

Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese

Paolo Alvazzi del Frate
Università degli Studi Roma Tre

Riassunto

Il saggio affronta il tema della legittimazione e del reclutamento della magistratura nell'ordinamento francese nei secoli XVIII-XX. Abbattuto l' *Ancien Régime*, dove la magistratura apparteneva al solo ceto nobiliare, la Rivoluzione impose l'elettività di tutti i giudici allo scopo di democratizzare i poteri dello Stato. I deludenti effetti dell'elettività indussero il legislatore a preferire la nomina governativa per tutto il XIX secolo. Il reclutamento per concorso, dopo un primo tentativo nel 1906, si affermò soltanto nel 1958.

Parole chiave: magistratura, Francia, autonomia, concorso

Abstract. *Legitimacy, Autonomy and Recruitment of the Judiciary: Historical Considerations on the French System*

The essay describes the issue of the legitimacy and recruitment of the judiciary in the French legal system in the 18th-20th centuries. After overthrowing the *Ancien Régime*, where the judiciary belonged only to the noble class, the Revolution imposed the election of all judges to democratize the powers of the state. The disappointing effects of the election led the legislator to prefer governmental appointments throughout the 19th century. The recruitment by competition, after a first attempt in 1906, was established only in 1958.

Keywords: judiciary, France, legitimacy, autonomy, competition

DOI: 10.32049/RTSA.2021.2.02

1. Il giudice nell'Antico Regime

A partire dal XIX secolo il potere giudiziario appare costantemente alla ricerca di una precisa collocazione costituzionale e, soprattutto, di una *legittimazione*. Il potere legislativo è per definizione legittimato, in quanto il Parlamento, eletto dal popolo, rappresenta la volontà generale. L'esecutivo riceve dalla fiducia parlamentare una sorta di legittimazione popolare indiretta. Diversamente il problema si pone soltanto per il giudiziario, le cui funzioni sono sempre in discussione.

Prima della Rivoluzione francese la questione della legittimazione del giudice non si poneva affatto, perché il Sovrano concentrava nelle sue mani tutti i poteri. Anzi, la tradizionale *iurisdictio* rappresentava il simbolo del potere del re-giudice, da cui le massime del diritto pubblico francese *toute justice émane du roi* e *qui veut le Roy, si veut la loy*

(Loisel, 1637, p. 1)¹. Il sovrano, grazie all'ampiezza dei poteri di cui disponeva e alla derivazione divina della sua autorità, avrebbe al meglio percepito e realizzato il «bene comune» dei suoi sudditi. Del resto, le comunità riconoscevano e rispettavano l'autorità del sovrano proprio perché era «giusto» e giudice imparziale, in grado di assicurare la difesa del regno e la pace interna, grazie all'efficace esercizio della giurisdizione².

Nella monarchia francese il re assoluto, tradizionalmente definito come *Grand-justicier*, esercitava la funzione giurisdizionale personalmente o attraverso giudici da lui delegati³. Il sistema prevedeva l'articolazione in tre giurisdizioni: a) la «giustizia concessa» (*justice concédée*), ossia la «giustizia signorile», amministrata dai signori fondiari grazie a una concessione regia perpetua; b) la «giustizia delegata», esercitata in base a una delega del sovrano ai magistrati regi (*officiers*), cui spettava una competenza generale, in campo civile e penale; c) la «giustizia ritenuta» che era esercitata direttamente dal Sovrano o da magistrati (*commissaires*) da lui espressamente individuati allo scopo di pronunciarsi su determinate materie o su specifiche controversie⁴. Il re, *Grand-justicier*, poteva quindi amministrare la giustizia personalmente, anche senza l'ausilio dei giudici, tramite le *lettres de cachet*: si trattava, in questo caso, della *justice retenue* nella sua espressione più compiuta, poiché il sovrano, aveva la facoltà di infliggere a sua discrezione una pena che assumeva le caratteristiche di sanzione giudiziaria⁵.

È evidente che in questo contesto il problema della legittimazione del giudice non si ponesse, perché la derivazione regia della sua autorità impediva *ab origine* qualunque messa

¹ Si legge nelle *Coutumes de Beauvaisis* di Philippe de Beaumanoir (1252/54-1296) che «le roi est souverain par-dessus tous et a de son droit la générale garde de tout son royaume, par quoi il peut faire tous établissements comme il lui plaît pour le commun profit, et ce qu'il établit doit être tenu. Et il n'y a nul si grand au-dessus de lui qui ne peut être attrait en sa cour pour défaut de droit ou pour faux jugement et pour tous les cas qui touchent le roi», Beaumanoir (1900, p. 23).

