

# Il potere dei conflitti

Testimonianze sulla storia  
della Magistratura italiana

*a cura di*

Orazio Abbamonte

TERZA EDIZIONE



**Giappichelli**

## *Introduzione alla terza edizione*

L'esaurirsi della prima edizione di questo volume ha consentito di far tesoro dell'esperienza dei lettori; soprattutto quella fornita dagli studenti cui, in diversi atenei, il libro è stato sottoposto, quale strumento per la formazione nell'ambito d'insegnamenti storico-giuridici.

È apparso quindi utile dotare il volume d'un nutrito indice analitico – affidato alle cure del dr. Francesco Serpico – per consentirne, non solo una più proficua consultazione ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse, ma soprattutto per lumeggiare possibili percorsi d'attraversamento, che sono apparsi nuovi e non senza sorprese – com'è proprio del confronto con una ricca messe documentaria – a coloro stessi che hanno contribuito alla preparazione della raccolta.

È sembrato altresì utile indicare nell'indice generale del volume i documenti presenti in ciascuna sezione, di modo che il lettore possa avere una visione d'insieme del materiale raccolto, e dunque orientarsi più agevolmente in ciò che da esso può attendersi.

## *Indipendenza della Magistratura e separazione dei poteri. La tormentata vicenda di una endiadi*

Orazio Abbamonte

«Gli altri si vantano per le pagine che hanno scritto, io vado orgoglioso per quelle che ho letto». C'è anche un po' di questo, quando ci si decide per la forma antologica. Si preferisce non aggiungere troppo d'altro al *mare magnum* di scritti che già incombono, può a buona ragione dirsi, quasi su ogni tema possibile. E c'è pure una certa dose d'egoismo, come ci ricorda la sottilmente ironica poesia (*Un lector*) di Borges [Borges, 1969, 115]: perché scrivere è atto d'altruismo (non sempre, per vero), quando non motivato da narcisismo, mentre leggere è gusto, alimento spirituale nel piacere dei tesori della lingua, un piacere al quale il tempo necessario a solcare nuove righe di sicuro sottrae. Non vorrei però apparire contraddittorio ed alla ricerca d'ironia (la mia) grossolana; dunque, dichiarata una più intima disposizione d'animo, forse utile per avviare il lettore, è bene andar diretti agli aspetti più pubblici di questa raccolta.

La distribuzione antologica d'un materiale documentario – inteso nel senso ampio affermatosi in storiografia [Topolski, 1973, 446-62] – ha un pregio, che è dialetticamente il suo difetto. Il difetto, che la messa a tema dell'oggetto si presenta marcatamente scandita e quasi frammentaria. Non v'è dubbio sia così: per quanto il corredo critico che l'accompagna possa provarsi a rendere omogeneo il prodotto complessivo o almeno a favorire un percorso di lettura, quest'ultimo resta affidato ad una materia abbastanza grezza, distribuita in sezioni, ciascuna delle quali con una propria autonomia, visibile già sul piano della disposizione grafica ed editoriale. Ma questo è anche il suo pregio. Perché le scelte del curatore e di chi ha collaborato alla riuscita dell'opera restano apertamente visibili, non mascherate ovvero dissolte nell'apparente coerenza unificante dell'esposizione, e sono perciò più presenti al lettore, che può valutarle, dividerle o criticarle con maggiore coscienza e può quindi giudicare il lavoro senza dover superare un eccesso di barriere retoriche ed argomentative.

C'è però anche dell'altro. Perché se è vero che antologizzare implica non poca presunzione in chi compie l'opera – egli pretende di distinguere il grano dal loglio – e dunque comporta una sua incumbente presenza nella costruzione dell'argomento, è anche vero che questo è forse solo un dato apparente. Essendo ben noto, sin da risalenti insegnamenti dello storicismo e non solo, che qualsiasi interpretazione – soprattutto quando di mezzo c'è, come in questo caso, un cimento storiografico – comporta scelte decisive e performanti, nel senso che da esse dipende anche gran parte del risultato di quanto nelle fonti si rintraccia. Non è peraltro molto diverso da ciò che accade nel mondo della scienza in senso stretto, come da tempo è stato dimostrato sin dagli antesignani studi di Gaston Bachelard e George Canguilhem. Le scoperte, in altre parole, sono creatura del ricercatore e se questi

talora fa mostra di meravigliarsi di quanto ha conosciuto, non è fuor di luogo nutrire qualche riserva sulla sua buona fede. Resta però il fatto che nella selezione antologica di documenti i tagli, anche per motivi di spazio, sono particolarmente *tranchantes*, se ci si può prendere questa licenza grazie allo stimolante accostamento di due lingue cugine.

D'altra parte, tutto quanto ruota intorno al mondo del diritto – e la giurisdizione ne è la manifestazione ad un tempo più incisiva ed universalizzante (il suo dire vale per tutti ed interviene nei rapporti inesorabilmente con *posture universalisante* [Bourdieu, 1986]) – si presta in modo particolare all'interpretazione: riguarda soprattutto rapporti relativamente consolidati, non fatti elementari, rapporti che nelle regole giuridiche e nel modo di dare ad esse applicazione trovano formalizzazioni [Simiand, 1903, 159] che richiedono attitudini ermeneutiche per essere intese ma che, quando intese, sono spesso e volentieri più rivelatrici dei fatti più elementari ad esse sottostanti. È insomma un po' come se il diritto avesse già compiuto una parte del lavoro storiografico, mettendo in bella forma delle stabilità, che è compito dell'interprete di cogliere nel loro pieno significato.

Questa raccolta, peraltro, ha un'ulteriore caratteristica che dovrebbe servire a renderla utile alla comprensione. Non è il frutto d'un'unica mano selettiva; chi scrive ne ha concepito l'idea ma ne ha discusso ed articolato l'impianto con i colleghi che si sono resi disponibili a darvi attuazione. Cosicché, già nella sua architettura è il frutto d'un confronto articolato, che necessariamente l'ha resa più problematica e dunque più *criticabile*. Non solo. Ma ogni curatore delle sezioni di cui essa si compone ha ovviamente portato nel lavoro la propria formazione, le sue convinzioni metodologiche, soprattutto le esperienze di ricercatore sino ad oggi maturate. E dunque, pure sotto tale riguardo, può dirsi accettabile il rischio che il lavoro pecchi di sovrapposizione ai fatti da parte di chi il lavoro ha condotto. Quanto meno, sarà il frutto di tante sovrapposizioni, quelle sì inevitabili, tante quanti sono coloro che hanno concorso al lavoro.

Del resto, apparirà ben presto, già da questa introduzione alla lettura, che le risultanze, o almeno le interpretazioni delle vicende istituzionali, culturali, giuridiche o più strettamente politiche (ciascuno di questi termini richiederebbe una definizione convenzionale, ma non la si finirebbe più) che si troveranno esposte nelle pagine seguenti non sono affatto ricostruite sempre alla medesima maniera. È ben chiaro, infatti, che per quanto una tematizzazione sia stata compiuta attraverso le sezioni dell'antologia, gli intrecci sono continui e talora inattesi; problemi che s'incrociano ponendosi in una determinata profilatura, si ritrovano muovendo da un'altra, talora in significati differenti. Quel che la messa a tema ha potuto fare, non è più, appunto, che creare un'angolazione, un intreccio problematico per focalizzare ed accentuare certe vie d'attraversamento, in quanto credute appropriate ad illuminare determinati aspetti della giurisdizione. Ma è evidente che paratie non possono elevarsi come in una nave, e talora anche lì, come ben sappiamo, vanamente. Interessi, conflitti, tensioni, idee sono tetragone ai rigidi confini, che nella scienza sono talora coltivati in ambienti accademici solo in ragione di dannosi interessi corporativi. Fatti, rapporti ed idee, ricordando un'elegante espressione crociana, fanno una bella riverenza a simili vacuità e vanno per la loro strada, infischandosene d'artificiali steccati. Le tematizzazioni, com'è noto almeno da Weber in poi, servono a quel che servono: a fornire arnesi che consentano di sfozzare un materiale altrimenti ingestibile, ma non più che a questo. E l'antologia qui presentata ne è prova, tali e tante sono le intersezioni che si determinano tra i per-

corsi che si sono invero non arbitrariamente solcati. E forse proprio quest'interferire (e talora sorprendere il lettore) non è l'ultimo dei motivi che può indicarsi per indurre al contatto con i documenti qui raccolti.

