dello Stato*, in *Costituzione, storia, valori. Atti dei due Seminari di Studi organizzati per l'anniversario della Carta costituzionale italiana, Università La Sapienza – Facoltà di Giurisprudenza*, Roma 2008, pp. 13–30.

<sup>20</sup> Dal nome del Ministro della giustizia, Dino Grandi.

<sup>21</sup> Cfr. F. VENTURINI, *Un 'sindacato' di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra i magistrati italiani 1909–1926*, Bologna 1987.

In base alla riforma Grandi del 1941 il Csm risultava composto dal Primo Presidente della Cassazione — che lo presiedeva — dal Procuratore generale e da otto magistrati della Corte di cassazione nominati dal Guardasigilli. Le parole del Ministro Dino Grandi, che compaiono nella *Relazione* al Decreto del 1941, appaiono particolarmente significative al riguardo: «nel regolare lo stato giuridico dei magistrati ho naturalmente respinto il principio del così detto autogoverno della magistratura, incompatibile con il concetto dello Stato fascista»<sup>22</sup>, in quanto — proseguiva il Guardasigilli — «non è ammissibile che nello Stato esistano organi indipendenti dallo Stato medesimo, o autarchie, o caste sottratte al potere sovrano unitario, supremo regolatore di ogni pubblica funzione»<sup>23</sup>.

È opportuno ricordare che nel periodo fascista fu realizzata la riforma generale dei codici: nel 1930 furono emanati i codici penale e di procedura penale, nel 1942 i codici civile e di procedura civile<sup>24</sup>. La valutazione dell'influenza del Fascismo sulla scienza giuridica e sulla codificazione è una questione controversa per la storiografia. Certamente il regime cercò di «fascistizzare» la cultura giuridica e i nuovi codici. Tuttavia, grazie alla sua tecnicità, il diritto seppe conservare nel complesso una sua autonomia. Al riguardo si può ricordare che tutti i codici (tranne il codice di procedura penale sostituito nel 1989 dal nuovo testo, il c.d. 'Codice Vassalli') sono ancora oggi in vigore: caduto il regime è stato sufficiente abrogare le norme chiaramente ispirate alla ideologia fascista e incompatibili con l'ordinamento liberal-democratico ristabilito in Italia. Nel codice penale (1930) — il «codice Rocco», dal nome del giurista Alfredo Rocco, Ministro della giustizia — l'influenza dell'autoritarismo fascista risultò evidente: il codice, secondo gli intendimenti del legislatore, avrebbe dovuto rappresentare un efficace strumento per la politica repressiva del regime. Il codice si caratterizzò per l'inasprimento generale delle pene, per la reintroduzione della pena di morte (che era stata abolita dal codice del

---

<sup>22</sup> *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) Presentata nell'udienza del 30 gennaio 1941–XIX per l'approvazione del testo dell'Ordinamento giudiziario*, in *Raccolta ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno d'Italia*, 1941, I/1, n. 12, p. 40.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Cfr. per riferimenti generali C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865–1942*, Roma–Bari 1985.

1889 e reintrodotta dal fascismo nel 1926 con la legge istitutiva del Tribunale speciale), per la previsione di un numero considerevole di reati d'opinione. Di particolare severità erano le pene previste per i reati contro la personalità dello Stato. Grazie all'indubbia qualità formale del testo e alla sua precisione tecnica il codice, riformato negli aspetti troppo legati all'ideologia autoritaria dell'epoca, è ancora oggi in vigore.

In seguito alla caduta del fascismo con il R. Decreto lg. 31 maggio 1946, n. 511 sulle *Guarentigie della magistratura*, fu ristabilita l'elettività dei magistrati componenti il Csm, con l'eccezione dei membri di diritto — Primo Presidente e Procuratore Generale della Cassazione — ed estese le sue competenze. Salvo che in materia disciplinare, il Consiglio mantenne il ruolo di organo consultivo.

Dalla breve disamina dei precedenti del Csm si evince come l'ordinamento giudiziario italiano — come quello francese — sia stato caratterizzato fino all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana dalla sua dipendenza dall'esecutivo e da una struttura fortemente gerarchica, tale da assicurare ai magistrati di Cassazione — anche grazie alla composizione delle commissioni consultive del Ministro — un ruolo di preminenza nel governo della magistratura stessa. Come osserva felicemente lo Zagrebelsky,

l'ordinamento giudiziario e il conseguente orientamento culturale della magistratura, nel momento in cui iniziava il processo costituente che avrebbe portato alla Repubblica e alla Costituzione, era ... caratterizzato dalla prevalenza assoluta, non solo giurisprudenziale, della Corte di cassazione. Il vertice della giurisdizione era infatti anche organo della progressiva selezione dei magistrati. La scelta dei magistrati delle Corti d'appello e poi, tra questi, di quelli destinati a comporre la Corte di cassazione avveniva per cooptazione da parte di commissioni composte da magistrati della Cassazione, scelti dal Ministro della giustizia. Il sistema dunque ... creava una necessaria sintonia tra Ministro e Corte di cassazione e tra questa e la magistratura tutta<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante, Torino 1998, p. 718.

## **Capitolo V**

### **La disciplina dell'avvocatura**

L'Ordine degli avvocati e dei procuratori fu istituito in Italia dalla Legge n. 1938 dell'8 giugno 1874. Con la nascita dell'Ordine si concludeva un lungo dibattito giuridico e politico che si era svolto, a partire dalla proclamazione del Regno d'Italia, sulla necessità di unificare la disciplina delle professioni forensi in tutto il territorio nazionale. A tal riguardo ebbero importanza fondamentale da un lato il modello francese, diffuso nella Penisola nel periodo napoleonico, e, dall'altro la tradizione, antica e profondamente radicata negli ordinamenti di diritto comune, delle corporazioni di mestieri. Sin dalla Restaurazione era apparsa evidente non solo la necessità di istituire forme di controllo statale, ma anche l'esigenza di autonomia di una professione la cui importanza e rilevanza politica erano ormai riconosciute per la garanzia dei diritti dei cittadini, anche nei confronti dello Stato.

Quanto alla separazione delle funzioni di procuratore e di avvocato, l'evoluzione del XIX secolo mise in evidenza il progressivo avvicinamento delle professioni, senza tuttavia che si giungesse alla loro unificazione.

#### **1. Avvocati e procuratori**

La distinzione tra le funzioni di «procuratore» e «avvocato», che aveva origine nel diritto romano, era riscontrabile negli ordinamenti di tutti gli Stati della Penisola ed era presente anche nell'ordinamento francese ove le due professioni avevano assunto le denominazioni ri-

spettivamente di *avoué* e di *avocat*. Le fonti giuridiche della tradizione del diritto comune prevedevano corporazioni:

- a) di «procuratori», che avevano la funzione di rappresentare le parti nei processi;
- b) di «avvocati», che affrontavano le questioni giuridiche e consigliavano le parti, senza tuttavia rappresentarle.<sup>1</sup>

Si deve sottolineare che la professione di avvocato godeva di una considerazione di gran lunga superiore rispetto a quella di procuratore<sup>2</sup>. Gli avvocati avevano infatti sempre costituito una *élite* molto ri-

---

<sup>1</sup> Cfr. in generale C. NORSA, *Sulla professione d'avvocato e procuratore e sulla rappresentanza del ceto*, in *Primo Congresso giuridico italiano in Roma. Relazione sulla Tesi V. Esercizio della professione d'avvocato e procuratore e tariffe giudiziarie*, Roma 1872; F. CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, Lucca 1874; A. BIANCHI *Sull'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore. Testo e commento della legge 8 giugno 1874*, Torino 1886; C. CAVAGNARI-E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, in *Digesto italiano*, IV/2, Torino 1893–1899, pp. 621–704; G. MARONI, *Avvocato e procuratore*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I/5, Milano 1904, pp. 871–976; G. ZANARDELLI, *L'avvocatura. Discorsi*, Milano 1920; P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, Firenze 1921 (ora in ID., *Opere giuridiche*, II, Napoli 1966, pp. 65–194); M. BATTISTA, *Ordinamento della professione di avvocato e di procuratore. Legge 25 marzo 1926, n. 453, annotata con gli atti parlamentari*, Roma 1926; P. JANNELLI, *Avvocati e procuratori*, in *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino 1937, pp. 43–64; P. RASI, *Avvocati e procuratori (Diritto romano) e (Diritto intermedio)*, in *Novissimo Digesto italiano*, I/2, Torino 1958, pp. 1662–1666; C. LEGA, *(Diritto moderno)*, ivi, pp. 1666 ss.; P. FIORELLI, *Avvocato e procuratore (Diritto romano e intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, pp. 646–649; A. CASALINUOVO, *Cento anni di storia e di gloria dell'avvocatura italiana*, in «Rassegna forense», VII (1974), pp. 113–131; ID., *Avvocato e procuratore. I) Ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma 1988; E. RICCIARDI, *Lineamenti dell'ordinamento professionale forense*, Milano 1990; J.-L. HALPÉRIN, *Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine. Modes d'organisation dans divers pays européens*, Paris 1992; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Sulle origini dell'ordine degli avvocati: dall'Ancien Régime all'Italia liberale*, in «Panorami, riflessioni, discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione», VI (1994), pp. 17–31; *Les structures du barreau et du notariat en Europe de l'Ancien Régime à nos jours*, par Jean-Louis Halpérin, Lyon 1996; F. CIPRIANI, *La professione d'avvocato*, in *Storia d'Italia. Annali*, XIV, *Legge, Diritto, Giustizia*, Torino 1998, pp. 883–905; F. AIMERITO, *Note per una storia delle professioni forensi: avvocati e causidici negli Stati sabaudi del periodo preunitario*, in «Rassegna forense. Rivista trimestrale del Consiglio Nazionale Forense», n. 32/2 (2004), pp. 379–412; *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Approches prosopographiques (Belgique, Canada, France, Italie, Prusse)*, sous la direction de V. Bernadeau, J.-P. Nandrin, B. Rochet, X. Rousseaux, A. Tixhon, Rennes 2008.

<sup>2</sup> «Gli avvocati aspirarono sempre a distinguersi dai procuratori che consideravano come una classe inferiore», P. RASI, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 1665.

spettata e potente nella società dell'*Ancien Régime*: è sufficiente citare il caso degli Avvocati concistoriali nello Stato pontificio, il cui prestigio e i privilegi sono ben noti<sup>3</sup>.

Le corporazioni degli avvocati godevano di numerosi privilegi e di una autonomia che si fondava in particolare sul diritto di controllo sui membri e sulla regolamentazione dell'accesso alla professione, attraverso forme che configuravano una sorta di cooptazione. Il regime di *numerus clausus* era universalmente diffuso. Per quanto riguarda l'accesso, oltre a particolari qualità morali, erano ovunque richiesti il titolo universitario della laurea *in iure* e un periodo di alcuni anni di pratica forense.

## 2. La disciplina dell'avvocatura negli ordinamenti italiani

Nel XVIII secolo l'opera di accentramento amministrativo avviata in alcuni ordinamenti italiani aveva introdotto forme di controllo statale più rigido. Le corporazioni di avvocati e procuratori conobbero una sempre più profonda regolamentazione e una progressiva limitazione delle loro prerogative tradizionali. Non è certamente facile generalizzare, poiché le resistenze furono considerevoli, ma si trattò di una tendenza che, più evidente in altri Paesi, si manifestò anche in Italia<sup>4</sup>.

Un esempio in tal senso fu quello del sistema stabilito nei domini sabaudi dalle *Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna* nel XVIII secolo<sup>5</sup>. Nel Regno di Sardegna una vera e propria organizzazione era prevista soltanto per la professione di procuratore: si trattava del *Collegio* dei procuratori.<sup>6</sup> Secondo le *Costituzioni* del 1770, «non potrà alcuno e-

---

<sup>3</sup> A essi spettava anche il governo dell'Università di Roma. Cfr. O. P. CONTI, *Origine, fatti e privilegi degli Avvocati Concistoriali*, Roma 1898; ID., *Elenco dei Defensores e degli Avvocati Concistoriali dall'anno 598 al 1905*, Roma 1905.

<sup>4</sup> Cfr. H. SIEGRIST, *States and legal Professions. France, Germany, Italy and Switzerland 18th to early 20th Century*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata», n.s. II (1989), pp. 861–886; J.-L. HALPÉRIN, *Les professions judiciaires*, cit.; H. LEUWERS, *L'invention du barreau français 1660–1830. La construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris 2006.

<sup>5</sup> Sul punto si veda per tutti G. S. PENE VIDARI, *Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, in *Costituzioni sabaude, 1723*, Milano 2002.

<sup>6</sup> Libro II, Titolo X, *De' Procuratori*, in *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, I, Torino 1770, pp. 173 ss.

esercitare l'ufficio di Procuratore, se non sia Procuratore Collegiato, ove sono i Collegi ... e non sarà ammesso a procurare, senza che sia stato riconosciuto abile per mezzo dell'opportuno esame, quanto all'idoneità, e delle necessarie informazioni, quanto a' di lui costumi, e probità, sotto pena della nullità, e di lire dieci per ogni atto, che si facesse: anche i Sostituiti de' Procuratori dovranno subire lo stesso esame.»<sup>7</sup> L'accesso alla professione era stabilito attraverso un esame da parte dei magistrati dei Senati, delle Prefetture e degli Avvocati del Fisco<sup>8</sup>. Per essere ammessi all'esame era necessario aver compiuto studi filosofici e giuridici e aver svolto due anni di pratica forense presso un procuratore e un anno presso il Procuratore dei Poveri<sup>9</sup>. In questo modo, il controllo sull'accesso e sulla disciplina della professione di procuratore risultava completamente affidato alla magistratura.

Per gli avvocati non esisteva un'organizzazione autonoma. Per esercitare tale professione era necessario presentare al Senato il titolo accademico della laurea *in iure* e «la fede d'essersi esercitati nella pratica legale prima per due anni nello studio di un qualche Avvocato postulante, indi per un anno in quello dell'Avvocato de' Poveri»<sup>10</sup>. Secondo l'articolo 2, «prima di essere ammessi all'esercizio, giureranno avanti il Senato d'osservare le nostre Costituzioni di non intraprendere, o rispettivamente proseguire il patrocinio di quelle Cause, che saranno ingiuste, o caluniose, di dare sempre a' loro Clienti un retto, e sincero consiglio, e di non esigere per il loro onorario più di quello, che loro è permesso nelle nostre Costituzioni»<sup>11</sup>. Un rigido controllo da parte della magistratura era previsto dall'art. 3: «ogni volta che il Magistrato, Prefetto, o Giudice nella spedizione della lite riconoscerà,

---

<sup>7</sup> Ivi, art. 1., pp. 173–174.

<sup>8</sup> «Art. 2. L'esame suddetto si farà, quanto a' Procuratori, e Sostituiti, che debbono essere ammessi a procurare ne' Tribunali Supremi, da due Senatori coll'intervento dell'Avvocato Generale; e quanto agli altri, dal Prefetto della Provincia con assistenza dell'Avvocato Fiscale Provinciale», ivi, p. 174.

<sup>9</sup> «Art. 3. Nessuno sarà ammesso all'esame per l'ufficio di Procuratore, o Sostituito ne' Tribunali Supremi, se non avrà studiato per il corso di un anno le Istituzioni Civili, e prima di esse la Rettorica, e la Logica, e riportate le fedi de' rispettivi Professori; dovrà altresì far constare di avere fatta la pratica per due anni nell'ufficio di un Procuratore in questa Città, o pure in quelle di Ciamberi, e Nizza rispettivamente, e per un anno nell'ufficio del Procuratore de' Poveri», ivi, pp. 174 – 175.

<sup>10</sup> Libro II, Titolo IX, *Degli Avvocati*, Art. 1, ivi, p. 170.

<sup>11</sup> Ivi, p. 171.



che l'Avvocato avrà patrocinato contro il proprio giuramento una qualche Causa, dovrà condannarlo nella stessa sentenza alla pena della sospensione per un anno, ed al risarcimento di tutte le spese, e danni verso le Parti»<sup>12</sup>. Un'ulteriore forma di controllo era esercitata dai magistrati sugli onorari degli avvocati: «ma se alcuno acciecato dal soverchio desio dell'interesse eccedesse il termine convenevole, la tassa verrà moderata dal Magistrato, Prefetto o Giudice, avanti cui pende la lite, e corretto pubblicamente l'Avvocato, non solamente quando il Cliente ricorresse, ma eziandio *ex officio* in tempo della spedizione della Causa»<sup>13</sup>.

Nel Regno di Sardegna le professioni d'avvocato e di procuratore erano dunque strettamente legate alla magistratura. L'assenza di forme di organizzazione autonoma fu in effetti la caratteristica principale del sistema piemontese.