² Secondo 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» (Bodin, 1583, pp. 610-611).

³ Il re era considerato *source et fontaine de justice* (Royer, 2001, p. 25).

⁴ Al Re di Francia erano riconosciute prerogative molto ampie, 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*), di avocare le cause al suo Consiglio (con le *évocations*) e di creare nuove giurisdizioni (attraverso le *commissions*).

⁵ Addirittura, in alcune occasioni il re anticipò con una sanzione la commissione del fatto. Fu il caso, ad esempio, dell'uccisione dell'ammiraglio Gaspard de Coligny e del massacro dei protestanti nel 1572 e dell'esecuzione di Henri de Guise e del fratello Louis, durante gli Stati generali di Blois nel 1588.

in discussione. Il re, *fons iustitiae*, incarnava la giustizia, per cui la legittimazione dei magistrati discendeva direttamente da quella del sovrano.

2. La separazione dei poteri

Nel sistema assolutistico non esisteva, né poteva immaginarsi, la separazione dei poteri, principio teorizzato soltanto nel XVIII secolo, da Montesquieu riprendendo le riflessioni di John Locke. Tutti i poteri erano concentrati nelle mani del sovrano e ciò appariva del tutto naturale.

Fu dunque la dottrina di Montesquieu (1689-1755) a definire il giudiziario un «potere nullo» e i giudici «la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati che non possono moderarne né la forza, né il rigore» (Montesquieu, 1748, p. XI/6). Il giudice *bouche de la loi*, coerentemente con la concezione della separazione dei poteri, avrebbe dovuto applicare la legge alla fattispecie concreta tramite un procedimento sillogistico letteralmente e senza interpretarla.

Dei tre poteri solo quello giudiziario era considerato da Montesquieu come un «potere terribile» perché in grado di incidere direttamente sui beni, sulla libertà e sulla vita dei cittadini⁶. Da ciò derivano la particolare delicatezza della funzione giurisdizionale e le difficoltà nella individuazione della sua legittimazione.

È necessario ricordare che la separazione dei poteri in Montesquieu e, in generale nel pensiero degli Illuministi, non intendeva assegnare lo stesso ruolo ai poteri in modo equilibrato, ma piuttosto assicurare l'autonomia del legislativo dalla ingerenza del giudiziario. In altre parole, non si riteneva prioritaria la protezione dei magistrati dalla influenza degli altri poteri, come saremmo portati a credere oggi. Si considerava invece indispensabile garantire la piena autonomia del legislativo nei confronti dell'azione della magistratura, allora percepita come un «contro-potere» rispetto al Sovrano. Ciò derivava dai continui conflitti tra il re e le Corti sovrane (soprattutto *Parlements* e *Chambres des*

⁶ Un potere «odioso» secondo Condorcet (1847, p. 155).

comptes) che costellarono la storia di Francia e, ad esempio nel periodo della Fronda (1648-1649), sfociarono in vere e proprie rivolte armate. I Parlamenti svolgevano infatti funzioni evidentemente “politiche”, esorbitanti dalla mera giurisdizione, in grado di ostacolare l’azione del sovrano. Ci riferiamo all’emanazione degli *arrêts de règlement*, sentenze regolamentari dotate di piena efficacia normativa *erga omnes*. O ancora alle *remontrances*, atti che accompagnavano il rifiuto di registrazione delle leggi regie da parte dei Parlamenti: con tale rifiuto le Corti impedivano l’entrata in vigore dei provvedimenti del Sovrano il quale, se intendeva vincere l’opposizione parlamentare, era costretto a presiedere una seduta per imporre la registrazione in *lit de justice*⁷. I Parlamenti difesero strenuamente le loro prerogative e costituirono, com’è noto, il più efficace strumento di opposizione alla politica assolutistica dei sovrani francesi.

3. La Rivoluzione francese: un’altra giustizia

La cesura fu netta. La Rivoluzione francese trasformò profondamente gli ordinamenti giudiziari introducendo una nuova concezione della giustizia, che potremmo definire, come ha fatto Robert Badinter (1989), «un’altra giustizia».