È bene indicare subito alcune cose che taluno potrebbe aspettarsi di trovare e che qui invece non rinverrà. Anzitutto, questa è una raccolta che ha posto a suo oggetto la giurisdizione, intesa quale funzione giudicante. Potrà apparire arbitrario e forse in parte lo è. Anzi, sicuramente è scelta forte, perché la presenza del titolare della pubblica accusa non è un qualcosa d'esterno all'assetto della giurisdizione. Lo dimostra – e dimostra ad un tempo la relativa inanità dello “steccato” ora eretto – quanto emerge, ad esempio, dal contributo di Ileana del Bagno sull'indipendenza della magistratura. Basterebbe ricordare il qui pubblicato intervento [sezione *Indipendenza*, → 1], già all'indomani dell'Unità d'Italia, di Siotto-Pintor, giudice di cassazione e senatore, secondo cui doveva considerarsi «assurdo un Ministero pubblico agente del Governo dei tribunali. È il potere esecutivo il quale, schernendo lo Statuto, mette guarnigione nelle sedi della Giustizia». Espressioni forti – ma tutt'altro che isolate, ed anzi esito d'una duratura scuola di pensiero [Lozzi, 1900, 167-77] – dalle quali non è difficile comprendere come la collocazione che si dà al titolare dell'azione penale possa costituire e costituisca tutt'oggi un affare niente affatto di maniera per l'andamento della giurisdizione.

Ciò detto, e salvi accenni (ad esempio, nel contributo di Marianna Pignata dedicato rapporto con l'opinione pubblica) s'è preferito lasciar fuori dell'antologia una considerazione *ex professo* del grumo di problemi associati a quella figura. Si tratta di questioni che richiederebbero un'altra antologia – peraltro ben possibile – ed un'articolazione autonoma, del tutto improponibile in questa già ponderosa raccolta.

È stata compiuta anche un'altra scelta di metodo. Questa antologia s'occupa di giurisdizione, dunque dell'organizzazione istituzionale deputata al *dicere ius*. Ed il *dicere ius* ha una sua forma propria d'espressione: i provvedimenti giurisdizionali, principe dei quali la sentenza. Occupandosi di giurisdizione, dunque, ci sarebbe d'aspettarsi che principale documento compulsato sia la giurisprudenza, il frutto prodotto dalla giurisdizione nella sua quotidiana opera d'attuazione del diritto e di conservazione delle condizioni di convivenza sociale. Tale non è stata l'opzione compiuta nel formare la raccolta di documenti. Ovviamente, anche in questo caso, e per le ragioni che sarebbe stucchevole ancora una volta riprendere, la scelta non ha il rigore d'un provvedimento di confino per quel materiale. In più d'un contributo, pronunce giurisprudenziali affiorano, come ad esempio nella sezione curata da chi scrive, quando s'è trattato di dar conto dell'affermarsi di più recenti atteggiamenti culturali della magistratura orientati verso l'efficienza; o nel contributo di Luongo sulla Corte costituzionale, dove per documentarne la creatività, e la panoplia di strumenti d'intervento di cui è andata ben presto automunendosi, la giurisprudenza è ampiamente utilizzata: ma per la Corte costituzionale il discorso è molto particolare, essendo da dubitare la sua stessa natura di giurisdizione in senso classico; o – e ci si sta avvicinando quasi inavvertitamente alla ricchezza delle esperienze qui messe a sua disposizione – quando di casi giudiziari si parla nel contributo di Francesco Serpico per testimoniare le divaricate visioni tra il mondo giudiziario e quello letterario; o ancora, nel già ricordato contributo della Del Bagno, quando una sentenza viene riprodotta ed analizzata per sotto-

lineare l'atteggiamento corrivo al potere della Corte di cassazione nella seconda metà dell'Ottocento. E così via. Ma si tratta di ben altra cosa che ingaggiare da protagonista la giurisprudenza per costruire il discorso sulla giurisdizione.

Si diceva che è stata una scelta, una scelta dovuta in primo luogo ad una questione di carattere tecnico. Non sarebbe stato difficile accumulare un materiale giurisprudenziale, anche eloquente per dimostrare abiti mentali, inclinazioni, obiettivi e strategie della magistratura all'opera. Non sono mancate di queste raccolte, anche in Italia, sulla scia di quelle pubblicate in Francia, selezionando gli arresti della *Cour de cassation* e del *Conseil d'état*. Se indubbiamente sono lavori di utile diffusione documentaria, c'è da dire che la giurisprudenza – per essere valida e feconda testimonianza delle sue ragioni e dei suoi tempi – richiede un'opera ermeneutica di notevole sofisticazione analitica ed una collocazione molto attenta sul sempre cangiante sfondo culturale, economico, politico ed istituzionale da cui, occasione per occasione, scaturisce. Altrimenti, rischia d'essere materiale poco espressivo o banalmente compreso, non potendosi presumere né pretendere da ciascun lettore una capacità di contestualizzazione che manca, senza gli opportuni e non lievi approfondimenti, anche al selezionatore. La giurisprudenza è strutturalmente criptica, dissimulante, formale; essa quasi sempre imputa al piano tecnico ciò che decide con ponderazioni, non sempre consapevoli ma ben più articolate: dunque va decostruita, opera lunga e, almeno è sembrato, non efficacemente proponibile in un'antologia.

Poi c'è dell'altro. Lo scopo qui perseguito è stato d'offrire talune testimonianze soprattutto su come la magistratura è andata evolvendo nella propria autorappresentazione e nell'immagine che il mondo esterno s'è formato su di essa, in modo da offrire uno spaccato nei suoi rapporti con la società italiana. Un tema ovviamente non inesplorato [per esempi di riflessione generale, Morisi, 1999; Guarnieri, 2003; Meniconi, 2012], ma che in questa occasione s'è voluto accostare con il metodo della testimonianza diretta, dando voce immediatamente alle parti interessate e semplicemente introducendo il materiale perché si rendesse più facilmente assimilabile. Evidente che un intento di tal sorta non avrebbe potuto efficacemente compiersi dando prevalente voce alla documentazione giurisprudenziale, fatta proprio per velare l'opinione del giudice e tenerlo fuori dalle tensioni della società che è tenuto a giudicare in posizione di apparente neutralità.

Ancora, questa antologia è essenzialmente calibrata sul caso dello Stato italiano. Un florilegio che avesse voluto prendere a tema, chissà l'ambito europeo, foss'anche solo continentale, avrebbe dovuto o accettare la genericità più insignificante ovvero distendersi su numerosi volumi. Quel che s'è creduto di fare, invece, è stato di preferire un approccio più analitico e per forza di cose spazialmente e temporalmente limitato. Un approccio che, attraverso il ravvicinato esame di puntuali esperienze, ambisse a ricostruire una geometria degli intrecci di cui queste sono state fenomenologie particolari ma rappresentative.

Un'operazione siffatta, di sé già ardita, non avrebbe potuto compiersi su scala troppo ampia. Nuovamente, però, i contributi proposti non possono fare a meno di superare il proposito e d'aver presenti altri modelli istituzionali e differenti contesti teorici, perché questi sono stati tenuti presenti anche da coloro che hanno fondato e vissuto l'esperienza italiana ad essi ispirandosi, per condividerli o per contrastarli ma comunque mettendoli in conto e rimanendone influenzati, loro e le istituzioni che da quei confronti sono nate e si sono sviluppate. In questo senso, il contributo che più considera l'esperienza straniera è

quello di Daniela Bifulco, e comprensibilmente, perché impegnato su tematica – il rapporto tra i pubblici poteri – a contenuto altamente teorico, ed ideologico, e dunque con una circolazione che ignora bellamente angusti confini politici.

Infine, è forse utile richiamare l'attenzione sul criterio prevalente seguito nel presentare il materiale al lettore: criterio che è allo stesso tempo storico e tematico. A chi ha condiviso questa operazione è parso che il problema della giurisdizione, in modo peculiare rivendicasse un impegno storiografico sia nell'introdurre la documentazione sia nell'ordinarla all'interno delle singole sezioni. In quel che può definirsi il campo del diritto, tutto ovviamente è storicamente connotato, come del resto accade per ogni attività umana, essendo profondamente storico l'essere che agisce. E però, se è consentito formulare di simili graduazioni, sembra lecito osservare come sia proprio la giurisdizione a risentire più marcatamente del condizionamento storico o, a dirla diversamente, dell'ambiente da cui è circondata e dalle evoluzioni che vi si registrano.

Parafrasando, ma solo in parte, un'efficace osservazione che apre un libro antesignano [Battaglia, 1962, 3] ricordato anche nel contributo di Massimo Tita alla sezione storiografica, mi pare esatto dire che per comprendere attraverso il diritto cosa veramente accada in una società «poco giova l'esame delle sue leggi, e molto di più quello delle sue sentenze». E non c'è solo una ragione perché quest'osservazione abbia serio fondamento. Le sentenze dei giudici sono, tra le componenti dell'esperienza giuridica, quelle a più diretto contatto con le conflittualità che si manifestano nelle comunità politicamente organizzate, in costante svolgimento al loro interno. Le leggi, certo, dettano regole e per dettarle devono intendere i processi che aspirano alla disciplina o che comunque sono da disciplinare. Per definizione esse sono però generali ed astratte, non *realizzano* alcunché. Perché le situazioni conflittuali che sono chiamate ad integrare trovino effettiva sistemazione sulla base dei criteri delineati dalle norme, è necessario un ulteriore segmento, letteralmente decisivo e tutt'altro che neutro: l'intervento del giudice. Per non dir poi della scienza giuridica: la quale, quando è meritevole di questa definizione, mira all'ordine chiarificante dei rapporti e per ciò stesso li oggettiva, allontanandosene nell'aspirazione di poter meglio analizzare. Ma è un processo che conduce all'astrazione e dunque, in certa misura, all'idealizzazione che per sue intrinseche tendenze non è buona compagna dell'aderenza storica, o almeno aderisce in una maniera assai più mediata ai fatti pulsanti.