### 3. Le riforme del periodo rivoluzionario e napoleonico

Negli anni della dominazione napoleonica in Italia, le professioni di avvocato e procuratore furono organizzate sulla base dell'ordinamento francese<sup>14</sup>. È opportuno ricordare che la Francia aveva conosciuto negli anni della Rivoluzione una vicenda di grande interesse relativamente alle professioni forensi. Nel 1790 un'assemblea composta prevalentemente da *hommes de loi* (avvocati, procuratori e magistrati), quale l'Assemblea Costituente, aveva soppresso *sic et simpliciter* le funzioni degli avvocati in nome della libertà e dell'uguaglianza di fronte alla legge. La legge del 2 settembre 1790 stabiliva, all'art. 10, 5 co., che «gli uomini di legge, fino ad ora chiamati avvocati, non dovendo formare né un ordine, né una corporazione, non indosseranno alcun abbigliamento particolare [toga] nelle loro funzioni». Stessa sorte subirono i procuratori nel 1791.

---

<sup>12</sup> Ivi, pp. 171 – 172.

<sup>13</sup> Libro II, Titolo XII, *Dell'onorario degli Avvocati, e de' Procuratori*, art. 1, ivi, p. 183.

<sup>14</sup> Riferimenti si trovano nel saggio sul notariato nel periodo napoleonico di F. MAZZANTI PEPE-G. ANCARANI, *Il notariato in Italia dall'età napoleonica all'unità*, Milano 1983, pp. 22–128.

Nei tribunali comparvero allora i c.d. *défenseurs officieux*: «ognuno poteva venire in tribunale per assicurare la difesa di qualunque persona, in materia civile e in quella penale. Nessun condizione era necessaria, nessuna competenza era richiesta; nel nome della libertà, non era ammesso il diritto di proibire l'accesso al foro»<sup>15</sup>. Gli inconvenienti derivanti dalla assenza di tecnici professionali del diritto nei processi furono innumerevoli: certamente — afferma il Gazzaniga — «questi 'difensori' non hanno semplificato l'esercizio della giustizia e hanno persino favorito il ritorno dei vecchi avvocati»<sup>16</sup>. Mentre gli avvocati facevano progressivamente ritorno nei tribunali, sotto la veste di «difensori ufficiosi», la necessità di reintrodurre forme di organizzazione ufficiale della professione, apparve sempre più evidente.

Fu il regime napoleonico a ripristinare le funzioni di avvocati e procuratori — da allora definiti *avoués* — e a creare un Ordine professionale degli *avocats* con il decreto imperiale del 14 dicembre 1810. L'Ordine, stabilito presso ogni Corte d'appello e Tribunale di Prima Istanza, era posto sotto il diretto controllo del Procuratore Generale e del *Grand-Juge*, Ministro della giustizia. Il Consiglio dell'Ordine e il suo *Bâtonnier* erano nominati dal Procuratore Generale, mentre l'Assemblea generale non disponeva che di un voto consultivo. Inoltre, al Ministro della giustizia spettavano funzioni disciplinari molto ampie. Il provvedimento «risuscita dunque l'avvocatura ma, al tempo stesso, la imbavaglia»<sup>17</sup>.

L'Ordine degli avvocati napoleonico segnò una frattura netta con le corporazioni d'*Ancien Régime*: non si trattava più di un ordinamento autonomo cui corrispondevano specifici privilegi<sup>18</sup>, ma di una struttura professionale organizzata e inserita nell'ordinamento unitario dello

<sup>15</sup> J.-L. GAZZANIGA, *Les avocats pendant la période révolutionnaire*, in *Une autre justice*, cit., p. 377. Cfr. M. P. FITZSIMMONS, *The parisian Order of Barrister and the French Revolution*, Cambridge Mass.-London 1987, pp. 64 ss. e J.-L. HALPÉRIN, *Les professions judiciaires*, cit., pp. 57 ss.

<sup>16</sup> J.-L. GAZZANIGA, *Les avocats*, cit., p. 378.

<sup>17</sup> A. DAMIEN, *Avocats*, in *Dictionnaire Napoléon*, sous la direction de Jean Tulard, n. ed., Paris 1989, p. 147.

<sup>18</sup> «La corporazione aveva piena giurisdizione sui suoi aderenti: fissava nei suoi statuti le norme cui costoro si dovevano attenere, giudicava le loro vertenze, imponeva il rispetto delle proprie norme, coordinava lo svolgimento delle attività produttive, vigilava sul corretto comportamento professionale dei membri», M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 479 ss..

Stato. Come ha osservato l'Halpérin, «la legislazione consolare e imperiale, attraverso il ripristino delle professioni tradizionali, condusse al ritorno delle comunità e degli ordini, ma lo spirito corporativo che si riaffermava dovette trovare un compromesso con un interventismo statale più marcato rispetto all'*Ancien Régime*»<sup>19</sup>.

#### 4. La Restaurazione

Dopo il periodo napoleonico, quando gli Ordini degli avvocati e le Camere dei procuratori furono organizzati in tutta Italia<sup>20</sup> sul modello francese, la situazione della legislazione nei vari ordinamenti fu molto eterogenea<sup>21</sup>. In alcuni degli Stati italiani il ritorno all'*Ancien Régime* fu netto, come nel caso — per esempio — del Regno di Sardegna<sup>22</sup>, mentre in altri fu mantenuta in vigore la legislazione francese, come nel Ducato di Parma. Le professioni di procuratore e di avvocato furono ovunque separate, con l'eccezione della Lombardia, di Modena e della Toscana.

In generale si può affermare che, dopo il periodo napoleonico, l'autonomia delle corporazioni si trovò certamente indebolita a vantaggio del controllo statale, esercitato dalla magistratura. Il modello

---

<sup>19</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Les professions judiciaires*, cit., p. 59. Si deve però ricordare che in Francia, come ha sottolineato lo stesso Autore, «l'intervento dello Stato nell'organizzazione delle professioni giudiziarie e giuridiche è molto antico», ivi, p. 56.

<sup>20</sup> Solo Sardegna e Sicilia non caddero sotto l'influenza napoleonica.

<sup>21</sup> In generale sull'influenza della cultura giuridica francese in Italia si veda il saggio di A. CAVANNA, *L'influence juridique française en Italie au XIX<sup>e</sup> siècle*, cit.

<sup>22</sup> Sugli ordinamenti giudiziari nel Piemonte della Restaurazione si vedano tra gli altri I. SOFFIETTI, *Sulla storia dei principi dell'oralità, del contraddittorio e della pubblicità nel procedimento penale. Il periodo della Restaurazione nel Regno di Sardegna*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XLIV–XLV (1971–72), pp. 125–241; G.S. PENE VIDARI, *Studi e prospettive recenti di storia giuridica sul Piemonte della Restaurazione*, in «Studi piemontesi», XII (1983), pp. 416–22; E. GENTA, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LX (1987), pp. 285–309; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Ferdinando Dal Pozzo e le riforme giudiziarie del 1822*, in *L'età della Restaurazione in Piemonte e i moti del 1821*, a cura di A. Mango, Savigliano 1992, pp. 100–115; *Ombre e luci della Restaurazione: trasformazioni e continuità istituzionali nei territori del Regno di Sardegna. Atti del Convegno, Torino, 21–24 ottobre 1991*, Roma 1997; F. AIMERITO, *Per un codice di procedura civile del Regno di Sardegna: problemi del processo e prospettive di riforma nel Piemonte della Restaurazione*, Roma 2001.

francese aveva mostrato ai governi italiani, da un lato, l'importanza di una organizzazione professionale, quale l'Ordine, ma, dall'altro, l'utilità politica di una subordinazione delle professioni forensi alla magistratura.

## 5. L'Unificazione italiana

L'Unificazione italiana fu realizzata, com'è noto, dal Regno di Sardegna attraverso l'estensione, senza significative modifiche, salvo che per il diritto penale<sup>23</sup>, del suo ordinamento giuridico ai differenti Stati della Penisola<sup>24</sup>. Relativamente alla professione di avvocato, le *Costituzioni* piemontesi del 1770 erano ancora in vigore, all'indomani dell'unificazione. Non esisteva un Ordine e dunque la disciplina professionale era affidata alla magistratura. Per i procuratori la legge 17 aprile 1859 aveva abolito il *numerus clausus* e istituito Collegi elettivi di procuratori e le Camere di disciplina. La riorganizzazione generale della materia fu realizzata solo nel 1874, con la Legge dell'8 giugno<sup>25</sup>.

La situazione di assenza di legislazione uniforme sul territorio del nuovo Regno e il lungo *iter* della riforma possono essere spiegati con la estrema varietà degli ordinamenti in vigore negli Stati pre-unitari:

---

<sup>23</sup> Ci riferiamo al problema dell'estensione del codice penale sardo del 1859 alla Toscana dove la pena di morte era stata abolita. L'effettiva unificazione della legislazione penale avvenne solo nel 1889 con l'emanazione del codice Zanardelli. Cfr. C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari 1985, pp. 65-67; e M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di Sergio Vinciguerra, Padova 1993, pp. 579-651.

<sup>24</sup> Sul punto si vedano in generale A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960; G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli 1966; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, II ed., Roma-Bari 1982.

<sup>25</sup> Grazie alla pubblicazione della collana «Storia dell'avvocatura in Italia», diretta da Guido Alpa, gli studi sull'avvocatura hanno conosciuto un significativo sviluppo. Nella collana si vedano tra gli altri, F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Bologna 2002; *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di G. Alpa e R. Danovi, Bologna 2003; *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatessa italiana*, a cura di N. Sbanò, Bologna 2004; *Atti del primo Congresso giuridico italiano (25 novembre-8 dicembre 1872)*, a cura di G. Alpa, Bologna 2006; F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna 2006; A. MENICONI, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna 2007; *Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra (settembre-novembre 1947)*, a cura di G. Alpa, S. Borsacchi, R. Russo, Bologna 2008.

ciò rese difficile la realizzazione di un sistema generale di regolamentazione delle professioni forensi. Si deve inoltre considerare che proprio nel Regno di Sardegna, il cui ordinamento fu esteso a tutta la Penisola, non esisteva una tradizione in tal senso, a causa della posizione di subordinazione degli avvocati piemontesi nei confronti della magistratura.

## 6. L'istituzione dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori: la legge 8 giugno 1874

Il primo progetto di legge fu presentato al Senato dal Ministro della giustizia Giovanni De Falco nel 1866<sup>26</sup>. La discussione sul progetto fu interrotta più volte nelle legislature seguenti e le professioni di avvocato e di procuratore furono regolate effettivamente in modo uniforme soltanto nel 1874.

Tra le forze politiche e in dottrina si possono distinguere, a questo riguardo, due tendenze principali, che non rispecchiano rigidamente la contrapposizione tra Destra e Sinistra, quanto piuttosto la provenienza geografica, in quanto l'attaccamento alle tradizioni forensi degli Stati pre-unitari condizionò il dibattito parlamentare:

- la prima era contraria per una questione di principio alla creazione di un Ordine degli avvocati. Si trattava dell'opposizione dei «liberali puri» a tutte le forme di corporazione nel nome della libertà, del *laissez-faire*. Una riproposizione dell'Ordine professionale degli avvocati appariva, in quest'ottica, un ritorno alle corporazioni e ai privilegi di un *Ancien Régime* definitivamente superato dallo «Stato liberale». Tale corrente, i cui esponenti militavano nella Destra, risultò minoritaria.
- la seconda era favorevole all'istituzione di un Ordine degli avvocati, considerato come elemento fondamentale per la difesa

---

<sup>26</sup> Progetto di legge per l'esercizio della professione di Avvocato e Procuratore, presentato in iniziativa al Senato dal Ministro di grazia e giustizia (De Falco) nella tornata del 23 marzo 1866, in *Atti parlamentari. Senato del Regno. Progetti di legge, Sessione 1865-66*, doc. n. 27. Giovanni De Falco, magistrato e senatore della Destra, proveniva dal Regno delle Due Sicilie.

dei diritti dei cittadini, in quanto costituita da forze liberali favorevoli a un certo interventismo statale. In questa seconda prospettiva l'autonomia e l'organizzazione degli avvocati erano ritenute strumenti indispensabili per l'affermazione dell'autonomia e indipendenza della magistratura.

Il progetto del Ministro della giustizia De Falco era basato sulla riaffermazione della separazione delle professioni di avvocato e di procuratore e sull'impossibilità di cumulare le due funzioni:

al primo [l'avvocato] spettano le regioni superiori del diritto, lo studio e la teoria dei principii, la direzione nel sistema e l'eloquenza dell'oratore nella difesa della causa; al secondo [il procuratore] incombono le ricerche pazienti dei fatti e dei documenti, l'esattezza nei dettagli e nell'esecuzione degli atti di procedura, il colpo d'occhio sicuro e pronto nei casi urgenti. Lavoro scientifico l'uno, pratico l'altro. Il giureconsulto non potrebbe piegarsi a sostenere convenientemente la seconda parte, senza venir meno alla sua principale missione; ed il procuratore impacciato com'è di continuo dalle esigenze minute che s'intrecciano nella tela del procedimento, mal risponderebbe al bisogno di lunghe e severe meditazioni scientifiche. La conseguenza della cumulazione sarebbe quella di ritrovare nella stessa persona o un avvocato mediocre ed un pessimo procuratore, od un pessimo avvocato ed un mediocre procuratore. È pur mestieri riconoscere che togliendo di mezzo ogni distinzione di ufficio fra i due ordini, essi ne sarebbero vicendevolmente pregiudicati<sup>27</sup>.

Il progetto prevedeva la creazione di un Ordine degli avvocati<sup>28</sup> in quanto, secondo il Ministro, l'istituzione dell'Ordine era una necessità di primaria importanza, in particolare per le sue funzioni disciplinari di *castigatio domestica*:

L'esercizio della stessa professione, i rapporti continui e necessari nei quali gli avvocati sono fra loro, costituiscono una specie di legame che li obbliga tutti a custodire in ciascun componente la dignità dell'Ordine, a riunirsi, a

---

<sup>27</sup> *Progetto di legge... (De Falco)*, cit., p. 16.

<sup>28</sup> «Il progetto stabilisce che la classe degli avvocati costituisce un ordine, con assemblee, Consigli e disciplina propria. Allorché si ponga mente quanto vetusta sia questa organizzazione in Europa e segnatamente in Italia, dove la costituzione degli avvocati in collegio rimonta ai tempi di Giustiniano e come ad essa in gran parte sia dovuta la dignità e lo splendore che in tutte le epoche circondarono l'avvocheria, ci si parerà manifesto quanto prudente consiglio sia stato il conservarla», *ivi*, p. 19.

scegliersi una rappresentanza ed a darsi un capo: depositari dei più grandi interessi e dei più importanti segreti delle famiglie, eredi di nobilissime tradizioni, gli avvocati sentirono il bisogno d'imporsi da se stessi una disciplina, sanzionata poscia dalle stesse leggi, per la quale è assicurato l'adempimento dei doveri inerenti al nobile ministero ed è tutelato il decoro di tutta quanta la corporazione<sup>29</sup>.

Il progetto De Falco fu modificato nelle legislature successive, con l'introduzione della possibilità di cumulare le funzioni di avvocato e di procuratore. È interessante citare le parole del deputato della Sinistra Antonio Oliva che accompagnavano il nuovo progetto di legge sull'istituzione di un Ordine degli avvocati:

la obbiezione che si fa contro il sistema delle leggi antiche non cade già sulla convenienza di vedere ordinati e associati i ceti legali...: l'obbiezione colpisce l'intervento del legislatore, al quale essa contrasta la facoltà di imporre dei legami obbligatori, quasi vincoli intollerabili alla libertà delle professioni, e perciò violatori della civile indipendenza.

E si dice [...] : a che risuscitare il vecchio sistema della *corporazione*, condannato dalla politica e dalla economia, non conciliabile con un sistema sociale fondato principalmente sull'autonomia personale, e sulla libertà delle convenzioni!

[...] In altri termini, quelle del giudice e quelle del difensore sono due funzioni sociali egualmente importanti alla retta amministrazione della giustizia, e che ... hanno però bisogno a tale effetto di procedere colla piena e completa coscienza e padronanza della propria autonomia. A tale uopo non avvi che una garanzia, quella cioè consistente nel sottrarre il difensore allo stato di isolamento di fronte ai poteri costitutivi, coi quali è in necessità di continui rapporti; a tale uopo appunto il legislatore provvede creando a lato dell'Ordine giudiziario e del Ministero pubblico una istituzione, nella quale l'ufficio della difesa abbia una collettiva rappresentanza. Se non che, onde codesta istituzione risponda realmente al fine della sua ragion d'essere, bisogna che essa sia organata e costituita in modo da provvedere alla perfetta indipendenza amministrativa, e disciplinare del sodalizio da qualunque supremazia che quella non sia della legge; e quindi deve respingere dal proprio seno qualunque ingerimento d'altre autorità, per il quale si ingenerasse a danno della istituzione una tal quale dipendenza o inferiorità gerarchica di fronte alle medesime.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ivi, p. 22.

<sup>30</sup> *Atti parlamentari, Documenti Camera dei Deputati, Legislatura XI – Sessione 1873 – 74, doc. n. 49 – A, pp. 8 – 9.*

Un esempio di opposizione netta all'istituzione dell'Ordine degli avvocati può essere colto nelle parole del deputato piemontese della Destra, Luigi Tegas<sup>31</sup>:

Prendo poi questa occasione per dire apertamente che sono poco propenso a questa istituzione dell'ordine degli avvocati...

