

Angelo Antonio Cervati

BREVI ANNOTAZIONI IN TEMA DI INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA IN UNA PROSPETTIVA DI COMPARAZIONE GIURIDICA*

Sommario: 1. Diritto comparato, magistrati, magistratura e potere politico. – 2. Ludovico Mortara e lo studio comparativo delle garanzie d'indipendenza della magistratura. – 3. Esigenze di rafforzare le garanzie giuridiche in una società pluralista: il pensiero di Ernst Friesenhahn e quello di Alessandro Giuliani. – 4. L'educazione giuridica e le conoscenze del giurista.

1. DIRITTO COMPARATO, MAGISTRATI, MAGISTRATURA E POTERE POLITICO

La garanzia dell'indipendenza della magistratura e quella dei magistrati corrispondono ad orientamenti costituzionali di forte contenuto etico e politico, cui si riconnettono, in alcune carte costituzionali, disposizioni testuali che prevedono congegni di vario tipo e intensità. In Italia, l'art. 101, secondo comma, Cost. dispone che "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" e l'art. 107 4° comma Cost. aggiunge che "il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dall'ordinamento giudiziario"; inoltre, mentre l'art. 104 Cost. recita "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere", l'art. 108, secondo comma, Cost. affida al legislatore ordinario il compito di assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e

* Il presente scritto è destinato alle *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Luis Autin, offertes par la Faculté de droit de Montpellier*, in corso di pubblicazione.

del pubblico ministero presso di esse. Alla previsione di garanzie di indipendenza della magistratura e dei magistrati ordinari e speciali corrispondono aspettative di giustizia da parte dei cittadini e delle minoranze prima che esigenze di inserimento della giurisdizione tra i poteri dello Stato.

Se si vuole avere un quadro dei rischi che corrono il singolo magistrato e le magistrature, ordinaria e speciali, occorre muovere da una visione della storia istituzionale dei singoli Paesi e da un'analisi dei compiti del potere giudiziario e del funzionamento dei congegni predisposti per garantire l'indipendenza dei magistrati e della magistratura nel loro insieme. Nel tormentato dibattito, nell'Assemblea costituente italiana, sul tema della giurisdizione, fa capolino ogni tanto l'idea di un'organizzazione unitaria della giurisdizione (il che spiega la dizione, altrimenti poco chiara, dell'art. 102, 1° comma, Cost., secondo cui la "funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari"), anche se finì poi per prevalere la soluzione di una parziale conservazione del modello tradizionale, di lontana ispirazione francese, di una giurisdizione ordinaria affiancata da una giurisdizione amministrativa, da una giurisdizione contabile e da una giurisdizione militare.

Nel corso di queste brevi annotazioni farò riferimento soprattutto ad alcune opinioni della dottrina italiana e tedesca che mi sono parse particolarmente significative per evidenziare i problemi dell'indipendenza dei magistrati e delle magistrature e che offrono spunti per osservazioni introduttive al tema dell'indipendenza della magistratura nel diritto comparato. Vorrei anche ricordare l'importanza che assumono oggi in questa materia l'opinione pubblica, come sostegno della funzione che i magistrati svolgono nel contesto sociale e il modo stesso in cui i magistrati avvertono il loro rapporto con la comunità e con la cultura del proprio tempo¹. Si tratta di problemi che meriterebbero più attenta considerazione e che sono difficilmente risolvibili con risposte nette e perentorie, e per i quali si impone una costante memoria della storia politica e sociale dei diversi Paesi, oltre che un'attenzione alla prassi e all'attualità. L'utilità di uno studio comparativo attento alla dimensione valutativa dei diversi modelli di garanzia dell'indipendenza

¹ Cfr. E. FRIESENHAHN, *Der Richter in unserer Zeit*, in *Deutsche Richterzeitung* 1969, 169, dove l'Autore, in uno studio dedicato in gran parte all'indipendenza dei giudici, si interroga su come i tedeschi vedano i loro giudici e su come i giudici vedano il proprio ruolo.

dei magistrati, che metta in evidenza le differenze e le analogie tra i diversi tipi di garanzie, può giovare a sviluppare ulteriormente il dibattito tra giuristi di diversi Paesi. L'esame e il confronto con le esperienze costituzionali di altri Paesi può contribuire ad approfondire la conoscenza delle ragioni che hanno portato al prevalere di aspetti organizzativi e di garanzia dell'indipendenza diversi tra loro, mettendo in evidenza punti di convergenza con riferimento alle esigenze costituzionali e a esaminare vantaggi e insufficienze dei diversi modelli nazionali di garanzia dell'indipendenza della magistratura.

Gli interrogativi di fondo relativi all'indipendenza della magistratura corrispondono a problemi concreti ed è facile constatare che in ogni parte del mondo le intimidazioni più gravi nei confronti dei magistrati provengono dai governi e talora anche dai legislatori, senza tacere che alcune minacce possono venire dal seno stesso degli organi di autogoverno, soprattutto quando la struttura di questi organi non sia in grado di far fronte ai rischi di un irrigidimento degli schieramenti partitici, alla preponderanza delle "correnti" o di eventuali gruppi di pressione interni alla stessa magistratura². D'altra parte, se ci si sofferma soltanto sui momenti di maggiore tensione tra magistrati e istituzioni politiche, su singoli episodi di corruzione e di abuso di ufficio, su casi di inefficienza degli uffici giudiziari e persino su quelli di un'eccessiva presenza di singoli magistrati nei mezzi di comunicazione, si corre il rischio di perdere di vista le esigenze di fondo che riguardano le funzioni giudiziarie nel contesto delle attuali istituzioni. L'obiettivo fondamentale che si deve tenere presente resta quello di fare assegnamento su magistrati all'altezza dei loro compiti, che non ispirino la loro azione né alla ricerca di consenso politico, né di vantaggi di carriera, ma che siano in grado di garantire l'effettiva cura della giustizia, al riparo da interferenze di altri poteri costituiti, così come di singoli o di gruppi di interesse³.

² Cfr. A. BEVERE (a cura di), *I magistrati e le correnti. Alla ricerca dell'indipendenza da se stessi*, con prefazione di G. VASSALLI e postfazione di T. PADOVANI, Napoli 2008.