Quel segmento che s'è ora detto decisivo, decisivo lo è in senso specifico: perché decidendo, e dunque tagliando, separando la ragione dal torto (come vedremo non è l'unica separazione che produce), interviene nel fuoco dei contrasti, si colloca nel bel mezzo dei rapporti e conformandoli ne è, dialetticamente, conformata. Per quanto vi sia un cospicuo tasso d'autoreferenzialità nella giurisdizione italiana – in parte inevitabile, in parte frutto di particolari condizioni storiche come si dirà – è chiaro che il giudice, anche ove lo volesse, non potrebbe in alcun modo sottrarsi alla pressione del contesto. Il legislatore, se non se la sente, può non prender posizione, lasciare che le cose vadano, talora con danno, certo, ma può astenersi. Lo scienziato del diritto, soprattutto se non avverte seriamente la responsabilità etica dei propri compiti, volge il guardo altrove, sceglie temi raffinati e li svolge secondo il *suo* criterio. Non produce effetti – almeno nell'immediato – la sua opera.

Per il giudice la cosa è ben diversa, *in primis* perché non sceglie l'oggetto delle sue pronunce. Certo, ci sono dei tecnicismi che possono consentirgli d'eludere la tensione (ri-

schiano di procurare, egli sì, gran danno): ad esempio, un difetto di rilevanza della questione, può tornar utile a togliere d'impaccio la Corte costituzionale; uno di legittimazione, può (meno) aiutare il giudice civile; abilissimo, quello amministrativo, a negarsi la vista, predicando di discrezionalità ed interessi legittimi. Tutti, poi, quando vogliono, possono non vedere, semplicemente coprendo un fatto (o dequalificandolo), lo mostra anche questa antologia. Ma si tratta comunque di mezzi relativi, marginali, che non possono servire ad esentare la giurisdizione nel suo complesso dal proprio insostituibile compito di custode delle condizioni di convivenza.

Il giudice è chiamato nel conflitto quando esso giunge ad un certo grado, e di regola non può negarsi; la sua decisione produce diritto concreto, che entra nelle carni delle persone e può far bene o male, spesso fa qualcosa che è nel mezzo tra l'uno e l'altro, come sanno avvocati onesti e d'esperienza che invitano sempre i loro clienti a non eccellenti transazioni piuttosto che al miraggio della vittoria. Ma è ben evidente che se il giudice non è in grado di mettersi accettabilmente in comunicazione con i valori volta per volta da custodire, favorire, reprimere, il suo compito lo svolgerà assai male. E comunque – quel che ai fini della nostra scelta di metodo più conta – di quei valori fortemente egli sempre risentirà, sia che sarà in grado d'interpretarli secondando le richieste d'aggiornamento delle regole alle mutevoli esigenze della vita, sia che s'atterrà su posizioni d'ossequio alle consegne ricevute dalle intese raggiunte in un passato più o meno recente. E però, quale sarà la decisione finale, essa verrà assunta sotto la diretta pressione dei fatti, anche quando ai valori di cui quei fatti sono testimonianza la giurisdizione non avrà ritenuto prestar assistenza.

Ne deriva che per dar luce all'intricata vicenda della giurisdizione, la prospettiva storica appare non solo utensile proficuo, ma direi parecchio di più, angolazione privilegiata ed anzi ineludibile, perché più intimamente – a usar espressione più sostenuta, ontologicamente – connessa a ciò che va tematizzato: ne va del suo essere, direbbe il filosofo. Correlare il senso dell'azione giudiziaria strettamente al contesto in cui essa ha preso forma, è non solo una banale misura, come a prima vista potrebbe apparire; è invece anche un opportuno correttivo – soprattutto in ambiente italiano – a certe estremizzazioni e dannosissime banalizzazioni, cui l'assenza di prospettiva storica spesso induce ad inclinare, semplicemente per totale incomprensione di problemi, compiti e spazi occupati diversamente nel tempo dalla funzione giudiziaria. Non che la Storia spieghi tutto, per carità, illusioni storicistiche queste, di due secoli or sono; ma certamente ausilia non poco ad intendere e non fraintendere nodi e questioni che altrimenti finiscono con il diventare insormontabili ostacoli, e non solo alla comprensione, come sempre accade quando non si comprende ciò con cui s'ha da fare.

C'è un lemma centrale a proposito della Magistratura e della sua azione, un lemma che s'incontra continuamente: indipendenza. E che vive in simbiosi con un sintagma: separazione dei poteri. Una loro storia pragmatico-semanticamente potrebbe prestarsi anche da sola ad attraversare la vicenda della magistratura in Italia; qui, con minori ambizioni, mi pare un appropriato percorso per attraversare, senza ovviamente esaurirne contenuti, il vario materiale contenuto in questa raccolta. Come ricorda il saggio di Daniela Bifulco, l'una espressione sostiene ed illumina l'altra; senza separazione non può esserci indipendenza, perché si finirebbe necessariamente in sovrapposizioni tra legislativo, esecutivo e giudiziario, con



i variabili intrecci che le contingenze storiche determinerebbero, ma soprattutto con lo svuotamento della funzione giudiziaria, essendone la neutralità momento costitutivo. D'altronde, separazione ed indipendenza non sono valori ultimi ma, considerati ad un ulteriore livello strutturale, essi hanno il compito strumentale d'assicurare quella neutralità del giudice che è la proprietà peculiare della sua funzione. L'attività del giudice è infatti qualitativamente estranea alle vicende di conflitto in cui interviene: egli deve decidere in neutralità – da terzo – il lecito e l'illecito ed in ciò s'esaurisce e legittima la sua funzione. Peculiarissima situazione, che si coglie con evidenza se posta a confronto con quella dell'Amministrazione, pur essa tenuta all'imparzialità, ma con ben altre caratteristiche. Perché allorquando valuta gli interessi che cadono sotto la sua "giurisdizione", la Pubblica Amministrazione non sta giudicando dal di fuori, bensì sta anche pienamente partecipando di quei medesimi interessi, di cui anzi con i propri provvedimenti deve prendersi cura dandovi forma. Il giudizio, al contrario, è attività che si giustifica in sé, lì il compito di giudicare imparzialmente ha fondamento suo proprio, di natura diversa dagli interessi in lite ed anzi si qualifica per questa sua qualitativa differenza. Le parti litigano su concreti interessi e contrapposte pretese; il giudice giudica nell'interesse della risoluzione del conflitto, nulla della sua azione è condiviso con esse, se non l'ambiente artificiale del processo.

Ogni strutturazione del potere ha conseguenze funzionali, non è mai fine a se stessa, perché la morfologia delle istituzioni risponde delle loro dinamiche; soprattutto a livello di progettazione istituzionale, quando si pensa ad una certa forma, lo si fa per ottenere determinati risultati, anche se non sempre può arridere il successo a causa del noto divario tra la teoria e la pratica [Parsons, 1951, 27-29]. E qui, dietro l'endiadi separazione/indipendenza, si presentano quadri plurali. Da tempo s'è soliti associare questi concetti all'obiettivo d'assicurare al giudice il modo di dare piena attuazione ai principi di libertà e d'equità sociale affermati nella carta costituzionale. Insomma, il giudice non potrebbe assolvere ai compiti che gli sono assegnati in un regime sinceramente democratico, se fosse sottoposto ai condizionamenti degli altri poteri. E non è un pensiero solo italiano; quello dell'interpretazione conforme a costituzione è un criterio interpretativo di generalizzata diffusione, rimontante agli inizi dell'Ottocento, come già segnalava il Tocqueville ricordato da Bifulco, pensando ad una nota sentenza del supremo giudice americano John Marshall. Indipendenza e separazione tra i poteri, in sostanza, sono regolarmente associate ad una concezione evolutiva del diritto, aperta a cogliere il nuovo e quindi *anticonformista* per definizione. Lo testimonia molto bene in questa antologia [sezione *Ideologia*, → 5] l'intervento di Giuseppe Borrè, magistrato molto impegnato nella *ricostruzione* ideologica della magistratura. Da lui, come da tanti altri, l'indipendenza viene avvertita come presupposto per superare il formalismo giuridico e, dietro di esso, l'ossequio ai blocchi sociali prevalenti che in quelle forme sono riusciti ad assicurare i propri interessi. Un'indipendenza, questa, che si rivolge non solo nei confronti dell'esterno, ma che deve necessariamente anche avversare le gerarchie proprie alla magistratura, Corte di cassazione in primo luogo. E non deve pensarsi si tratti di posizioni estreme dovute a particolari appartenenze ideologiche, pur certo non assenti nella pagina di Borrè; è, al contrario, una realtà ben strutturata perché, com'è stato osservato «la volontà di costituzione si alimenta di speranza di costituzione, cioè di fiducia in regole eque e storicamente adeguate a tenere unito l'insieme», di regole dunque *plurali* ed aperte, che non si propongano d'imporre «un'interpretazione unilaterale, chiusa e quindi totalizzante» [Zagrebelsky, 2008, 273 e 275]. Difficile dubitare che rispetto a simili ap-

prodi, soltanto un apparato giudiziario garantito dalle pressioni esterne e quindi potenzialmente aperto ad una visione critica delle cose possa assicurare il successo.

