

Sull'imparzialità dei giudici costituzionali

Roberto Bin

(bozza: la versione definitiva viene pubblicata su
"Giurisprudenza costituzionale")

In Italia i temi non sono mai chiari. Se guardate un film o leggete un racconto italiano e dopo fate un giro d'opinione sul tema, vedrete le difficoltà di individuarlo. Noi siamo un paese senza elementi cardinali. Ci mancano quegli elementi che sono per così dire orientativi, non abbiamo bussola. Discutiamo invece abbondantemente sugli elementi catalitici e su quegli informativi. Abbondantemente e inutilmente...¹

1. Perché porsi il problema?

Alcune ben note vicende di cronaca² hanno rispolverato un antico problema, da tempo, se non dimenticato, scarsamente trattato: l'estensione ai membri della Corte dell'obbligo di astensione nei casi in cui la loro imparzialità non sia del tutto fuori discussione.

Il problema in realtà apparirebbe *prima facie* già risolto dalle regole vigenti. "Nei giudizi di cui alle presenti norme integrative non trovano applicazione cause di astensione e di ricusazione dei giudici", stabilisce l'art. 29 delle *Norme integrative* nel testo attuale, che ha sostituito la disposizione sostanzialmente analoga contenuta nella versione originale di dette *Norme*. L'unica eccezione, ossia l'unico caso in cui gli istituti dell'astensione e della ricusazione possono trovare applicazione, è nella particolarissima occasione del giudizio penale a carico del Presidente della Repubblica, per il quale vale la specifica norma dell'art. 25 della legge 20/1962³.

Troppe cose però sono state dette e scritte sui giornali, in questo periodo, e persino qualche giudice costituzionale si è avventurato in affermazioni molto nette circa la non appartenenza della Corte costituzionale alle giurisdizioni e alla non

¹ A. PASCALE, *Noi che parliamo da soli*, in *La manutenzione degli affetti*, Einaudi 2006, 166 s.

² Per le quali cfr. A. MORELLI, *La Corte imparziale e i suoi nemici. L'inapplicabilità nei giudizi costituzionali delle norme sull'astensione e la ricusazione dei giudici*, in *Forum di Quaderni cost.* (17 luglio 2009).

³ "Prima dell'inizio delle formalità di apertura del dibattimento i giudici ordinari ed aggregati possono presentare istanza motivata con la quale chiedono di astenersi dal giudizio e possono essere ricusati con istanza motivata dell'accusato o del suo difensore ovvero dei commissari d'accusa".

La Corte decide immediatamente sulla richiesta di astensione o sulla ricusazione senza l'intervento dei giudici ai quali l'astensione o la ricusazione si riferisce".

applicabilità ai suoi componenti degli obblighi che gravano sui giudici⁴. Affermazioni importanti, su cui merita riflettere. Infatti l'obbligo di astensione e l'ipotesi di ricusazione dei giudici costituzionali sono parte di un tema più vasto, quello delle garanzie della loro imparzialità, a cui vorrei dedicare questo scritto.

2. *Indipendenza e "imparzialità apparente" dei giudici*

La *ratio* che giustifica l'esplicita esclusione dell'applicabilità degli istituti della ricusazione e dell'astensione ai giudici costituzionali deriva, come spiegava già Pierandrei⁵, dal fatto che "la composizione del collegio risulta determinata dalla Costituzione, e non può essere variata dall'iniziativa dei singoli giudici o dei partecipi al giudizio; ed è stata fissata in base a certi criteri, al fine di assicurare alla Corte stessa la possibilità di esercitare le funzioni attribuite alla sua competenza nel modo ritenuto più soddisfacente"; ed inoltre perché "la funzione di sindacato, avendo ad oggetto gli atti emanati da organi pubblici, è tale che gli istituti della «astensione» e della «ricusazione» non potrebbero essere applicati con sufficiente fondamento".

Tre diverse ragioni concorrono dunque alla stessa conclusione: la prima è di ordine sistematico (la composizione della Corte è fissata dalla Costituzione e non può essere mutata per volontà del singolo giudice o di una "parte"); la seconda è di ordine strutturale (le garanzie di indipendenza sono contenute nelle stesse norme che prevedono la composizione dell'organo); la terza è invece funzionale (di fronte ad un giudizio su atti pubblici – e, a maggior ragione, sulle leggi – non si possono prospettare ragioni di incompatibilità personale).

Quanto alla prima, è indubbio che l'ordinamento miri a garantire l'imparzialità del giudice costituzionale. Il problema era ben presente ai costituenti. Solo nelle ultime battute della discussione in Assemblea è stato introdotto (grazie ad un emendamento proposto da Perassi e approvato sostanzialmente senza discussione), in quello che diverrà l'art. 137.1 Cost., un esplicito rinvio alla legge costituzionale per la disciplina delle garanzie di indipendenza dei giudici costituzionali; ma l'esigenza "che la Corte Costituzionale venga messa in condizioni di assoluta imparzialità"⁶ – "così come esistono delle norme che assicurano l'indipendenza degli altri giudici"⁷ –

⁴ P. M. NAPOLITANO, *Lettera al Direttore del Corriere della sera*, 3 luglio 2009, pag. 14. In questa lettera il giudice afferma, tra l'altro: "1) La Corte, nel nostro sistema costituzionale, non fa parte dell'ordine giudiziario; 2) qualunque paragone con i processi penali, civili, amministrativi, contabili è pertanto erroneo".