³ È perciò sempre consigliabile muovere dalla lettura di opere generali su questi temi; mi limito a rinviare, oltre al già citato saggio di E. FRIESENHAHN, *Der Richter in unserer Zeit*, in *Deutsche Richterzeitung* 1969, 169 ss.; A.C. JEMOLO, *L'indipendenza della magistratura*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1947, 117 ss.; F. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. I., Napoli 1965, 648 ss.; ID., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze 1935 (ristampa Milano 1999), 38, 54, 59; ID., *Costituzione e leggi di Antigone*, Milano 2004, 97 ss.; G. CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*, in *Opere*, vol. III, Milano 1959, 215 ss.; V. ANDRIOLI, *Il difficile mestiere del magistrato*, in *Riv. trim. dir. e* (segue)

Quello che vorremmo sottolineare è che una riflessione in questa materia deve muovere dai fatti e non esclusivamente dalle definizioni concettuali, perché la dogmatica astratta, anche se fa riferimento *in nuce* a profili teorici di grande interesse, non è in grado da sola di fornire criteri operativi adeguati a risolvere le contraddizioni esistenti in tema di indipendenza della magistratura, neppure nel quadro di un solo Paese. Persino una troppo netta distinzione concettuale tra indipendenza e imparzialità dei magistrati può divenire pericolosa qualora venga utilizzata per distinguere i mezzi idonei ad assicurare separatamente l'una dall'altra, trascurando l'unitarietà dei fenomeni e l'esigenza di un adeguato approfondimento delle eventuali insufficienze dei singoli rimedi previsti per rafforzare le garanzie della magistratura e dei magistrati.

La dottrina costituzionale dello Stato liberale, muovendo dai principi della sovranità popolare e della separazione dei poteri, ha elaborato varie costruzioni sistematiche dello Stato di diritto e del principio di legalità nelle loro diverse realizzazioni storiche, che, pur avendo talora il pregio di una apparente chiarezza e pur avendo il merito di stimolare la riflessione su alcune esigenze costituzionali, dimostrano spesso, alla prova dei fatti, tutte le loro insufficienze. Pur apprezzando sommamente i punti di vista che le diverse costruzioni dogmatiche suggeriscono all'interprete del diritto costituzionale vivente, si impone oggi più che mai l'attenzione dei giuristi ai rischi effettivi che corre la funzione della giustizia, in presenza di contesti sociali agitati da forti contraddizioni e da rapidi mutamenti dell'opinione pubblica.

Lo studio comparativo del tema dell'indipendenza della magistratura giova a ridimensionare problemi eccessivamente locali e a restituire al tema quel carattere generale, ma non astratto, che ne fa uno dei capitoli più importanti del diritto costituzionale di ogni Paese e che proprio perciò merita di essere sviluppato secondo coordinate non formali: occorre insistere sull'esame degli interrogativi sostanziali, che non riguardano solo l'organizzazione del

proc. civ., 1967, 1059 ss.; S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano 1994, 25 ss.; A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in M. BASCIU (a cura di), *Legislazione, profili giuridici e politici. Atti del XVII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Napoli-Vico Equense 29-31 maggio 1989*, Milano 1992, 14 ss.; ID., *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, 7 ss.; A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987 (ristampa aggiornata 1995); N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007.

corpo giudiziario o l'elaborazione di testi precettivi sovranazionali, ma tutto l'insieme dei problemi dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali⁴. Il Consiglio Superiore della Magistratura è un'istituzione ignota in molti Paesi, nei quali pure sono previste solide garanzie di indipendenza del poter giudiziario; si pensi alla Germania dove l'intero sistema delle garanzie dell'indipendenza ruota intorno al rafforzamento dell'inamovibilità dei giudici, senza trascurare i meccanismi più specifici che regolano, nei singoli *Länder*, i sistemi della loro nomina e selezione, molto importanti al fine di garantirne l'indipendenza. Negli ordinamenti italiano e francese sarebbe difficile immaginare attualmente che si possa fare a meno di un Consiglio Superiore della Magistratura, anche se le competenze di tale organo variano notevolmente nei due Paesi, così come sono diverse le procedure e l'intera disciplina delle nomine e dei trasferimenti dei magistrati e dell'organizzazione dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

I magistrati, prima che membri della magistratura come "potere dello Stato", come "ordine" o come "corpo" giudiziario, sono degli intellettuali (professionisti che lavorano con l'intelletto), scelti e preposti al loro ufficio sulla base delle loro qualità professionali e personali, della loro cultura giuridica e dell'attitudine a esercitare funzioni giudiziarie, che essi svolgono in nome del popolo⁵. Occor-

⁴ Cfr T.S. RENOUX, *Les conseils supérieurs de la magistrature en Europe*, Paris 1999, 273 ss., e le considerazioni sulla scrittura di una *Charte européenne sur le statut des juges*.

⁵ Si può ricordare che la costituzione italiana configura la magistratura come un "potere dello Stato" distinto dai poteri politici e come un ordine autonomo e indipendente composto da giudici e pubblici ministeri, affidando al Consiglio Superiore della Magistratura, un organo che almeno in parte è espressione della stessa magistratura, i provvedimenti relativi alle carriere dei magistrati e alla sanzioni disciplinari. L'enunciazione dell'art. 104, 1 comma, Cost.: "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" è interpretata nel senso, conforme alla tradizione storica del Paese, che solo la magistratura ordinaria, esercitata da magistrati ordinari, costituisca un "ordine autonomo e indipendente" [Cfr. N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2006, 5 ss.]. Ogni provvedimento relativo alle nomine e alla progressione nei ruoli o nelle carriere è di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, "secondo le norme dell'ordinamento giudiziario" (art. 105 Cost.). Per un'analisi delle trasformazioni delle concezioni dei poteri dello Stato, dell'autonomia delle funzioni del potere giurisdizionale e della tendenza della magistratura a collocarsi all'esterno dell'apparato dello Stato-soggetto, per divenire organo dello Stato comunità, si veda M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, Milano 1977, spec. 109 ss. La locuzione "ordine", riferita alla magistratura, è un'espressione aperta, che fa appello ad una concezione non corporativa né autoritaria dell'insieme dei magistrati ordinari e nella prassi tende ad assumere significati diversi da quella di "corpo" o di "potere" dello Stato. Il termine "ordine" apre prospettive che hanno radici nel pensiero dei costituzionalisti italiani e francesi di ispirazione liberale e costituisce il punto di partenza per una visione dell'indipendenza della magistratura più orientata verso il superamento di una concezione burocratica della magistratura. Si veda anche L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli 1973.

re riflettere sui rischi di un'eccessiva politicizzazione della magistratura, in parte superabili attraverso la garanzia della massima pubblicità delle procedure di nomina e di trasferimento dei magistrati, all'interno del Consiglio superiore e attraverso un sistema di ricorsi giurisdizionali, intesi a sindacare il legittimo esercizio delle competenze dell'organo di autogoverno compresi i provvedimenti di carattere disciplinare. L'espressione "spirito di corpo" di per sé piuttosto vaga, fa riferimento ad un rischio probabilmente insito nell'istituzione di organi di autogoverno della magistratura, il cui significato muta notevolmente nel corso del tempo e può essere controbilanciato dalla scelta di membri del CSM che godano di sicuro prestigio nel contesto sociale e tra i professionisti del diritto.

