

Il potere giudiziario

III modulo
Artt. 101-113 Cost.

Schema lezione

1. Definizione e tipi di giudici
2. La sentenza
3. Principi costituzionali sulla magistratura
4. Il ruolo del giudice

1. DEFINIZIONE E TIPI Premessa

- Se il potere legislativo è il potere di **produrre** diritto
 - Se il potere esecutivo è il potere di **eseguire** con fonti secondarie e con l'azione della Pubblica Amministrazione la volontà del legislatore e di dettare l'**indirizzo politico**
- ... è necessario che qualcuno **assicuri il rispetto del diritto oggettivo: i Giudici**

Definizione

- Il giudice è un organo indipendente, terzo e imparziale, che può essere monocratico o collegiale, chiamato ad applicare il diritto.

Definizione

- E' il potere che **applica** il diritto (in senso oggettivo) ai casi concreti: i giudici **SUSSUMONO** i FATTI specifici e concreti dentro le FATTISPECIE NORMATIVE generali e astratte
- E' il potere che **interpreta** il diritto in modo qualificato.
- E' un potere **diffuso**, privo di vertice. I giudici si distinguono solo **per funzioni**

Tipi di Magistrature

1. Magistratura requirente (PM) e giudicante
2. Magistratura ordinaria e speciale (art. 102 e 103)

Sono vietati i giudici straordinari (ex post factum es. Norimberga)

I Giudici speciali sono solo quelli stabiliti in Costituzione

Giudici ordinari

- Magistratura ordinaria:
 1. Tribunali di 1° grado
 2. Corti d'appello
 3. Corte di Cassazione

Giudici civili, penali, dei minori

Giudici speciali

1. Giudice amministrativo (20 TAR + Consiglio di Stato in appello)
2. Corte dei conti
3. Tribunale militare

Sono giudici che si occupano di particolari **materie**, caratterizzate da un alto tecnicismo.

2. PRINCIPI COSTITUZIONALI

1. Giudice naturale (art. 25): il giudice, del mio caso è **precostituito** dalla legge, esiste già prima che il fatto si realizzi
2. Indipendenza (art. 101 soggetti sono a legge; 104 garantita dal CSM; 107 inamovibili)
3. **Concorso** pubblico per accedere (106)
4. Imparzialità e terzietà (art. 111)

2. LA SENTENZA

1. **INTESTAZIONE** (nome giudice, estremi atto, formula "in nome del popolo italiano)
 2. **FATTO** (ritenuto in fatto)
 3. **DIRITTO** (considerato in diritto, motivazione)
 4. **DISPOSITIVO**: decisione, soluzione al caso
- n.b. una sentenza si legge sempre dalla fine

3. PRINCIPI COSTITUZIONALI

5. Giusto processo: contraddittorio nel processo penale e ragionevole durata (art. 111)
6. Obbligo di **motivazione** di tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111)
7. **Obbligatorietà** azione penale (art. 112)

PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO

- 8. Divieto di **non liquet**: il giudice non può dire "questo caso non so come risolverlo, lo lascio insoluto".
- 9. **lura novit curia**: il giudice deve trovare lui le norme per risolvere il caso, deve conoscere tutto l'ordinamento, non deve affidarsi all'avvocato.

CSM

IL CSM è l'organo che garantisce l'indipendenza della **magistratura ordinaria** dal potere esecutivo svolgendo funzioni che altrimenti svolgerebbe il Ministro della Giustizia.

NB: Per i giudici speciali esistono organi simili al CSM

Consiglio superiore della magistratura (CSM art. 104)

- **1/3** eletti dal Parlamento in seduta comune (n. 8 membri)

Tra professori ordinari + Avvocati con 15 anni

- **2/3** eletti dai magistrati (n.16 membri)
- Tra gli stessi magistrati
- Presidente: PR

Funzioni CSM

- Assunzioni, promozioni, trasferimenti e assegnazioni posti giudici
- Provvedimenti disciplinari (il Ministero della Giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare)
- Durata membri elettivi: 4 anni

Funzioni Ministro della Giustizia

Art. 110: "Ferma le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei **servizi** relativi alla giustizia".