Quest'associazione libera, dove se n'è riconosciuta l'utilità, è sorta spontaneamente senza il bisogno di una sanzione legislativa. Nei luoghi dove è passata nella consuetudine, gli avvocati se ne trovano contenti; nei luoghi invece dove non esiste, non è desiderata per niente; perché io credo che per aumentare il decoro della professione di avvocato non è necessario questo mezzo; ciascuno provvede indipendentemente alla propria dignità, e la riputazione si acquista coll'uso dell'attività individuale e della virtù personale senza che sia necessario appartenere ad associazioni, a gilde, a corpi, come si usava nei tempi antichi.

Io per verità non veggio in questo che l'imitazione d'un'istituzione francese e nulla più ... quantunque io abbia molto rispetto per i luminari del foro francese, io non credo che quest'istituzione abbia potuto influire sulla sua gloria, anzi io credo che abbia dato luogo ad inconvenienti, sia per la libertà dei giovani avvocati, sia per considerazioni politiche: poiché è facile che simili istituzioni in un grande paese devino ed acquistino un'influenza, che non debbono avere, massime che ne potrebbe nascere un antagonismo colla magistratura giudicante, i cui effetti potrebbero essere deplorabili. [...] Io credo, con questa disposizione, vulnerato il principio di libertà, e non mi sembra che un'imitazione dello straniero.

La legge non deve intervenire che quando è propriamente necessario il suo intervento; quando l'interesse pubblico esige che si pongano certe condizioni, certi vincoli, certe limitazioni della libertà. Quando non vi è questa necessità né privata né pubblica, io ritengo che la limitazione della libertà sia una specie d'arbitrio; un edificio artificiale che non serve né al progresso della scienza, né all'utile sociale. [...] Ora questa smania di legiferazione e di regolamentazione, che si risolve in tanti pesi che sotto un pretesto ed ora sotto un altro si mettono sul paese, non fa che creare nuove difficoltà<sup>32</sup>.

La risposta di Paolo Onorato Vigliani, Ministro di Grazia e giustizia nell'ultimo governo della Destra<sup>33</sup>, sottolineò l'importanza dell'Ordine per la difesa della libertà e dell'autonomia della magistratura:

---

<sup>31</sup> Luigi Tegas, deputato piemontese di orientamento cavouriano, dimostrò, anche in altre occasioni, la sua fede liberista.

<sup>32</sup> *Atti parlamentari, Discussioni Camera dei deputati*, Legisl. XI, Sess. 1873-74, 24 marzo 1874, pp. 2607-2608.

<sup>33</sup> Governo Minghetti, 10 luglio 1873-18 marzo 1876.



Se si vuole una disciplina, non vi sono che due sistemi i quali si possono seguire in questa riforma.

O attribuire alla magistratura l'azione disciplinaria, perchè la eserciti sull'ordine degli avvocati, o deferirla agli avvocati stessi per esercitarla come una specie di giurati sopra i loro colleghi.

E qui io vi domando: l'enunciare questi due sistemi non è egli risolvere la questione? In un Governo liberale, in un Governo che si fonda sopra franchigie costituzionali, non è egli manifesto che il solo sistema che si raccomanda per la sua liberalità, è quello che costituisce la classe stessa degli avvocati giudice e regolatrice dei suoi doveri, della sua dignità e della sua disciplina? La cosa mi pare così manifesta che crederei per verità far torto a quest'Assemblea se mi distendessi più a lungo a dimostrarla.

Quindi io debbo esortare caldamente la Camera a voler ammettere la costituzione del collegio degli avvocati, e credo che in questo modo essa non esporrà il paese ad alcun pericolo, mentre invece il fare una legge sopra la professione degli avvocati, senza ammettere la costituzione dell'ordine, sarebbe un vero regresso, un passo retrivo<sup>34</sup>.

Nel 1874 il progetto fu infine approvato dal Parlamento con l'istituzione dell'Ordine degli avvocati e dei procuratori. Il sistema conobbe alcune modifiche successive nel senso di un avvicinamento delle professioni di avvocato e di procuratore e di una autonomia dell'Ordine più garantita<sup>35</sup>. Solo recentemente, con l'abolizione dell'albo dei procuratori, stabilita dalla legge 24 febbraio 1997, n. 27, è venuta meno nell'ordinamento italiano la distinzione tra le due professioni.

---

<sup>34</sup> *Atti parlamentari*, cit., p. 2612. Sul Vigliani si veda G. ARMANI, s.v., in *Il Parlamento italiano 1861-1988*, III, 1870-1874. *Il periodo della Destra da Lanza a Minghetti*, Milano 1989, pp. 227-228.

<sup>35</sup> I principali interventi legislativi furono la L. 25 marzo 1926 n. 453; il R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 e la L. 22 gennaio 1934 n. 36.



## Capitolo VI

### L'indipendenza della magistratura e l'istituzione del Csm in Francia e Italia

#### Premessa

L'istituzione di «Consigli di giustizia», cui affidare specificamente il governo della magistratura, si affermò progressivamente in Europa tra XIX e XX secolo quale strumento di tutela della indipendenza della giurisdizione. Dopo la seconda guerra mondiale, si realizzò in Francia (1946) e in Italia (1947) la *costituzionalizzazione* del Consiglio superiore della magistratura e la previsione di esplicite garanzie per l'indipendenza dei giudici.

Ci proponiamo ora di ricostruire le vicende legate all'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura italiano nella prospettiva di una comparazione con l'ordinamento francese, ordinamento al quale si è tradizionalmente ispirato il nostro legislatore. I due Consigli, quello francese e quello italiano, sono sorti nello stesso periodo ma differiscono considerevolmente per la loro composizione e per il ruolo che hanno storicamente esercitato nei due ordinamenti. La diversa composizione dei due organi ha caratterizzato maggiormente in senso «politico» il Csm francese — a causa della presenza nel Consiglio del Ministro della giustizia (in qualità di Vice-Presidente) e di una maggioranza di laici di nomina politica — e in senso «corporativo» il Csm italiano, per la presenza di due terzi di Consiglieri togati e per l'assenza di Consiglieri in diretta rappresentanza dell'esecutivo.

## 1. L'indipendenza del giudice nell'ordinamento francese

Il tema della indipendenza del giudice, che da sempre caratterizza la storia degli ordinamenti giudiziari, rappresenta un problema di particolare delicatezza e di difficile soluzione perché legato al possibile insorgere di conflitti tra «giustizia» e «politica». Al conflitto tra «giustizia» e «politica» corrisponde la contrapposizione tra i valori della «indipendenza» e della «rappresentatività politica» del giudice. Se infatti da un lato appare indispensabile che, per un corretto esercizio della funzione giurisdizionale, il giudice sia effettivamente indipendente e dunque libero da condizionamenti, dall'altro le teorie democratiche radicali considerano necessaria la conformità della giurisdizione agli orientamenti prevalenti nella società. Certamente è impossibile impedire al potere politico di esercitare una qualche forma di influenza di fatto sul giudice<sup>1</sup>.

Gli innumerevoli contrasti tra Re e Parlamenti di Francia, che costellano la storia della monarchia d'*Ancien Régime*, derivarono proprio da tali conflitti. Alla sostanziale indipendenza dei giudici titolari della *justice déléguée* — quali ad es. i Consiglieri dei Parlamenti — il Sovrano contrapponeva la *justice retenue*, definita «giustizia ritenuta» perché esercitata direttamente dal Sovrano o da giudici di sua fiducia e sottoposti al controllo governativo, quali i membri dei Consigli del Re e delle *commissions de justice*. Con la Rivoluzione fu introdotta — come abbiamo visto — l'elettività di tutti i giudici, stabilendone al contempo l'indipendenza grazie alla solenne previsione della separazione dei poteri. Ricordiamo al proposito l'art. 16 della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 26 agosto 1789 per il quale «ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né determinata la separazione dei poteri, non ha una costituzione»<sup>2</sup>. Nell'ordina-

<sup>1</sup> Cfr. G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino 1993.

<sup>2</sup> Si vedano soprattutto L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée constituante de 1789*, cit.; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, II ed., Paris, 1980; ID., *L'interprétation de la déclaration des droits. L'exemple de l'article 16*, in «Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique», IV (1988), n. 8, pp. 111–122 (ora in ID., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, pp. 263–274). Per una sintesi sul tema P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino 2007, pp. 2–13.

mento francese tale principio fu essenzialmente interpretato quale strumento di salvaguardia dell'autonomia del potere legislativo nei confronti dell'ingerenza della giurisdizione cui si attribuì un ruolo secondario, subordinato a quello del legislativo. L'affermazione dell'indipendenza del potere giudiziario non aveva origine soltanto da intenti garantistici, ossia dall'esigenza di impedire l'intrusione del potere legislativo e di quello esecutivo nell'amministrazione della giustizia, ma anche, e soprattutto, per evitare l'ingerenza del potere giudiziario nell'esercizio degli altri poteri. Al riguardo, il ricordo del ruolo dei Parlamenti d'*Ancien Régime* era molto vivo e rappresentava il pericolo da scongiurare. Come ha affermato Robert Badinter: «fiducia assoluta nel legislatore, diffidenza profonda verso il giudice: questa è la doppia ispirazione dei costituenti quando edificano la nuova giustizia»<sup>3</sup>.

Il sistema della elettività dei giudici, ispirato all'ordinamento inglese, non produsse in Francia alcun effetto positivo e fu progressivamente abbandonato in favore di una magistratura professionale e burocratizzata<sup>4</sup>. Esso riapparve momentaneamente soltanto nei primi anni della III Repubblica. Una sorte simile ebbe anche l'istituto della giuria popolare, mantenuto nelle sole Corti d'*assise*<sup>5</sup>.

Il regime napoleonico stabilizzò l'ordinamento con una serie di riforme di rilievo destinate a costituire la struttura portante del sistema giudiziario francese. I giudici, di nomina governativa — con l'eccezione dei Giudici di pace e dei Giudici di commercio — furono sottoposti al diretto controllo del *Grand-Juge*, Ministro della giustizia, al quale spettava «il diritto di sorvegliarli [i giudici] e di sanzionarli»<sup>6</sup>. La subordinazione della magistratura all'esecutivo si realizzò attraverso la struttura gerarchica del sistema giudiziario e l'affidamento di funzioni disciplinari alle procure e alla Corte di cassazione<sup>7</sup>. La Corte

---

<sup>3</sup> R. BADINTER, *Introduction*, in *Une autre justice*, cit., p. 18.

<sup>4</sup> Sul tema della elettività dei giudici in generale si vedano i saggi in *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, a cura di Jacques Krynen, Paris 1999.

<sup>5</sup> Cfr. *The trial jury in England, France, Germany 1700–1900*, a cura di Antonio Padoa Schioppa, Berlin 1987; e A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*, cit.

<sup>6</sup> Art. 81, Senato consulto organico 16 termidoro anno X (4 agosto 1802).

<sup>7</sup> Legge 27 ventoso anno VIII, Art. 81. Senato consulto organico 16 termidoro anno X. «Art. 78. Esiste un *Grand-Juge* Ministro della giustizia. [omiss.] – Art. 80. Egli preside il tribunale di cassazione e i tribunali d'appello, quando il Governo lo ritiene utile. – Art. 81. Egli ha sui tribunali, le giustizie di pace, e i membri che le compongono, il diritto di sorvegliarli e

disponeva del diritto di «censura e di disciplina sui tribunali d'appello e sui tribunali criminali» e poteva «per causa grave sospendere i giudici dalle loro funzioni, deferirli al *Grand-Juge*, per rendere conto della loro condotta»<sup>8</sup>. In tal caso, la Corte era presieduta dal Ministro della giustizia<sup>9</sup>.

Nella Restaurazione, la *Charte* del 1814 introdusse una serie di istituti a tutela della indipendenza, quali l'inamovibilità e l'obbligo della naturalità del giudice. Nonostante la previsione di tali istituti — ribadita dai testi costituzionali successivi — la magistratura rimase, in sostanza, sotto il controllo del potere politico<sup>10</sup>.

## 2. Il primo *Conseil supérieur de la magistrature* (1883)

Il *Conseil supérieur de la Magistrature* comparve nella III Repubblica con la legge 30 agosto 1883<sup>11</sup>. La nuova istituzione non era altro che la Corte di cassazione a sezioni unite, alla quale erano affidate competenze in materia di disciplina dei magistrati. L'art. 13 della legge stabiliva:

La Corte di cassazione costituisce il consiglio superiore della magistratura. Essa non può deliberare in questa qualità se non a camere unite. Il Procuratore generale presso la cassazione rappresenta il governo innanzi al consiglio superiore.

---

di censurarli. – Art. 82. Il tribunale di cassazione, presieduto da lui, ha diritto di censura e di disciplina sui tribunali d'appello e sui tribunali criminali; esso può per causa grave sospendere i giudici dalla loro funzioni, deferirli al *Grand-Juge*, per rendere conto della loro condotta. Art. 83. I tribunali d'appello hanno diritto di sorveglianza sui tribunali civili della loro giurisdizione e i tribunali civili sui giudici di pace de loro *arrondissement*».

<sup>8</sup> Art. 82, *ibid.*

<sup>9</sup> Sul tema della responsabilità del giudice, si veda ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, Paris 2000.

<sup>10</sup> Fino alla riforma dell'ordinamento giudiziario del 1883 «il potere disciplinare è diviso tra il Corpo giudiziario e il *Grand-Juge*, Ministro della Giustizia», TH. RICARD, *Le Conseil supérieur de la Magistrature*, Paris, 1990, p. 25.

<sup>11</sup> Cfr. A. MORILLOT, *La Cours de cassation Conseil Supérieur de la Magistrature*, Toulouse 1910.

Il Consiglio avrebbe esercitato «tutti i poteri disciplinari attualmente attribuiti alla Corte di cassazione» (art. 14)<sup>12</sup>. A conferma della sua dipendenza dall'esecutivo, il Consiglio poteva essere convocato esclusivamente dal Ministro della Giustizia (art. 16)<sup>13</sup>. Significativo al riguardo risultava l'art. 17 della legge che ribadiva le disposizioni napoleoniche in merito al controllo governativo sulla magistratura:

Il Guardasigilli ha sui magistrati di tutte le giurisdizioni civili e commerciali un diritto di sorveglianza. Può inviare loro una censura... Il Guardasigilli può interpellare ogni magistrato allo scopo di ricevere spiegazioni sui fatti che gli sono imputati.

Malgrado la previsione di rilevanti limitazioni all'esercizio delle sue funzioni, il Csm stabilito dalla legge del 1883 rappresentò comunque un primo passo verso l'affermazione dell'indipendenza della magistratura in Francia. Paradossalmente la sua istituzione fu accompagnata da un'ampia epurazione dei giudici compromessi con il II Impero: per questo motivo nella riforma del 1883 si ritrovano — come osserva Jean-Pierre Royer — i caratteri della *purificazione* e della *fondazione*<sup>14</sup>.

L'esperienza francese del 1883 esercitò una considerevole influenza sul legislatore italiano che — come abbiamo visto — istituì nel 1907 con la legge Orlando, il primo Consiglio superiore della magistratura.

### **3. La IV Repubblica francese e il dibattito sul Csm**

Mentre si svolgeva in Italia un ampio dibattito tra le forze politiche, in dottrina e nell'ambito della magistratura stessa, sulla indipendenza

---

<sup>12</sup> «Conformemente alle disposizioni dell'articolo 82 del Senato consulto del 16 termidoro anno X, del capitolo 7 della legge del 20 aprile 1810 e degli articoli 4 e 5 del decreto del 1° marzo 1852».

<sup>13</sup> «Il consiglio superiore non potrà essere convocato se non dal Guardasigilli, e non dovrà deliberare o esprimere pareri se non dopo che il magistrato [interessato] sia stato formalmente convocato e ascoltato».

<sup>14</sup> J.-P. ROYER, *Histoire de la justice*, cit., pp. 617 ss.

e l'autonomia dell'ordinamento giudiziario e sulla composizione dell'organo di auto-governo, in Francia era emanata la Costituzione della IV Repubblica (27 ottobre 1946)<sup>15</sup>. Ricordiamo che nel 1945 era stata eletta in Francia una prima Assemblea costituente. Tale Assemblea emanò un testo costituzionale che fu però respinto con il referendum popolare del 5 maggio 1946. Una seconda Assemblea nazionale costituente, eletta il 2 giugno 1946, formulò un nuovo testo, approvato dai cittadini il 13 ottobre 1946.

Non si deve dimenticare che il regime collaborazionista di Vichy (1940–1944), sospesa l'inamovibilità dei giudici, aveva realizzato una serie di epurazioni per rendere la magistratura il più possibile conforme ai nuovi orientamenti politici e culturali del regime. A essere colpiti furono soprattutto i magistrati di orientamento liberale, di origine straniera, quelli appartenenti alla massoneria o di religione ebraica. Come osserva Gérard Masson:

professando un anti-liberalismo viscerale, un anti-repubblicanesimo militante, mettendo in pratica una xenofobia attiva, lo Stato francese cercò nella magistratura, per escluderli, i giudici che erano più legati al liberalismo, all'ideale repubblicano e laico o il cui solo torto era di essere ebrei<sup>16</sup>.