Per quel che riguarda l'inserimento del Consiglio Superiore della Magistratura nel quadro dei poteri dello Stato, la dottrina dominante in Italia, seguendo le massime della giurisprudenza costituzionale, preferisce parlare di "organo di rilievo costituzionale", piuttosto che di "organo costituzionale", anche se è generalmente riconosciuta la legittimazione del Consiglio ad assumere posizioni conflittuali con il Governo, con il Ministro della giustizia o con il Parlamento, contrapponendosi agli altri "poteri dello Stato", in un "conflitto di attribuzioni", la cui risoluzione spetta alla Corte Costituzionale⁶. Non neppure è esclusa la possibilità che possa sorgere un conflitto tra un magistrato, legittimato a dichiarare la volontà del potere, nei confronti di altri poteri dello Stato che ostacolano l'esercizio delle sue funzioni, al pari di ogni altro organo dello Stato che eserciti in via indipendente una competenza ad esso attribuita dalla Costituzione⁷. La Costituzione italiana attribuisce al Ministro della giustizia "l'organizzazione e il funzionamento dei servizi della giustizia" (art. 110 Cost.), ma tale competenza incontra i

⁶ Sul dibattito italiano a proposito dell'inserimento del CSM tra i poteri dello Stato è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale che nella sent. 27 luglio 1992 n. 379 ha sottolineato la "rilevanza costituzionale" tanto delle competenze del CSM quanto del ministro della giustizia: Secondo la Corte al ministro va garantita "l'organizzazione e il funzionamento dei servizi della giustizia" (come recita l'art. 110 Cost.) e al CSM l'autonomia e l'indipendenza nell'esercizio delle sue competenze, individuando nel principio della "leale collaborazione" un criterio per bilanciare diverse esigenze costituzionali. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 419 del 1995; Corte cost., sent. n. 380 del 2003; Corte cost., sent. n. 435 del 1995.

⁷ Cfr. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali.*, Milano 2009, 574, il quale sottolinea che l'ordinamento italiano è connotato "non da una classica tripartizione dei poteri, ma piuttosto da un articolato bilanciamento di pesi e contrappesi". Per la giurisprudenza costituzionale relativa alla legittimazione del singolo giudice a sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, si veda Corte costituzionale, n. 231 del 1975.

limiti nell'autonomia e indipendenza del CSM nell'esercizio delle proprie attribuzioni costituzionali. L'art. 105 Cost., recita: "spettano al Consiglio Superiore della Magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati".

Le enunciazioni costituzionali sembrano lasciare ampi spazi al legislatore ordinario, ma impongono all'interprete un impegno diretto ad evidenziare le esigenze fondamentali che ispirano la ripartizione di competenze all'interno di un procedimento la cui decisione sostanziale spetta al CSM. Il Consiglio Superiore della Magistratura è un organo necessario nel contesto della società e della storia istituzionale italiana, perché esso rappresenta un'autorità in grado di garantire nella prassi quotidiana soprattutto il superamento delle tensioni tra magistratura e Governo, in presenza di un contesto lacerato da forti contrasti politici e sociali e salva la possibilità, nei casi più gravi, del ricorso alla Corte Costituzionale. Meritano di essere segnalate infine le procedure che si svolgono all'interno dei "consigli giudiziari", istituiti presso le sedi di Corte d'Appello, veri e propri organi locali di garanzia della indipendenza dei magistrati ordinari (si veda specialmente la legge 211 del 2007), le cui funzioni prevalentemente consultive si inseriscono nel quadro di un decentramento dell'esercizio dei compiti del CSM.

2. LUDOVICO MORTARA E LO STUDIO STORICO-COMPARATIVO DELLE GARANZIE DI INDIPENDENZA DELLE MAGISTRATURE

Ludovico Mortara, grande giurista dell'Italia liberale, destituito da Mussolini dalla carica di primo presidente della Corte di Cassazione (1925) – in un celebre saggio pubblicato nel 1886 intitolato "Lo Stato moderno e la giustizia" –, osserva, a proposito dell'importanza di uno studio storico comparativo della giurisdizione, che "l'esempio degli altri stati non fornisce alcuna utile guida [...] se non l'esperienza di molte imperfezioni da evitare", ma aggiunge che tale esperienza "non è certo però di poco pregio"⁸. L'importanza di una riflessione comparativa sui problemi dell'indipendenza dei magistrati e della magistratura, con riferimento a diversi si-

⁸ L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, ristampa 1992, 57 ss.; 35 ss.

stemi costituzionali, si riassume in questo richiamo all'esperienza delle "imperfezioni", che consente di riflettere sull'insieme dei problemi della giustizia in una ricerca comparativa che non si lasci guidare esclusivamente dalle logiche interne ai singoli ordini giuridici o dallo studio tecnico di istituti e segmenti di discipline. Essa offre un'occasione per approfondire la valutazione dei rischi e delle "imperfezioni da evitare" non in nome di astratte esigenze, ma dando prevalenza all'esame dei fatti che danno significato alle diverse concezioni dell'indipendenza della magistratura.

Il ricorso alla comparazione, proprio in quanto non si lascia guidare esclusivamente dalla dogmatica nazionale, permette di prendere in considerazione i rischi reali che corre l'indipendenza della magistratura in diversi Paesi. Mortara sviluppa questa prospettiva, mettendo in luce gli aspetti patologici presenti nelle diverse esperienze costituzionali, svolgendo una ricerca che parte dall'antica Grecia e da Roma, per giungere a valutare i rischi e le imperfezioni tuttora presenti nei diversi modi di affrontare i problemi della giustizia e dell'indipendenza della magistratura nello Stato moderno e nell'Italia liberale della fine del secolo XIX. Egli utilizza la dogmatica dello Stato liberale, senza lasciarsi guidare esclusivamente da essa, ma per mettere in evidenza alcune esigenze reali con riferimento alla magistratura, sottolineando l'esistenza di minacce all'indipendenza dei magistrati e la necessità di assicurare la tutela giudiziaria del singolo e delle minoranze. In tale prospettiva, egli sottolinea l'importanza di una magistratura posta sotto l'egida della sovranità dello Stato, soprattutto per liberarla dai condizionamenti della politica, degli interessi di parte e della stessa organizzazione del potere giudiziario. Gli obiettivi delle sue critiche mutano peraltro nel corso degli anni e se nello scritto citato vede nel Ministro di grazia e giustizia una delle minacce per l'indipendenza della magistratura, specialmente quando il ministro proveniva dall'ordine forense⁹, più tardi le sue critiche si indirizzeranno proprio contro la predisposizione di un organo consultivo presso la Corte di cassazione, la "Commissione consultiva per le promozioni dei magistrati", istituita nel 1880, che egli considera del tutto inadeguata rispetto ai compiti ad essa attribuiti, fino ad auspicare che

⁹ Id., *loc. ult. cit.*, 203.

tali compiti ritornino al ministro della giustizia¹⁰. Queste apparenti contraddizioni nel pensiero di Mortara si giustificano in nome della sua prevalente attenzione ai fatti, alle effettive imperfezioni dei sistemi di garanzia dell'indipendenza della magistratura, ferma la sua propensione a utilizzare la dogmatica giuridica in funzione strumentale rispetto a riflessioni che si fondano su proprie valutazioni dello stato dei fatti.