Il principio della separazione dei poteri e la concezione del giudice *bouche de la loi* furono tra i principali elementi ispiratori delle riforme della Rivoluzione. Sin dalla *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* del 26 agosto 1789 si stabilì all’art. 16 che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la *separazione dei poteri* stabilita, non ha una costituzione», mentre il nuovo ordinamento giudiziario, previsto dalla legge 16-24 agosto 1790, attribuiva al giudice una collocazione costituzionale del tutto nuova.

⁷ Era definita *Lit de justice* (“letto di giustizia”) la seduta del Parlamento presieduta dal re allo scopo di imporre la registrazione di un atto legislativo. Si trattava di una cerimonia solenne nella quale la presenza diretta del re poneva fine al conflitto con il Parlamento e stabiliva l’entrata in vigore del provvedimento in questione. Il ricorso al *lit de justice* rappresentava certamente un’affermazione della superiorità del Sovrano ma palesava anche l’esistenza di un grave conflitto con la magistratura.

Allo scopo di cancellare il ricordo della magistratura dell'*Ancien Régime* e assicurare la democraticità del suo reclutamento, si stabilì che tutti i giudici sarebbero stati eletti dal popolo (art. 3, tit. II). Fondamentali nel ribadire la separazione dei poteri erano le disposizioni contenute nell'art. 10 («I tribunali non potranno prendere direttamente o indirettamente alcuna parte nell'esercizio del potere legislativo, né potranno impedire o sospendere l'esecuzione dei decreti dei Corpi legislativi») e nell'art. 13 («Le funzioni giudiziarie sono distinte e resteranno sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno turbare [...] in qualsiasi maniera le attività dei corpi amministrativi, né citare davanti a loro gli amministratori in ragione delle loro funzioni»). Si introdusse inoltre il sistema del c.d. *référé législatif* per il quale, in presenza di un dubbio interpretativo o di una lacuna legislativa, il giudice avrebbe dovuto sospendere il giudizio e rivolgersi al legislatore per ottenere una legge di interpretazione autentica, ai sensi dell'art. 12, tit. II (Alvazzi del Frate, 2005).

Le prime riforme del legislatore rivoluzionario furono ribadite dalla costituzione del 3 settembre 1791, ove emergeva in tutta evidenza il tentativo di ridefinire la funzione della giurisdizione e stabilire una sua nuova collocazione costituzionale. I punti principali del nuovo assetto si possono così riassumere:

- a) previsione di una netta separazione dei poteri (la cui configurazione era però tale da assicurare la prevalenza del legislativo sugli altri poteri, per cui si parla di «legicentrismo» del sistema);
- b) elettività dei giudici di ogni grado («il potere giudiziario è delegato a giudici eletti dal popolo»⁸);
- c) drastica limitazione dei poteri interpretative del giudice, grazie al sistema del *référé législatif* (sistema articolato in *référé facultatif*, del giudice di merito, e in *référé obligatoire*, della Cassazione);
- d) creazione del Tribunale di cassazione, giudice di legittimità, cui si imposero significative limitazioni alle funzioni nomofilattiche con il *référé obligatoire* («quando dopo due cassazioni la sentenza del terzo tribunale venga attaccata coi medesimi mezzi delle due

⁸ Cost. 1791, art. 5, tit. III.

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»⁹). Il Tribunale «posto presso il Corpo legislativo», era inoltre tenuto inviare annualmente al Corpo legislativo «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»¹⁰.

Si può generalizzare affermando che obiettivo del legislatore fu la riduzione dell'autorità e delle funzioni del giudice.

4. Una legittimazione “democratica”: l'elettività dei giudici

La Rivoluzione stabilì dunque che il potere giudiziario fosse indipendente e affidato a giudici elettivi, in rappresentanza della Nazione. L'obiettivo era quello di scongiurare la formazione nel nuovo sistema di un vero e proprio ceto di magistrati, come era avvenuto nell'*Ancien Régime*.