⁵ Corte costituzionale, in *Encicl. dir.* X (1962), 874 ss., 960. Sostanzialmente sulla stessa traccia cfr. ora A. PERTICI, *Astensione e ricusazione dei giudici costituzionali: ragioni e limiti della loro esclusione ed ipotesi di una loro introduzione*, in *Giur. cost.* 2004, 3105 ss., e A. MAIONCHI, *Astensione e ricusazione tra processo comune e processo costituzionale. L'esperienza italiana e quella spagnola a confronto*, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino 2008, 369 ss.

⁶ Così Monticelli nell'intervento durante la discussione generale, nella seduta pomeridiana dell'11 novembre 1947.

⁷ Con queste parole Perassi illustrò la sua proposta, nella seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947.

era emersa con forza non appena venne affermandosi la natura di “giudice” della Corte stessa⁸.

Tuttavia nella disciplina legislativa della Corte costituzionale è rimasto solo il divieto per i suoi membri di svolgere “attività inerente ad una associazione o partito politico”⁹. Sin dai tempi dei lavori preparatori della legge 87/1953¹⁰ si è discusso se esso implichi anche il divieto di iscrizione ai partiti, che peraltro è un diritto che l’art. 49 Cost. garantisce “a tutti i cittadini”. Da subito la dottrina si è divisa sul punto, tra chi ha sottolineato l’assenza di un espresso divieto d’iscrizione, e chi propendeva invece per un’interpretazione estensiva del termine ‘attività’¹¹. Ma è interessante notare come l’interpretazione “estensiva” si sia nutrita anche di un altro argomento, cioè del fatto che anche ai giudici costituzionali sarebbe riferibile la nozione di “magistrato”, di cui all’art. 98.3 Cost., che non dovrebbe intendersi come riferita solo agli appartenenti all’ordine autonomo della magistratura¹². L’argomento è certo contestabile, troppe essendo le differenze che intercorrono tra il giudice costituzionale e il giudice comune¹³, ma qualche affinità però c’è e va presa in considerazione, e riguarda la comune esigenza di tutelare l’indipendenza dell’organo: questo è il profilo che qui interessa, non certo quello più specifico dell’iscrizione ai partiti.

Indubbiamente per entrambi i soggetti – i magistrati e i giudici costituzionali - l’esigenza di garantirne l’indipendenza si pone nello stesso modo: con gli stessi obiettivi, anche se non necessariamente con gli stessi strumenti di tutela. In particolare, per entrambi si pone la questione interpretativa se la “indipendenza” tutelata sia solo quella “esterna”, rivolta a scongiurare interferenze da parte del potere politico e di quello economico, oppure risponda anche all’esigenza di garantire la stessa “apparenza di imparzialità”, ossia di “neutralità” del magistrato o del giudice costituzionale¹⁴.

Per quanto riguarda la magistratura, il legislatore ordinario sembra chiaramente orientato in questo secondo senso. Il decreto legislativo che disciplina gli illeciti disciplinari dei magistrati pone alcune ipotesi di comportamento illecito

⁸ Cfr. G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano 1981, 147 ss.

⁹ Art. 8, l. 87/1953

¹⁰ *Codice della Corte costituzionale*, a cura di M. Battaglini e M. Mininni, Padova 1964³, 321 s.

¹¹ Cfr. G. D’ORAZIO, *Giudice costituzionale*, in *Encicl. Dir.* XVIII, 1969, 949 ss., 962 ss. È però significativo che, disciplinando per la prima volta la limitazione delle attività politiche dei magistrati, l’art. 3, lett. h) del d. lgs. 109/2006 aggiunga all’iscrizione anche “la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici... che possono condizionare l’esercizio delle funzioni o comunque compromettere l’immagine del magistrato”: una definizione molta larga, come si vede, che sembra avvicinare molto al concetto di “attività inerente ad una associazione o partito politico”.

¹² Per riferimenti alla dottrina meno recente cfr. G. D’ORAZIO, *Giudice costituzionale cit.*, 962, n. 64.

¹³ In questo senso, cfr., per es., G. D’ORAZIO, *Giudice costituzionale cit.*, 963.

¹⁴ Cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2008², 61. La Corte EDU richiama il detto “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*” in diverse sue pronunce: cfr., per es., sent. 17 gennaio 1970, *Delcourt*, e, tra le più recenti, 15 ottobre 2009, *Micallef v. Malta*.

tenuto al di fuori dell'esercizio delle funzioni¹⁵, che sono esplicitamente rivolte a tutelare l'*apparenza di indipendenza*: tali sono sicuramente "il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato", "lo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria ... o tali da recare concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri", "la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo", e infine - clausola residuale di per sé significativa - "ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, *anche sotto il profilo dell'apparenza*"¹⁶.

La "apparenza di imparzialità" è un'esigenza che vale anche per la Corte costituzionale¹⁷. Anche chi si è nettamente opposto all'assimilazione della posizione del giudice costituzionale a quella del magistrato ordinario non esita affatto ad accreditare un rigoroso principio di correttezza costituzionale, il quale al giudice costituzionale "impone la sospensione di ogni attività e manifestazione inerente allo *status* di iscritto, la sottrazione ad ogni vincolo non solo sostanziale, ma anche formale (ad esempio, presenziare a riunioni o a congressi di partito, sottoscrivere «manifesti» o programmi, ecc.), a tutela sia dell'indipendenza di giudizio che del prestigio dell'organo, cioè della fiducia del cittadino in esso"¹⁸. Per cui, dal divieto di attività politica si fa discendere il divieto al giudice costituzionale di "rivelare pubblicamente le sue convinzioni politiche e destare riserve sull'imparzialità nell'esercizio delle sue funzioni", oltre al divieto "di far interferire nel procedimento di interpretazione e di applicazione delle norme giuridiche un criterio di valutazione di natura meramente politica, con il conseguente obbligo di indipendenza ed imparzialità rispetto ai partiti politici"¹⁹.