Convinto sostenitore dell'esigenza di tenere fermi i principi della separazione dei poteri e dell'indipendenza della giurisdizione, Mortara considera il potere giudiziario come il "terzo ramo della sovranità"¹¹, e critica soprattutto la tradizione francese che, nel timore di una magistratura pienamente indipendente dal potere politico, ne ha limitato i poteri ("per quanto gli scrittori francesi abbiano lungamente, e anche troppo abbondantemente dissertato sulla divisione dei poteri, [...] non brillò chiaro mai a nessuna intelligenza il concetto che la missione dell'autorità giudiziaria sia quella di esercitare un attributo di sovranità autonomo ed indipendente"), ed aggiunge che Napoleone, se pure "intuì la razionale necessità di [...] ordinare intorno al nuovo sistema legislativo, una magistratura dotta e rispettata che sapesse farne sentire il beneficio alle popolazioni [...] non fu che un despota sapiente. La magistratura da lui organizzata ebbe gli stessi caratteri di quella germanica... la sua indipendenza non è mai assicurata contro le politiche mutazioni, come lo dimostrano a meraviglia le vicende che essa subì non appena tramontata la stella della fortuna napoleonica"¹². Egli osserva, a proposito della storia costituzionale germanica, che quest'ultima, nonostante la presenza di profonde riflessioni sullo Stato di diritto e sulla teoria delle fonti dell'ordine giuridico, si è sviluppata nel corso dell'Ottocento senza mai raggiungere l'obiettivo di una indipendenza della magistratura, restando fedele a una concezione monarchica delle istituzioni e rifiutando il principio della democrazia. Il richiamo alla storia e alla memoria di vicende particolarmente significative della lotta della magistratura nei diversi Paesi europei – non solo in Germania – per affermare la propria indipendenza dal potere esecutivo e dal monarca meri-

¹⁰ Id., *Una piaga dell'ordinamento attuale della magistratura*, in *Riforma sociale* 1903, fasc. 12, 992 ss.

¹¹ Id., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 33.

¹² Id., *ivi*, 47.

terebbe di essere portata a conoscenza degli studenti delle Facoltà di giurisprudenza, perché rappresenta un momento di grande interesse per valutare i tentativi dei magistrati di organizzare forme di resistenza ai continui tentativi di interferenza del potere governativo¹³. A riprova dell'estrema concretezza delle riflessioni di Mortara, si ricordano le considerazioni che egli svolge a proposito di quella che, a suo avviso, potrebbe costituire una vera e propria "rivoluzione" nella disciplina della magistratura, quando afferma l'esigenza di "eliminare gli interessi di carriera dalla vita del magistrato"¹⁴: "secondo me, il problema dei problemi,...consisterebbe nell'eliminare gli interessi di carriera dalla vita del magistrato. Questo sembra il segreto per ricondurre la funzione giudiziaria al genuino suo stato di indipendenza e per render possibile su di essa un puro e schietto controllo obbiettivo, nell'interesse nazionale altamente concepito e tutelato. Scrivendo queste proposizioni ne misuro il gravissimo significato; esse accennano quasi alla necessità di una rivoluzione nei concetti direttivi della legislazione e nei programmi delle sue riforme"¹⁵.

Una volta imboccata la via dell'esame realistico delle piaghe che affliggono le istituzioni, occorre proseguire l'esame comparativo anche con riferimento ai rischi che possono minacciare i diversi sistemi delle garanzie costituzionali e delle istituzioni democratiche nelle loro concrete realizzazioni storiche. Altrimenti l'esame comparativo si risolverà in una classificazione dei modelli di indipendenza dei magistrati e delle qualificazioni formali dei rispettivi ruoli degli organi dello Stato che assolvono funzioni giurisdizionali o di garanzia dell'indipendenza della magistratura, senza che si registri alcun mutamento di rotta nella riflessione storica e critica sul tema. Né avrebbe senso opporre a un'astratta concezione del ruolo del singolo magistrato la pura apologia del principio democratico o

¹³ Si veda in proposito B. ENGELMANN, *Richter zwischen Recht und Macht*, Göttingen 1995, spec. 187 ss. che offre un quadro molto significativo della difficile storia della magistratura tedesca specialmente negli anni in cui prevalevano orientamenti autoritari e repressivi nel governo del Paese. Per l'Italia, si veda R. CANOSA-P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Bologna 1974, 163 ss.; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano: Dagli albori dello statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*; Milano 1999, 45 ss.; M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione dell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano 2005, 43 ss.

¹⁴ ID., *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario*, in *Giur. it.* 1917, IV, c. 58 ss.; ripubblicato in ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, cit., 197 ss. e spec. 202.

¹⁵ ID., *Intorno ai problemi*, cit., 202.

di quello della sovranità dello Stato per ricavarne deduttivamente le qualificazioni formali dei rispettivi ruoli degli organi dello Stato competenti ad intervenire a vario titolo sull'esercizio delle funzioni della magistratura.

L'astratta affermazione dei principi dello Stato di diritto non basta purtroppo a garantire l'indipendenza della magistratura, finché non sussista una sufficiente diffusione della cultura dell'indipendenza nell'opinione pubblica e finché non si diffonda un'adeguata sensibilità sul significato delle esigenze di indipendenza e imparzialità del magistrato. Tali esigenze, per mantenersi vitali, devono alimentarsi quotidianamente dal confronto dialettico delle opinioni e delle interpretazioni dei fatti, perché l'effettiva indipendenza del magistrato è un problema reale, che non dipende dall'idea di sovranità dello Stato, di Stato di diritto, di democrazia o di legalità, ma dalla prassi di una magistratura all'altezza dei propri compiti storici.