- Bando i concorsi
- Organizza uffici giudiziari

4. IL RUOLO DEL GIUDICE

Il ruolo del giudice nel nostro ordinamento è condizionato dalla idea di diritto che condividiamo.

Il ruolo del giudice è condizionato anche dalle interazioni con gli altri poteri (legislativo/esecutivo): es. attivismo giudiziale, scontro con il Governo.

2 tradizioni

a) Positivistica, Francese, giurisprudenza dei concetti in Germania: **il giudice è bocca della legge**, non può assolutamente creare diritto

b) Teoria dell'interpretazione, ermeneutica: il giudice interpretando la legge, **crea la norma del caso concreto**. Il diritto non è l'insieme delle fonti (la legge), ma è l'insieme delle interpretazioni (la giurisprudenza)

L'interpretazione giudiziale

a) INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE: è l'interpretazione di una norma fornita dal giudice, deve essere sempre **motivata**, nella sentenza, se costante crea diritto vivente

b) INTERPRETAZIONE AUTENTICA: è l'interpretazione che può fornire il legislatore, con una legge, e che si impone sul diritto vivente e può travolgerlo

Definizioni

DIRITTO VIVENTE: l'insieme delle interpretazioni seguite dai giudici

FUNZIONE NOMOFILATTICA (nomos = norma, filasso = mettere ordine): è svolta dalla Corte di Cassazione che consolida e sceglie quali delle interpretazioni dei giudici sono corrette

Esempio

Un bambino va con la mamma a mendicare

Art. 671 c.p. = chiunque porta un bambino a mendicare è punito con la pena di...

Art. 561 c.p. = chiunque maltratta un bambino è punito con la pena di...

Se i giudici sussumono sempre il fatto del mendicare dentro la fattispecie di maltrattamenti si crea **diritto vivente**

Esempio

- Alcuni giudici condannano le madri che mendicano con il bambino in braccio
- Altri giudici le assolvono
- La Corte di Cassazione farà nomofilachia ad es. con una **interpretazione costituzionalmente conforme** tecnica molto diffusa

Il ragionamento giudiziale

- Come ragiona un giudice?
- Quali sono le regole che lo portano alla decisione?

Il giudice svolge da **tecnico** una ricerca della **giustizia** che ciascun consociato potrebbe svolgere, in quanto la ricerca della giustizia è una **facoltà umana**.

Il diritto come forma di conoscenza non appartiene alle:

- SCIENZE **ESATTE**, dure, naturali (es. fisica, medicina, geologia).

Metodo: **esperimento (Galileo Galilei)**.

Oggetto: materiali inerti

Il diritto come conoscenza non appartiene alle:

SCIENZE **SPECULATIVE** (es. filosofia, matematica teorica).

Metodo: analisi teorica su postulati dati e non verificati

Oggetto: concetti

n.b. si dice che la filosofia stia esaurendo il suo ruolo speculativo: ultimo testo organico è "L'estetica" di Adorno

Il diritto come forma di conoscenza appartiene alle:

- SCIENZE **SOCIALI** (es. storia, sociologia, antropologia, economia politica, diritto)

Metodo: **molteplici** es. analisi quantitativa (statistica), analisi qualitativa (intervista etnografica), interpretazione nel diritto.

Oggetto: **comportamenti umani**, materiali vivi: i problemi e le esigenze della società

Altre conoscenze

La letteratura, lo studio delle lingue sono **PRATICHE** sociali, ma non scienze.

L'ingegneria è una tecnica, con cui si applicano scienze esatte.

