

Francesco Caso

# ESSERE GIUDICE





Francesco Caso

# Essere giudice

Ledizioni

© 2017 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy  
[www.ledizioni.it](http://www.ledizioni.it)  
[info@ledizioni.it](mailto:info@ledizioni.it)

*Essere giudice*

Francesco Caso

Prima edizione: febbraio 2018

ISBN 9788867056361

Copertina e progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore:  
[www.ledizioni.it](http://www.ledizioni.it)

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

# Sommario

1. Perché si fa il giudice	9
Le risposte sicure	9
... e le domande trasversali	11
2. Dove si fa il giudice	13
In questo mondo o nell'altro	13
Gli stati e le circoscrizioni giudiziarie	18
Il palazzo di giustizia	20
L'aula di giustizia	23
Il carcere	26
La camera di consiglio	27
3. Quando si fa il giudice	29
4. Per quanto tempo si fa il giudice	35
La durata della giurisdizione	35
II. La durata della giurisdizione come potere	37
III. La durata della giurisdizione sotto forma di burocratizzazione del giudice	39
IV. La durata della giurisdizione nel singolo processo	40
V. Dopo il giudizio	42
5. Con chi si fa il giudice	47
Il giudice e i suoi collaboratori	47
II. Il giudice e gli altri giudici	50
III. Il giudice e gli altri magistrati	55
IV. Il giudice e gli avvocati	56

6. Con quali mezzi si fa il giudice	61
Habent sua sidera lites	61
“C'è del metodo in sua follia”	65
7. Per chi si fa il giudice	77
Nemo iudex in causa sua	77
Ulisse e il cane Argo	79
Il giudizio come riconoscimento	84
8. Come si fa il giudice	87
I. Il Giudice e la conoscenza dei fatti	87
II. Il Giudice e la conoscenza del diritto	92
III. Il Giudice e la dottrina	96
IV. Il Giudice, le parti, gli avvocati, gli organi d'informazione	100
V. Il giudice e la motivazione	105
9. In quali funzioni si fa il giudice	115
“Ci sarà pure un giudice a Berlino !”	115
La funzione crea l'organo	117
Una giurisdizione pandemica	119
10. Chi è il giudice	121

*Questo libro è dedicato a tutti quelli che  
ho giudicato e potrei giudicare*

Giudice



# 1. Perché si fa il giudice

Perché si fa il giudice?

## *LE RISPOSTE SICURE*

Naturalmente a questa domanda vi sono delle risposte sicure.

Lo si può fare per tradizione familiare, per voglia di potere sugli altri, per il trattamento economico considerevole che, per il solito, garantisce oggi questa professione che è retribuita (non sempre è stato così), per il prestigio che tuttora si reputa collegato alla stessa, perché si è vinto l'apposito concorso tra i tanti tentati, per (sincero) spirito di servizio, per (preteso) innato senso di giustizia.

O per qualche motivo che rimanda alla psichiatria? Quale bambino sano di mente alla classica domanda: "Cosa ti piacerebbe fare da grande?", risponderebbe: "Il giudice"? È una figura che ha ben poco fascino e attrattive. Lo dimostra come è stata trattata nel cinema e in letteratura: i giudici vi sono rappresentati come quasi sempre attempati e non certo abbelliti dalle loro divise, da tempo per lo più nere, sicuramente antipatici, spesso corrotti o umorali, non di rado psicotici, addirittura talvolta assassini. Ricordate il giudice di "Dieci piccoli indiani", sconvolgente capolavoro di Aghata Christie?. Per

non parlare dell'odioso giudice-nano della bellissima canzone di Fabrizio De Andrè.

Quale ragazzo potrebbe essere attratto da simili personaggi? Anche chi svolga il lavoro più umile può competervi con altri o almeno aspirare a farne uno diverso. Il giudice invece non vince (e non perde) mai. Tutt'altro discorso è quello della carriera che può fare dove esiste il relativo corpo organizzato. Questo ruolo a-competitivo attira vocazioni adulte, ma ciò non è un buon segno.

Secondo la vulgata più comune del dilemma del prigioniero, un giudice convoca due persone sospettate di essere complici in un grave crimine e per questo incarcerate. Fa loro un discorso di questo tenore: se uno dei due confessa e l'altro no, chi confessa sarà libero per aver assicurato un irriducibile alla giustizia; l'altro sarà condannato a 10 anni di galera: se entrambi confessassero, la pena sarebbe pari a 7 anni di galera. Se nessuno confessasse, le prove sarebbero insufficienti per provare la colpevolezza di entrambi riguardo al crimine, ma il giudice troverà il modo di condannarli a una pena detentiva di un anno per un reato più lieve (così riassume il dilemma R. Lucchetti in *Giochi, Teoria dei, in Enciclopedia della Scienza e della Tecnica* (2007), pag. 22).