Quello che appare poco convincente nella concezione tradizionale dello Stato di diritto di stampo liberale è la contraddizione tra le premesse realistiche dalle quali muove l'esigenza di garantire giudici indipendenti e imparziali, in grado di assicurare il rispetto delle regole, e gli esiti altamente astratti cui pervengono in sede dogmatica le dottrine della separazione dei poteri e le diverse enunciazioni del principio di legalità. L'elaborazione sistematica dei singoli elementi concettuali procede senza remore alla costruzione di una dottrina della giurisdizione, quale esercizio di un potere sovrano, diretto ad assicurare decisioni imparziali, pronunciate in nome del popolo, senza porsi affatto degli interrogativi sulle basi reali cui sembra fare riferimento questo discorso, né sull'impegno effettivo dei magistrati nei confronti della collettività e sulla capacità dell'opinione pubblica di riconoscere l'importanza di una piena garanzia dell'indipendenza della magistratura. Richiamando l'attenzione sulle insufficienze dei singoli sistemi di garanzia dell'indipendenza della magistratura nelle diverse esperienze storiche e sottolineando la scarsa produttività di una ricerca comparativa troppo attenta al particolare, Mortara indica alla comparazione in tema di indipendenza dei magistrati e della magistratura la strada della ricerca critica e realistica, diretta ad approfondire il significato storico delle contraddizioni presenti nei diversi sistemi istituzionali di garanzia costituzionale della funzione giurisdizionale.

Anche nello scritto di Friesenhahn più volte citato si fa riferimento alla comparazione in tema di giurisdizione e ruolo del giudice nel mondo contemporaneo, nella convinzione che su questo

tema esista in molti Paesi del mondo un'ampia convergenza di punti di vista e che un'educazione giuridica aperta allo studio di altre discipline potrebbe costituire la strada maestra per un esercizio migliore della giurisdizione. L'idea di parlare esclusivamente del ruolo del giudice tedesco e dell'educazione giuridica dei giudici di quel Paese in un convegno dell'Associazione internazionale dei magistrati, lungi dall'essere una dimostrazione di chiusura rispetto alle esperienze di altri Paesi, offre a questo Autore l'occasione per trattare dei problemi della magistratura tedesca in una prospettiva comparativa, diretta, più che a confermare le costruzioni della dogmatica nazionale, ad aprire lo sguardo verso una riflessione in termini generali sull'esperienza giuridica del proprio Paese. In questo modo, egli sembra suggerire ai giuristi di altri Paesi di fare altrettanto con riferimento al proprio ordinamento, considerando il tema dell'indipendenza della magistratura e dei magistrati nel quadro delle rispettive esperienze storiche, senza lasciarsi guidare esclusivamente dagli orientamenti dei legislatori nazionali, ma considerando analogie e convergenze nel modo in cui si pongono alcuni problemi di fondo della magistratura. Non si tratta di generalizzare le soluzioni tedesche, ma occorre piuttosto guardare al tema della giustizia e dei giudici in termini generali, anche se non universali, perché se si muove da un esame eccessivamente attento ai profili particolari della organizzazione della giurisdizione e dei congegni di garanzia, resta poco spazio per una riflessione comparativa che tenga conto dei rischi e delle vere e proprie minacce nei confronti dei magistrati e della magistratura presenti nelle esperienze storiche dei diversi Paesi.

3. ESIGENZE DI RAFFORZARE LE GARANZIE GIURIDICHE IN UNA SOCIETÀ PLURALISTA: IL PENSIERO DI ERNST FRIESENHAHN E QUELLO DI ALESSANDRO GIULIANI

Vorrei infine esaminare ancora alcuni interrogativi che si pongono a proposito dell'indipendenza dei magistrati, dell'educazione giuridica e dei rapporti tra opinione pubblica e magistratura, prendendo lo spunto dal saggio di Ernst Friesenhahn, Autore già citato, che, negli anni successivi all'entrata in vigore della Legge fondamentale, ha approfondito particolarmente i temi dello Stato di diritto, del ruolo della magistratura e della giurisdizione costituzionale nel quadro delle istituzioni della Germania federale. Terrò

presente, nello stesso tempo, le considerazioni di Alessandro Giuliani, un giurista italiano, che ha intensamente riflettuto sui temi della magistratura e della giurisdizione nel quadro dell'intero sistema costituzionale italiano e sul ruolo che i giudici svolgono per garantire l'ordine sociale, tenendo presenti il mutare dei criteri di interpretazione delle leggi e dei contesti storici e teorici. Giuliani muove da una prospettiva teorica particolarmente attenta al mutare dei percorsi argomentativi e allo studio della retorica giudiziaria, da una riflessione sul ruolo giuristi nelle diverse comunità in cui essi operano e sul linguaggio della giurisprudenza, nel senso più ampio del termine.

Facendo riferimento anzitutto alle considerazioni di Friesenhahn, vorrei sottolineare l'importanza che assume nel nostro tempo il profondo cambiamento dei rapporti tra magistrato e società, le esigenze di un giudice all'altezza dei tempi e di un contesto sociale che riconosca ai giudici il prestigio necessario per assolvere nel modo migliore i propri compiti (*"Wie sieht das Volk heute seine Richter?"*). Nella considerazione di questo Autore, i giudici si trovano oggi di fronte a "ininterrotti processi di mutamento, sociali e ideali, che hanno radici in profondi sviluppi economici e tecnici, ai quali il legislatore non riesce sempre ad adeguarsi abbastanza rapidamente", ed è perciò sempre più difficile individuare una visione del mondo fondata su concezioni generalmente riconosciute e condivise¹⁶. Friesenhahn insiste sul ruolo della giurisdizione costituzionale, istituzione particolarmente idonea a tener conto della diversità degli orientamenti valutativi propri di una società pluralista, senza lasciarsi troppo condizionare dall'opinione pubblica, utilizzando tutti gli strumenti dell'ermeneutica costituzionale; egli insiste in particolarmente sull'esigenza di considerare il tribunale costituzionale federale di Karlsruhe alla stregua di un organo della giurisdizione, ben differenziato dagli organi del potere politico¹⁷. La giustizia costituzionale si inserisce pertanto nel quadro di una netta separazione della giurisdizione dai poteri politici, del governo e del parlamento, perché egli vede nella giurisdizione costituzionale

¹⁶ Cfr. E. FRIESENHAHN, *Der Richter*, cit, 169, dove osserva che la diversità delle concezioni del mondo rappresenta, a suo avviso, "l'aporia del giudice del nostro tempo", che incide profondamente sulle valutazioni dei giudici, che non possono più fare riferimento ad una "*communis opinio*", o ad "un'idea di ordine della collettività fondato su valori predeterminati".

¹⁷ Si veda E. FRIESENHAHN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, ristampa, Milano 1973, 89 ss.

un completamento del sistema di garanzie giuridiche proprio dello Stato di diritto, previste dalla costituzione. In particolare, questo Autore sottolinea i ruoli reciproci della giurisdizione costituzionale e dei giudici comuni, nel quadro degli strumenti predisposti per la tutela giudiziaria del singolo, senza che questo comporti un monopolio dell'interpretazione della costituzione da parte del tribunale costituzionale federale.