Proprio la traumatica esperienza di Vichy, quando la magistratura fu trasformata in uno strumento del regime, indusse i costituenti della IV Repubblica a introdurre più efficaci forme di tutela della indipendenza della magistratura giudicante<sup>17</sup>.

Nell'ambito delle forze politiche presenti nell'Assemblea costituente, i partiti della sinistra — fedeli alle dottrine democratiche radicali — erano favorevoli a una composizione prevalentemente politica del Csm al fine di contrastare le tendenze corporative che un Consiglio a prevalenza «togata» avrebbe potuto manifestare: Pierre

---

<sup>15</sup> In generale sulla Costituzione della IV Repubblica, G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949 [réédition, Paris 2002]; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France*, cit., pp. 371–408. Cfr. S. GUERRIERI, *Due costituenti e tre referendum. La nascita della Quarta Repubblica francese*, Milano 1998.

<sup>16</sup> G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, Paris, 1977, p. 149.

<sup>17</sup> G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, cit., pp. 145–181 ; J.-P. ROYER, *Histoire de la justice*, cit., pp. 811–852; ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La justice des années sombres 1940–1944*, Paris 2001.



Cot, deputato della Sinistra e relatore del primo progetto di costituzione, illustrò in questo modo all'Assemblea tale concezione della giurisdizione:

Noi vogliamo che la progressione in carriera dei magistrati, che l'organizzazione giudiziaria nel suo insieme, sulla base delle leggi che spetterà al Parlamento di votare, siano controllate, siano dirette, da una grande assemblea nella quale si trovino i rappresentanti dei magistrati e, noi lo dichiariamo, degli eletti dell'Assemblea nazionale sovrana, perché ... per noi in democrazia, il miglior modo di assicurare la vera indipendenza, è di farla *garantire dagli eletti, i rappresentanti del popolo*. Ecco la nostra concezione della giustizia. È una concezione democratica; giustizia indipendente, nel nome del popolo e *sotto il controllo del popolo*<sup>18</sup>.

I partiti della destra avversavano invece tale soluzione perché temevano un'eccessiva influenza dell'Assemblea sulla magistratura e un'evoluzione dell'intero sistema costituzionale in senso assembleare<sup>19</sup>. Al riguardo, si possono citare le parole di Robert Kalis, della Destra moderata, il quale evidenziava come la nomina politica dei consiglieri rappresentasse un elemento di forte condizionamento:

Quale che siano l'integrità e l'onorabilità delle personalità che faranno parte di questo Consiglio della magistratura, queste personalità non potranno certo fare *tabula rasa* della loro appartenenza a un partito politico. Essi non sapranno — o non potranno — dimenticare che sono stati designati da rappresentanti del popolo appartenenti a un partito politico. Da qui, indirettamente, voi mescolate la politica alla giustizia, cosa che è molto grave, perché la giustizia non deve variare secondo i regimi<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Intervento di Pierre Cot del 17 aprile 1946, *Journal officiel de la République française. Débats de l'Assemblée Nationale constituante*, 1946, n. 50, p. 1974 [corsivi miei].

<sup>19</sup> «La predominanza riconosciuta ai rappresentanti dell'Assemblea nazionale in senso al Consiglio sollevò obiezioni da parte dei gruppi della destra e del M.R.P. che si opposero all'orientamento generale di un progetto costituzionale che dava troppo peso all'Assemblea nazionale, e prefigurava, ai loro occhi, la creazione di un regime assembleare, suscettibile di condurre in tempi brevi alla negazione della democrazia parlamentare», G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, cit., p. 235.

<sup>20</sup> 17 aprile 1946, *Journal officiel de la République française. Débats de l'Assemblée Nationale constituante*, cit., p. 1974.

A prevalere fu la composizione «politica» del Csm. Al riguardo, il secondo progetto costituzionale del 1946 attribuiva un ruolo più rilevante al Presidente della Repubblica nella nomina dei Consiglieri, ma non modificava nella sostanza il carattere politico del Csm. La scelta del legislatore costituente suscitò vivaci polemiche. Appariva effettivamente difficile immaginare che un Csm composto in maggioranza da politici fosse in grado di difendere la magistratura proprio dall'ingerenza del potere politico. La previsione di una simile composizione del Consiglio si spiega, senza dubbio, con la tradizionale diffidenza del legislatore francese nei confronti dei magistrati, e del potere giudiziario in generale, che si era radicata nella cultura francese a partire dalla Rivoluzione.

Le parole di Paul Coste-Floret, relatore del secondo progetto di Costituzione alla Assemblea costituente del 1946, sono assai significative per la comprensione del clima politico e culturale dell'epoca. Il relatore rilevò innanzi tutto una eccessiva influenza del potere politico sulla magistratura nell'ordinamento francese. Per questo appariva indispensabile:

restituire al potere giudiziario la sua caratteristica essenziale proclamando e assicurando l'indipendenza della funzione giudiziaria nello Stato. Si è spesso denunciato e, purtroppo! con qualche ragione, la troppo grande dipendenza dei giudici nei confronti del potere politico sotto la III Repubblica<sup>21</sup>.

Il Coste-Floret individuava nella creazione del Consiglio superiore della magistratura lo strumento idoneo a garantire l'indipendenza del giudice:

È impossibile assicurare l'indipendenza del magistrato mantenendo il controllo completo del potere esecutivo sulla magistratura. Se l'avanzamento in carriera dei giudici è nelle mani del Guardasigilli, rappresentante del potere politico e titolare del potere esecutivo, l'inamovibilità diventa un abbaglio, perché è troppo umano per il magistrato di avere qualche preoccupazione per la sua carriera. Se è normale che i magistrati della procura, che sono gli avvocati del Governo presso le varie giurisdizioni, restino, eccezion fatta per le loro garanzie tradizionali, sotto l'autorità esclusiva del Guardasigilli, i giudi-

---

<sup>21</sup> *Rapport* di Paul Coste-Floret, 2 agosto 1946, in *Annales de l'Assemblée Nationale Constituante élue le 2 juin 1946. Documents*, Paris, 1951, Annexe n. II – 350, p. 294.

ci, che 'dicono il diritto', debbono, al contrario, esserne indipendenti. Questa idea ha condotto la commissione alla creazione di un consiglio superiore della magistratura nelle cui mani sono poste la nomina, l'indipendenza e la disciplina dei giudici... Il Guardasigilli, vice-presidente di questo consiglio, assicura il legame indispensabile tra i giudici e i pubblici ministeri<sup>22</sup>.

Il Csm, caratterizzato da una composizione mista — di magistrati e di «laici» di nomina politica con una prevalenza numerica della componente politica — avrebbe rappresentato, secondo il Coste-Floret, un compromesso equilibrato tra magistratura e politica:

Questa composizione che si tiene a uguale distanza da una subordinazione della magistratura all'Assemblea nazionale e da una inammissibile composizione corporativa del consiglio, dovrebbe risultare soddisfacente e realizzare lo scopo da raggiungere<sup>23</sup>.

La prevalenza di Consiglieri di nomina politica nel Csm destò viva preoccupazione nella magistratura francese. In contrasto con le solenni proclamazioni dei costituenti in favore dell'indipendenza della giurisdizione, i magistrati temevano che la composizione del nuovo Csm favorisse un'espansione dell'influenza dell'Assemblea politica. La rivista *Pouvoir judiciaire*, mensile della rinata *Union Fédérale des Magistrats*, pubblicò tra il 1946 e il 1947 una serie di articoli fortemente critici nei confronti della struttura del Csm. Il Consiglio — si leggeva in un articolo di André Sauvageot del 15 maggio 1946, significativamente intitolato *Non* — poteva senz'altro essere presieduto dal Presidente della Repubblica, con il Ministro della giustizia come Vice-Presidente, ma si osservava:

che questo organismo sia composto in maggioranza da «personalità elette dall'Assemblea», ecco, non ci sembra facilmente accettabile. Che l'organo incaricato della nomina, dell'avanzamento in carriera dei giudici e dei provvedimenti disciplinari trovi la sua forza e la sua autorità nell'Assemblea politica, equivale a stampare sul giudiziario il sigillo della politica, a privare la giustizia della sua indipendenza nei confronti dei Poteri pubblici, a preparar-

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

ne l'asservimento e l'addomesticazione. Ora, senza indipendenza, non c'è giustizia<sup>24</sup>.

Come si leggeva in un articolo del Presidente dell'U.F.M., Jean Ausset, appariva assurdo pretendere di assicurare l'indipendenza della magistratura affidando la nomina e la carriera dei magistrati «a un organismo derivante da una maggioranza politica. Non si tratterebbe di cecità il non vedere in questo un mezzo per assicurare la *subordinazione definitiva* del potere giudiziario?» Risultava dunque indispensabile che «la maggioranza del Consiglio superiore appartenga ai magistrati»<sup>25</sup>. Dopo l'approvazione del nuovo testo costituzionale la rivista riprendeva il tema con un articolo di Pierre Belleau, apparso nel numero di novembre 1946. In modo categorico si denunciava la fine della indipendenza della magistratura, provocata dalla composizione prevalentemente politica del nuovo Csm:

si è giunti a questo risultato paradossale che delle personalità che non offrono alcuna garanzia d'indipendenza sono incaricate di assicurare l'indipendenza dei magistrati; che dei giudici, che si vorrebbe imparziali, saranno giudicati da uomini di parte ... la nuova Costituzione, lungi dal garantire l'inaffidabilità dei magistrati, la sopprime; lungi dal proteggere i giudici, li minaccia<sup>26</sup>.

#### 4. Il Csm francese del 1946

Come s'è detto, il nuovo testo costituzionale francese, nell'intento di garantire l'indipendenza alla magistratura ma di evitare un auto-governo corporativo, prevedeva l'istituzione di un *Conseil Supérieur de la Magistrature* (Tit. IX, artt. 83–84) a composizione mista: Presieduto dal Presidente della Repubblica era composto dal Ministro della giustizia — Vice-Presidente — da sei membri eletti dall'Assemblea nazionale con la maggioranza dei due terzi, da quattro magistrati eletti

---

<sup>24</sup> A. SAUVAGEOT, *Non*, in «Pouvoir judiciaire», n. 5, 15 maggio 1946.

<sup>25</sup> J. AUSSET, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, in «Pouvoir judiciaire», n. 7, 15 luglio 1946. L'Autore era Presidente dell'U.F.M.

<sup>26</sup> P. BELLEAU, *Sommes-nous encore magistrats?*, in «Pouvoir judiciaire», n. 10–15 Novembre 1946.

dalla magistratura, e da due membri laici di nomina presidenziale<sup>27</sup>. Il mandato dei Consiglieri elettivi era di sei anni:

Art. 83. Il Consiglio superiore della magistratura è composto di quattordici membri:

- il Presidente della Repubblica, Presidente;
- il Guardasigilli, Ministro della giustizia, Vicepresidente;
- sei membri eletti per sei anni dall'Assemblea Nazionale, a maggioranza dei due terzi, fuori del proprio seno e sei supplenti, eletti alle stesse condizioni;
- sei membri designati come segue:
- quattro magistrati, eletti per sei anni nei modi previsti dalla legge, e quattro supplenti, eletti nello stesso modo;
- due membri, nominati per sei anni dal Presidente della Repubblica, scegliendoli fuori del Parlamento e della magistratura, ma in seno alle professioni forensi, e due supplenti designati allo stesso modo.

Le decisioni del Consiglio superiore della magistratura sono adottate a maggioranza di voti. In caso di parità, prevale il voto del Presidente.

---

<sup>27</sup> Sul *Conseil supérieur de la magistrature* si vedano G. LYON-CAEN, *La justice dans la Constitution du 27 octobre 1946*, in *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation. Hebdomadaire, Année 1947, Chronique III*, Paris, 1947, pp. 5–8; A. SAUVAGEOT, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, «Hommes et mondes», t. III, n. 11, juin 1947, pp. 324–332; G. DE LA ROCCA, *Le Conseil supérieur de la magistrature. (Constitution de la République Française : loi du 27 octobre 1946)*, Université de Paris, 1948 (thèse dact.); G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, 1949 (rist. Paris 2002); A. BESSON, *Conseil supérieur de la magistrature*, in *Répertoire de droit public et administratif*, sous la direction de Raymond Odent et Marcel Waline, I, Paris, 1958, pp. 531–536; ID., *Le Conseil supérieur de la magistrature*, in *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation. Hebdomadaire, Année 1960, Chroniques I*, Paris, 1960, pp. 1–8; G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, cit.; E. BLOCH, *Le Conseil supérieure de la Magistrature de la constitution du 2 octobre 1946 : une institution peut-être trop décriée*, in *Être juge demain. Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Portugal et R.F.A.*, a cura di Jean-Pierre Royer, Lille, 1983 pp. 179–205; TH. RICARD, *Le Conseil supérieur de la Magistrature*, cit.; L. MONTANARI, *Il governo della magistratura in Francia*, Padova, 1998; *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, a cura di Thierry S. Renoux, Paris, 1999; I. BOUCOBZA, *Conseil supérieur de la magistrature en France et en Italie: les enseignements tirés des débats actuels*, in *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie. Actes du Colloque organisé par le Centre d'études juridiques comparées et le Centre de recherches italiennes de l'Université de Paris X-Nanterre, les 3 et 4 avril 1998*, estratto da «La Revue juridique des barreaux», Paris 1999, pp. 27–65; J.-P. ROYER, *Histoire de la justice*, cit., pp. 853–865; A. BANCAUD, *Normalisation d'une innovation: le Conseil supérieur de la magistrature sous la IV<sup>e</sup> République*, «Droit et Société», n. 63–64/2006, pp. 371–391. Sulle concezioni della funzione giurisdizionale nei due ordinamenti si veda I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris 2005.

Art. 84. Il Presidente della Repubblica nomina, su proposta del Consiglio superiore della Magistratura, i magistrati, ad eccezione di quelli del pubblico ministero.

Il Consiglio superiore della magistratura assicura, conformemente alle disposizioni di legge, la disciplina dei magistrati, la loro indipendenza e l'amministrazione degli organi giudiziari. I magistrati degli organi giudicanti sono inamovibili.

Da notare che l'art. 35 della Costituzione conferiva al Presidente della Repubblica l'esercizio del potere di grazia «nel Consiglio superiore della magistratura»:

Art. 35. Il Presidente della Repubblica esercita, in Consiglio superiore della magistratura, il diritto di grazia.

Malgrado le polemiche che accompagnarono l'approvazione della Costituzione, il Csm entrò rapidamente in funzione. Le leggi di attuazione furono emanate il 1° febbraio 1947<sup>28</sup> e l'11 marzo 1947<sup>29</sup> e il Csm fu installato il 28 marzo dello stesso anno. In occasione della cerimonia d'installazione, il Presidente della Repubblica, Vincent Auriol, affermò solennemente che «per la prima volta, la separazione delle funzioni smetterà di essere una finzione costituzionale»<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Legge n. 47-235, 1 febbraio 1947.

<sup>29</sup> Legge n. 47-421, 11 marzo 1947.

<sup>30</sup> Il Presidente della Repubblica Vincent Auriol, in occasione dell'installazione del Csm il 28 marzo 1947, sottolineò l'importanza del Consiglio nella garanzia della indipendenza della magistratura: «per la prima volta, la separazione delle funzioni smetterà di essere una finzione costituzionale. La libertà ... sarà più forte e meglio rispettata. [...] Ma, se il magistrato deve applicare e interpretare la legge, egli lo deve fare nello spirito del legislatore, ossia della Nazione stessa; egli non deve mai farla soccombere [...] l'opera del Consiglio superiore della magistratura risponderà alla volontà del legislatore e della Nazione assicurando ai magistrati quella totale indipendenza senza la quale non c'è più giustizia e contribuendo a dare tutto il suo sviluppo alla libertà disciplinata, senza la quale non c'è democrazia», in «Pouvoir judiciaire», n. 15, 15 aprile 1947, p. 4. È opportuno ricordare che Vincent Auriol fu un aperto sostenitore del Csm alla Costituente e poi quale Presidente della Repubblica. Già nel 1945 aveva sostenuto l'importanza della previsione di un Csm a composizione mista: «ciò di cui abbiamo bisogno – affermava l'Auriol – è di assicurare effettivamente l'indipendenza, l'imparzialità dei magistrati. Credo tuttavia che si può costituire un *potere giudiziario* sotto la forma di un 'Consiglio supremo di giustizia', composto in parte di magistrati della Corte di cassazione, di magistrati eletti dai loro pari, e di cittadini eletti in secondo grado dai consigli provinciali e dal corpo legislativo», V. AURIOL, *Hier... demain*, Paris 1945, II, p. 261.

La Costituzione del 1946 segnò indubbiamente una rottura netta con il passato perché stabilì esplicitamente l'indipendenza della magistratura e istituì il Csm a composizione mista. Come osserva il Bancaud:

la riforma [del 1946] è una reazione esplicita contro Vichy, ma anche contro la III Repubblica. Essa modifica il sistema, dominato dall'esecutivo e dalla gerarchia giudiziaria, stabilita dal Consolato e da Napoleone I, ristrutturata dalla III Repubblica e appesantita da Vichy<sup>31</sup>.