3. *L'imparzialità come caratteristica imprescindibile del giudice*

Insomma, appare impossibile disgiungere la posizione e la funzione del giudice costituzionale dal principio di imparzialità: e l'imparzialità non può che avere riferimento agli "interessi in gioco nel processo"²⁰.

La nostra Costituzione non prevedeva espressamente, almeno sino alla riforma dell'art. 111, il principio di imparzialità, neppure con riguardo all'attività

¹⁵ Molte delle quali tratte dalla giurisprudenza della sezione disciplinate o dal "codice etico" approvato nel 1994 dall'A.N.M.: così F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, in *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.* 2006, V, 44 (dell'estratto).

¹⁶ Il d. lgs. 109/2006, citato alla precedente n. 11.

¹⁷ La quale è collocata "in posizione di piena ed assoluta indipendenza rispetto ad ogni altro, in modo che ne risultino assicurate sotto ogni aspetto - *anche nelle forme esteriori* - la più rigorosa imparzialità": sent. 15/1969.

¹⁸ G. D'ORAZIO, *Giudice costituzionale cit.*, 963.

¹⁹ Concorrerebbe ad avvalorare tale divieto anche l'art. 28 della legge 87/1953: cfr. G. D'ORAZIO, *Giudice costituzionale cit.*, 964.

²⁰ N. ZANON, F. BIONDI, *op. cit.*, 106.

giurisdizionale in generale: tuttavia si deve ritenere “che il valore dell'imparzialità del giudice discenda direttamente dal principio di uguaglianza, nonché dal suo stretto collegamento con la garanzia della indipendenza del giudice”²¹. La tutela della indipendenza del giudice è connessa funzionalmente al principio di imparzialità della attività di applicazione della legge²², perché è a tutti evidente come “la mancanza di indipendenza possa degenerare in mancanza di imparzialità”²³. La “necessaria estraneità rispetto agli interessi ed ai soggetti coinvolti nel processo” – ha avuto modo di affermare la Corte costituzionale²⁴ – rappresenta il presidio fondamentale dell'imparzialità e ne definisce “il contenuto ineliminabile di connotato intrinseco dell'attività del giudice in quanto non finalizzata al perseguimento di alcun interesse precostituito”.

L'aspetto della “oggettiva” imparzialità connesso all'indipendenza “esterna” e “interna” garantita al giudice si salda e forse persino coincide con l'aspetto “soggettivo” della imparzialità “apparente”²⁵. “L'imparzialità – ha sottolineato ancora la Corte costituzionale²⁶ – è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto «terzo», non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere”. Ed ha aggiunto²⁷: “va escluso nel giudice qualsiasi anche indiretto interesse alla causa da decidere, e deve esigersi che la legge garantisca l'assenza di qualsiasi aspettativa di vantaggi, come di timori di alcun pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione”.

La giurisprudenza costituzionale è poi ferma nel ritenere che il requisito dell'imparzialità – “intesa come indipendenza del giudice dagli interessi presenti in giudizio”²⁸ – sia distintivo di qualsiasi organo definibile come “giudice”²⁹, e quindi abilitato a promuovere la questione incidentale di legittimità costituzionale, sino al punto – come è noto – di dichiarare incostituzionali gli organi cui fossero attribuite funzioni obiettivamente giudicanti benché privi di tale requisito³⁰. E non è meno

²¹ R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Encicl. dir.*, II agg., 1998, 365 ss., 368.

²² “Le garanzie di indipendenza del giudice sono finalizzate in primo luogo a garantire, o comunque a sostenere, l'imparzialità nel corso del giudizio”: C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna 1992, 21.

²³ Corte cost., sent. 30/1967.

²⁴ Sent. 124/1992.

²⁵ In questo senso la Corte si è espressa, per es., nella sent. 131/1996, affermando che le incompatibilità sono finalizzate “a evitare condizionamenti, o apparenze di condizionamenti”.

²⁶ Sent. 155/1996, a proposito del divieto del cumulo di decisioni sulla stessa materia in capo allo stesso giudice – persona fisica.

²⁷ Sent. 60/1969.

²⁸ Sent. 93/1965.

²⁹ Sent. 305/2002.

³⁰ Sono i famosissimi casi delle sezioni agrarie dei tribunali civili (sent. 108/1962), del Ministro per la marina mercantile come giudice speciale in materia di indennità di requisizioni di navi (sent. 133/1963), dei Consigli comunali nel contenzioso elettorale (sent. 93/1965), dei Consigli di prefettura (sent. 55/1966), delle Giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale (sent. 30/1967), degli intendenti di finanza (sent. 60/1969), dei comandanti del porto (sent. 121/1970).

chiara nel ritenere che tale requisito debba essere rispettato non solo dall'organo giudicante nel suo complesso, ma richiesto *a ciascuno dei suoi membri*³¹, sia per le qualità generali proprie di questi, sia *nello specifico del singolo giudizio*: "a garanzia del principio costituzionale circa l'imparzialità del giudice nelle fattispecie concrete, sono contemplati gli istituti dell'astensione e della ricsuzione, aventi un ampio ambito di applicazione che si estende a tutti i tipi di procedimento giurisdizionale (e, tendenzialmente, anche ai provvedimenti non giurisdizionali)"³².