Uno dei punti che mi sembrano più significativi nella concezione della giurisdizione propria di questo Autore, consiste nella affermazione che i giudici, tutti i giudici tedeschi, comprese le corti federali e il tribunale costituzionale sono organi della società e non solo dello Stato centrale o locale e che essi devono assolvere i propri compiti sulla base di una adeguata preparazione giuridica, culturale e sociale. Il secondo punto, strettamente legato al primo, investe il rapporto del giudice con la legge, con la dottrina e con le parti del giudizio, nel quadro di un'esperienza giuridica nella quale cresce la consapevolezza che la legge va interpretata alla luce dei principi della costituzione: egli afferma significativamente che il giudice del nostro tempo deve togliersi la benda dagli occhi per valutare gli interessi delle parti, guardare ad esse e al significato delle controversie e delle proprie scelte interpretative¹⁸. Friesenhahn insiste soprattutto sull'importanza della cultura, della sensibilità e dell'educazione professionale del giudice, che inizia nelle Facoltà di giurisprudenza e prosegue durante tutto l'esercizio dei propri compiti giudiziari, traendo alimento da un continuo confronto con altri giuristi e con gli orientamenti dell'opinione pubblica.

Anche Giuliani mette in evidenza i mutamenti verificatisi nel contesto contemporaneo con riferimento alla visione dei principi del diritto, ai criteri di interpretazione e alla comunicazione sociale, sottolineando l'aumento della conflittualità e delle aspettative sociali nei confronti della giustizia. Egli afferma "il ruolo non solo ineliminabile, ma anche benefico dei conflitti" e critica l'immagine utopistica di "una comunità senza diritto e pertanto senza conflitti,

¹⁸ E. FRIESENHAHN, *Der Richter*, cit, p. 175, "noi però vogliamo togliere la benda dagli occhi del giudice, perché il giudice possa vedere le parti in modo veramente adeguato. Il giudice ha bisogno di una grande conoscenza degli uomini, per trattare correttamente con le parti [...] e anche questo deve essere considerato in modo più efficace nel nuovo ordinamento dell'educazione dei giudici". Sui diversi significati della benda sugli occhi del giudice e della giustizia si veda A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino 2008, 34 ss.

senza procedure e senza giudici”¹⁹. La sua riflessione sull’idea attuale di comunità lo porta a vedere criticamente le concezioni legalitarie che riducono tutto il diritto alla legge e limitano la funzione del giudice a un ruolo meramente distributivo, mentre sottolinea il mutare della funzione sociale della giurisdizione nella società contemporanea e la necessità di considerare il giudice nel contesto delle comunità. Giuliani fa riferimento ad una collettività intesa realisticamente come una comunità di persone unita dalla comune partecipazione alla vita collettiva e non come una comunità organica di membri legati da un vincolo ideale di fedeltà, da un’ideologia politica comune: a queste concezioni egli contrappone l’idea aperta, laica, di una collettività fondata sulla tolleranza e sul rispetto reciproco²⁰. In una comunità aperta e pluralista, il giudice assolve compiti ermeneutici e di ricerca della soluzione più adeguata alle circostanze del caso, senza cercare di “sterilizzare la conflittualità”²¹. Superando gli schemi tradizionali dei rapporti tra il giudice e la legge fondati sull’idea che l’ermeneutica e la cultura del giurista restino strettamente subordinate alla volontà e alle concezioni politiche del legislatore, Giuliani esamina le nuove istanze di tutela giudiziaria che emergono dallo sviluppo di nuovi conflitti sociali e il mutare dei parametri interpretativi²². Il discorso giuridico si fonda, come Giuliani sottolinea, sulla diversità delle opinioni, sul confronto tra diversi punti di vista valutativi e sulla funzione evocativa e persuasiva di certe espressioni, proprio in vista delle esigenze di fondo che danno significato ai compiti del

¹⁹ A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. DALLE FRATTE (a cura di), *La comunità tra cultura e scienza, I. Il concetto di comunità nelle scienze umane*, Roma 1993, 81.

²⁰ Cfr. ID., *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, cit., 84 ss., dove afferma: “la consapevolezza dei rischi delle tentazioni ‘definitorie’ dovrebbe portarci a problematizzare il concetto di comunità”. Da un punto di vista storico, è facile constatare, secondo Giuliani, che i concetti di ordine, di assetto sociale mutano a seconda che prevalga un’idea di un ordine essenzialmente fondato sul momento organizzativo della partecipazione sociale, ovvero la ricerca di equilibri fondati sulla comunicazione, in vista della soluzione dei problemi della comunità “al di fuori di elementi coercitivi” (*ivi*, p. 85). “L’analisi del linguaggio” resta il “fondamentale veicolo del sapere collettivo”: si tratta di definizioni dialettiche nelle quali “non è possibile pervenire ad un sapere rigoroso offerto da una definizione nominale”.

²¹ ID., *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, cit., 93.

²² ID., *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in R. ORECCHIA (a cura di), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica, Bari 3-5 ottobre 1974*, Milano 1975, 183 ss., tenendo anche conto dei diritti all’informazione, alla riservatezza, alla tutela del paesaggio e dell’ambiente.

giurista nella comunità²³. L'attenzione al ruolo che il giurista svolge nella società comporta non solo una storicizzazione dell'esame dei diversi modelli di garanzia della magistratura, ma presuppone anche una riflessione più ampia sui rapporti reciproci tra giurisdizione e legislazione. Nel pensiero di Giuliani è ben possibile immaginare un futuro ampliamento della giurisdizione e della riflessione sul ruolo dei giudici nelle società contemporanee, con la conseguenza di una progressiva attenzione ai problemi dell'educazione giuridica, del linguaggio dei giuristi e della retorica giudiziaria. Egli svolge perciò parallelamente un'ampia ricerca storico-giuridica sull'educazione e sulla cultura dei giuristi in diversi contesti sociali²⁴ e affronta in questo quadro problemi di teoria e di interpretazione del diritto ed esamina i problemi più specifici della responsabilità dei magistrati e delle garanzie previste per la loro indipendenza nel corso del tempo²⁵.

Molto si è scritto sulla magistratura, sui giudici, sulle virtù e sui difetti dei magistrati e delle professioni giuridiche e sono molto diversi i modelli che seguono le legislazioni europee in tema di educazione giuridica e di preparazione all'esercizio delle professioni forensi. Giuliani si colloca tra gli Autori che hanno più efficacemente espresso la concezione dell'esigenza di un rinnovamento dell'educazione giuridica, in modo da renderla sempre più aperta, non burocratica, disposta all'innovazione e interessata ai rapporti tra esigenze della comunità e diritto vivente. In questo quadro, di un'educazione giuridica del magistrato come processo continuo tendente a garantire l'indipendenza di questi dal potere politico e dagli stessi orientamenti dell'opinione pubblica, si colloca la concezione di un magistrato più consapevole della dialettica dei valori costituzionali e del rispetto per le diverse concezioni del mondo presenti nella comunità. Giuliani insiste sottolinea che l'educazione giuridica deve tener conto dell'esame della diversità delle opinioni,

²³ Cfr. ID, *Presentazione a C. PERELMAN, Logica giuridica: nuova retorica*, Milano 1979, V ss.; ID., *Presentazione a P. STEIN, J. SHAND, I valori giuridici della civiltà occidentale*, traduzione italiana, Milano 1981, V ss.