Nei confronti dei magistrati, e più in generale dei giuristi, la Costituente manifestava un'evidente diffidenza, considerandoli il simbolo del passato e una sorta di «freno conservatore»¹¹. La condanna della cultura giuridica tradizionale e l'aspirazione a una costruzione *ex novo* della società indussero i rivoluzionari ad adottare drastici provvedimenti in tal senso: si pensi alla abolizione delle funzioni di avvocati e procuratori (1790) – sostituiti da «difensori ufficiosi» – e alla chiusura delle facoltà di giurisprudenza (1793). L'idea di fondo, certamente bizzarra, era che la scienza giuridica e la giurisprudenza fossero diventate inutili e addirittura dannose nel nuovo ordinamento, grazie all'adozione di una costituzione e di leggi chiare e comprensibile da tutti. Al riguardo, è sufficiente citare le parole dei deputati alla Costituente Robespierre («la parola giurisprudenza [...] non significa più nulla nel nuovo [sistema], deve essere cancellata dalla nostra lingua. In uno Stato che ha

⁹ Art. 21, cap. V.

¹⁰ Cost. 1791, art. 22, cap. V.

¹¹ L'espressione *frein conservateur* era frequentemente utilizzata, sia in senso negativo, che in quello positivo.

una Costituzione, una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è altro che la legge») e Le Chapelier il quale considerava la «giurisprudenza dei tribunali, la più detestabile di tutte le istituzioni» (Mavidal-Laurent, 1885, pp. 516-517). In questa prospettiva risultano significativi i provvedimenti di quegli anni di abolizione delle funzioni di avvocati e procuratori¹² – sostituiti da «difensori ufficiosi»¹³ – e di chiusura delle facoltà di giurisprudenza¹⁴. Alla diffidenza che i rivoluzionari manifestarono per i magistrati corrispose la piena fiducia nel legislatore, interprete della volontà generale e capace di costruire un ordinamento del tutto nuovo e giusto¹⁵.

In questo contesto, l'elettività dei giudici era apparsa come il miglior strumento di legittimazione degli stessi (Krynen, 1999). Tale previsione, che derivava dal principio secondo il quale tutti i poteri emanano dal popolo, non incontrò opposizione nell'Assemblea Costituente. Il deputato Thouret sosteneva, ad esempio, che «tutti i poteri [...] emanano essenzialmente dalla nazione e sono da lei conferiti» e arrivò a proporre «di consacrare come massima inalterabile» che «i giudici debbono essere eletti dal popolo» (Mavidal-Laurent, 1881, p. 344).

5. L'elettività alla prova

L'elettività dei giudici fu accolta con entusiasmo perché appariva come lo strumento di una democratizzazione della magistratura, coerentemente con una concezione nuova, laica e più vicina ai cittadini, della giustizia. Ciò avrebbe consentito, nell'intento dei costituenti, di spezzare il monopolio fino ad allora detenuto dal ceto nobile e aprire alla borghesia l'accesso alla magistratura.

¹² 2 settembre 1790.

¹³ Così comparvero nei tribunali i c.d. *défenseurs officieux*: «ognuno poteva venire in tribunale per assicurare la difesa di qualunque persona, in materia civile e in quella penale. Nessuna condizione era necessaria, nessuna competenza era richiesta; nel nome della libertà, non era ammesso il diritto di proibire l'accesso al foro» (Gazzaniga, 1989, p. 377).

¹⁴ 15 settembre 1793.

¹⁵ Dunque, «fiducia assoluta nel legislatore, diffidenza profonda verso il giudice: questa è la doppia ispirazione dei costituenti quando creano la nuova giustizia» (Badinter, 1989, p. 18).

Tutti i giudici divennero elettivi, dai giudici di pace, fino ai consiglieri di Cassazione. I requisiti per l'elezione erano piuttosto vaghi: età minima di trent'anni e aver esercitato per almeno cinque anni le funzioni di «giudice o avvocato (*homme de loi*)»¹⁶.

L'applicazione pratica della riforma apparve molto deludente: la giustizia fu amministrata da giudici spesso privi di preparazione giuridica e fortemente connotati politicamente. Tutto ciò portò a una crisi della giustizia a causa di giudizi improvvisati e della evidente politicizzazione della giurisdizione. Ciò si verificò, per di più, in un'epoca segnata da una violenta contrapposizione politica e dal biennio del Terrore (1793-1794).