Il modello francese ebbe una considerevole influenza sul dibattito in corso in Italia e fu anche oggetto di vivaci critiche. A suscitare perplessità furono la composizione del Consiglio — che assicurava la maggioranza ai consiglieri di nomina politica — e, in particolare, l'istituto della Vice-presidenza, affidato al Ministro della giustizia, che non avrebbe garantito una effettiva indipendenza della magistratura nei confronti dell'esecutivo. Fu il caso di Francesco Pantaleo Gabrieli, il quale nella rivista della rinata Associazione Nazionale Magistrati, osservava:

è l'Assemblea che, sostanzialmente, dispone della indipendenza della magistratura, con la maggioranza dei membri che compongono il Consiglio Superiore e a mezzo del Presidente della Repubblica e del vicepresidente Guardasigilli sui quali essa esercita un penetrante sindacato politico ... Orbene se la tutela della magistratura è affidata ad un organo essenzialmente politico, come può il giudice valutare serenamente tutti i profili di tale interesse? Siffatta organizzazione delle garanzie della magistratura asservirebbe il magistrato a direttive contingenti, creando il *giudice politico*!<sup>32</sup>

## 5. L'evoluzione nella V Repubblica

Nella vigenza della costituzione del 1946, il Csm francese subì un drastico ridimensionamento. La rivalità con il Ministro della giusti-

---

<sup>31</sup> A. BANCAUD, *Normalisation d'une innovation*, cit., p. 373.

<sup>32</sup> F. PANTALEO GABRIELI, *La costituzione francese e l'indipendenza della magistratura*, «La Magistratura», II (1946), nn. 5–6, p. 3. Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 32–37; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 29–40.

zia, il quale si vide privato di importanti prerogative in materia di governo della magistratura, e la diffidenza di parte delle forze politiche nei confronti del nuovo organo, condussero a una sensibile compressione del ruolo del Csm. Nonostante i tentativi del Presidente Vincent Auriol — uno dei sostenitori dell'importanza del Csm<sup>33</sup> — il Consiglio fu considerato un organo puramente burocratico, le cui funzioni si sarebbero dovute limitare alla gestione della carriera dei magistrati. «Assimilé à un simple organisme administratif et cantonné dans la gestion de la carrière de magistrat», il Csm perse il suo prestigio e l'autorità morale che la costituzione del 1946 gli aveva assegnato<sup>34</sup>.

L'avvento della V Repubblica comportò una riforma del Csm. La Costituzione del 4 ottobre 1958 mantenne la Presidenza e la Vice-Presidenza, rispettivamente al Presidente della Repubblica e al Ministro della giustizia, ma modificò la composizione del Consiglio attribuendo al Capo dello Stato la nomina dei nove membri<sup>35</sup>. Inoltre, le funzioni del Csm furono considerevolmente ridotte. Le modifiche alla composizione e alle funzioni introdotte dalla Costituzione della V Repubblica intesero dunque incrementare la sfera d'influenza dell'esecutivo e, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario, assicurare un ruolo di controllo gerarchico alla Corte di cassazione. Ciò rappresentò un «regresso» rispetto alla disciplina del 1946, quanto a tutela dell'indipendenza della magistratura: il garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria diventava il Presidente della Repubblica, «mentre — come osserva Laura Montanari — il Consiglio era chiamato a svolgere funzioni meramente ausiliarie: poteva essere considerato un organo di consulenza del Presidente», al punto da trasformare il Csm in «un organo di consulenza del Presidente»<sup>36</sup>.

Un'evidente mutamento di rotta si è verificato con le riforme del 1993 e del 1994 che hanno attribuito al Csm francese una fisionomia

---

<sup>33</sup> Il Presidente Auriol è definito dal Masson uno dei «partigiani più convinti» e uno dei difensori più accesi» del Csm, G. MASSON, *Les juges et le pouvoir*, cit., p. 278.

<sup>34</sup> Ivi, p. 274.

<sup>35</sup> La nomina sarebbe avvenuta per due Consiglieri di iniziativa del Presidente della Repubblica, per sei su proposta della Corte di cassazione, e per uno (un Consigliere di Stato) su proposta del Consiglio di Stato.

<sup>36</sup> L. MONTANARI, *Il governo della magistratura*, cit., p. 197.



radicalmente diversa<sup>37</sup>. Tali riforme hanno ampliato le funzioni del Consiglio, ripristinato l'elettività dei membri togati ed esteso le garanzie di indipendenza ai magistrati del Pubblico ministero. Ciò grazie all'istituzione di due sezioni del Consiglio, una per i giudici e l'altra per i Pm. Un'ulteriore riforma, nel senso invece di un'accentuazione della componente di nomina politica, è stata adottata nel 2008, con la legge costituzionale n. 724 del 23 luglio 2008.

## 6. La genesi del Csm in Italia

Nel 1946, alla vigilia dell'avvio dei lavori della Costituente, l'orientamento prevalente tra le forze politiche e nella magistratura<sup>38</sup> era favorevole all'istituzione di un Csm elettivo, composto esclusivamente da magistrati e tale da assicurare la preponderanza dei magistrati di Cassazione. Nell'intento di garantire una effettiva indipendenza della magistratura dall'ingerenza del potere politico si sostenne da più parti la necessità di affidare l'elezione dei membri del Consiglio ai soli magistrati<sup>39</sup>. Tuttavia tra le forze politiche di sinistra si diffuse il timore che un Consiglio composto di soli magistrati ed eletto dai magistrati stessi divenisse eccessivamente autonomo, al punto da consentire l'emergere di istanze corporative a discapito della concezione democratica della giurisdizione, caratteristica di tale orientamento politico. In tale prospettiva appariva evidente l'esigenza di attuare una forma di coordinamento tra i poteri dello Stato tramite la previsione dell'ele-

---

<sup>37</sup> Legge costituzionale del 27 luglio 1993 e Legge del 5 febbraio 1994.

<sup>38</sup> Si deve ricordare che nel 1945 era stata ricostituita l'Associazione Nazionale Magistrati Italiani. Nello stesso anno apparve il primo numero della rivista dell'Associazione, *La Magistratura*, che avviò un'intensa campagna in favore dell'indipendenza della magistratura. Le rivendicazioni dei magistrati si indirizzarono soprattutto verso «l'indipendenza 'esterna' ... dell'ordine giudiziario, mentre restava nell'ombra ... il problema dei rapporti tra magistrati», L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 156. Sul punto cfr., tra gli altri, E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura*, Bari 1967; I. MICELISOPO, *L'Associazione nazionale magistrati italiani*, in «Il Ponte», XXIV (1968), pp. 759–769.

<sup>39</sup> Riguardo al grado di indipendenza della magistratura in Italia sono significative le parole di Piero Calamandrei, il quale si chiedeva nel 1921 se «la vantata indipendenza dei giudici non [fosse] ... nel nostro ordinamento, meglio che una concreta realtà, una pia illusione di dottrinari che vivono fuori dal mondo», P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, in ID., *Opere giuridiche*, II, Napoli 1966, p. 197.

zione da parte del legislativo di alcuni dei membri del Csm. Si deve rilevare come, in questa fase, non sia ancora al centro del dibattito la proposta di una composizione mista — togati e laici — del Consiglio, composizione idonea, di per se stessa, a impedire una caratterizzazione eccessivamente corporativa dell'organo di auto-governo della magistratura.

Già la «Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» — la c.d. «Commissione Forti»<sup>40</sup> — istituita nel 1945 allo scopo di svolgere un'attività di studio intorno ai principali problemi istituzionali che l'Assemblea costituente avrebbe dovuto affrontare — evidenziò con chiarezza la necessità dell'auto-governo quale strumento indispensabile per assicurare concretamente, non solo l'indipendenza «esterna» della magistratura, ma anche quella «interna», ossia organizzativa. La relazione preliminare sulla *Posizione costituzionale del potere giudiziario* fu affidata a Piero Calamandrei, il quale affermò il 22 maggio 1946:

il principio della indipendenza del potere giudiziario deve essere praticamente attuato mediante la *autonomia amministrativa* della magistratura. Ormai è comunemente riconosciuto che l'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo rimane un voto puramente platonico, fino a che il potere esecutivo anche se tecnicamente sprovvisto di ogni diretta ingerenza sulla funzione giurisdizionale, conserva però una ingerenza anche indiretta sulla 'carriera' dei magistrati, cioè sulle loro nomine, promozioni, trasferimenti, assegnazioni di incarichi e di uffici direttivi. Se il potere giudiziario deve essere veramente un potere indipendente, com'è il potere legislativo, bisogna che i componenti dei suoi organi, al pari di quelli che compongono gli organi legislativi, non dipendano come impiegati del potere esecutivo<sup>41</sup>.

La relazione finale presentata all'Assemblea costituente — dopo aver constatato che «in Italia i giudici non hanno mai goduto di un'ef-

---

<sup>40</sup> La Commissione fu articolata in cinque sottocommissioni. La prima, dedicata ai *Problemi costituzionali*, era composta di alcuni dei più illustri giuspubblicisti dell'epoca: è sufficiente ricordare, tra gli altri, i nomi di Piero Calamandrei, Vezio Crisafulli, Massimo Severo Giannini, Arturo Carlo Jemolo e Costantino Mortati. La Relazione sulla *Posizione costituzionale del potere giudiziario* fu svolta da Piero Calamandrei.

<sup>41</sup> *Relazione preliminare sul tema «Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana»*, in G. D'ALESSIO, *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della «Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (1945-1946)*, Bologna 1979, seduta del 22 maggio 1946, pp. 623-624.

fettiva, piena indipendenza dall'esecutivo»<sup>42</sup> — ribadiva, in modo sintetico, che

così come il legislativo provvede da sé a tutti gli atti relativi alla sua organizzazione, così anche il giudiziario non abbia a dipendere per questo, come per nessun altro verso, dall'esecutivo. Soltanto così, avuto riguardo al sostrato umano che è sempre nel giudice, è possibile realizzare l'auspicata indipendenza<sup>43</sup>.

La Commissione prospettava diverse soluzioni quanto alla composizione dell'organo di auto-governo, evidenziando la necessità di stabilire una qualche forma di collegamento tra i poteri dello Stato, per impedire l'emergere di una concezione corporativa della magistratura<sup>44</sup>. Di particolare delicatezza risultava il ruolo del Ministro della giustizia, la sua permanenza o meno nell'ordinamento, e la definizione delle sue competenze rispetto all'organo di auto-governo della magistratura: «il problema fondamentale e non facilmente risolvibile — affermava il Calamandrei — è quello che concerne la possibilità di lasciar sussistere il Ministro della giustizia e con quali poteri; o, se si ritiene che il Ministro della giustizia debba essere soppresso, quale debba essere l'organo di collegamento tra la magistratura e lo Stato»<sup>45</sup>.

## 7. La Costituente e il Csm

Non è certo necessario, né possibile in questa sede, ricostruire l'ampio dibattito relativo all'ordine giudiziario che si svolse alla Co-

---

<sup>42</sup> Ministero per la Costituente – Commissione per Studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, I, *Problemi costituzionali. Organizzazione dello Stato*, Roma, 1946, p. 254.

<sup>43</sup> Ivi, p. 256.

<sup>44</sup> «La Sottocommissione si è resa, peraltro, conto che questa autonomia di organizzazione non deve porre in una posizione di isolamento il potere giudiziario, il quale deve essere, invece, collegato con gli altri poteri dello Stato. In particolare, pur escludendo qualsiasi forma di subordinazione rispetto all'esecutivo, il controllo politico del Parlamento sul regolare funzionamento della giustizia appare un'esigenza inderogabile. È certamente questo (la Sottocommissione non se lo dissimula) il punto più delicato del problema. Ma essa è convinta che costituisca un errore ritenere inconciliabili il controllo politico del Parlamento e l'auto-governo della magistratura», ivi, p. 258.

<sup>45</sup> *Relazione preliminare*, cit., p. 627.

stituente<sup>46</sup>. Ci basti evidenziare alcune delle questioni più rilevanti sollevate nell'ambito dei lavori dell'Assemblea. La previsione dell'istituzione di un Consiglio superiore della magistratura, effettivamente indipendente e dotato di autonomia, era condivisa, seppur con orientamenti diversi, da tutte le forze politiche<sup>47</sup>. Come afferma il Daga:

---

<sup>46</sup> Si veda la bibliografia sopra citata e, in particolare, F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario. Ricerca sulla formazione delle norme costituzionali*, Padova 1982. Della vastissima letteratura sulla Costituente ci limitiamo a ricordare, anche per riferimenti aggiornati, P. POMBENI, *La costituente. Un problema storico-politico*, Bologna 1995; *Cinquantenario della Repubblica italiana. Giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, a cura di Silvano Labriola, Milano, 1997; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998; *La Costituzione italiana. Atti del Convegno di Roma del 20-21 febbraio 1998*, a cura di Maurizio Fioravanti e Sandro Guerrieri, Roma, 1998; e *La prima legislatura repubblicana: continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni, Roma, 17-18 ottobre 2002*, a cura di Ugo De Siervo, Sandro Guerrieri, Antonio Varsori, 2 vv., Roma 2004.

<sup>47</sup> Della vastissima letteratura sul Csm ci limitiamo a ricordare alcune delle opere fondamentali cui fare riferimento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche: F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura. Principi e precedenti: legge istitutiva 24 marzo 1958 n. 195. Commento*, Prefazione di Andrea Torrente, Milano 1958; P. GLINNI, *Il Consiglio superiore della magistratura: funzione e struttura*, Roma 1959; A. TORRENTE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1961, pp. 327-338; *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium 'Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura'*, a cura di Giuseppe Maranini, Milano, 1962; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964; F. COLITTO, *Il Consiglio superiore della magistratura: i primi tre quadrienni*, Campobasso 1973; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973; *L'ordinamento giudiziario*, a cura di Alessandro Pizzorusso, cit.; R. CANOSA - P. FEDERICO, *La magistratura italiana dal 1945 ad oggi*, Bologna 1974; G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980, pp. 843-880; S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Novissimo Digesto italiano, Appendice*, II, Torino 1981, pp. 459 ss.; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit.; R. TERESI, *Il Consiglio superiore della magistratura. Venticinque anni di applicazione della legge 24 marzo 1958 n. 195*, Napoli 1984; A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, «Questione giustizia», III (1984), pp. 281-306; ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit.; *Il ruolo e l'attività del C.S.M. Celebrazione del venticinquennale dell'istituzione. Roma 4-6 giugno 1985*, Roma, 1985; F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *Art. 104-107*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, *La magistratura*, II, Bologna 1986; M. BESSONE-V. CARBONE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, pp. 453-466; G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia fra ministro e Consiglio Superiore*, Padova 1990; S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e ministro della giustizia*, Torino 1993; *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, a cura di Beniamino Caravita, Roma-Bari, 1994; R. TERESI, *La riforma del Consiglio superiore della magistratura*, Napoli 1994; G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura e il suo Presidente*, Padova, 1995; G. GIACOBBE-M. NARDOZZA, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano 1996; E. BRUTI LIBERATI-L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello i-*

la Democrazia Cristiana tendeva ad un compromesso tra le opposte esigenze dell'auto-governo e del collegamento tra i poteri; le Destre erano per l'auto-governo assoluto; le Sinistre, con varie gradazioni, per la negazione di un potere giudiziario svincolato dalla unica fonte del potere, cioè il popolo. L'atteggiamento politico della maggioranza dei costituenti si traduceva quindi, in pratica, nel timore della creazione di una 'casta chiusa', di uno 'stato nello Stato', ove si concedesse alla Magistratura una posizione costituzionale concretantesi in istituti privi di controllo popolare diretto o indiretto<sup>48</sup>.

Le preoccupazioni di parte dell'Assemblea nei confronti di un'ampia autonomia dell'ordine giudiziario derivavano dall'orientamento prevalentemente conservatore della magistratura — e, in particolare, della Cassazione — che «non sarebbe stato improntato, nell'immediato dopoguerra, ad una vera rispondenza al nuovo clima democratico nazionale»<sup>49</sup>. Le sinistre e i repubblicani furono favorevoli a una composizione del Csm paritetica di magistrati e tecnici laici di elezione parlamentare. L'accordo fu trovato — com'è noto — con la mozione Scalfaro, approvata il 25 novembre 1947, che prevedeva una composizione per due terzi di togati e per un terzo di laici.

---

*italiano di Consiglio superiore*, Milano 1998; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, 1999; G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enciclopedia del diritto*, IV agg., Milano 2000, pp. 380 ss.; *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, a cura di Salvatore Mazzamuto, Torino, 2001; *Ordinamento giudiziario e forense*, a cura di Saule Panizza, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, cit. Più in generale sulla storia della magistratura si vedano i saggi di C. GUARNERI, *Magistratura e politica in Italia*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, III/2, *Istituzioni, politiche, culture*, Torino, 1997; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria*, cit., pp. 713–790. Cfr. le interessanti considerazioni di M.G. CIVININI, *Le modèle italien d'administration de la justice*, in «Revue française d'administration publique», n. 125 (2008), pp. 81–91

<sup>48</sup> L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 183.