²⁴ Si rinvia alla vasta opera di A. GIULIANI-N. PICARDI, *L'educazione giuridica*, che inizia con il volume intitolato *Modelli di Università e insegnamento del diritto*, Perugia 1975; cui fanno seguito, *Profili storici*, Perugia 1979; *La Responsabilità del giudice*, Perugia 1978; *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, diviso in tre tomi, Perugia 1981; *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, tre tomi, Napoli 1987-88; *Modelli storici della procedura continentale*, due tomi, Napoli 1994.

²⁵ Cfr. A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 25 ss., 42 ss., 87 ss.

più che dell'esigenza di una visione statica del dover essere, nel senso che il giurista deve essere preparato a guardare alla cultura del tempo, al mutare dei ruoli del legislatore e delle corti supreme, a valutare i contenuti giuridici degli orientamenti giurisprudenziali, tenendo presenti i conflitti reali e i rapporti reciproci tra le diverse componenti della società.

Entrambi questi Autori ci invitano a considerare l'educazione giuridica come un momento essenziale per assicurare alla collettività dei magistrati indipendenti e che siano in grado di decidere in forza della loro cultura, della loro consapevolezza del ruolo che essi svolgono nella società, non addestrati soltanto alla ricerca dei precedenti giurisprudenziali o dei dati normativi.

4. L'EDUCAZIONE GIURIDICA E LE CONOSCENZE DEL GIURISTA

Per valutare le circostanze delle possibili controversie giuridiche sulle quali il magistrato è chiamato a pronunciarsi occorrono vaste conoscenze e quel senso delle cose che è fondamentale per la sensibilità del giurista, qualità che si affinano attraverso l'esercizio delle funzioni giudiziarie. La stessa indipendenza del magistrato affonda le sue radici nella cultura, nelle sue qualità personali e in un impegno professionale che mal sopporta vincoli gerarchici o amministrativi nell'esercizio di poteri così intimamente connessi con la giustizia. Molte possono essere le vie per ampliare le conoscenze del giurista e per consentirgli di valutare il diritto vivente in relazione alle fattispecie sulle quali è chiamato a pronunciarsi, tenendo conto della crescente complessità, della diversità delle opinioni e del contenuto reale dei conflitti che animano la vita degli ordini giuridici: non è pertanto fuori tema esaminare le aspettative della società nei confronti dei magistrati, l'educazione all'esercizio indipendente delle proprie funzioni e le immagini di giudice che la prassi e la letteratura ci presentano. Anche una prospettiva storica nello studio della magistratura può mostrare le difficoltà che ha incontrato in Europa l'affermazione del principio di indipendenza e il carattere, di volta in volta professionale o più burocratico, che l'impegno del magistrato può assumere in determinate situazioni²⁶, così come l'importanza

²⁶ Cfr. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo Millennio*, cit., 187 ss. "La giurisdizione oggi sembra quindi configurarsi come potere indipendente, diffuso e professionale"; la configurazione (segue)

della cultura in relazione alla concezione sociale e politica dei compiti della magistratura.

Ogni magistrato deve sapere guardare oltre i precetti del diritto vigente, non per disattendere gli adempimenti stabiliti dal legislatore o per ignorare i precedenti giudiziari, ma per una maggiore consapevolezza del contenuto delle regole che egli contribuisce ad individuare con riferimento ai conflitti che è chiamato a risolvere. Gustav Radbruch ha espresso l'insieme di esigenze, che sono alla base dell'indipendenza del magistrato, affermando che: "*Wissen und Gewissen machen die Juristen*", ("conoscenza e coscienza fanno i giuristi")²⁷, ed è per questo che l'educazione del giurista non si esaurisce nell'apprendimento di regole di procedura giudiziaria e di astratti principi del diritto, ma costituisce un processo continuo che impegna anzitutto il singolo magistrato. È stato scritto molto sull'educazione giuridica, sulla professionalità dei compiti che egli assolve e sui mezzi per arricchirne la cultura, la sensibilità e la preparazione, in modo da rafforzare la sua indipendenza da ogni tipo di condizionamento anche da parte dell'opinione pubblica, oltre che dal potere politico²⁸.

Per esercitare al meglio le funzioni giudiziarie il magistrato ha bisogno di tempi adeguati alla ricerca della regola più adatta alla soluzione del caso e non sono sufficienti a tal fine neppure la più vasta cultura o la frequenza delle scuole superiori della magistratura, che pure costituiscono strumenti proficui. Non vi sono percorsi tracciati per acquistare e garantire il mantenimento di una sensibilità adeguata allo sviluppo della società e del diritto, una capacità di apprezzare le circostanze del caso; si può solo affermare che il mestiere del magistrato, come, più in generale, quello del giurista, presuppongono una vasta cultura e richiedono un in-

della giurisdizione come "potere professionale", secondo Picardi, discende dalla constatazione che: "gli operatori giudiziari trovano la propria legittimazione nella base culturale, nella preparazione professionale che li qualifica e li rende capaci di dare la "risposta corretta" al caso sottoposto al loro esame" (189-190).

²⁷ E. FRIESENHAHN, *Der Richter*, cit., 175; G. RADBRUCH, *Kleines Rechtsbrevier*, Göttingen 1954, 44; S. STOLTE, *Ernst Friesenhahn. Wissen und Gewissen machen den Juristen*, in M. SCHMOECKL (a cura di), *Die Juristen der Universität Bonn in "Dritten Reich"*, Köln 2004, 18 ss.

²⁸ Cfr. A. SCIUME, *Quando la politica entra dalla porta, la giustizia fugge impaurita dalla finestra*, in A. GOURON-L. MAYALI-A. PADOA SCHIOPPA-D. SIMON (a cura di), *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Frankfurt a. M. 1996, 165 ss.; E. de MARIE, *Le juge "qui sait". Le juge administratif vers la fin du 19ème siècle*, *ivi*, 111; U. FALK, *Von Diener des Staates und von anderen Richter: Zum Selbstverständnis der obersten Richter im 19. Jahrhundert*, *ivi*, 251 ss.; T. DROSDECK, *Richterbilder in der Weimarer Republik*, *ivi*, 293 ss.

tenso impegno individuale. Il magistrato non è una macchina per la produzione di decisioni: non basta perciò predisporre sanzioni disciplinari per assicurare una decisione ponderata e consapevole della complessità dei problemi giuridici e sociali propri delle controversie in esame. Per questa ragione possono essere molto importanti le scuole o le accademie della magistratura, che non dovrebbero però essere organizzate solo dall'apparato ufficiale del potere politico o amministrativo, ma tenere conto delle iniziative dei componenti l'ordine dalla magistratura, senza timore per questo di minacce corporative. Lo "spirito di corpo", è stato inteso talora come una generica propensione per la conservazione dello *status quo*, in un orientamento genericamente conservatore, ma occorre molta cautela nel generalizzare caratteri che ricorrono nello sviluppo della storia delle magistrature ordinarie e speciali, perché l'atteggiamento della magistratura nei confronti del potere politico e dei conflitti sociali tende a mutare nel corso del tempo²⁹.