Eppure, se questo è indubbiamente un importante e lungo percorso dell'endiadi indipendenza/separazione – libertà dagli altri poteri associata alla sensibilità per i valori evolutivi dell'ordinamento – non è affatto l'unica direzione verso la quale quell'assetto può militare ed ha storicamente militato. Lo mostra in questa raccolta molto bene la sezione curata da Filomena D'Alto sulla *prospettiva sociologica*. Quell'associazione, quasi mentale, tra un certo grado di libertà ermeneutica e la disposizione dell'interprete a percepire le nuove fenomenologie come meritevoli – dunque a rendersi veicolo del superamento d'interessi collaudati e talora sclerotizzati in regole che finiscono col risultare contrarie alle esigenze più generali – non sempre ha accompagnato l'invocazione dell'indipendenza. Anzi. Come spesso accade con lemmi a referente concettuale, le condizioni d'uso variano in modo significativo nel tempo – risalente insegnamento questo, dell'approccio pragmatico al linguaggio [Morris, 1938, 96-111] – prestandosi a strategie anche molto diverse. E nel portarle ad esecuzione, questi lemmi si mostrano particolarmente abili, perché capaci di veicolare meno traumaticamente trapassi anche importanti. E del resto è esperienza comune – basta osservare – che «in generale idee identiche, a seconda del momento storico, possono assumere significato divergente» [Adorno, 1958, 24-25]; mentre da tutt'altra sponda culturale è stata definita l'errore filosofico «la supposizione che una cosa, che venga trovata vera sotto certe condizioni, debba tosto venire affermata tale universalmente o senza limiti di condizioni» [Dewey, 1922, 188]

Nella testimonianza d'inizio Novecento recata dal magistrato Giovanni Pacifico [sezione *Ideologia*, → 2], ma anche dal documento immediatamente precedente di Adeodato Bonasi (e si confronti anche il → 6 della sezione *Indipendenza* curata da Ileana Del Bagno), la differente declinazione che il valore “indipendenza” in quei tempi assume è fin troppo chiara. Qui il magistrato deve «mostrar forza di animo nel mantener la propria indipendenza», non certo per assicurare all'ordinamento la sua evoluzione; al contrario, quell'indipendenza deve far da scudo proprio a chi vorrebbe che egli s'allontani dal rigoroso rispetto della legge, per sospingerlo verso posizioni più avanzate: «L'ossequio alla parola del giudice ha proprio in ciò il suo fondamento, ch'essa tra le opposte tendenze di chi troppo accelera e di chi troppo frena, non riconosce che l'impero sereno ed inviolabile della legge presente, nella sua parola e nel suo spirito, nella sua analisi e nelle sue ragioni». Ed il resto documento si fa carico di dirci senza equivoci quanto la preoccupazione del nostro giudice fosse tutta per quel *progredire novatore che è connaturale dell'uomo*, che talora tende a condizionare l'animo di chi deve decidere, inducendolo a farsi carico di nuovi interessi anche a costo di forzature della legge, in questa accezione invece unico raro ad indirizzare le decisioni. Insomma, indipendenza *versus* interpretazione evolutiva.

È del resto un tracciato di lunga durata, quello che pretende il giudice indifferente all'istanza sociale. Un fenomeno variamente riconoscibile, ma che in questa specifica torsione dell'indipendenza è particolarmente eloquente della “svolta” che si sarebbe poi avuta a partire dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso [Meniconi, cit., 310 ss.]. Svolta tutt'altro che scontata ed anzi molto tormentata, sia a livello dell'elaborazione ideologica, sia della costruzione di correlate strutture organizzative. Una prova di particolare finezza e tensione etica delle resistenze nei confronti della declinazione progressista d'indipendenza, la si trova ad esempio ancora nel → 4 della già ricordata sezione, curata da Ileana Del Ba-

gno. Si tratta del contributo d'uno dei più preparati e capaci magistrati della storia repubblicana, il napoletano Andrea Torrente, un contributo dal quale di continuo traspare la preoccupazione di garantire al magistrato indipendenza, tale però da far sì che egli possa, nei limiti dell'umanamente consentito, mantenersi indifferente a tutto quanto non abbia già avuto il suo riconoscimento nella legge. E qui l'indipendenza è coniugata ad un'altra categoria concettuale, tradizionalmente chiamata a far da argine alle interpretazioni del diritto sensibili alla storia. «L'indipendenza – auspica Torrente – costituisca il sussidio esterno della obiettiva determinazione della norma concreta, così come il metodo logico-giuridico ne rappresenti il momento interno». E non solo la purezza della logica giuridica s'accompagna all'indipendenza, rafforzandone la potenzialità d'ossequio alla legge, ma le conclusioni cui il giudice così perviene «debbono scaturire dal dibattito giudiziario, dall'*hortus conclusus* del processo, non debbono essere frutto di pressioni, di influenze estranee». È una posizione, come si vede, molto più sofisticata di quelle che s'esprimevano all'inizio del secolo, quando il discorso era meno teorico e più concretamente sprigionava valori conservatori; ma pur sempre d'un'evoluzione di quella linea di pensiero che voleva indipendenza e separazione al servizio della statica e non della dinamica dell'ordinamento. E lo sfondo psicologico del giudice si lascia leggere in modo trasparente in quell'invocazione d'un tempio che separi (e su questo si tornerà) l'*hortus conclusus* del processo funzionale a preservare l'ambiente sterile per il cauto operare del giudice.

Le stesse durature, e forse mai sopite, resistenze alla Corte costituzionale sono un segno preciso della versione conservatrice o quanto meno “moderata” della separazione tra i poteri, l'inseparabile complemento dell'indipendenza. Il saggio di Dario Luongo e gli stralci di atti parlamentari da lui riprodotti dimostrano non solo le resistenze di molti politici soprattutto d'estrazione liberale alla nuova istituzione, sospettata di politicizzare la funzione giurisdizionale e, per converso, di sottoporre la sovranità del legislatore alla giurisdizione; ma anche il dibattito dottrinale manifestò a lungo non poche perplessità, parlando criticamente di visioni organicistiche nella giurisprudenza costituzionale ed invocando più rigorose e stabili delimitazioni per il suo sindacato giurisdizionale [Zagrebelky, 1982, 155-7].

In sintesi, è del tutto evidente che le condizioni d'uso del lemma “indipendenza” e del suo complemento costituito dalla separazione tra i poteri – ancor più, dall'ambiente circostante, grazie anche all'ideale presidio dell'*hortus* processuale – sono molto differenti da quelle di cui oggi viviamo. Nella società stabile e dai valori relativamente rigidi ai quali s'ispirava la cultura tra Otto e Novecento [Grossi, 2012, 3-40], i presidi dell'indipendenza e della distinzione tra i poteri dello Stato, naturalmente si ponevano al servizio della conservazione di ruoli marcati. L'indipendenza – se lo si dimentica, ne vengono assottigliate le garanzie con non trascurabili inconvenienti cui s'accennerà – è il frutto di caratteristiche organizzative e culturali, strumentali a determinati risultati, ed assicurando al potere giudiziario una certa capacità di resistenza, consente ad esso di raggiungere scopi che con il mutare dei contesti variano necessariamente anche loro, modificando peraltro pure i meccanismi attraverso i quali la stessa indipendenza è perseguita.