Se poi si considerano gli effetti del *référé législatif*, si comprendono facilmente le ragioni della crisi. Il sistema aveva provocato un generale rallentamento nell'amministrazione della giustizia che si configurò frequentemente in un vero e proprio "diniego di giustizia". Ciò è facilmente comprensibile: il giudice, nel timore che la sua "interpretazione", e quindi il suo giudizio, non risultassero "corretti" o non conformi agli orientamenti politici prevalenti, si cautelava sospendendo il processo attraverso una richiesta di *référé*. L'istituto del *référé* quindi, lungi dall'assicurare uniformità interpretativa, condusse alla paralisi della giustizia. Tale situazione derivò sia dalla complessità e vaghezza delle norme istitutive, sia dalla spregiudicatezza del potere politico che non esitò a esercitare la sua capacità di condizionamento nei confronti della giurisdizione.

Nonostante l'entusiasmo che aveva accompagnato l'introduzione della elettività dei giudici, il sistema fu progressivamente abbandonato a partire dal periodo del Direttorio fino all'Impero, quando il reclutamento dei magistrati fu interamente affidato alla nomina da parte dell'esecutivo e a forme, più o meno esplicite, di cooptazione da parte della magistratura stessa.

Quanto al *référé législatif*, quello "facoltativo" (operato dal giudice di merito) fu abrogato tacitamente dall'art. 4 del codice civile napoleonico che introdusse il divieto di *non liquet* per il giudice impedendo la sospensione del giudizio anche in presenza di lacune

¹⁶ Art. 9, tit. II, L. 16-24 agosto 1790: «Nul ne pourra être élu juge ou suppléant, ou chargé des fonctions du ministère public, s'il n'est âgé de trente ans accomplis, et s'il n'a été pendant cinq ans juge ou homme de loi, exerçant publiquement auprès d'un tribunal».

o rilevanti dubbi interpretativi¹⁷. Il *référé* obbligatorio (attivato dalla Cassazione) cadde progressivamente in desuetudine e fu abrogato dalla legge del 1° aprile 1837. Ciò diede avvio al riconoscimento di un ruolo più incisivo della giurisprudenza della Cassazione e al superamento del rigido schematismo illuministico, del quale il *référé législatif* fu esempio molto significativo¹⁸.

In questo quadro sostanzialmente caotico, la legittimazione del giudice si trovò ancor più messa in discussione. L'elettività, che aveva suscitato tante speranze, non si dimostrò affatto una soluzione efficace.

6. La nomina governativa

L'avvento dell'Impero napoleonico segnò la fine dell'elettività dei giudici. L'art. 1 della costituzione del 1804 recitava infatti: «la giustizia è amministrata in nome dell'imperatore dai magistrati che egli nomina»¹⁹. L'esperimento della elettività, come abbiamo visto, non aveva prodotto alcun effetto positivo nel periodo rivoluzionario.

Alla elettività di giudici e pubblici ministeri, si sostituì la nomina governativa. Quindi per tutto il XIX secolo, in Francia e nel resto dell'Europa continentale, i magistrati furono discrezionalmente scelti dall'esecutivo. La nomina governativa si accompagnò a frequenti epurazioni del corpo della magistratura in conseguenza agli innumerevoli cambi di regime. Della convulsa storia politico-costituzionale dell'Ottocento è sufficiente ricordare la restaurazione del 1814, la rivoluzione del 1830, l'avvento della Seconda repubblica nel 1848, il Secondo Impero nel 1852 e la nascita della Terza repubblica nel 1871. A ogni mutamento di regime seguì una più o meno profonda epurazione della magistratura (Picot, 1884).

¹⁷ 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.

¹⁸ La legge riconobbe alla Corte di Cassazione la prerogativa di imporre al giudice di rinvio la propria decisione di diritto. Dopo un primo annullamento, una pronuncia a sezioni unite della Corte avrebbe concluso il conflitto, vincolando il giudice di merito.

¹⁹ «La justice se rend, au nom de l'Empereur, par les officiers qu'il institue».

Il principio della separazione dei poteri e l'indipendenza della giurisdizione, stabiliti nel 1789 quali elementi irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, furono sacrificati in nome della fedeltà della magistratura agli orientamenti politici dominanti. La soggezione della magistratura alla politica non fu più percepita quale elemento patologico del sistema.