Lo studio della storia, della filosofia, della psicologia, l'arricchimento continuo dei propri percorsi culturali, andando oltre l'impegno esclusivamente tecnico dell'esperto dei singoli settori della legislazione e della giurisprudenza, rappresentano occasioni per tenere vivo l'interesse del giurista per la società in cui vive. Anche la letteratura può contribuire ad aprire lo sguardo verso esperienze umane di vario tipo, consentendo riflessioni non condizionate da posizioni ideologiche o di parte con riferimento ai problemi sociali e individuali coinvolti nelle controversie. Ma la letteratura non è diritto, come il diritto non è letteratura, e non vanno ricercate in essa le soluzioni dei casi della vita, anche se essa apre spesso nuovi orizzonti per la comprensione di complessi problemi umani e politici. La letteratura presenta inoltre una galleria inesauribile di ritratti di giudici, avvocati e pubblici ministeri e valutazioni dei modelli sociali, delle concezioni politiche, giuridiche, culturali, che possono giovare alla sensibilità del giurista, e alla riflessione sui pericoli che minacciano l'integrità e l'imparzialità dei magistrati. Viene quasi spontaneo pensare a Balzac, a Brecht³⁰ o a von Kleist, che hanno a denun-

²⁹ Cfr. M. MAILLE, *L'esprit de corps vécu. Les prédispositions à l'esprit de corps: les candidats au concours de la magistrature*, in G.J. GUGLIELMI-C. HAROCHE (a cura di), *Esprit de corps, démocratie et espace public*, Paris, P.U.F., 2004, 255.

³⁰ B. BRECHT, *L'eccezione e la regola*, in *Teatro*, Torino, 1965, 914 ss.; ID., *Cinque difficoltà per chi scrive la verità* (1935), in *Diritto romano attuale*, fasc. 10, 2003, 153.

ciato a più riprese l'ipocrisia dei magistrati, la loro sottomissione al potere politico, l'ansia della carriera, l'aspirazione a promozioni che consentano di accedere a cariche statali o sociali più prestigiose³¹. Questi Autori hanno insistito in particolare sui rischi che provengono dall'ambiente sociale, dal sistema delle promozioni, dalle frequentazioni sociali, dai legami familiari che portano talora il magistrato a brigare per promuovere discutibili carriere di figli e nipoti, mantenendo pericolosi legami personali con i detentori del potere politico ed economico. Dalla lettura della *Comédie humaine* in particolare risultano anche figure di magistrati colti, incorruttibili, non interessati ad assecondare le aspirazioni della borghesia più intraprendente e arrivista, dediti persino a prestare aiuto a chi ne ha bisogno, ritratti di magistrati che introducono note di ottimismo nella visione non sempre confortante dell'esperienza giudiziaria presente nella riflessione di questo scrittore³².

Vi sono anche altri orientamenti di ricerca sull'immagine sociale del giudice che analizzano piuttosto l'importanza della cultura del giurista, la sua sensibilità professionale, che varia nel corso del tempo in relazione all'educazione giuridica, alle aspettative del legislatore e ai rapporti con il contesto sociale³³. Le diverse immagini del magistrato possono essere infatti esaminate da diversi punti di vista, da quello storico, tenendo conto del profondo mutare della sensibilità sociale, da quello più empirico delle figure di giudice più frequenti nella prassi: si deve comunque evitare di proporsi come mete tanto una classificazione, esaustiva, dei tipi identificabili in base a una "ricerca sul campo", quanto una definizione in astratto della cultura necessaria ai membri della magistratura.

Tra gli elementi più interessanti per ricostruire una storia della cultura costituzionale in tema di indipendenza dei giudici si pone l'analisi del linguaggio giuridico e la considerazione storica del mu-

³¹ Cfr. F. SPANTIGATI, *L'attenzione del giurista per la letteratura*, in *Ritorno al diritto* 2006, 54 ss.; ID., *Senso del gusto e senso del giusto*, *ivi*, 165; A. VESPAZIANI, *Law and literature*, *ivi*, 43 ss.; P.B. HARRIS, *I limiti del paradigma giuridico nei racconti di Melville: "Bartleby lo scrivano" e "Billy Budd"*, *ivi*, 79 ss.; M. ROSSI, "Michael Kohlaas" e "Il principe di Homburg", *ivi*, 91.

³² In effetti, come è stato sottolineato da LITTRÉ, *Le droit charpente de la Comédie humaine*, in *Revue du droit public*, 1982, 1023 ss. dall'opera di Balzac emerge con grande nettezza anche la figura morale del magistrato onesto, al di sopra delle vicende degli intriganti di cui si trova ad occuparsi e dedito alla ricerca della verità con uno spirito di umiltà e affezione all'umanità, senza alcuna attesa di essere riconosciuto e premiato; cfr. anche H. JUNG, *Richterbilder. Ein interkultureller Vergleich*, Baden-Baden 2006, 27 ss.

³³ A. GOURON-L. MAYALI-A. PADOA SCHIOPPA-D. SIMON (a cura di), *Europäische und amerikanische Richterbilder*, cit.; H. JUNG, *Richterbilder*, cit., 67 ss., 141 ss.

tare di significato dei dogmi più utilizzati dalla giurisprudenza con riferimento a questi temi: il linguaggio della costituzione, della legislazione ordinaria e della giurisprudenza, quello dei giuristi di ogni tempo testimoniano orientamenti di pensiero e valutazioni che non sempre traspaiono nelle perentorie enunciazioni concettuali di una parte della dottrina e della giurisprudenza e richiedono un approfondimento dei contesti storici e sociali in presenza dei quali esse si sono affermate. La conclusione di queste poche osservazioni è che il tema dell'indipendenza del magistrato non è solo un problema di ridefinizione in termini più adeguati della nozioni dogmatiche di giurisdizione, giustizia, indipendenza, legge o interpretazione del diritto, ma investe il significato etico e storico dei rapporti tra magistrati e potere politico. Il richiamo di Radbruch alla conoscenza e alla coscienza del giurista e quello di Friesenhahn alla necessità di togliere la benda dagli occhi del giudice mettono bene a fuoco il problema della indipendenza del magistrato e dell'educazione del giurista.