Non c'è alcun dubbio che la Corte costituzionale converrebbe che tutte queste affermazioni di principio, che essa ha riferito alla giurisdizione ordinaria e a quelle speciali, valgano nella stessa misura anche per se stessa. La Corte si è sempre ritenuta un organo giurisdizionale³³ - "unico organo della giurisdizione costituzionale"³⁴ - la cui attività "si svolge secondo modalità e con garanzie processuali"³⁵; altrimenti non si spiegherebbe perché abbia riconosciuto a se stessa la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale in tutti i giudizi di sua competenza³⁶. Naturalmente questo non significa che si debbano applicare alla Corte tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per garantire l'imparzialità dei giudici comuni. E qui emerge il problema della astensione e della ricsuzione.

4. *Imparzialità dei giudici costituzionali...*

L'ordinamento garantisce l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici attraverso le regole relative alla selezione di essi, la determinazione dei loro requisiti professionali, il principio di precostituzione e di inamovibilità, la recisione di qualsiasi legame gerarchico o di affiliazione ecc. "Ugualmente assicurata è l'imparzialità - aggiunge la Corte³⁷ - con riguardo alla singola controversia mediante gli istituti della ricsuzione e dell'astensione": i quali, per dirla con le parole di Salvatore Satta³⁸, sono "la manifestazione processuale di quella esigenza di imparzialità che è nella istituzione stessa del giudice". Questi istituti si applicano con riferimento esclusivo alla situazione che viene a crearsi nel giudizio specifico, nel quale servono ad

³¹ Per implicito, per es., nelle sent. 30/1967 (la mancata indipendenza di alcuni componenti inficia la legittimità dell'intero organo) e 353/2002 (illegittima composizione del tribunale superiore delle acque).

³² Sent. 266/2009.

³³ Nonostante la famosa ordinanza in cui la Corte ha negato di essere assimilabile alle "giurisdizioni nazionali" ai fini del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ord. 536/1995), ordinanza di cui si è travisato il significato e che comunque sembra almeno in parte superata dalla non meno famosa ord. 103/2008.

³⁴ Sent. 38/1957.

³⁵ Sent. 13/1960.

³⁶ Per es. nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale (ord. 73/1965, 100/1970, 136/1982, 294/1993, 225 e 297/1995, 183 e 197/1996), nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regione (ord. 22/1960, 57/1961, 42/2001) e tra poteri dello Stato (ord. 44/1978), nei giudizi penali (sent. 125/1977 e, in sede di conflitto di giurisdizione-competenza, sent. 259/1974).

³⁷ Sent. 103/1964.

³⁸ *Astensione e ricsuzione del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Encicl. Dir.*, III (1958), 947.

assicurare l'estraneità di chi giudica all'interesse delle parti fra cui verte la controversia³⁹.

Per questa ragione, l'astensione e la ricusazione non sono soggette ad un'unica disciplina, ma questa varia in considerazione delle particolarità del giudizio⁴⁰. Così – spiega ancora la Corte a mo' di esempio - mentre l'ordinamento processuale penale conosce come espresso e specifico motivo di ricusazione e astensione il fatto che il giudice abbia manifestato il suo parere sull'oggetto del processo fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, analogo motivo non è previsto dall'ordinamento processuale civile, in cui la situazione è diversa⁴¹. La disciplina di questi istituti deve articolarsi “secondo forme meglio rispondenti ad un equilibrato bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che vengono in considerazione con riguardo all'istituto stesso”⁴², e in particolare “in relazione al necessario bilanciamento... tra il bene della imparzialità-terzietà della giurisdizione e quello della indefettibilità” della giurisdizione⁴³. Anche prima della riforma dell'art. 111 Cost., la Corte aveva sottolineato il condizionamento che il principio del giusto processo subisce dal funzionamento degli istituti dell'astensione e della ricusazione⁴⁴, giungendo perciò con ricorrere a pronunce additive per adeguare la disciplina processuale alle esigenze implicite in tale principio⁴⁵.

Ragionandosi in termini di bilanciamento, e indirizzando questo necessariamente alla considerazione in concreto di come si configurino le esigenze di imparzialità dei membri del collegio giudicante rispetto alle particolarità specifiche del giudizio in cui essi si trovano impegnati, è del tutto comprensibile che

³⁹ Così, tra le tante, la sent. 108/1962. Per ulteriori indicazioni, cfr. R. ROMBOLI, *I) Astensione e ricusazione del giudice – dir. proc. civ.*, in *Encicl. Giur.* IV (1988), e E. ZAPPALÀ, *II) Astensione e ricusazione del giudice – dir. proc. pen.*, *ivi*.

Merita notare che tra gli indici di indipendenza e imparzialità necessari a identificare l'organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE: v. per es. sent. *Dorsch Consult*, C-54/96; *Syfait e a.*, C-53/03; *Häupl*, C-246/05), la Corte di giustizia annovera espressamente gli istituti dell'astensione e della ricusazione (v. sent. *Köllensperger e Atzwanger*, C-516/99, p. 20; *De Coster*, C-17/00, punto 20 ; *Wilson*, C-506/04, punto 53; ord. 14 maggio 2008, C-109/07). La giurisprudenza della Corte EDU (su cui cfr. M. CHIAVARIO, *Art. 6 – Diritto ad un processo equo*, in *Commentario alla CEDU*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 180 ss.) appare più sfumata nell'individuare specifici indici di imparzialità (v. per es. la sent. 1 ottobre 1982, *Piersack*), anche se il riconoscimento dell'obbligo di astensione e della possibilità di ricusare i giudici è indicato come un “fattore rilevante” (v. da ultimo sent. 15 ottobre 2009, *Micallef v. Malta*; v. inoltre le sent. 17 giugno 2003, *Pescador Valero v. Spain* e 15 luglio 2005, *Mežnarić v. Croatia*).