Come osserva Jean-Pierre Royer (2001, pp. 658-659), l'evoluzione delle modalità di reclutamento della magistratura rappresenta la storia di

una lunga e difficile liberazione, di una *dolorosa separazione tra potere e giustizia*, la fine di una lunga tradizione che risale senza dubbio all'*Ancien Régime* malgrado il divorzio tra la magistratura e il re, la rottura di un legame che la Rivoluzione non aveva saputo spezzare, sia perché esse non vi credeva affatto e sia perché non aveva avuto urgente bisogno di giudici per fondare la Repubblica, un legame che il Consolato e l'Impero non avevano a maggior ragione rotto perché utile alla loro filosofia politica, che anche i regimi successivi non avevano più spezzato perché ugualmente conveniente.

Il problema della legittimazione del giudice fu per il momento accantonato alla ricerca di una nuova soluzione: non più il sistema di monopolio cetuale dell'*Ancien Régime* – superato perché odioso ed elitario – ma neppure l'elettività del giudice, che avrebbe politicizzato la giustizia e imposto un legame pericoloso tra giurisdizione e consenso.

Con l'avvento della Terza repubblica fu operata la più vasta epurazione della magistratura della storia francese. Tra il 1878 e il 1884 si contarono oltre 1.500 magistrati allontanati o dimissionari (Gazette de France, 1884; Tanguy, 1990). Lo scopo dichiarato del governo di Jules Grévy era quello di affermare con forza il nuovo regime repubblicano ed epurare la magistratura (e più in generale la pubblica amministrazione) dai componenti di orientamento monarchico. Oltre alla magistratura ordinaria, anche il Consiglio di stato fu colpito dai provvedimenti di epurazione: si trattò di una vera e propria «repubblicanizzazione» della magistratura. Gli interventi di quegli anni condussero alla emanazione della legge del 30 agosto 1883 di riforma dell'ordinamento giudiziario.

Al riguardo, è interessante ricordare le parole di aspra critica di Georges Picot (1838-1909) – magistrato e storico – nei confronti della epurazione di quegli anni e di difesa della inamovibilità e indipendenza della magistratura:

l'assalto condotto alla magistratura non può lasciare indifferenti... Tra l'ordine giudiziario e gli istinti demagogici il conflitto è permanente. [...] In una repubblica, ove la maggioranza che ottiene il potere ritiene di rappresentare la volontà del popolo, la folla non si indigna della persecuzione; essa è disposta ad abbandonare le vittime; essa sente dire che tutto si fa in suo nome; essa si sente sovrana e abusa del suo potere. Chi può rimediare agli abusi, se non il corpo incaricato di applicare e di difendere le leggi? I magistrati sono i protettori del diritto contro la forza. Spetta a essi di punire gli abusi del potere e limitare la onnipotenza delle democrazie trionfanti, insegnando loro dove finisce l'autorità e comincia la tirannide. Se i giudici si abbandonano anch'essi ai capricci delle fazioni, se essi ascoltano gli ordini dei partiti e le minacce dei beniamini della folla, la società che si fonda sul rispetto dei diritti, perde tutto il suo equilibrio (Picot, 1884, pp. 288-289).

Picot denunciava lucidamente i colpi che la demagogia e una malintesa concezione della sovranità popolare avevano inferto alla indipendenza della magistratura. La responsabilità di una tale situazione era da attribuire ai governanti che «solleticano gli istinti» demagogici:

tutti coloro i quali hanno a cuore la giustizia, qualunque sia la sua origine o l'orientamento politico, sono da sempre d'accordo nel riconoscere che, lungi dal moltiplicare le epurazioni, sia necessario proteggere più efficacemente l'indipendenza dei magistrati grazie alla previsione di garanzie nella scelta dei giudici e frenando le azioni arbitrarie del governo (Picot, 1884, pp. 314-315).

Era necessario, concludeva Picot (1884, p. 315), «collocare il potere giudiziario in alto, sopra un piedistallo sufficientemente saldo affinché divenga il freno» della demagogia e dell'arbitro delle passioni.

7. Il reclutamento per concorso

Come assicurare un reclutamento di qualità e lontano dai condizionamenti della politica? Il concorso avrebbe certamente potuto rispondere a tale esigenza e realizzare quell'auspicato divorzio tra “nascita” e “merito”.