<sup>49</sup> Ivi, p. 136. La posizione della sinistra in merito è ben sintetizzata nelle parole di Fausto Gullo, contrario a una magistratura del tutto autonoma: «noi consideriamo la sovranità del tutto inscindibile; nessun potere deve essere distaccato da questa unica fonte, da cui traggono l'autorità tutti i poteri [...] Noi vogliamo che il giudice viva a continuo contatto del popolo, ossia della fonte da cui esso unicamente trae i motivi e la giustificazione della sua autorità. La Magistratura deve essere legata con tutti gli altri poteri, appunto perché l'esercizio di tutti e tre i poteri risulti quanto più si può armonico e perché nessuno di essi venga, per nessuna ragione, distratto e scisso dagli altri», *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma 1970, V, seduta del 12 novembre 1947, pp. 3827–3828.

Il dibattito più animato riguardò la Vice–Presidenza del Csm in quanto risultò evidente che, una volta affidata la Presidenza al Presidente della Repubblica, il ruolo più rilevante nell’ambito del Consiglio sarebbe stato svolto proprio dal Vice–Presidente<sup>50</sup>. Abbandonata l’idea — cara alle sinistre — di attribuire la Vice–Presidenza al Ministro della giustizia, si prospettarono due soluzioni: la nomina del Primo Presidente della Corte di cassazione o l’istituzione di un organo diarchico formato dal Primo Presidente della Cassazione e da un laico di nomina parlamentare. L’approvazione dell’emendamento Lussu stabilì che il Vice–Presidente sarebbe stato eletto dal Consiglio fra i membri laici<sup>51</sup>. Come osserva il Rigano, a prevalere fu «il timore che un organo di auto–governo formato in maggioranza da membri togati e retto da un alto magistrato potesse favorire la incontrollata crescita di potere in capo alla magistratura»<sup>52</sup>. L’inclusione di diritto nel Csm del Primo Presidente e del Procuratore Generale della Cassazione — giustificata secondo il Ruini «dalla particolare dignità di questi due altissimi magistrati, che sono al di fuori di ogni interesse personale di carriera e non riflettono che da un punto di vista generalissimo gli interessi delle varie categorie»<sup>53</sup> — non incontrò opposizione nell’Assemblea. In merito alla disciplina della magistratura requirente, nonostante la diversità delle posizioni emerse, si trovò un accordo in favore del mantenimento delle medesime garanzie costituzionali godute dalla magistratura giudicante, sulla base del decreto del 1946 sulle *Guaren-*

---

<sup>50</sup> «Quello della composizione del Consiglio – osservano Francesco Bonifacio e Giovanni Giacobbe – fu uno dei temi più dibattuti, riflettendosi sulla composizione tutta la complessa problematica relativa alla collocazione dell’ordine giudiziario nel sistema istituzionale dello Stato: in modo particolare ... la struttura dell’organo e la individuazione del suo vertice, condizionano ... il grado di autonomia ed indipendenza che si intende assicurare alla magistratura», *Art. 104–107*, cit., p. 46.

<sup>51</sup> Come affermò in aula il Lussu, la Vice–Presidenza non sarebbe andata a «un rappresentante del potere esecutivo, ma .. [a] uno di quegli elementi tecnici e quindi perfettamente capaci, designati dal Parlamento, ed eletto dal Consiglio Superiore stesso, quindi dai tecnici e dai Magistrati. A noi pare che una proposta di questo genere possa perfettamente tranquillizzare le preoccupazioni che giustamente sono sorte in gran parte di questa Assemblea», 25 novembre 1947, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., V, p. 4079.

<sup>52</sup> F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., p. 130.

<sup>53</sup> «È giusto che questi due magistrati facciano parte del Consiglio Superiore, e siano sottratti al giuoco delle elezioni di categoria: siano dunque membri di diritto», 25 novembre 1947, *La Costituzione della Repubblica*, cit., V, p. 4062.

*tigie della magistratura*, e rinviandone la disciplina alla nuova legge sull'ordinamento giudiziario (art. 107, co. 4, Cost.).

La definizione delle funzioni del Csm non fu particolarmente problematica: «ciò che importa — affermò il Ruini — è fissare nell'articolo della Costituzione, come quattro chiodi, i punti essenziali, su cui è competente il Consiglio, e nei quali non può ingerirsi il Ministro ... le nomine, le promozioni, le norme disciplinari ... i trasferimenti»<sup>54</sup>.

Restava il problema del ruolo del Ministro della giustizia. Accantonata la tesi della soppressione del Ministero della giustizia<sup>55</sup>, fu riconosciuta al Ministro la «facoltà di promuovere l'azione disciplinare» nei confronti dei magistrati. Si trattò di un compromesso tendente a conciliare l'indipendenza e l'autonomia della magistratura con la previsione della responsabilità politica del Ministro davanti al Parlamento.

In sintesi si può affermare che le norme costituzionali sull'ordinamento giudiziario non presentano una disciplina omogenea e del tutto coerente, anzi — come osserva il Pizzorusso — dalla «commistione di regole ispirate ai nuovi principi costituzionali e di disposizioni che presuppongono esplicitamente o implicitamente la conservazione del sistema anteriore» derivano «non poche contraddizioni ... fonte di incertezze e di contrasti»<sup>56</sup>.

## **8. L'attuazione della Costituzione e l'ostruzionismo di maggioranza**

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana il legislatore ordinario avrebbe dovuto provvedere a dare attuazione ad alcuni

---

<sup>54</sup> *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., V, 25 novembre 1947, p. 4064.

<sup>55</sup> «Lo scopo è di assicurare alla Magistratura — osservò il Ruini — la sua indipendenza come personale, come corpo, come ordine. E in questo possiamo spingerci molto innanzi. Ma che l'amministrazione di tutti i servizi della giustizia debba passare alla Magistratura, con la conseguente soppressione del Ministero della giustizia e con l'inevitabile corollario che la Magistratura diventi essa stessa una specie di Ministero, questo no», 21 novembre 1947, *La Costituzione*, cit., V, p. 3970.

<sup>56</sup>A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 36.

istituti particolarmente innovativi previsti dal nuovo testo, ci riferiamo specificamente al Csm e alla Corte costituzionale<sup>57</sup>. La maggioranza centrista, affermatasi con le elezioni del 1948, attuò invece ciò che il Calamandrei chiamò «ostruzionismo di maggioranza contro la Costituzione»<sup>58</sup> e

cominciò così a considerare che, se la Costituzione faceva obbligo al legislatore ordinario di emanare subito le leggi occorrenti per integrare ed attuare l'ordinamento costituzionale, non c'era però, al disopra di essa maggioranza, alcuna autorità superiore che potesse imporle di adempiere a tale obbligo: e che niente impediva alla maggioranza onnipotente di lasciare inadempiti tali obblighi, i quali per l'appunto si riferivano proprio a quegli istituti che, se fossero stati attuati, avrebbero data alla Costituzione repubblicana quella impronta democratica che la Costituente aveva voluto e che a quella maggioranza malata di elefantiasi non era più gradita<sup>59</sup>.

La lunga e tormentata vicenda relativa all'emanazione delle norme necessarie per l'istituzione della Corte costituzionale e del Csm, sembra confermare il tentativo delle maggioranze centriste di rallentare la piena attuazione del testo costituzionale.

Inoltre, l'orientamento prevalentemente conservatore della Corte di cassazione, che si dimostrò favorevole alla conservazione di parte della legislazione dell'ordinamento monarchico e fascista sulla

---

<sup>57</sup> «Questi istituti corrispondevano – secondo il Calamandrei – a un certo tipo di ordinamento democratico, su cui erano riusciti ad accordarsi nell'Assemblea Costituente tutti i partiti che la componevano: la nuova legislatura dopo la Costituente avrebbe dovuto, secondo il patto, dedicarsi come a suo primo compito a dar compimento ai coronamenti e a riempire i vuoti di questo edificio, in esecuzione leale del piano d'intesa democratica già concordato», P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, «Il Ponte», IX (1953), p. 135. Si vedano le considerazioni, relative alla Corte costituzionale, di Andrea Simoncini, *Il primo dodicennio della Corte costituzionale e la definizione del suo ruolo tra le istituzioni repubblicane*, in *Le istituzioni repubblicane dal centrismo al centro-sinistra (1953-1968)* a cura di P. L. Ballini, S. Guerrieri, A. Varsori, Roma, 2006, pp. 142-164.

<sup>58</sup> P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, cit., p. 131.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 135. «Sarebbe stato ora molto più comodo – prosegue il Calamandrei – lasciare la Costituzione incompiuta com'era, ossia governare con una Costituzione diversa e meno democratica (perché priva delle garanzie più tipicamente democratiche, quali la Corte Costituzionale e il referendum) di quella voluta dalla Costituente. Ma comprese altresì che sarebbe stato imprudente dichiarare subito in maniera leale questo suo proposito di modificare in senso reazionario la Costituzione e di sottrarsi agli obblighi da essa imposti: e ritenne che fosse molto più machiavellico, invece di ribellarsi apertamente a tali obblighi, figurar di volerli adempiere, per poi, durante il cammino, riuscire ad eluderli».



base di una attuazione graduale della Costituzione, può contribuire a spiegare la lunga esitazione del legislatore ad istituire alcuni degli organi più innovativi previsti dalla Costituzione. La Cassazione si trovò dunque in piena sintonia con l'indirizzo politico allora dominante. Ciò consentì al governo — come osserva lo Zagrebelsky — «la lunga dilatazione nel dar attuazione alla Costituzione ... Che bisogno c'era, infatti, di creare la Corte costituzionale (o il Consiglio superiore della magistratura), se la Cassazione si dimostrava così duttile e sensibile nel regolare la graduale attuazione delle norme costituzionali?»<sup>60</sup>.

Prima di analizzare le vicende legate all'istituzione del Csm si può anticipare una considerazione utile a comprendere il ritardo con il quale si diede attuazione alla Costituzione in tema di auto-governo della magistratura. La forte resistenza opposta all'istituzione del Csm derivò dalla convergenza dell'opposizione:

- della Corte di cassazione che temeva di perdere il ruolo di effettivo vertice della magistratura;
- dei governi centristi preoccupati che il drastico ridimensionamento delle prerogative del Ministro della giustizia non avrebbe più consentito l'esercizio del tradizionale controllo dell'esecutivo sulla magistratura<sup>61</sup>.

L'ostilità delle forze politiche di maggioranza nei confronti del Csm giunse al punto di prospettare una riforma costituzionale per la modifica sostanziale dell'organo di auto-governo<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria*, cit., p. 730.

<sup>61</sup> «L'attuazione del Csm è duramente e a lungo contrastata: convergono le resistenze della Corte di cassazione di fronte alla prospettiva di perdere il ruolo di unico vertice della magistratura e i timori dei governi dell'epoca di non poter disporre del controllo del ministro sulla magistratura ... per quanto riguarda il Csm si giunge addirittura a prospettare una revisione costituzionale», E. BRUTI LIBERATI – L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., pp. 20–21.

<sup>62</sup> «Si meditò anche – afferma il Santosuosso – sul 's'È fosse conveniente dar vita al Consiglio superiore, o non fosse piuttosto preferibile revisionare opportunamente la Costituzione in alcuni punti riguardanti l'auto-governo», F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 87. Cfr. L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 214 ss.

Perplessità sul Csm si manifestarono anche in dottrina e nella magistratura stessa. Ciò suggerì

ad alcuni la opportunità di sopprimere il Consiglio superiore prima della sua stessa nascita con una revisione costituzionale, ad altri di disporre una lunga sospensiva alla sua attuazione, ad altri ancora di revisionare la Costituzione solo per apportare alcuni perfezionamenti all'istituto: quali la previsione di un veto presidenziale agli atti del Consiglio, del controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale, di attribuzione al Consiglio di ampie facoltà consultive, e infine la riforma delle norme riguardanti la vice presidenza, da affidarsi, quest'ultima, al presidente della Corte di cassazione<sup>63</sup>.

La convergenza di resistenze politiche e di perplessità in dottrina contribuì a rendere particolarmente difficile l'attuazione del Csm.

## 9. La legge istitutiva del Csm (24 marzo 1958)

Una serie di studi<sup>64</sup> e di testi elaborati dalla magistratura e da commissioni *ad hoc* di nomina governativa — ci riferiamo ai progetti Angeloni–Santoni Rugiu, Ferrara, Grassi — che miravano a legare

<sup>63</sup> F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 88.

<sup>64</sup> Tra i molti interventi di questo periodo sul tema, possiamo ricordare il Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Bologna il 3–4 novembre 1952 sul tema *Il CSM*. In quella occasione il Calamandrei sostenne che, con la mancata emanazione delle norme di attuazione, il Parlamento «sta commettendo qualche cosa che è peggio di un infanticidio della Costituzione, perché l'infanticidio sarebbe l'uccisione di un infante già nato: qui si tratterebbe piuttosto, come fu già detto, di una specie di procurato aborto costituzionale, con cui si cerca di sopprimere la Costituzione prima che abbia finito di nascere, prima che siano venuti alla luce alcuni suoi organi essenziali (Corte costituzionale, referendum, Consiglio superiore della magistratura, ordinamento regionale), senza i quali non si può dire che sia già nata quella Costituzione che fu concepita dall'Assemblea costituente». Di particolare delicatezza restava il ruolo del Ministro della giustizia: «il primo scoglio tecnico che incontra chi voglia tradurre in pratica attuazione il principio dell'auto-governo della magistratura scritto nella Costituzione, è proprio l'esistenza del Ministro della giustizia, cioè di un organo di governo che deve rispondere nei confronti del Parlamento del buon andamento della giustizia. Auto-governo della magistratura e responsabilità del Ministro della giustizia di fronte al Parlamento sembrano due termini tra loro inconciliabili. Infatti in un paese come l'Inghilterra, dove la indipendenza dei giudici più che da precisi congegni costituzionali è garantita dal costume, il Ministro della giustizia non c'è. Questo sarebbe logico: e infatti io che vi parlo, durante i lavori dell'Assemblea costituente, avevo proposto la soppressione del Ministro della giustizia», P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, II, *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto*, Napoli 1966, pp. 433–434 e 437.

l'istituzione del Csm alla riforma generale dell'ordinamento giudiziario (sulla base della VII Disp. transitoria, 1 co., Cost.) non giunsero mai in Parlamento<sup>65</sup>.

Il 1 ottobre 1952 fu presentata al Senato una prima proposta di legge istitutiva del Csm di iniziativa parlamentare — a firma dei Senatori Conti, Mastino, Oggiano, Bo — che recepiva le linee essenziali dello *Schema legislativo sul Csm* realizzato dal *Centro nazionale d'azione per la riforma giudiziaria*<sup>66</sup>. Il progetto intendeva dare attuazione immediata alle disposizioni costituzionali relative al Csm<sup>67</sup>. I promotori ritenevano, contrariamente all'interpretazione ispiratrice dei primi progetti, che l'istituzione del Csm avrebbe dovuto precedere la riforma dell'ordinamento giudiziario. In tale prospettiva, il Consiglio avrebbe potuto, a sua volta, contribuire — con pareri e proposte — alla riforma generale dell'ordinamento<sup>68</sup>. Il progetto, che non fu mai oggetto di discussione parlamentare per lo scioglimento del Parlamento, prevedeva una composizione del Consiglio di trentasei membri, dei quali tre di diritto; la componente togata era ripartita tra le tre categorie — tribunale, appello, cassazione — con una leggera prevalenza dei magistrati di cassazione.

Nella seconda legislatura fu il governo a predisporre un d.d.l. sull'istituzione del Csm, presentato al Senato il 9 novembre 1954<sup>69</sup>. Il

---

<sup>65</sup> Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 107 ss.; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 221 ss.

<sup>66</sup> Il Centro, composto da giuristi e politici di grande rilievo, era presieduto da Meuccio Ruini ed aveva quali presidenti onorari Enrico De Nicola e Vittorio Emanuele Orlando. La Commissione che aveva elaborato lo *Schema*, presieduta da Meuccio Ruini, era composta dai magistrati Gaetano Azzariti, Ernesto Battaglini, Vincenzo Chieppa, Emanuele Piga, Renato Angeloni, Giovanni Colli, Luigi Di Trani, Mario Santoni Rugiu, dall'avv. Edoardo Maino, e dai parlamentari Giorgio Bo, Piero Calamandrei, Giovanni Persico, Ferdinando Targetti, Umberto Terracini, Umberto Tupini, Adone Zoli.

<sup>67</sup> *Costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, cfr. *La Magistratura*, in Comitato Nazionale per la Celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione, *L'attuazione della Costituzione*, V, Milano, 1958.