La psicologia è al confine tra scienze esatte e scienze sociali

Il diritto come forma di conoscenza

- Nel 1800 (Giurisprudenza dei concetti) si riteneva che il diritto fosse una scienza esatta (visione **matematizzante** del diritto).
- Nel 1920 Kelsen propose la **Teoria Pura del Diritto** dicendo che era una scienza sociale con un suo proprio **metodo**: unica scienza sociale **prescrittiva**, che non si limita a descrivere la realtà, ma la cambia

Il diritto come scienza sociale

c) Oggi il diritto è visto come una scienza sociale con queste caratteristiche

Metodo: **interpretazione**

Oggetto: comportamenti umani, valori della convivenza

E' scienza **pratica**: non si pone problemi astratti (es. che cos'è la libertà?) ma concreti (es. la libertà di Tizio è stata violata ingiustamente?) e li deve risolvere (divieto di **non liquet**).

Tradizioni interpretative

- a) Giuspositivista: la soluzione al caso è già contenuta nella **norma** posta dal legislatore
- b) Ermeneutica: la soluzione non pre-esiste al caso, si trova tramite una **dialettica** tra le contrapposte ragioni, con una logica **ponderativa**, in un contesto di **isonomia** processuale, che produce la decisione **persuasiva**

Tradizioni interpretative

- a) Per il giuspositivista il diritto è **norma** (Hans Kelsen) (oggi: analisi **economica** del diritto e **cibernetica** giuridica)
- b) Per l'ermeneutico il diritto è **persuasione** (Chaim Perelman): tradizione **topica** (Aristotele, Cicerone, Vieweg, Perelman) la topica è l'arte di pensare **per problemi** e non **per sistemi**

Esempio: il crocifisso

- a) Analisi economica del diritto: teorema di Coose
 - Quali dei gruppi è disposto a **pagare** di più per tenere il crocifisso in aula?
 - Quanto costerebbe in termini di **tempo** decidere sui simboli da inserire nella bacheca?

Esempio di logica giuridica

b) Il crocifisso è un simbolo essenziale per i cristiani? Esiste un **obbligo** per i cristiani ad avere il crocifisso in aula?

È un simbolo che **offende** gli atei e i non cristiani?

Il muro bianco è altrettanto **totalitario** che un solo simbolo religioso?

La **bacheca** dei simboli accontenterebbe gli interessi di tutti?

La tutela multilivello dei diritti

Quando il giudice sta trattando un caso che ha ad oggetto un diritto fondamentale di un individuo (riconosciuto nella Costituzione del 1948, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, nella Carta europea dei diritti fondamentali del 2007) è possibile che aumentino i conflitti interpretativi.

La tutela multilivello dei diritti

Potere giudiziario

- Corte costituzionale **Cost. 1948**
- Corte di Giustizia **Carta europea dei diritti fondamentali 2007**
- Corte europea dei diritti dell'uomo **CEDU 1950**

Tutela multilivello

Attualmente i giudici italiani sono tenuti all'applicazione di 3 Carte dei diritti:

- a) La Costituzione 1948
- b) La Carta europea dei diritti fondamentali 2007 (Carta di Nizza 2000): che prevale sulle fonti interne, ma non sul nucleo duro
- c) La CEDU 1950 che è considerata una norma sub-costituzionale, interposta tra le leggi e la Costituzione

Tre carte, tre corti

Queste tre carte sono interpretate da tre distinte Corti

- 1.Corte costituzionale italiana (La Consulta)
- 2.Corte di Giustizia della UE (Corte di Lussemburgo) 27 Stati membri della UE
- 3.Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte di Strasburgo) 47 Stati del Consiglio d'Europa

Il caso

In un caso di espropriazione per pubblica utilità vengo pagato per il mio terreno un valore molto inferiore al prezzo di mercato in base ad una legge italiana.

Questa scelta viola qualche diritto?

Quale?

Che rimedi posso attivare?

Il caso

Una madre chiede diversi permessi di lavoro per il figlio disabile, dopo poco tempo viene licenziata. La donna cita a giudizio il datore di lavoro perché si ritiene discriminata, ma il giudice dice che non essendo lei la persona disabile non può lamentare alcun fattore di discriminazione.

Secondo voi è corretta questa decisione?

Che consigli daresti alla vostra cliente?