Questo impervio percorso ha perciò avuto i suoi percepibili riflessi sul piano dell'organizzazione del potere giudiziario. Le pagine di Perrone Capano premesse alla sezione dedicata al Consiglio Superiore della Magistratura e di Ileana del Bagno sull'indipendenza offrono in proposito spunti eloquenti per comprendere il senso di scelte e ripensamenti ri-

petuti. Lasciando alla loro lettura il compito di seguire più da vicino quelle vicende, in questa sede introduttiva è forse utile richiamare l'attenzione su quanto sia stato difficoltoso il superamento del secondo aspetto in cui si è sempre articolato il problema dell'indipendenza: quello dell'indipendenza dalle gerarchie interne alla magistratura. Organizzazione con compiti di conformazione sociale e di propagazione di valori uniformi all'interno della comunità, la giurisdizione non può prescindere da certo qual un tasso di verticismo, in assenza di cui il compito di chiarificazione delle regole – funzionale alla fondamentale esigenza di predicibilità dei comportamenti dovuti – inesorabilmente fallirebbe. Come però la dipendenza dal potere politico favorisce il conformismo agli interessi costituiti che in quella sede si sono consolidati, così anche la stretta gerarchizzazione promuove la ripetuta ed acritica affermazione d'orientamenti che hanno già trovato riconoscimento. Il tradizionalismo dei vertici giudiziari è esperienza comune e ben nota. Vuoi per logiche d'età, vuoi per l'ascesa nella carriera che comporta il riconoscersi nei principi giurisprudenziali reputati corretti dai vertici dell'organizzazione giudiziaria, vuoi per un tradizionalismo intrinseco alla funzione dell'affermare regole provenienti dal passato, chi si trova ai massimi gradi della magistratura tende ad attestarsi su posizioni già acquisite ed a resistere alla novità. Il fenomeno in Italia è stato accentuato dalla struttura del sindacato di cassazione: limitato, almeno in teoria, alla sola legittimità, è un giudizio, quello dinanzi alla Suprema Corte, tendenzialmente sordo ai fatti (e quindi guardingo rispetto alle esigenze della vita). Tendenzialmente resistente, cioè, a quella componente del giuridico – perché nel diritto è impossibile seriamente stabilire dove finisca il fatto con la sua normatività ed inizi la norma formalmente intesa – che è apportatrice dell'istanza nuova, dell'irripetibile individualità, dello scorrere e rinnovarsi inarrestabile dell'esperienza umana.

Dunque, l'indipendenza del decisore, come appunto illustrano i contributi qui richiamati, ha sofferto lungamente nel Belpaese della necessità di chi sedeva nei gradi più bassi della giurisdizione di riprodurre nelle proprie decisioni i principi contenuti negli arresti del giudice di legittimità, simpatizzanti per l'immobilismo ancora sino alla metà degli anni Settanta. E non fu problema che si superò *d'emblée* con la Costituzione repubblicana. Perché, a parte il dato storico della sua lunga inattuazione con riguardo, per quel che qui interessa, all'istituto del Consiglio Superiore della Magistratura (sino alla legge del 1958), precise scelte vollero sì garantire il valore dell'indipendenza dagli altri poteri ma non altrettanto si fece per l'indipendenza al suo interno, con l'evidente scopo d'assicurarsi il controllo attraverso i gradi più alti dell'ordine giudiziario, più vicini, per mai smentita legge del potere, all'ambiente politico e governativo. Questo doppio canale, significativamente, viene ricordato da Perrone a proposito e si ritrova nella riforma di Palmiro Togliatti. Il guardasigilli comunista tra il 1945 ed il 1946 fece in modo da approvare una riforma che se per un verso servì a favorire l'indipendenza della magistratura dal potere politico – e dunque a restaurarne la credibilità dopo un ventennio non propriamente brillante di commistioni e debolezze [Neppi Modona, 1973] – non altrettanto fece con riferimento alle gerarchie interne e dunque all'indipendenza dei giudici inferiori dall'autorità della Corte di cassazione e dei suoi magistrati i quali, in chiara continuità con il passato [Meniconi, cit., 258-260], avevano preponderante peso anche nella decisione sulle carriere. E non a caso questo accade. Perché se l'indipendenza dall'esterno di chi deve esercitare il potere di giudicare è un valore che, almeno in linea teorica, difficilmente può esser messo da parte e che, soprattutto all'indomani della caduta del regime fascista, acquisiva una valenza simbolica di non

poco momento; il problema delle interne gerarchie ha implicazioni ben più sottili, come già s'accennava, perché interagisce con il cuore della funzione giudiziaria, afferendo alla sua capacità d'assicurare stabilità e prevedibilità delle regole.

Della complessità del problema, si ha una testimonianza molto chiara ed efficace in questa raccolta con riguardo ad un contesto temporale diverso ma ancora una volta in una fase storica in cui si rendeva necessario costruire il nuovo. Il saggio di Gian Paolo Trifone e la documentazione che lo correda nella sezione dedicata al *Giudice di legittimità*, dimostrano la complessità degli intrecci che ruotano intorno al problema delle gerarchie nella giurisdizione. Sin dai primi anni dell'Unità italiana, quando appunto s'avvertiva come primario compito *fare gli italiani* e quindi dotare il Paese d'istituzioni capaci d'agglutinare storie, esperienze, culture che s'erano formate all'insegna del particolarismo e secondo percorsi politici ed istituzionali fortemente diversificati, sin da quegli anni il tema della Corte di cassazione fu ovviamente molto ovviamente avvertito. E su di esso si confrontarono voci molteplici, soprattutto a proposito di due fondamentali questioni: quella dell'Unificazione delle cinque cassazioni esistenti in altrettante ex capitali degli Stati preunitari e quella dell'opportunità di limitarne il sindacato al solo giudizio di legittimità delle sentenze, escludendo così ogni apprezzamento dei fatti innanzi alla Corte.

Questi dibattiti erano esito di molte implicazioni relative all'organizzazione istituzionale, ai processi culturali che s'intendeva promuovere, ad interessi locali e professionali [Meccarelli, 2005, 100-124]; ma certamente questione ad essi sottesa, anche se raramente espressa, era proprio l'adesione o meno ad un modello di giurisdizione ispirato alla rigidità delle gerarchie e dunque ad un forte controllo sui magistrati inferiori, che ne limitasse l'indipendenza di giudizio. Non a caso, se s'osserva l'estrazione professionale delle voci che si levavano a difesa dell'una o altra soluzione, l'opzione per la pluralità delle Corti di cassazione e l'ostilità al sindacato di sola legittimità è in generale sostenuta da ambienti dell'Avvocatura. E non solo per interessi strettamente professionali – i fori locali avrebbero perduto di rilievo e d'affari – ma anche per schiette propensioni culturali. L'Avvocatura, rispetto alla Magistratura, è meno legata all'apparato istituzionale e non ha il peso della responsabilità del decidere; è per ruolo e formazione spinta a valorizzare il pluralismo dei fatti e la ricerca di variegate soluzioni, piuttosto che l'uniformità del diritto: insomma ha di mira il successo del particolare interesse che rappresenta, non atteggia le proprie strategie sotto il peso della responsabilità per il generale. Insomma, questione di ruoli. E dunque, è per natura contraria alla gerarchizzazione ed alla separazione del punto di diritto da quello di fatto, a cagione delle già ricordate inclinazioni autoritarie d'una tal rigida distinzione, orientata a certezze tutte giuridiche [Kaufmann, 1969, 57-60].

Il senso di controllo gerarchico del sindacato di cassazione – affidato ad un unico giudice, con soli compiti di legittimità – e lo scopo di mantenere sotto la sicura vigilanza di un'unica istituzione la formazione del diritto giurisprudenziale, lo si legge in trasparenza, ma molto bene, nel discorso ufficiale di Vincenzo Calenda di Tavani, magistrato di origini meridionali e Procuratore Generale presso la Cassazione di Torino, qui pubblicato nella sezione curata da Trifone. La Cassazione è decisamente teorizzata come un'istituzione che, per quanto formalmente organo giudiziario, chiamato cioè a risolvere liti e quindi operante su sollecitazione e nei limiti dell'interesse delle parti, è in realtà creata per «un interesse superiore a quello delle parti» e cioè la «ferma e sicura osservanza delle leggi»:

quel che un tempo si chiamava lo *jus constitutionis*, in contrapposizione allo *jus litigatoris*. Il piano della Corte di cassazione è necessariamente di vertice e d'un vertice che si caratterizza per eterogeneità di funzioni rispetto al giudice di merito, in quanto nel suo compito immanente consiste nel preservare l'autorità, la ferma autorità delle leggi rispetto alle possibili *offese dei fatti*, secondo un'espressione, ricordata anche da Trifone, di Mariano D'Amelio, presidente della Cassazione durante il fascismo. Qui il rapporto tra fatto e diritto non è visto come organico ed interattivo; la visione è piuttosto in termini di conflitto e prevalenza. Calenda, dando voce ad una diffusa concezione dalle insospettite conseguenze concrete, vede l'occasione della Cassazione come quella d'una «più ampia tutela alla causa del diritto di contro alla causa del fatto»; in sostanza il fatto deve rimanere inosservato, perché è necessario «custodire l'uniforme intelligenza della legge», il suo culto religioso ed immoto. E la legge è autorità accentrata mentre il fatto, già l'abbiamo scritto, è per sua natura plurale, rifugge proprio dall'uniformarsi ed anche quando conformista acquista sempre la specificità dei diversi contesti in cui avviene. La Cassazione, in questa visione, deve quindi «essere il vindice del *puro diritto* quasi nella forma astratta della legge *senza mistura di fatto*».