<sup>68</sup> Come si legge nello *Schema legislativo sul Consiglio superiore della magistratura*, Roma, 1951, p. 33: «senza dubbio l'auspicata legge sul Consiglio Superiore è destinata a costituire il nucleo e la base del futuro ordinamento giudiziario ... a tale elaborazione legislativa il Consiglio Superiore ... potrà apportare il suo positivo contributo, formulando osservazioni e proposte secondo lo spirito della Costituzione».

<sup>69</sup> *Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*. Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 127 ss.; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 229 ss.

testo, rispetto al progetto precedente, era caratterizzato da un considerevole ampliamento del ruolo del Ministro della giustizia e dalla netta preponderanza dei magistrati di cassazione nell'ambito della componente togata. Il Consiglio, diviso in sezioni, sarebbe stato composto da ventisette membri elettivi. Tra i togati, dodici sarebbero stati i cassazionisti e sei i magistrati delle altre categorie. Per l'elezione dei membri laici — nove — si sarebbe adottato un sistema analogo a quello per l'elezione dei giudici costituzionali. Il mandato dei consiglieri elettivi era stabilito in quattro anni. Le innovazioni più rilevanti riguardavano le accresciute funzioni del Ministro della giustizia. Al Ministro, oltre alla facoltà di promuovere l'azione disciplinare, sarebbe spettata la proposta delle delibere del Csm e la possibilità di intervenire liberamente ai lavori del Consiglio. Come scriveva il Ministro della giustizia Michele De Pietro nella relazione al d.d.l.: «una partecipazione del Ministro alla scelta dei magistrati ai quali devono essere conferiti i più alti uffici direttivi risponde alla logica stessa del sistema costituzionale concernente l'ordine giudiziario»<sup>70</sup>.

Nel dibattito parlamentare sul d.d.l. si verificò un rovesciamento di posizioni rispetto alla Costituente, ove l'indipendenza della magistratura era stata difesa soprattutto dai cattolici e dalle destre che temevano una probabile affermazione delle sinistre alle elezioni. Con la prevalenza, a partire dal 1948, delle forze centriste, furono le opposizioni di sinistra a battersi per l'indipendenza e l'autonomia della magistratura, mentre i partiti di governo cercarono di forzare l'interpretazione delle norme costituzionali nel tentativo di garantire all'esecutivo l'esercizio di un controllo sulla magistratura<sup>71</sup>. La discussione sul progetto governativo, oggetto di critiche sia dalle forze di sinistra che da quelle di destra, fu molto vivace e si protrasse a lungo.

È opportuno ricordare che, in occasione del dibattito sulla legge istitutiva del Csm, vi furono interventi di rilievo da parte della magistratura associata in favore di una effettiva indipendenza dell'ordinamento giudiziario. Nel Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, svoltosi a Napoli dal 6 al 9 aprile 1957, si manifestò apertamen-

---

<sup>70</sup> Cit. in L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 230.

<sup>71</sup> Ivi, p. 231.

te il dissenso della maggioranza dei magistrati nei confronti del gruppo dirigente, composto da cassazionisti. In nome della «assoluta parità» dei magistrati prevista dalle disposizioni costituzionali, l'Assemblea approvò un documento ove si affermava che il d.d.l. governativo «contrasta[va] con i principi dettati dalla Costituzione» e si sottolineava la necessità di assicurare una rappresentanza paritaria alle categorie di magistrati in seno al Csm. Il Congresso auspicava:

che il Consiglio superiore abbia pieno e libero potere di iniziativa, senza che questa soffra alcuna limitazione dalle facoltà conferite al Ministro della giustizia e che sia esclusa ogni limitazione della facoltà d'iniziativa e di scelta del Consiglio anche nel conferimento di incarichi per uffici direttivi superiori; [...] che il Consiglio superiore abbia composizione paritaria tra le varie categorie dei magistrati e la stessa paritetica composizione sia riprodotta nelle sezioni; [...] che sia accolto il sistema di elezione diretta dei componenti magistrati [...] assicurando la parità di voto a tutti gli elettori<sup>72</sup>.

Come è stato osservato, la mozione «additava — sia pure implicitamente — ai magistrati associati un nuovo bersaglio, collocato per di più addirittura prima di quello tradizionale costituito dal Ministro: gli alti gradi raccolti nella Corte di cassazione»<sup>73</sup>.

La reazione dei magistrati di Cassazione nei confronti del Congresso dell'ANM fu immediatamente palesata con l'approvazione di un documento in assemblea plenaria il 27 aprile 1957 che riaffermava con forza il principio gerarchico. Come rileva il Moriondo, «l'evento era eccezionale ... la cassazione si valeva della facoltà di riunirsi in assemblea generale, e dissociava energicamente la propria posizione dal principio di pariteticità postulato nella mozione di Napoli. Questa fu la prima, clamorosa manifestazione dell'incipiente frattura interna della magistratura»<sup>74</sup>. Di lì a poco, i cassazionisti, che intendevano mantenere un ruolo preponderante e di controllo sulla magistratura, i-

---

<sup>72</sup> Il testo è pubblicato in R. CANOSA – P. FEDERICO, *La magistratura italiana*, cit., p. 178.

<sup>73</sup> *Ivi*, p. 179.

<sup>74</sup> E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura*, cit., pp. 231–232. Il testo approvato a Napoli «tocca un argomento di interesse interno all'organizzazione giudiziaria, tocca cioè il problema dei rapporti tra i giudici, ponendo indirettamente sotto accusa il potere organizzativo detenuto dalle alte sfere della magistratura. Ciò esige una risposta da parte di queste ultime, e infatti la Corte di cassazione, dopo due settimane dal congresso di Napoli, si riuniva in assemblea generale per esprimere il proprio parere sulla questione», *ibid.*

stituirono nel 1960 la corrente Unione delle Corti e, nel 1961, con una scissione dall'ANM, l'Unione dei magistrati italiani.

Alla luce delle numerose critiche formulate da più parti al d.d.l. governativo, il nuovo Ministro della giustizia Gonella provvide a emendare, attraverso la nomina di una specifica commissione di studio<sup>75</sup>, il testo in più parti. Il 28 febbraio 1958 il d.d.l. fu presentato alla Commissione giustizia della Camera in sede legislativa e approvato. Le maggiori innovazioni del testo approvato, rispetto alla sua precedente stesura, furono l'abolizione della divisione del Consiglio in sezioni (fu conservata solo la Sezione Disciplinare), la riduzione a ventiquattro del numero dei componenti del Csm — quattordici togati, sette laici, tre membri di diritto —, l'attenuazione della preponderanza dei cassazionisti tra i membri togati (sei magistrati di cassazione, quattro d'appello e quattro di tribunale). Le prerogative del Ministro della giustizia risultavano ridimensionate. Il Ministro conservò tuttavia il potere di proposta delle delibere del Csm e il «concerto» sulle nomine agli uffici direttivi. Avverso i provvedimenti del Csm fu ammesso il ricorso per motivi di legittimità al Consiglio di Stato. Il Parlamento avrebbe eletto i membri laici con la maggioranza di tre quinti, mentre i magistrati avrebbero eletto i consiglieri togati con uno scrutinio diretto, con voto per categorie. Il testo fu approvato senza emendamenti dal Senato il 13 marzo 1958 e promulgato il 24 marzo 1958 (n. 195). Il 16 settembre 1958 fu emanato il D.P.R. n. 916, contenente le norme di attuazione e di coordinamento.

La legge istitutiva del Csm suscitò immediatamente aspre critiche da parte della magistratura e della dottrina che manifestò dubbi di incostituzionalità<sup>76</sup>. In particolare l'ampiezza dei poteri del Ministro della giustizia — il quale deteneva il monopolio dell'iniziativa delle delibere del Csm in materia di «assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento sullo

---

<sup>75</sup> Presieduta dal Ministro stesso era composta dagli ex Ministri della giustizia Azara e De Pietro, dal Primo Presidente della cassazione Eula, dai Presidente di Sezione della Cassazione Tavolaro e Torrente, dal Presidente dell'ANM Chieppa, dai parlamentari Tosato, Magliano e Rocchetti. Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 164–165.

<sup>76</sup> Si veda, tra gli altri M. BERUTTI, *Questioni di legittimità costituzionale di alcune norme della legge sul Consiglio superiore della magistratura*, in *Magistrati o funzionari?*, cit., pp. 388–396. Sugli orientamenti in dottrina si veda L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 239 ss.

stato dei magistrati» (artt. 10, 1 co., e 11, 1 co.) — appariva in contrasto con gli artt. 104, 1 co., 105 e 110 della Costituzione, e lesiva della indipendenza della magistratura<sup>77</sup>. Con tali disposizioni si giungeva «ad interventi così penetranti da negare, non pure il carattere costituzionale dell'organo, ma contrastare l'esercizio della stessa sua attività amministrativa, negando all'organo persino quell'autonomia nell'esercizio dell'azione diretta al conseguimento dei propri fini istituzionali che è riconosciuta ... al più modesto Consiglio di amministrazione del più modesto ente pubblico»<sup>78</sup>. La legge, osservò ironicamente il Ferrari,

ebbe la rara ventura di raccogliere la unanimità dei dissensi, quando sull'insieme della disciplina, quando su taluni aspetti puntuali di essa, sia prima, sia nel corso, sia dopo l'approvazione: tanto che l'argomento decisivo in favore fu la considerazione che, tutto sommato, una legge qualsiasi valeva meglio di nessuna legge, perché finalmente si desse vita, a dieci anni dalla entrata in vigore della Costituzione, all'organo da quest'ultima previsto nell'art. 104<sup>79</sup>.

Degli innumerevoli interventi in dottrina ci limitiamo a ricordare quelli di Giuseppe Maranini, il quale parlò di «legge eversiva», con la quale «gli imperativi costituzionali furono ... brutalmente violati»<sup>80</sup>, per concludere, «anche se seguitiamo a chiamarlo Consiglio superiore in realtà è la Corte di cassazione»<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> «La disposizione – secondo il Teresi – appariva chiaramente in contrasto con lo spirito e la lettera della Costituzione ... attraverso l'esercizio del potere di iniziativa il Ministro era in grado, anche con la semplice inerzia, di realmente vanificare e comunque limitare l'autonomia dell'organo di auto-governo nello specifico settore», R. TERESI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 105.

<sup>78</sup> G. MENOTTI DE FRANCESCO, *La legge italiana istitutiva del Consiglio superiore della magistratura*, in *Magistrati o funzionari?*, cit., p. 368. «Si viene in tal modo a negare – proseguiva l'Autore – al Consiglio superiore della magistratura, non solamente il suo carattere di organo costituzionale, ma non lo si riconosce neppure quale organo che abbia tutti gli attributi normali di un qualsiasi organo collegiale amministrativo», p. 372.

<sup>79</sup> G. FERRARI, *Poteri del Csm. Relazione al Convegno di studi per la riforma del Csm*, Catania, 5-7 giugno 1969, cit. in F. COLITTO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 28.

<sup>80</sup> G. MARANINI, *Giustizia in catene*, Milano, 1964, p. 26.

<sup>81</sup> G. MARANINI, *Magistrati o funzionari?*, cit., p. 417. Il Csm istituito dalla legge del 1958 era – secondo l'Autore – un organo «deformato e paralitico», G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze 1967 (rist. Milano 1995), p. 456. L'Autore riteneva che «in luogo di dare leale attuazione alla costituzione, quella legge (approvata, fra l'altro, dalla

Senza entrare nei dettagli tecnici relativi ai problemi evidenziati in dottrina si può senz'altro affermare — con il Pizzorusso — che la legge istitutiva fu «redatta in termini tali da stravolgere le indicazioni espresse dalle disposizioni costituzionali al fine di rendere possibile, almeno in certa misura, la conservazione del rapporto di dipendenza della magistratura dal Ministro della giustizia che aveva caratterizzato il periodo anteriore»<sup>82</sup>. Il legislatore, forzando l'interpretazione delle norme costituzionali, intese attenuare il più possibile l'effettività dell'auto-governo della magistratura garantendo<sup>83</sup>:

1. l'esercizio di forme di controllo dell'esecutivo sulla magistratura, grazie alla rilevanza delle funzioni del Ministro della giustizia nei lavori del Csm;
2. la preponderanza dei magistrati di cassazione, di orientamento più conservatore e quindi ideologicamente affini alla politica governativa, nell'ambito della componente togata del Csm.

---

camera in commissione deliberante!) costituiva un aperto tentativo di demolire la costituzione, perseguendo fini esattamente opposti a quelli che il costituente aveva voluto. [...] la legge 24 marzo 1958 nel suo insieme e in tutte le sue essenziali disposizioni, procede in senso opposto, e mira a consolidare la struttura gerarchica (nell'interno dell'ordine giudiziario e nei confronti del governo), che la magistratura ha ereditato dalla tradizione borbonica, austriaca, napoletonica. Il Consiglio superiore nasce deformato e paralitico», *ivi*, pp. 455–456.

<sup>82</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 38. «Questo obiettivo — continua l'Autore — fu perseguito, da un lato, conservando al ministro una serie di poteri, principali dei quali furono quelli consistenti nell'esercizio in via esclusiva dell'iniziativa rispetto ai provvedimenti attribuiti alla competenza del Consiglio e, in taluni casi, nella partecipazione a talune decisioni, vincolate al conseguimento del 'concerto' col ministro stesso. Dall'altro lato, questo obiettivo fu perseguito assegnando all'alta magistratura una rappresentanza prevalente all'interno del Consiglio: era ovvio infatti che i magistrati di grado più elevato, per il fatto di essersi formati sotto l'ordinamento anteriore e di avere ricevuto in base ad esso promozioni e riconoscimenti, risultavano più disponibili a mantenere i tradizionali legami col potere esecutivo o comunque si trovavano più facilmente in concordanza di vedute con i governi conservatori che in quel periodo reggevano il paese», p. 39.

<sup>83</sup> La legge — secondo lo Zagrebelsky — «metteva il Consiglio sotto la tutela del ministro, proprio per i provvedimenti che rappresentano il cuore della sua competenza. La disposizione era evidentemente lesiva dell'autonomia della magistratura», V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria*, cit., p. 748. Anche il Paladin ritiene che il Csm abbia «visto sminuito il proprio ruolo, falsata la propria composizione, compresse le proprie attribuzioni, per effetto della legge istitutiva ... ciò contribuisce a far capire per quali ragioni la legge istitutiva sia stata radicalmente ed immediatamente contestata, nel merito politico e sullo stesso terreno della legittimità costituzionale, da parte dei più vari giuristi e magistrati», L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004, pp. 148–149.



## 10. L'entrata in funzione del Csm

Dopo la lunga e travagliata vicenda che abbiamo sommariamente descritto, il Csm fu istituito e poté insediarsi il 18 luglio 1959. Le elezioni dei membri togati si svolsero il 18 gennaio 1959<sup>84</sup>. Il Parlamento, convocato in seduta comune il 12 febbraio, impiegò molto tempo per trovare un accordo e riuscì a eleggere i sette consiglieri laici solo al quinto scrutinio, e grazie a un'intensa opera di mediazione svolta dai Presidenti delle Camere, Merzagora e Leone<sup>85</sup>, il 2 luglio 1959<sup>86</sup>. Le difficoltà manifestatesi nel corso dei tentativi di elezione destarono viva preoccupazione nelle forze politiche, nella magistratura e nell'opinione pubblica, al punto che si parlò di «crisi istituzionale» e di un possibile messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica<sup>87</sup>. L'ANM approvò addirittura un documento nel quale esortava il Parlamento a provvedere alla nomina dei consiglieri laici:

considerato che, ad oltre undici anni dalla promulgazione della Costituzione, non è ancora costituito il Consiglio superiore della magistratura; che tale situazione determina una preoccupante carenza costituzionale ed anche gravi difficoltà allo stesso esercizio dell'attività di governo della magistratura; rivolge ai parlamentari di ogni partito un rispettoso appello, perché, superando i contrasti di parte, vogliano accordarsi, senza altri indugi, per la elezione dei membri del Consiglio superiore devoluta al Parlamento, nell'interesse dell'amministrazione della giustizia e, quindi, della generalità dei cittadini<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> I Consiglieri elettivi togati furono i cassazionisti Andrea Torrente, Paolo Polimeno, Domenico Pedote, Guglielmo Gentile, Errico Laporta, Carlo Giannattasio; i magistrati d'appello Elio Siotto, Emilio Germano, Gianfranco Carnesecchi, Francesco Spinelli; e i magistrati di tribunale Luigi De Marco, Santi Licheri, Pietro Paolo Glinni, Riccardo Pacifici.

<sup>85</sup> L'elevato *quorum* richiesto per l'elezione dei membri laici implicava la necessità di un accordo tra le forze politiche. In particolare la Dc comprese che avrebbe dovuto concordare la scelta dei consiglieri con le sinistre – Pci e Psi – oppure, volendole escludere, avrebbe dovuto accettare un accordo con tutti gli altri partiti e, quindi, anche con il Msi. La scelta cadde sulla prima soluzione. Una precisa ricostruzione della vicenda si trova in R. NIVA, *La storia e la laboriosa nascita del Consiglio superiore della magistratura*, «Montecitorio», XIII (1959), nn. 6–7, pp. 3–10.