Il percorso che condusse all'affermazione del reclutamento per concorso fu, com'è facilmente comprensibile, lungo e tormentato: troppi apparivano i vantaggi che militavano in favore della conservazione del controllo politico sulla giustizia. In un'epoca di frequenti rivoluzioni e mutamenti di regime, i detentori del potere consideravano opportuno, una volta al governo, allineare il più possibile la composizione della magistratura agli orientamenti politici dominanti. Se, come abbiamo visto, le epurazioni furono una prassi abituale in Francia, quella del 1883 rappresentò per la sua ampiezza un vero proprio "terremoto giudiziario": in pochi anni i magistrati conservatori, monarchici e bonapartisti furono allontanati per realizzare quella «giustizia repubblicana» cui aspirava la classe dirigente della Terza repubblica.

Dopo l'epurazione, la questione del reclutamento tornò alla ribalta e il favore per il concorso crebbe considerevolmente. Una prima effimera affermazione si realizzò con l'emanazione del *decreto Sarrien* del 18 agosto 1906 che istituì il reclutamento per concorso e la tabella dei ruoli e delle promozioni della magistratura (Fillon, Boninchi, Lecompte, 2008, p. 13). Restava certamente, accanto al concorso, la facoltà di nomina diretta da parte del Ministro della giustizia, tuttavia un passo significativo era stato compiuto: «la legittimità del magistrato non era più basata sul ceto, ma sul suo merito e ciò consentì di ritenere che una vera democratizzazione del corpo era stata avviata» (Royer, 2010, p. 71).

Si trattò di una «falsa partenza», perché il decreto Sarrien conteneva alcuni gravi difetti tecnici e incontrò l'opposizione non solo di ampi settori del mondo politico, ma anche della stessa magistratura²⁰. Già nel 1908 il concorso fu abolito (decreto del 18 febbraio 1908) e sostituito da una generica *idoneità professionale*.

Negli anni convulsi dei due conflitti mondiali e di Vichy la questione non fu più affrontata, lasciando la magistratura sotto la diretta influenza dell'esecutivo. Solo nel secondo dopoguerra, nel quadro del generale riordino della pubblica amministrazione francese, si ripristinò il concorso di accesso alla magistratura con il decreto 22 dicembre

²⁰ In particolare, i vincitori del concorso sarebbero stati nominati giudici supplenti senza alcuna retribuzione. Ciò indebolì indubbiamente la portata della riforma al punto che, al primo concorso nel 1906, non si presentò alcun candidato (Fillon, Boninchi e Lecompte, 2008).

1958²¹. Contestualmente fu creato a Bordeaux il *Centre national d'études judiciaires* che avrebbe assunto nel 1970 la denominazione di *École nationale de la magistrature*. L'ENM, unica su tutto il territorio nazionale, avrebbe garantito la formazione teorico-pratica necessaria ai vincitori del concorso.

8. Quale legittimazione?

Il reclutamento per concorso gode oggi di un ampio consenso, seppur non manchino esponenti in dottrina (Krynen, 2012) e settori dell'opinione pubblica ancora favorevoli alla elettività dei giudici²².

Il tema della *legittimazione*²³ del giudice si lega inevitabilmente a quello del *consenso* e qui si apre una questione assai delicata e controversa, ove è difficile argomentare sul piano del solo diritto in quanto emergono innumerevoli e rilevanti aspetti politici, filosofici e sociologici. Periodicamente il problema della legittimazione viene sollevato, dimostrando ancora una volta quanto esso costituisca un nodo irrisolto.

Non possiamo, né saremmo in grado, di avventurarci in questo campo in gran parte inesplorato. Possiamo concludere, riferendoci non solo alla Francia, con le parole particolarmente efficaci di Luigi Ferrajoli, il quale fa discendere la *legittimazione* del giudice dalla *fiducia* e *non dal consenso* dei cittadini:

certamente il consenso è la principale fonte di legittimazione democratica delle funzioni politiche di governo. Ma non lo è affatto della giurisdizione [...] nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può rendere legittima la condanna di un innocente, o l'assoluzione di un colpevole, o la privazione o menomazione di un diritto di libertà, o la mancata soddisfazione di un diritto sociale. Se si vuole che siano in grado di garantire i diritti dei singoli individui, le funzioni di garanzia, a cominciare dalla funzione giudiziaria, non possono

²¹ *Ordonnance* n. 58-1270, 22 dicembre 1958.

²² Come osserva Catherine Fillon, «la questione delle modalità di reclutamento della magistratura sembra definita, anche se alcuni nutrono ancora nei confronti della elettività dei giudici sogni che appaiono improbabili» (Fillon, Boninchi e Lecompte, 2008, p. 285).