Evitare queste indebite commistioni significa evidentemente garantire ad un unico centro il pieno controllo su tutto quanto accade nel mondo della giurisdizione (e che attraverso di esso accede al giuridico), creando in tal modo diritto puro o, quanto meno, un diritto la cui purezza sia certificata per mancanza di possibili alternative alla decisione della Suprema Corte. Ne è diretta conseguenza, in tal prospettiva, la «soppressione delle Corti di cassazione regionali» perché, in un certo senso, esse stesse costituiscono un *fatto* (di disturbo) irriducibile al sistema gerarchicamente accentrato, dato che inevitabilmente si renderebbero fautrici del pluralismo, darebbero voci a fatti e visioni diversificate, fors'anche quelle aborrisse locali.

Insomma, il processo che ha condotto all'affermazione dell'indipendenza interna nella magistratura italiana è stato complesso e tormentato, pieno di ripensamenti, come dimostra anche l'andamento altalenante della legislazione organica e esposta nel saggio di Perrone; ma lo è stato non soltanto perché trattenuto dalle resistenze delle alte gerarchie giudiziarie ad abbandonare posizioni di potere e prestigio; bensì pure perché è della giurisdizione un determinato grado di gerarchia interna, ed il valore dell'indipendenza deve confrontarsi necessariamente con quello dell'organizzazione funzionale al risultato della certezza del diritto. L'indipendenza e la separazione, un po' come tutto quanto è frutto della cultura umana, non hanno nulla d'assoluto, ma devono confrontarsi e si sono confrontate con esigenze e tensioni molteplici, registrando successi e ritardi, in un percorso ancora non definito e che, per quanto ora detto, mai potrà dirsi concluso.

Un riscontro di questa vicenda, che accompagna l'intera storia giudiziaria italiana, lo si ha anche dal saggio e dai documenti scritto e raccolti da Massimo Tita nella Sezione dedicata ai *Modelli di organizzazione giudiziaria*. Qui la nota dominante è quella distribuzione tra numerosi corpi giudiziari, per l'esattezza cinque, oltre la Corte costituzionale, dell'esercizio della giurisdizione. Con il suo dire provocatorio, Massimo Severo Giannini, come ricorda Tita, ha parlato a questo proposito di primitivismo istituzionale. E storicamente esaminando la cosa, non gli si può non dar ragione. Il processo di semplificazione delle giurisdizioni ha contrassegnato la vicenda accentratrice dello Stato moderno, anche qui con luci

ed ombre, naturalmente [Chabod, 1958; Astuti, 1967, 97-102; Gorla, 1977, 53-617]. Il discorso di Giuseppe Zanardelli riportato nella sezione in esame, fornisce un'icastica testimonianza di quel che era il *labirinto di giurisdizioni speciali* (metafora non per caso più volte ricorrente tra i documenti di questa raccolta) nel panorama degli stati preunitari.

Ora, non v'è dubbio che la questione della pluralità di giurisdizioni non è solo problema d'indipendenza e separazione. Sul piano pratico dava e dà luogo ad infinite complicazioni. E provoca indubbie difficoltà nell'andamento dei processi. Ancora la caustica penna di Massimo Severo Giannini è a ricordarci alla metà degli anni Sessanta del secolo scorso [sezione *Modelli*, → **2B**] quanto artificioso fosse (ed è) il sistema di riparto tra giurisdizioni con la conseguenza che «pagine e pagine sono necessarie in un manuale per esporre ciò che attiene al giudizio civile nei confronti dell'amministrazione pubblica», e non sempre con successo dell'impresa, va pur aggiunto. Ovviamente una tale complicazione non ha mancato di tradursi in ritardi anche notevoli nelle risposte alle domande di giustizia, portando in molti casi a vere e proprie preclusioni processuali. Al punto che per porvi rimedio, Corte di cassazione e Corte costituzionale si sono inseguite – anche qui in una non esemplare concorrenza tra giurisdizioni – per attenuare gli inconvenienti del sistema, forgiando all'uopo lo strumento della *traslatio iudicii*, poi recepito dal legislatore ed a sua volta foriero d'ulteriori, sia pur meno gravi conseguenze<sup>1</sup>.

Ma, vien da chiedersi, se il sistema della pluralità delle giurisdizioni è fomite di non pochi danni per il sistema, qual è la ragione di tenerlo in vita? È una domanda che si pose già Silvio Lessona, collaborando al primo sistematico commentario alla Costituzione italiana entrata in vigore nel 1948. «È certo – così si rispose – che i costituenti italiani hanno conservato *ad personam* il Consiglio di Stato e la Corte dei conti come organi giurisdizionali» [Lessona, 1950, 205]. Indubbiamente, l'art. 103 Cost. rappresenta uno dei più ardit

---

<sup>1</sup> È forse utile dare conto della vicenda. La presenza di giurisdizioni in concorrenza tra loro, che è una non commendevole caratteristica nostrana, ha prodotto nella storia italiana una serie infinita di conflitti, come mostra la copiosissima e parassitaria giurisprudenza in tema di giurisdizione. Quasi a mo' di paradosso, anche il tentativo di risolvere i seri inconvenienti nascenti dai contrasti di giurisprudenza in tema di riparto di giurisdizione amministrativa e ordinaria è stato affrontato attraverso un contrasto di vedute, tra Corte di cassazione e Corte costituzionale. Nella pur ricca panoplia d'istituti contemplati dal farraginoso codice di procedura civile, mancava però la disciplina della *traslatio iudicii*: mancava cioè una norma che regolasse le conseguenze per il caso di declinatoria della giurisdizione da parte del giudice ordinario o amministrativo che fosse stato adito dalla parte. Ciò aveva comportato frequenti casi di preclusione della domanda nel caso in cui il giudice ordinario avesse negato la propria giurisdizione – essendosi nel frattempo consumato il termine per ricorrere innanzi al giudice amministrativo – ma aveva fatto pure sì che, per evitare questo non trascurabile inconveniente, le parti proponessero due distinti giudizi, uno innanzi all'AGO ed un altro innanzi al GA, appesantendo ulteriormente il non certo lieve carico di pendenze innanzi ai giudici dello Stato. Per superare il grave e non infrequente ostacolo alla giustizia, la Corte di cassazione con la sent. 22 febbraio 2007, n. 4109 aveva ritenuto che potesse trovare applicazione in via analogica il regime della *traslatio iudicii* previsto per il solo caso di conflitto di competenza. Ma la Corte costituzionale, intervenuta appena un mese dopo con la sent. 12 marzo 2007, n. 77, smentì la Corte di cassazione – pur monopolista istituzionale della funzione interpretativa – e sostenne che nell'ordinamento c'era una lacuna non colmabile in via analogica, con la conseguenza che dichiarò l'illegittimità costituzionale della l. n. 1034/1971 (sui TAR), per la parte in cui non contemplava l'istituto della *traslatio*. Con un certo qual comodo, due anni dopo intervenne il legislatore con l'art. 59 della l. 18 giugno 2009, n. 69 (in materia di sviluppo economico), introducendo una complicata disciplina (non collocata nel luogo proprio del codice di procedura) per regolare la *traslatio*, una disciplina peraltro che ha dato luogo a seri dubbi interpretativi proprio a proposito delle preclusioni. Infine un'altra norma è stata collocata anche nel codice del processo amministrativo.

compromessi cui si è adattata la Carta italiana, conservando Consiglio di Stato e Corte dei conti, dopo avere prima, al secondo comma della disposizione appena precedente, solennemente stabilito che non potessero «essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali» e dunque aver compiuto, a parole, una precisa scelta per l'unità della giurisdizione. Ma è noto – e risulta anche dal dibattito sull'art. 103 ora ricordato – che questa scelta avesse nella Costituente un autorevolissimo difensore, il Presidente della Commissione dei settantacinque, Meuccio Ruini, che all'epoca era anche, sia pur per poco ancora, al vertice dello stesso Consiglio di Stato.

Sempre Lessona, cogliendo la contraddizione, aveva ben visto la difficoltà di razionalizzare l'opzione per così dire conservativa di due giurisdizioni certamente speciali, anche se oggi si propende, sul piano della qualificazione formale, a definirle generali nel loro ristretto ambito di competenze. Egli aveva osservato [ivi, 206], che «quando si tende all'unità della giurisdizione ... [il problema è] d'attuazione del principio di separazione dei poteri o, se si vuole, di organica distribuzione delle funzioni». E qui siamo di nuovo al problema, che si è visto essere centrale, dell'indipendenza e della separazione. Un problema, peraltro, che non sfuggì affatto ai costituenti, come ci ricorda in questa raccolta, la relazione di Virgilio Andrioli ad un importante convegno tenutosi nel 1954. Non pochi costituenti si erano opposti al mantenimento di giurisdizioni speciali e taluni avevano osservato che erano da vedersi nella «indipendenza della magistratura, in quella del giudice e nell'unità della giurisdizione tre aspetti o modi di essere della stessa inscindibile realtà» [sezione *Modelli*, → 1E]. Del resto, anche la pur raffinata lettura del sistema creato dagli artt. 102 e 103 Cost. che compie un giurista come Giuseppe Abbamonte [ivi, → 2C], non riesce a nascondere un certo scarto di garanzie nei giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle speciali.