<sup>86</sup> I membri laici eletti furono: Michele De Pietro (voti 693), Francesco Paolo Bonifacio (693), Alfredo Poggi (690), Giuseppe Perrone Capano (684), Giuseppe Menotti De Francesco (677), Ugo Natoli (643), Giambattista Madia (566). Il *quorum* dei 3/5 dei votanti era di 450.

<sup>87</sup> R. NIVA, *La storia*, cit., p. 8.

<sup>88</sup> Cit. da R. NIVA, *La storia*, cit., p. 7 e F. COLITTO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 54.

Membri di diritto, oltre al Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi, furono il Primo Presidente della Cassazione reggente, Silvio Tavolaro<sup>89</sup>, e il Procuratore Generale reggente Enrico Poggi<sup>90</sup>.

La seduta inaugurale del Csm si svolse al Quirinale nella Sala delle Feste alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi. I discorsi del Ministro della giustizia Gonella e del Presidente Gronchi furono di tono assai diverso<sup>91</sup>. Mentre il Gonella, con molta cautela, rimarcò gli elementi di continuità nell'ordinamento giudiziario ed evidenziò il carattere puramente burocratico del Csm<sup>92</sup>, il Presidente Gronchi enfatizzò l'importanza del nuovo Consiglio, collocato tra «gli organi che sono posti al vertice dell'ordinamento giuridico dello Stato ... come la Corte costituzionale, il Governo», che concorrono ad «attuare quell'adeguamento continuo della realtà giuridica alle mutevoli realtà politico-sociali in cui si identifica l'aspetto più positivo della nuova Costituzione»<sup>93</sup>. Il Consigliere laico Michele De Pietro — già Ministro della giustizia — fu eletto dal Csm Vice-Presidente<sup>94</sup>.

L'inizio dell'attività del Consiglio non fu certo facile: «con tutti questi condizionamenti, l'avvio del Consiglio superiore non poteva non svolgersi in sordina»<sup>95</sup>. Circondato da diffidenza, se non da vera e propria ostilità, il Csm iniziò i lavori senza una sede propria, dovendosi accontentare di alcune stanze all'interno del Ministero della giusti-

<sup>89</sup> Sostituito da Luigi Oggioni nominato Primo Presidente della Cassazione.

<sup>90</sup> Sostituito da Francesco Cigolini, che assunse la carica di Procuratore Generale della Cassazione.

<sup>91</sup> CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Notiziario*, I (1961), n. 1, p. 2.

<sup>92</sup> «Si compie un nuovo passo verso la realizzazione della Costituzione la quale ha voluto un Consiglio Superiore che non fosse un organo chiuso dei magistrati per l'auto-governo del corpo, nè un organo aperto alle vicende volubili dell'istituzione politica», Consiglio superiore della magistratura, *Notiziario*, I (1961), *ibid.* Da notare che, dei due discorsi, nel *Notiziario* è riportata solo una sintesi.

<sup>93</sup> *Ibid.* Cfr. E. BRUTI LIBERATI – L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., p. 42.

<sup>94</sup> Ricordiamo che, ad oggi, hanno ricoperto la carica di Vice-Presidente del CSM: 1959–1963 Michele De Pietro; 1963–1967 Ercole Rocchetti; 1967–1968 Adolfo Salminci; 1968–1972 Alfredo Amatucci; 1972–1976 Giacinto Bosco; 1976–1980 Vittorio Bachelet; 1980–1981 Ugo Zilletti; 1981 Giovanni Conso; 1981–1986 Giancarlo De Carolis; 1986–1990 Cesare Mirabelli; 1990–1994 Giovanni Galloni; 1994–1996 Piero Alberto Capotosti; 1996–1998 Carlo Federico Grosso; 1998–2002 Giovanni Verde; 2002–2006 Virginio Rognoni; e dal 2006, Nicola Mancino.

<sup>95</sup> L. PALADIN, *Per una storia costituzionale*, cit., p. 152.

zia, privo delle strutture minime necessarie per adempiere un compito così delicato. Si deve ricordare, inoltre, che i magistrati eletti al Consiglio, per legge non erano dispensati dal servizio, circostanza che rese più gravoso il loro impegno<sup>96</sup>. Come ha ricordato Riccardo Pacifici, che fece parte del primo Csm,

nonostante sia posto dalla Costituzione al vertice della magistratura, il Consiglio, per effetto della legge istitutiva e di altri fattori, nacque con serie limitazioni e insufficienze; visse, perciò, una vita grama e stentata e si ridusse ben presto ad un organo di, sia pure elevata, burocrazia, [... ] limitazione e subordinazione legarono ... i primi passi del Consiglio, improvvidamente concepito come un qualsiasi formalistico e vago consesso amministrativo e non come il vertice di un potere<sup>97</sup>.

L'esecutivo non comprese, o non volle comprendere, la portata delle innovazioni derivanti dall'istituzione del Csm, per cui — ad esempio — il Ministero mantenne l'organizzazione amministrativa relativa ai magistrati, mutandone semplicemente la denominazione da «Direzione Generale del Personale» in «Direzione Generale dell'Organizzazione Giudiziaria». Ciò portò il Ministero a contendere al Csm la competenza su innumerevoli materie, evidenziando «in quali ristretti limiti funzionali si volle fin dall'inizio contenere l'attività dell'organo, che ... avrebbe dovuto e potuto assicurare il pieno auto-governo, quale espressione di uno dei poteri dello Stato»<sup>98</sup>. È opportuno ricordare che, in base all'art. 11 della legge istitutiva, il potere d'iniziativa per le delibere del Consiglio spettava al Ministro della giustizia e ciò collocava l'organo di auto-governo in una posizione di evidente subordinazione rispetto all'esecutivo. La rivendicazione dell'autonomo potere d'iniziativa del Consiglio, diffusa non solo tra i membri del Csm ma, più in generale, nella magistratura italiana e in dottrina, sarebbe stata

---

<sup>96</sup> «Oltre agli uffici, mancava ogni altro rudimento strumentale come un numero sufficiente di segretari, raccolte di leggi e di dati informativi, autovetture, telefoni ... né si poteva provvedere con i limitatissimi stanziamenti concessi su alcuni capitoli del bilancio del ministero di Grazia e Giustizia, l'organo dal quale avrebbe dovuto avvenire — per effetto dell'applicazione della Costituzione — il distacco funzionale della competenza relativa allo stato giuridico dei magistrati», R. PACIFICI-L. SCARPINELLI, *Due esperienze al Consiglio superiore della magistratura*, in «Il Ponte», XXIV (1968), p. 822.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*

riconosciuta solo più tardi con la sentenza della Corte costituzionale del 12 dicembre 1963 che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 11, 1 co., della legge del 24 marzo 1958.

La volontà di limitare le funzioni del Csm — di renderlo quasi una sorta di organo consultivo — appare confermata da una serie di atti, apparentemente di minore importanza, ma che definiscono una precisa strategia: ci riferiamo alla mancata concessione della pubblicità delle sedute e della pubblicazione di un bollettino del Consiglio, «quasi si trattasse di un'attività 'segreta'; dopo oltre due anni, fu autorizzata la diffusione, soltanto agli uffici giudiziari, di uno scialbo 'Notiziario' contenente l'elencazione pura e semplice del dispositivo dei provvedimenti amministrativi»<sup>99</sup>. Oltre alla comprensibile ingerenza dell'esecutivo, il Consiglio si trovò nella necessità di fronteggiare anche il predominio dei magistrati di cassazione, numericamente prevalenti nel Consiglio, e componenti delle varie commissioni esterne competenti sui concorsi e sugli scrutini dei magistrati. Alcuni alti magistrati ritenevano «essere inconcepibile che i 'sottotenenti' — cioè i giudici — sedessero al tavolo consiliare coi 'generali' cioè con i magistrati di appello e di Cassazione» e ciò derivava dal fatto che «il Presidente della Repubblica, riconoscendo l'assoluta parità nel Consiglio di tutti i magistrati ... li aveva assegnati alle varie commissioni referenti del Consiglio medesimo senza distinzioni di 'gradi' e di compiti da assolvere, dopo avere esplicitamente proclamato di considerare ciascuno degli eletti come rappresentante dell'intera magistratura»<sup>100</sup>. L'esistenza di contrastanti concezioni del ruolo dell'organo di auto-governo è confermata dal discorso pronunciato dal Presidente della Repubblica Gronchi il 15 febbraio 1962, in occasione dell'inaugurazione della

---

<sup>99</sup> Ivi, p. 824. Si tratta del *Notiziario* del Csm, pubblicato solo a partire dal 1961 e che non documenta l'attività degli anni 1959 e 1960. «È evidente — secondo Canosa e Federico — che in tal modo, posti nel nulla i principi costituzionali, si mirava soltanto a placare le istanze della magistratura e dell'opinione pubblica con concessioni meramente formali, conservando nella sostanza quel duplice controllo della funzione giudiziaria che era stato sempre efficacemente espletato dal ministro e dalla Cassazione», R. CANOSA — P. FEDERICO, *La magistratura italiana*, cit., pp. 225–226.

<sup>100</sup> «Da concezioni come questa — prosegue il Pacifici — non poteva discendere che il convincimento della necessità e della convenienza di un ruolo di opposizione e di ritardo da contrapporre allo slancio riformatore di cui il Consiglio fu testimone», R. PACIFICI — L. SCARPINELLI, *Due esperienze al Consiglio*, cit., p. 827.

nuova sede del Consiglio, il Palazzo dei Marescialli, quando — riferendosi all'avvio dell'attività del Csm — parlò di «difficoltà non lievi»:

come in tutti gli inizi anche in questo caso vi sono state difficoltà non lievi. Specialmente quando si tratta di organismi destinati ad addossarsi un lavoro complesso e difficile e compiti e responsabilità assai delicate, è naturale che nel loro seno vengano a confronto, ed anche a contrapporsi, opinioni e valutazioni diverse circa la vera natura, circa i limiti stessi del mandato, circa i modi di applicazione della legge istitutiva sia in rapporto al contenuto intrinseco di questa, sia in relazione agli organi ed istituti nei quali la Costituzione ha inteso inquadrate il Consiglio stesso<sup>101</sup>.

Ma, concludeva il Presidente, «chiunque osservi l'azione del Consiglio con spirito obiettivo, riconoscerà che l'esperienza di questi anni ha dato esito positivo»<sup>102</sup>.

Il Csm si trovò così ad operare in una sorta di «isolamento», costretto a difendere le proprie prerogative nei confronti dell'esecutivo e a mettere in discussione il ruolo tradizionale dei magistrati di cassazione. Nonostante le difficoltà e, in alcune circostanze, l'aperta ostilità, il Csm seppe, già nella prima consiliatura, conquistarsi un ruolo rilevante nella dialettica tra i poteri dello Stato e avviare il percorso per il riconoscimento della piena indipendenza e autonomia della magistratura.

## **11. L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n. 168 del 12 dicembre 1963**

Subito dopo l'insediamento del secondo Consiglio<sup>103</sup>, la Corte co-

---

<sup>101</sup> Ivi, p. 821.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Il Consiglio si insediò il 29 ottobre 1963, sotto la Presidenza di Antonio Segni. Membri di diritto furono Silvio Tavoraro, Primo Presidente della cassazione ed Enrico Poggi. L'elezione dei membri laici — in base all'esperienza del precedente Consiglio — fu assai più agevole rispetto al 1959 e si concluse il 2 ottobre 1963. Sulla seconda consiliatura si vedano le considerazioni di Lorenzo Scarpinelli, in R. PACIFICI — L. SCARPINELLI, *Due esperienze al Consiglio*, cit., pp. 828–832. «L'esperienza tratta dalla partecipazione al secondo Consiglio — conclude l'Autore — consente un giudizio positivo su tale organo. Pur dovendosi riconoscere che vi sono state deficienze (in parte dovute anche agli uomini) deve tenersi presente che esse

stituzionale emanò la sentenza n. 168 del 12 dicembre 1963, destinata a modificare considerevolmente i poteri del Csm e i suoi rapporti con l'esecutivo<sup>104</sup>. La Corte dichiarò l'incostituzionalità — in quanto in contrasto con gli artt. 104, 1 co., 105 e 110 Cost. — dell'art. 11, 1 co. della legge del 24 marzo 1958 («Nelle materie indicate al n. 1 dell'art. 10 il Consiglio superiore delibera su richiesta del Ministro di Grazia e giustizia»), che negava al Csm il potere d'iniziativa in materia di «assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento sullo stato dei magistrati» (art. 10, 1 co.), per attribuirlo al solo Ministro della giustizia. Si trattava delle disposizioni che più avevano limitato l'azione del Csm e posto il Consiglio stesso «sotto la tutela del Ministro, proprio per i provvedimenti che rappresentano il cuore della sua competenza»<sup>105</sup>.

Il Consiglio, grazie al pronunciamento della Corte che le riconosceva il diritto d'iniziativa, acquistava una effettiva indipendenza e autonomia dall'esecutivo. Com'è stato giustamente osservato, la sentenza «colpendo la legge di attuazione del Consiglio superiore della magistratura in un aspetto essenziale, rendeva necessaria una revisione di tutto il sistema della disciplina del Csm»<sup>106</sup>. Il legislatore fu dunque indotto a intervenire: la legge 18 dicembre 1967, n. 1198, modificò — recependo il pronunciamento della Corte — l'art. 11, 1 co., della legge del 1958. Inoltre, anche sulla base delle istanze formulate dalla magistratura, riformò il sistema elettorale attribuendo a tutti i magistrati l'elettorato attivo per tutti i componenti togati, quale fosse la loro categoria di appartenenza. Gli effetti innovativi della riforma erano però

---

sono talvolta derivate da complessità di problemi, da insufficienza di mezzi e da inesperienza», p. 832. Secondo il Bruti Liberati, «si ha l'impressione che questo secondo Consiglio sia stato meno incisivo del primo», E. BRUTI LIBERATI – L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., p. 47.

<sup>104</sup> Si veda G. MARANINI, *Giustizia in catene*, cit., pp. 70, ove sono riportate la comparsa di costituzione, la sentenza e un commento a essa. Degli innumerevoli interventi ricordiamo, tra gli altri, M. MAZZIOTTI, *Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio superiore della magistratura*, in «Giurisprudenza costituzionale», VIII (1963), pp. 1648–1681; G. ABAMONTE, *Questioni di legittimità costituzionale della legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura*, in «Giustizia civile», XIV (1964), III, pp. 41–47; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 239–246.

<sup>105</sup> V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria*, cit., p. 748.

<sup>106</sup> L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 246.

attenuati da un sistema elettorale a doppio turno che consentiva ai casazionisti di conservare una certa prevalenza<sup>107</sup>.

## **12. Considerazioni conclusive**

Rispetto al suo omologo francese, il Csm italiano ha sviluppato senz'altro un più elevato grado di autonomia, condizione che gli ha consentito di esercitare un ruolo di primaria importanza nella dinamica politica e istituzionale nazionale. Si è venuta definendo una *specificità del modello italiano* di Consiglio, le cui caratteristiche salienti si possono così riassumere:

- esclusione del Ministro della giustizia (da cui deriva l'assoluta indipendenza del Csm);
- ampiezza delle prerogative del Csm;
- estensione alla magistratura requirente delle garanzie di indipendenza previste per i giudici (derivante dall'unicità dello status di giudici e Pm);
- prevalenza della componente togata nella composizione del Consiglio;
- attribuzione al Csm di funzioni para-normative.

Il Csm italiano si è affermato nel panorama europeo quale esempio di Consiglio di giustizia in grado di tutelare l'assoluta indipendenza di giudici e pubblici ministeri rispetto all'esecutivo ed è stato spesso preso a modello dal legislatore francese nell'intento di assicurare, con maggiore efficacia, l'indipendenza della magistratura e di estenderne la garanzia alla magistratura requirente.

---

<sup>107</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 40.





AREE SCIENTIFICO-DISCIPLINARI

Area 01 – Scienze matematiche e informatiche

Area 02 – Scienze fisiche

Area 03 – Scienze chimiche

Area 04 – Scienze della terra

Area 05 – Scienze biologiche

Area 06 – Scienze mediche

Area 07 – Scienze agrarie e veterinarie

Area 08 – Ingegneria civile e Architettura

Area 09 – Ingegneria industriale e dell'informazione

Area 10 – Scienze dell'antichità, filologico-letterarie e storico-artistiche

Area 11 – Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche

**Area 12 – Scienze giuridiche**

Area 13 – Scienze economiche e statistiche

Area 14 – Scienze politiche e sociali

*Le pubblicazioni di Aracne editrice sono su*

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)



**Finito di stampare nel mese di marzo del 2009**  
**dalla tipografia « Braille Gamma S.r.l. » di Santa Rufina di Cittaducale (Ri)**  
**per conto della « Aracne editrice S.r.l. » di Roma**

CARTE: Copertina: *Patinata opaca Bravomatt 300 g/m<sup>2</sup> plastificata opaca*; Interno: *Usomano bianco Selena 80 g/m<sup>2</sup>*  
ALLEGSTIMENTO: Legatura a filo di refe / brossura

Stampa realizzata in collaborazione con la Finsol S.r.l. su tecnologia Canon Image Press