⁴⁰ “La ricusazione è di per sé istituto volto a porre rimedio a situazioni eccezionali e non fisiologiche, né di quotidiana verifica, che riguardano ogni volta, in concreto, singoli procedimenti e le rispettive parti”: sent. 78/2002.

⁴¹ Sent. 73/1970.

⁴² Sent. 363/1998.

⁴³ Così la sent. 262/2003, con cui, a proposito della sezione disciplinare del CSM, si dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina legislativa nella parte in cui “non prevede l'elezione, da parte del Consiglio superiore della magistratura, in aggiunta ai membri supplenti della Sezione disciplinare già previsti, di ulteriori componenti, in modo da consentire la costituzione, per numero e categoria di appartenenza, di un collegio giudicante diverso da quello che abbia pronunciato una decisione successivamente annullata con rinvio dalle Sezioni unite della Cassazione.”

⁴⁴ Si vedano in particolare le famose sent. 306, 307 e 308/1997.

⁴⁵ Si veda infatti la sent. 283/2000.

di tutte le funzioni che sono assegnate alla Corte, solo nel processo penale per le accuse promosse contro il Presidente della Repubblica si possano prospettare, già in via generale e astratta, ipotesi significative di astensione o ricusazione⁴⁶. In questo caso infatti gioca la forte assonanza con il processo penale ordinario, che è il luogo in cui più rigorose sono le forme legislative in cui opera l'istituto. Al contrario, può certo apparire improbabile che si verifichino ipotesi in cui il comportamento del giudice costituzionale possa costituire un motivo di pregiudizio alla sua imparzialità nel giudicare la questione di legittimità costituzionale, un conflitto di attribuzione o un giudizio di ammissibilità del *referendum*, poiché sono tutti giudizi caratterizzati da una certa astrattezza del giudizio. Ma è proprio così?

Proviamo ad immaginare alcuni casi ipotetici: il giudice costituzionale che firmi a favore della richiesta di *referendum*; il presidente della Camera (o il giudice ordinario o il ministro ecc...) che firmi un ricorso per conflitto di attribuzione e poi venga eletto alla Corte costituzionale; il giudice costituzionale che rilasci alla stampa una dichiarazione in merito alla fondatezza di una spinosa questione di legittimità pendente davanti alla Corte. Sono ipotesi assai particolari⁴⁷, che non potrebbero verificarsi in un altro tipo di processo, salvo l'ultima. Se essa si verificasse in un ordinario giudizio penale, non c'è dubbio che configurerebbe l'ipotesi dell'obbligo dell'astensione (e quindi di ricusazione) in base all'art. 36.1, lett. c), c.p.p., che colpisce "qualsiasi esternazione sul procedimento nel suo complesso"⁴⁸. Per le altre ipotesi immaginate è difficile trovare una risposta nei codici di procedura. Ma il caso di un giudice che sottoscriva una richiesta di *referendum* è uno di quelli che la dottrina fa ricadere nell'area di applicazione del divieto di svolgere "attività" politiche, contenuto nell'art. 8 della legge 87/1953⁴⁹. È un divieto che avrebbe come sanzione solo quella della rimozione del giudice "per gravi mancanze nell'esercizio delle loro funzioni", a norma dell'art. 2 della legge cost. 1/1948?

5. ... e divieto di applicazione degli istituti dell'astensione e della ricusazione

Come si può notare, la questione dell'astensione e della ricusazione dei giudici costituzionali è molto delicata e non è affatto risolta dalla disposizione delle *Norme integrative*. Questa costituisce, più che una risposta, il problema. Infatti introduce un divieto che, nella sua radicalità, appare contrastare con gli stessi principi che la

⁴⁶ Anche per il Comitato parlamentare per i procedimenti di accusa, del resto, è prevista, se non la ricusazione, l'astensione volontaria nei casi per i quali "il codice di procedura penale ammette la ricusazione del giudice o quando esistono gravi ragioni di convenienza": art. 3 del *Regolamento parlamentare per i procedimenti di accusa* (1989).

⁴⁷ Per un esame più approfondito delle possibilità che insorgano cause di astensione o ricusazione nel processo costituzionale, cfr. .

A. PERTICI, *op. cit.*, 3120 ss.

⁴⁸ Cassaz. pen., sez. II, sent. 10 maggio 2005, n. 20923.

⁴⁹ Cfr. D'ORAZIO, *Giudice costituzionale cit.*, 964.

Corte ha costantemente affermato in materia di imparzialità del giudice⁵⁰. Non è il caso di affrontare *funditus* i prospettabili profili di incostituzionalità di tale divieto: la Corte ha affermato con chiarezza che le *Norme integrative* “non hanno valore di legge e sono quindi estranee al sindacato di costituzionalità”⁵¹; ed ha aggiunto, più recentemente, che esse, in quanto norme di autoregolamentazione della Corte, “possono essere modificate dalla Corte stessa, se e quando ne ravvisi la necessità”⁵². Questa è dunque la strada che andrebbe percorsa nel caso in cui si ponesse un caso raro e eclatante come quelli ipotizzati in precedenza.