In realtà le implicazioni tra giurisdizioni speciali e separazione dei poteri non sono eliminabili, perché se lo fossero non vi sarebbe ragione di tanta resistenza alla loro abolizione, che certamente produce non poche difficoltà all'andamento del meccanismo giurisdizionale. A parte l'insegnamento che ci viene dall'esperienza storica che sempre ha collegato il giudice speciale al concetto di privilegio giurisdizionale, è evidente che l'esistenza stessa di un giudice specializzato in materie in cui è presente il pubblico potere (ovvero economico, ecclesiastico, o, ancora, militare, la fenomenologia è stata ed è assai varia) non possa non determinare particolari forme di sensibilità per quel reticolo d'interessi che intorno a quest'ultimo ruota. La specializzazione di competenza ingenera abiti mentali che necessariamente incidono sull'esercizio della giurisdizione. Il giudice specializzato sta lì perché sa di dovere particolare cura per l'azione degli apparati con i quali è in costante relazione, sicché non può venirne altro che vicinanza, tutto all'opposto di ciò che è la separazione dei poteri. Del resto, anche l'organizzazione della giustizia amministrativa e contabile mira a far incontrare il giudice con il potere da lui giudicato: moltiplicando le forme di collaborazione tra i due, a livello individuale dei singoli giudici e collettivo delle rispettive istituzioni, tende a creare una rete di rapporti che sviluppa relazioni e mentalità, quelle inevitabilmente proprie della giurisdizione speciale.

È per questo che, come si leggeva pocanzi, unità della giurisdizione e separazione dei poteri operano di conserva ed insieme producono l'indipendenza o, più realisticamente, creano condizioni perché l'indipendenza – e dunque, quel che poi conta, la genuinità dei giudizi – sia messa in condizioni ottimali per ingenerarsi. Ma se ancora oggi da noi l'asset-



to non è quello idealmente corrispondente al modello, ciò è dovuto al fatto che ogni valore, nella giurisdizione come altrove, deve confrontarsi con i contesti in cui sono presenti anche altri interessi e valori. C'è pure tutta un'altra storia di cui dover tenere conto: quella dell'invasione da parte del potere giudiziario nei confronti del potere politico ed amministrativo, una lunga storia, nota, cui qui non è nemmeno possibile accennare [per una trattazione ancora importante, Alatri, 1977]; ma una storia che non può dirsi affatto sopita, perché immanente alla funzione giurisdizionale, e sempre pronta a riaffacciarsi, dunque temuta [Violante, 2009, 3]. Ed è sullo sfondo d'essa che il giudice amministrativo, nonostante tutti i suoi limiti, resiste nella storia italiana, pur non mancando ripetuti tentativi, non certo privi di validi argomenti, anche recenti di soppressione.

D'altronde le riserve italiane verso l'unicità della giurisdizione vengono proprio dal fatto che separazione ed indipendenza, declinate in assoluto, si coniugano anche con autoreferenzialità. Anche qui c'è da intendersi. L'art. 101, comma 2 della nostra Costituzione, formalizzando nella massima espansione il principio della separazione dei poteri, stabilisce, com'è noto, che i giudici sono sottoposti *soltanto alla legge*. Alla legge, e non al legislatore e la cosa è molto diversa. La disposizione riveste un alto potere simbolico perché scolpisce, in modo che più deciso non si sarebbe potuto in una forma di Stato che comunque riconosce la sovranità del legislatore, che nessuno può interferire nella decisione giudiziaria. E difatti, ricaduta di questo principio è anche la difficoltà sinora insuperate e sempre incontrate di configurare valide forme di responsabilità, dalla disciplinare alla patrimoniale, per le decisioni assunte dal giudice. Perché quella norma, nell'affermare un alto principio, nasconde però una concreta e non del tutto gradevole realtà: se è vero che il giudice è sottoposto solo alla legge, è altrettanto esatto che la legge non parla se non per bocca del giudice, almeno in forma universalizzante e vincolante per tutti i consociati. In altre parole, la legge è nient'altro da ciò che la giurisdizione, nei suoi vari gradi, afferma che sia. E qui c'è *in nuce* il problema.

Perché in certa misura è inevitabile che nella funzione giurisdizionale vi sia un tasso d'autoreferenzialità. Il potere giudiziario – «così terribile tra gli uomini», come lo definisce Montesquieu nel celeberrimo capitolo VI del libro XI dello *Spirito* dedicato alla Costituzione dell'Inghilterra (qui riportato nella sezione curata da Daniela Bifulco) – è quello che dà la voce alla legge, altrimenti incapace d'operare tra i rapporti. Ma chi dà la voce, ha la parola, il massimo connettivo di cui dispone l'uomo: riveste la realtà del proprio materiale simbolico e la rende disponibile all'organizzazione umana, alla cultura. Ed è dunque chiaro che in questa operazione di traduzione (operazione mai priva di violenza) degli avvenimenti in simboli linguistici per *trasformarli* in materiale disponibile alla regolazione giuridica è un formidabile potere, un inevitabilmente grande potere, rispetto al quale, il fatto concreto come la norma astratta, sono plasmabile materiale nelle mani di chi – il giudice – all'operazione è preposto. Anche lui, spesso e volentieri, è solo – come spesso si legge nella memorialistica – dinanzi alla decisione e dunque non può che riferirsi a sé stesso (ed al proprio ambiente giurisprudenziale) o, come anche in vari documenti di questa raccolta è testimoniato, alla propria coscienza, *luogo* antico almeno quanto la riflessione sulla funzione giudicante.

Mantenere il contatto tra il giudice ed il mondo esterno non è quindi facile, anche perché, come ci ricorda tra le tante la pagina di Torrente sopra citata (ed il bel racconto di

Calvino del → 6, sezione *Letteratura*), egli si fa forza dell'*hortus conclusus* per rinsaldarsi nel proprio dominio da cui si sente protetto ed è anche, dialetticamente e spesso inavvertitamente, conformato. Ma in Italia c'è dell'altro che ha concorso ad aggravare il non evitabile tasso d'autoreferenzialità. Il saggio di Massimo Tita che apre la sezione sulla *Motivazione*, evidenzia come questa componente d'autoreferenzialità sia accresciuta anche da un particolare *stylus iudicandi* della magistratura italiana. Vuoi per l'ascendenza idealistica della nostra formazione giuridica, tetragona, in gran parte ancora oggi, ad un'impostazione pragmatica e fattuale degli studi di diritto e puntata sulla trasmissione quasi esclusiva di concetti teorici, vuoi per la forte deresponsabilizzazione che ciò comporta, favorita da un ambiente sociale ed istituzionale in cui il senso dell'impegno non è mai stato in vetta alle gerarchie valoriali, la bilancia della sentenza italiana pende dal lato del diritto assai più che dal lato del fatto. Il fatto, se ben esposto ed onestamente ricostruito contiene di norma già in sé la decisione; ma è impervio, vincolante, impone d'uscir fuori dalla propria, confortevole sfera di saperi. E dunque la valorizzazione dell'argomento giuridico, talora elegante, talaltra sofisticata, talaltra ancora – ed anzi spesso, per conseguenza – assai oscura e non ostensibile, produce *naturalmente* autoreferenzialità, chiusura in un mondo esoterico ed autoriproducendosi, che non si rivolge all'esterno, ma mira a consolidare architetture che si reggono da sole sul filo d'una logica tendenzialmente autolegittimata e quindi svincolata dalla responsabilità delle conseguenze. Antico brocardo molte volte richiamato, suonava: *fiat iustitia, pereat mundus*.

Ma v'è anche dell'altro. Nella sezione dedicata ai rapporti tra la Giurisprudenza e gli altri poteri, si ricorda che nell'organizzazione giudiziaria statunitense [Taruffo, 2001, 37] esiste ancora ampio, quale retaggio del mondo di *common law*, l'uso della giuria, anche per la materia civile, e ad essa è rimesso il compito d'accertare con puntualità fatti. Questo fa sì che il giudice tecnico non possa sottrarsi ad un serio confronto con il materiale storico su cui deve giudicare; troverà in esso un contraddittore indisponibile a lasciarsi plasmare a seconda delle intenzioni del decidente, sarà anzi il diritto a doversi calare sul fatto, che potrà così imporre le sue ragioni. Le ragioni del fatto, proprio loro, che abbiamo visto essere contro le ragioni del diritto. È un discorso che più volte s'incrocia, perché evidentemente centrale nei differenti modi d'atteggiarsi della fenomenologia giuridica.