²³ Come osserva Barthélémy Mercadal, «essere legittimo significa, nei termini correnti, essere riconosciuto come giustificato, essere accettato per ciò che si è e ciò che si fa. Il riconoscimento pubblico è dunque la chiave della legittimità» (Mercadal, 2002, p. 277).

essere espressione, né tanto meno dipendere dal potere di maggioranza, ma devono essere soggette unicamente alla legge (Ferrajoli, 2009, p. 2).

Ciò che invece si richiede al giudice

in forza della natura tendenzialmente cognitiva della giurisdizione e del suo ruolo di garanzia dei diritti delle persone, è la *fiducia* dei cittadini: fiducia nell'imparzialità di giudizio dei giudici, fiducia nella loro onestà e nel loro rigore intellettuale e morale, fiducia nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio. Per contro, ciò che delegittima la giurisdizione è non tanto il dissenso e la critica [...] ma la sfiducia nei giudici e peggio ancora la paura generate soprattutto dalla mancanza di garanzie o, peggio, dalle violazioni di legge proprio da parte di chi è chiamato ad applicare la legge e che dalla soggezione alla legge ricava la sua legittimazione (Ferrajoli, 2009, pp. 9-10).

Alla luce delle recenti polemiche e della crisi vissuta dal CSM, una prudente rinuncia alla ricerca di legittimazione e di consenso rappresenta forse la soluzione più ragionevole in una società complessa e disorientata come quella odierna.

Bibliografia

- Alvazzi del Frate P. (2005). *Giurisprudenza e «référé législatif» in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*. Torino: Giappichelli.
- Badinter R., a cura di (1989). *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*. Paris: Fayard.
- Beaumanoir Ph. (1900). *Coutumes de Beauvaisis*, a cura di A. Salmon, II, Paris: Picard.
- Bodin J. (1583). *Les six livres de la République*. Paris: Du Puys.
- Condorcet N. (1847). *Idées sur le despotisme*. In Condorcet N., *Œuvres de Condorcet*, IX. Paris: Firmin Didot.
- Ferrajoli L. (2009). *Giurisdizione e consenso*. *Questione giustizia*, 4: 9. DOI: 10.3280/QG2009-004002.

- Fillon C., Boninchi M., Lecompte A. (2008). L'impossible concours (1830-1908). In Fillon C., Boninchi M., Lecompte A., *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*. Paris: Puf.
- Gazette de France (1884). *Magistrature épurée de 1878 à 1884 (La). Documents parlementaires et législatifs. Liste de 1545 magistrats démissionnaires ou révoqués*. Paris: Imprimeries réunies.
- Gazzaniga J.L. (1989). Les avocats pendant la période révolutionnaire. In Badinter R., a cura di, *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*. Paris: Fayard.
- Krynen J., a cura di (1999). *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*. Paris: Puf.
- Krynen J. (2012). *L'État de justice (France, XIII^e-XX^e siècle), II, L'emprise contemporaine des juges*. Paris: Gallimard.
- Loisel A. (1637). *Institutes coutumières, ou De plusieurs et diverses reigles, sentences & proverbes du Droict coutumier & plus ordinaire de la France*. Paris: Le Gras.
- Mavidal J., Laurent E. (1881). *Archives parlementaires*, 1^e série, XII. Paris: Dupont.
- Mavidal J., Laurent E. (1885). *Archives parlementaires*, 1^e série, XX. Paris: Dupont.
- Mercadal B. (2002). La légitimité du juge. In *Revue internationale de droit comparé*, 54, 2: 277. DOI: 10.3406/ridc.2002.18745.
- Montesquieu (1748). *De l'esprit des lois*. Genève: Barrillot.
- Picot G. (1884). Les magistrats et la démocratie. Une épuration radicale. *Revue des Deux Mondes*, III, 62, 2: 288.
- Royer J.P. (2001). *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, III ed. Paris: Puf.
- Royer J.P. (2010). Généalogie de l'École nationale de la magistrature: à propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution. *Les cahiers de la justice*, 1: 65. DOI: 10.3917/cdlj.1001.0065.
- Tanguy J.F. (1990). La plus grande épuration judiciaire de la France contemporaine. In Vigier Ph., ed., *Répression et prison politiques au XIX^e siècle*. Paris: Éditions Créaphis.