Ma il quesito più interessante è un altro: quale può essere una giustificazione plausibile della disposizione in questione? Le *Norme integrative* – osserva la Corte⁵³ – “qualunque sia la collocazione che ad esse si intenda attribuire nel sistema delle fonti... (sono) espressione del potere di autoregolamentazione della Corte costituzionale previsto dall’art. 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87”. A me sembra un’indicazione utile per scegliere la strada su cui proseguire.

La preclusione all’applicazione dell’istituto della astensione e della ricusazione ai giudici costituzionali non è conseguenza delle particolarità del processo costituzionale⁵⁴, né è imposto dall’ordinamento generale⁵⁵, ma è una norma che la Corte ha dato a se stessa. Questo aspetto risulta ancora più chiaro nel nuovo testo (“*Nei giudizi di cui alle presenti norme integrative non trovano applicazione cause di astensione e di ricusazione dei giudici*”) che nel testo originale (“*Le norme relative*

⁵⁰ Nonché con i principi affermati dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU (si vedano le pronunce citate alla n. 39). Tuttavia, se sembra poco utile discutere della legittimità costituzionale della disposizione in questione, mi pare eccessivo anche prospettare l’ipotesi di un ricorso alla Corte di Strasburgo (come immagina invece A. MORELLI, *op. cit.*) o di una pronuncia della Corte di Lussemburgo (in sede di giudizio di ammissibilità del rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale). A parte ogni altra considerazione, le particolarità del processo costituzionale fanno sì che l’ipotesi in cui si può verificare una situazione di concreto pregiudizio dell’imparzialità dei giudici costituzionali appaia davvero eccezionale; né la norma integrativa – come si sostiene nel testo – può essere letta come un impedimento legale a eccepire in giudizio il comportamento pregiudizievole di uno dei giudici costituzionali.

⁵¹ Ord. 572/1990. La natura giuridica delle *Norme integrative* è tema che ha da sempre attratto l’attenzione della dottrina: per un quadro d’insieme, cfr. P. CARNEVALE, “*Ecce iudex in ca(u)sa propria*”: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice, in *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino 1996, 35 ss.

⁵² Ord. 295/2006. Questa argomentazione corrisponde d’altronde con l’intenzione degli estensori delle *Norme integrative* di “lasciare largo campo all’esperienza giurisprudenziale” (citazione trattata da E. BINDI, *Principi generali del processo comune e genesi delle norme integrative*, in *I principi generali del processo comune cit.*, 265.

⁵³ Ancora nell’ord. 295/2006.

⁵⁴ Vedi infatti, per es., la soluzione opposta adottata in Germania dal § 18 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, ma anche il rinvio alle norme su astensione e ricusazione nel processo civile e nell’ordinamento giudiziario effettuato dall’art. 80 della legge organica 2/1979 sul *Tribunal Constitucional* in Spagna (su cui cfr. A. MAIONCHI, *op. cit.*, 375 ss.). In Austria, invece, accanto all’esclusione della ricusazione sono previste diverse ipotesi di astensione obbligatoria (§ 12 del *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953): ma la previsione di giudici supremi scavalca uno dei motivi per cui in Italia si è giustificata l’esclusione dell’applicabilità di questi istituti.

⁵⁵ Anzi, come ricorda opportunamente A. MORELLI, *La Corte imparziale e i suoi nemici cit.*, l’art. 22, l. 87/1953 rinvia alle norme del processo amministrativo, per cui si dovrebbero osservare, in quanto applicabili, anche le norme relative alle cause di astensione e ricusazione dei giudici civili (a cui il regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale fa riferimento), se non fosse per la disposizione *ad hoc* delle *Norme integrative*.

all'astensione e alla ricusazione dei giudici non sono applicabili..."): non v'è più un richiamo, sia pure generico, a disposizioni vigenti nell'ordinamento generale, ma si è introdotta una norma autosufficiente, che si riferisce alla impossibilità che sorgano e siano fatti rilevare a qualsiasi titolo casi di inidoneità dei giudici costituzionali a giudicare.

È evidente che una norma del genere limita i diritti della difesa nei giudizi davanti alla Corte, ma li limita soltanto nell'imprevedibile caso in cui un giudice costituzionale si facesse trovare in una situazione che configuri l'ipotesi di ricusazione. Essendo una norma di autoregolamentazione della Corte, decisa collegialmente dai suoi membri e collegialmente da loro modificabile, essa però ha una efficacia normativa che si dirige, prima ancora che alle parti del processo, ai membri stessi dell'organo. Per dirla con Giustino D'Orazio⁵⁶, l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici costituzionali "sono circondate da una presunzione assoluta sul piano istituzionale": ma questo è un modo raffinato di prescrivere ai giudici stessi le regole "positive" del loro comportamento.