A costringere i nostri giudici ad un'autoreferenzialità in accezione forte, concorrono molti altri aspetti, anche istituzionali – oltre che culturali – dei quali tutti non può certo darsi qui compiuto conto. Sicuramente un ruolo non di poco momento hanno le modalità di selezione e carriera. La nostra è una magistratura a struttura burocratica, vale a dire una magistratura selezionata per concorsi fondati sulla competenza tecnica, i cui componenti avanzano nella carriera, o dovrebbero avanzarvi, per ragioni di adeguata attrezzatura tecnica (valutata però secondo i criteri di adeguatezza teorica propri d'una burocrazia). La scala di valutazione, dunque, è molto spostata sulla competenza giuridica (anche se contano pure capacità organizzative, queste però estranee ai contenuti decisionali); si privilegia la competenza giuridica, secondo indici di valutazione prodotti dagli stessi soggetti che agiscono all'interno della Magistratura. Non è questo l'unico modo possibile, ovviamente, di selezionare giudici; ed anzi non è il modo prevalente. L'intera area angloamericana si regola ad esempio secondo regole diverse: i giudici, quelli dei più alti gradi, come quelli dei più bassi, sono scelti, mediante elezione o nomina, tra soggetti che abbiano dato prova

di capacità nell'attività professionale o che si siano distinti nella vita sociale o, ancora, tra esperti dei settori interessati dai giudizi. Il corpo dei magistrati, accanto a giudici professionali o in alternativa ad essi, è pienamente partecipato da uomini che non appartengono ad una carriera, che non formano ceto né tanto meno corporazione, ma che sono formati sull'esperienza operando, sono aperti al mondo esterno dal quale provengono ed al quale spesso ritornano, insomma sono costituzionalmente interattivi e non sospinti all'autoreferenzialità [Guarnieri, 2003, 62-86]. Questi giudici sono portati alla valorizzazione dei fatti, così come il diritto che essi applicano ha prodotto i suoi principi in costante comunicazione con la fattualità e non prevalentemente calando l'astrazione teorica sul vivo (ma mortificato) materiale umano da giudicare.

Si tratta evidentemente di modelli organizzativi differenti, frutti di percorsi culturali e politici anche assai distanti tra loro e dunque nient'affatto sovrapponibili o sostituibili *tout court*. L'importante è però intendere il senso degli assetti, per evitare d'assolutizzare principi e valori astratti e lontani, dimenticando beni concreti e realtà molto vicine. Assolutizzare nuoce, sempre. Un altro degli aspetti in cui si manifesta la forte accezione di separazione ed indipendenza è la spinta verso istanze corporative. Chi tende a credere assoluto il valore della propria indipendenza è indotto anche a considerare intangibile ogni dato della propria condizione attuale. Qualsiasi intervento dall'esterno può mettere a rischio l'indipendenza – ed è vero, a patto di ritenere che indipendenza sia solo quella dell'attualità e soprattutto che sia valore insuscettibile di confronti.

È una realtà da tempo variamente osservata. In un volume in cui raccolse documenti della propria esperienza quale componente del Consiglio Superiore della Magistratura nella prima metà degli anni Settanta del secolo scorso, Giuseppe Ferrari, giuspubblicista e poi membro della Corte costituzionale (il cui mandato interruppe in modo traumatico), aveva già avuto modo di annotare: «assolutizzando e dilatando il principio dell'indipendenza dei giudici, si perviene all'intoccabilità dei magistrati. Questi, quando amministrano la giustizia, è in nome dell'indipendenza che non possono essere perseguiti, per abnormi che siano i loro provvedimenti e sgangherate le relative motivazioni; è in nome dell'indipendenza che hanno il diritto di essere promossi automaticamente; è in nome dell'indipendenza che hanno il diritto di non essere trasferiti, anche in caso di promozione, neppure da una sezione ad un'altra; è in nome dell'indipendenza che chiedono uno stipendio superiore a quello degli altri pubblici dipendenti» [Ferrari, 1984, 9-10].

Sono giudizi che forse possono suonare eccessivamente semplificativi, ma sono anche testimonianze non isolate di chi ha vissuto esperienze dirette ed ha potuto vedere più di quanto l'ufficialità non consenta. Di sicuro, non mancano riscontri di quanto l'indipendenza possa coprire chiusure corporative della giurisdizione nei confronti dell'ambiente ad essa esterno – una chiusura in parte inevitabile, lo si è detto, per chi opera nel mondo del processo.

Un organo d'autogoverno che, riferendosi ad un ristretto ambiente e da questo essenzialmente mutuando la propria costituzione, ha spesso offerto dimostrazioni di quanto l'indiscusso valore dell'indipendenza possa declinarsi come tutela corporativa d'interessi ed esente da confronti. Numerose sono le testimonianze degli intrecci tra correnti dell'A.N.M., che determinano senza errori la composizione del Consiglio Superiore e non possono poi non tradursi in conseguenti modalità operative, allorché quell'organismo si pone all'azione. Tra i molti, si può ad esempio ricordare un recente memoriale d'un magistrato a

lungo impegnato nella vita associativa, oggi a riposo. Così egli descrive la proposta d'un collega attivo ed influente (del quale però sottace il nome), precedente ad un'elezione del Consiglio: «i serbatoi di voti maggiori li abbiamo a Milano, Roma e Napoli. [...] Il pacchetto di voti delle tre città lo mettiamo a disposizione di chi voterà i candidati scelti dall'accordo tra le tre città che ti ho detto. In questo modo noi ci garantiamo quelli scelti da Milano, Roma e Napoli e garantiamo gli altri candidati delle sezioni della corrente che garantiscono di votare per i nostri. Più democratici di così non si può». In realtà, attraverso queste comprensibili intese elettorali all'interno di un'organizzazione elitaria e potente quale la giurisdizione, non può non svilupparsi uno spirito di controllo capillare e corporativo dell'intero ambiente giudiziario. Una solida organizzazione del potere di controllo interno sui giudici e sulle loro carriere impone agli appartenenti una spiccata identificazione negli organismi associativi (che hanno finito col sostituirsi alle gerarchie d'un tempo) ed una decisa rispondenza agli orientamenti voluti dai propri *leaders*. E non a torto. Perché evidentemente, un Consiglio per la cui elezione si realizzano intese ed equilibri così stretti, non potrebbe poi, operando, che rispecchiarli. Sempre quel giudice ora citato, aggiunge pagine oltre una descrizione efficace di quel che lì può accadere: «era diventata prassi [negli anni Ottanta] che le proposte della Commissione sugli incarichi direttivi non riguardavano più una singola pratica (ad esempio la nomina del presidente di un singolo tribunale oppure di un singolo posto vacante) ma un pacchetto di 5/6 provvedimenti. Come è facile comprendere un sistema del genere favoriva la lottizzazione dei posti messi a concorso tra le correnti. Tu voti per il mio io voto per il tuo» [Almerighi, 2014, 94 e 166]. Deviazioni di questo genere – che valorizzano i valori dell'appartenenza alla corporazione ed alle sue interne ramificazioni, piuttosto che il valore del singolo magistrato e dunque l'esercizio della funzione verso l'esterno – sono proprie degli ambienti che tendono a chiudersi in loro stessi, dettando al proprio interno regole generalmente non ostensibili e che possono praticarsi proprio perché non si risponde ad altri, in quanto indipendenti da ogn'altro potere. Regole che la stessa corporazione non ammette altri utilizzi.

Una chiusura verso l'esterno che esalta, seguendo la prosa di Roland Barthes, “il gusto corporato”: si tratta di una volontà comune, di una visione del mondo, di un gusto appunto che «si conferma, enfatizza, riconosce, legalizza, rafforza, associando coloro che lo vogliono praticare» [ ]. Se con la forza di un'autorità indipendente anche dai controlli, e capace di autolegittimarsi, si “codifica un intrigo”, nelle concrete dinamiche istituzionali i componenti del Consiglio Superiore e dell'ANM, i nuovi pari, – di cui si parla in apertura del saggio di Massimo Tita dedicato all'associazionismo in magistratura – oltre a determinare la crisi dei loro organi rappresentativi, spostano su un piano diverso il discorso delle garanzie. E infatti, come sostiene Giovanni Tarello sin dal 1984, «mentre in passato il garantismo faceva affidamento sul giudice per contrastare un potere sempre più forte, da qualche tempo si invocano garanzie contro i giudici, dal potere legislativo come da quello esecutivo» [ ]. E anche da molti settori dell'opinione pubblica: le vicende di questi ultimi anni hanno dimostrato, come scrive Giovanni Fiandaca, che la soluzione legislativa non è sufficiente a garantire indipendenza e nuova legittimazione alla magistratura: «in una fase di confusione, di pluralismo esasperato e di decadimento politico-culturale ... ci vorrebbe assai di più di una nuova legge sul CSM». Meglio sarebbe, invece, «un rinnovato dibattito pubblico allargato sul modello di magistrato ... sui gravi limiti del concorso pubblico, sui deficit della formazione culturale e delle attività formative» [ ].