Il paragone più calzante che riesco a ritrovare nel nostro ordinamento è la regola costituzionale che sancisce l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica: anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un esempio di scrittura raffinata – la definirei "costituzionalmente adeguata" – per esprimere i confini dell'attività del Presidente, il perimetro oltre al quale non è costituzionalmente lecito che egli vada. Il senso è che il Presidente della Repubblica non può compiere atti che incidano sull'indirizzo politico e lo esponano perciò – com'è necessario in una democrazia parlamentare – a responsabilità politica: ma il modo indiretto con cui si esprime l'art. 90 Cost. è un esempio mirabile di scrittura che limita la funzione del Presidente senza degradarne la dignità istituzionale. Nello stesso senso mi sembra vada letto l'art. 29 delle *Norme integrative*: dicendo ciò che non può essere evocato dalle parti, a garanzia dell'imparzialità dei giudici costituzionali, indirettamente si indica a questi l'impegno che si sono assunti con il ruolo istituzionale che hanno accettato di rivestire - l'impegno a non dar luogo a situazioni in cui la "apparenza di imparzialità" del giudice venga offuscata⁵⁷. Nella "denegata ipotesi" che situazioni del genere venissero in essere – per la non prevedibile "varietà del concreto", direbbe la Corte - è evidente che il giudice costituzionale dovrebbe avvertire un "obbligo rafforzato" di astensione, per evitare di mettere in imbarazzo l'istituzione a cui appartiene⁵⁸.

6. "In Italia i temi non sono mai chiari"

⁵⁶ *Giudice costituzionale cit.*, 964.

⁵⁷ Di un "self-restraint individuale" del giudice, a cui "la legge, espressamente o per implicito, fa appello", e che poi sarebbe garantita dalla sanzione della sospensione o rimozione prevista dall'art. 3 della legge cost. 1/1948, fa cenno G. D'ORAZIO, *La genesi cit.*, 201. Mentre A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009⁴, 47, osservano che "la presunzione (forse ingenua) di assoluta *imparzialità* dei giudici costituzionali trova conferma nel *divieto di astensione e di ricusazione*".

⁵⁸ In questo senso cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 92, che ipotizza che la mancata astensione possa incarnare uno dei casi di "gravi mancanze" sanzionabili dalla Corte ex art. 3, legge cost. 1/1948.

Le parole delle *Norme integrative* sono dirette a persone che intendono a fondo il linguaggio giuridico e conoscono altrettanto bene il contesto in cui esso assume significato. Si rivolge anzitutto ai giudici costituzionali stessi, che devono possedere i titoli professionali necessari per esercitare il loro ruolo, ma ancor prima per comprendere a fondo gli impegni che esso comporta.

Giustamente, come si ricordava all'inizio, Pierandrei riponeva le garanzie di indipendenza, e perciò dell'imparzialità, della Corte nelle stesse norme che prevedono la composizione dell'organo, e quindi nei requisiti prescritti dalla Costituzione. Sono requisiti formali, legati al titolo professionale, i quali costituiscono la condizione necessaria, ma non sufficiente di "adeguatezza": ad essi si aggiungono i requisiti sostanziali, quelli che attengono alla "elezione", al merito della scelta. Requisiti che diventano particolarmente rilevanti per l'elezione dei componenti in quota al Parlamento, che è circondata da garanzie eccezionali, come prova il fatto che sia richiesta una maggioranza qualificata sempre, anche dopo le prime votazioni: neppure per l'elezione del Presidente della Repubblica sono richieste maggioranze qualificate così "persistenti". Solo una malintesa implicazione che si fa discendere dalla natura di organo "imperfetto" del Parlamento in seduta comune ha però impedito che si affermasse la prassi di discutere i criteri che devono ispirare la scelta dei candidati, discussione che non deve necessariamente svolgersi nella sede elettorale: e nessuna giustificazione, se non una certa sciattezza istituzionale, può invece spiegare perché non si sia mai voluto far precedere il momento elettorale da un'audizione dei candidati nelle Commissioni parlamentari competenti, secondo il modello statunitense. *L'arcana imperi*, nella cui oscurità si è preferito trattenere un momento così rilevante della vita democratica, ha talvolta generato scelte inadeguate.

Vi è un problema di fondo che in Italia perdura sin dagli anni della Costituente: che l'autorità della Corte costituzionale non è mai stata pienamente accettata dalla politica e dai suoi esponenti. È sempre più frequente che titolari di cariche istituzionali di primissimo livello rilascino dichiarazioni che non possono avere altro effetto che quello di scuotere il prestigio della Corte quale organo *super partes* capace di esprimere la *viva vox constitutionis*⁵⁹. La Corte, infatti, ha il poco gradito compito di opporre le norme costituzionali alle scelte delle istituzioni politiche, in nome della legalità costituzionale che rappresenta l'evoluzione dello Stato di diritto in un ordinamento democratico.

Come la storia ci insegna, il potere politico ha manifestato sin dagli albori del *judicial review* una forte resistenza a riconoscere ai giudici il potere di decidere in via esclusiva della legittimità delle leggi, poiché rivendicava l'autonomia di ogni potere dello Stato nell'interpretazione della Costituzione, riservando al popolo sovrano il

⁵⁹ ...per usare la nota espressione che Calamandrei (*Opere giuridiche*, III, 596) impiegava per il Presidente della Repubblica e che da alcuni anni Valerio Onida utilizza per intitolare gli annali di analisi della giurisprudenza costituzionale.

compito di dirimere in ultima istanza i possibili conflitti di opinione tra gli organi costituzionali⁶⁰. È insomma una vecchia storia, che riaffiora di continuo. Benché siano passati ormai più di cinquant'anni dalla sua concreta istituzione, la Corte non incontra ancora negli organi politici un interlocutore disposto a comprenderne fino in fondo il ruolo. Lo stesso Parlamento non ne sembra capace: spesso le decisioni della Corte non ricevono alcun seguito legislativo oppure suscitano aspre reazioni critiche, che in certi casi si sono tradotte anche in (perlopiù grottesche) proposte di riforma costituzionale⁶¹. E ormai anche l'elezione dei nuovi giudici sembra ispirata troppo spesso ad un desiderio di "normalizzazione", che induce a dare precedenza a motivazioni di "fedeltà" politica, se non personale. Lo stesso possesso dei titoli formali appare ormai un vincolo facilmente allentabile⁶², come l'elezione del giudice Napolitano può testimoniare⁶³.

⁶⁰ Sulla "departmental theory", condivisa – tra gli altri – da Madison e Jefferson, cfr. ora L. D. KRAMER, *The People Themselves - Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, spec. 98 ss.

⁶¹ Cfr. R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento, in "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli 2006, pp. 215 ss.

⁶² Qualche polemica sulla sussistenza dei requisiti era stata sollevata in passato in relazione alla elezione di Bucciarelli Ducci (che non aveva mai esercitato le funzioni di consigliere di Cassazione, ma la Corte, in sede di verifica, ritenne equivalenti quelle svolte come Presidente della Camera) e di la nomina del giudice Contri (cui sarebbe mancata l'anzianità nell'esercizio dell'attività forense): riferimenti più precisi in S. PANIZZA, *Lo status del giudice*, in *La composizione della Corte costituzionale*, a cura di A. Anzon, G. Azzariti e M. Luciani, Torino 2004, 154.

⁶³ Il Parlamento ha eletto giudice costituzionale una persona il cui *curriculum* non presenta altro titolo che quello, certamente sufficiente, di Consigliere di Stato: ma tale titolo Napolitano lo ha acquisito per nomina del Governo, al cui servizio era entrato una volta collocato fuori ruolo come funzionario parlamentare, ed era rimasto anche dopo la nomina a consigliere. Cessate le funzioni di capo dell'ufficio legislativo del Ministero degli esteri nel febbraio 2006, fu eletto alla Corte all'inizio di luglio dello stesso anno. Il consigliere di Stato Napolitano, quantomeno per questioni di tempo, non ha perciò mai svolto funzioni "attive" nel Consiglio di Stato, come del resto buona parte dei consiglieri di nomina del Governo (se non tutti). L'appartenenza dei Consiglieri di Stato di nomina governativa alle "giurisdizioni superiori" può quindi apparire una forzatura della disposizione dell'art. 135.2 Cost., salvo che abbiano fatto parte delle sezioni giurisdizionali (il che però non mi pare frequente), mentre nell'esercizio delle funzioni consultive il Consiglio di Stato non può essere considerato giudice (si veda anche la sent. 254/2004 della Corte costituzionale, che nega la legittimazione al Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato). Ma è altresì evidente che, ammettendo l'acquisizione del titolo per semplice nomina governativa, si consente al Parlamento, con il supporto attivo del Governo, la possibilità di scegliere i "suoi" giudici costituzionali non tra coloro che vantano i requisiti posti dalla Costituzione ma tra quanti rispondono ai requisiti assai più ampi richiesti per la nomina a consigliere di Stato (art. 19.2 della legge 186/1982).

Per altro verso, se si dovesse valutare, non soltanto il titolo formale, ma anche l'effettivo esercizio delle funzioni corrispondenti (o ad esse "equivalenti", come pure era avvenuto per Bucciarelli Ducci: si veda la nota precedente), forse anche il giudice Mazzella non possedeva i titoli per l'elezione a giudice costituzionale. Il suo *curriculum* (almeno quello reperibile in *Wikipedia*: ma purtroppo l'assenza di uno *screening* parlamentare delle candidature impedisce ai cittadini italiani di avere informazioni "ufficiali") comprende una lunga carriera ministeriale, che culmina con la nomina a Ministro della funzione pubblica nel novembre 2002, carica mantenuta sino al dicembre 2004: nel giugno del 2005 è stato eletto alla Corte. Ovviamente, essendo diventato avvocato dello Stato nel 1956, in giovanissima età, l'anzianità e il titolo professionale non mancano: ma forse l'esperienza portata alla Corte non corrisponde a quanto i costituenti avevano in mente scrivendo, nell'art. 135, "gli avvocati dopo venti anni di esercizio". Tuttavia le stesse considerazioni potrebbero essere fatte forse anche per alcuni giudici eletti dal Parlamento in un passato meno recente. D'altra parte, come ricorda Sergio Bartole, già una lontana ricerca di Harold Laski (*Technique of Judicial Appointment*, in *24 Mich. L. Rev.* (1925-1926), 529 ss., spec. 533 s.) mostrava come sia una vecchia pratica la nomina preferenziale (una sorta di prelazione) agli incarichi giurisdizionali dei giuristi che avevano fatto carriera politica o, ancora meglio, i consulenti del Governo, e si

La denuncia di “parzialità politica” della Corte si accompagna insomma a pratiche che alimentano lo stesso fenomeno denunciato. Il rischio è molto elevato. La Corte non dispone di altri poteri che quello di dichiarare l’illegittimità di una legge, né di altri strumenti per rendere effettive le sue decisioni che il comune accordo di rispettarle. La forza della Corte costituzionale è la forza del consenso; è il suo prestigio a conferirle autorità, ed il prestigio non può che essere alimentato dalla qualità delle persone che la compongono e dal comportamento che esse tengono. Questo – mi sembra – è il senso profondo tanto delle norme sui requisiti dei giudici che di quelle sull’inapplicabilità degli istituti della astensione e della riconsiderazione.