Ebbene, significativamente, anche in questo, che è probabilmente il gioco più famoso di tutta la teoria matematica dei giochi, è innegabile che il ruolo del giudice (nella specie, davvero "spregiudicato", ma per la verità non inedito nella prassi) resta molto misterioso. Proprio perché egli (in apparenza) non compete nel gioco, è essenziale, epperò per nulla ... matematico.

... E LE DOMANDE TRASVERSALI

Altrettanto ovvio è che nei singoli casi le iniziali risposte certe possono sommarsi in varie combinazioni. Ma tutte quelle risposte potrebbero valere per tanti altri ruoli e lavori, in particolare per quelli che implichino l'esercizio di un potere; e del potere è certa una dimensione psicopatologica. Senza contare che la stessa psichiatria, a sua volta, è stata credu-  
ta da tanti come un potere.

La risposta "psichiatrica" alla domanda iniziale vale anche per i giudici? Non è forse certa, ma rappresenta una seria ipotesi di lavoro, che io non sono capace di approfondire.

Qualche tempo fa un parente mi manifestò accoratamente tutto il suo ritenere impossibile per lui giudicare gli altri e inspiegabile anche che qualcuno potesse farlo. E con tanta convinzione e schiettezza che mi misero a disagio. Io, giudice ormai da anni, mi limitai a replicargli debolmente che qualcuno lo deve pur fare il giudice, ma lo lasciai ben poco persuaso. Comprensibilmente. Anche il mestiere del boia, tuttora purtroppo non universalmente abolito, qualcuno lo deve fare e lo fa.

Forse la domanda è mal posta, e bisognerebbe chiedersi perché esiste il giudice, visto che da tempo immemorabile vi è chi ha il precipuo compito di giudicare gli altri. Ben prima del contratto sociale, degli stati, della divisione dei poteri, etc.. Ovviamente, poi, il quesito iniziale ha il suo corrispettivo speculare ed opposto: perché anche nel consorzio umano più embrionale e primitivo i suoi membri sono disposti a farsi giudicare da uno di loro (capo o anziano che sia)? Eppure qualcuno ha detto: "Quando penso che

un uomo giudica un altro uomo, mi sento i brividi addosso” (Lamennais), esprimendo tutta la paura di cui s’è detto.

Ma questi ribaltamenti logici non sono produttivi.

Insomma, alla domanda iniziale non vi è una risposta specifica. Ed anzi essa provoca ulteriori domande, ... trasversali, nel senso letterale dell’aggettivo, e cioè che si pongono di traverso.

## 2. Dove si fa il giudice

Dove si fa il giudice?

### *IN QUESTO MONDO O NELL'ALTRO*

Anche all'interrogativo di "Dove si fa il giudice?" vi è una prima risposta scontata: in questo mondo.

Ma la risposta è meno univoca di quanto possa sembrare. Per chi crede in qualche ordine soprannaturale vi sono giudici non di questo mondo: giudici infernali, giudici che s'identificano in un essere supremo, unico per le religioni monoteiste, etc.. In questa prospettiva la legittimazione dei giudici umani è sempre messa in crisi. Questi possono essere rappresentati come una sorta di delegati di quelli soprannaturali, ma avranno sempre il problema di crederci loro per primi e comunque di essere accreditati come tali dai destinatari della loro giustizia. In ogni caso, anche dove vige incontrastata la laicità – attualmente, e in apparenza, quasi dappertutto – l'archetipo di una giustizia superiore e non umana è un fiume sommerso che riaffiora. La mitica vicenda di Antigone ce lo ricorda. E può far sentire intimamente degli usurpatori anche dei giudici umani dichiaratamente "non credenti".

Quale sarà, poi, questa giustizia celeste, che ci arroghiamo, più o meno consapevolmente, il diritto di voler imitare? I responsi in questo caso sono essen-

zionalmente religiosi o, se si preferisce, filosofici, ma in fondo si somigliano tutti: la giustizia suprema è, e quasi realizza, il bene assoluto. Resta ovviamente da vedere cosa sia questo bene, ma almeno a chi “crede” sembrerà di trovarlo nei valori soprannaturali di riferimento. E questo, però, da molti giudicabili potrà essere percepito come un sovrastante pericolo di arbitrio. Del resto, anche evangelicamente è stato detto: “Non giudicate, per non essere giudicati”. E quella stessa religione, infatti, immagina un escatologico “giudizio universale”, in confronto al quale quelli umani precedenti sono, nella migliore delle ipotesi, parziali e provvisori.

In una chiave totalmente ctonia, peraltro, fare il giudice è ancora più complicato (l’aggettivo raro “ctonio” non l’ho scelto per snobismo intellettualistico, perché ha a che fare non solo con la terra, ma anche con il mondo sotterraneo e, secondo la mitologica greca, con Ade e quindi, in qualche modo, con ... l’inferno).

In questo mondo, infatti, siamo tantissimi, e destinati a diventare sempre di più, se proseguirà il vertiginoso aumento demografico in corso. Si dice che siamo globalizzati, ma le risorse essenziali: acqua, cibo, persino aria respirabile, le ricchezze e la qualità della vita vi sono allocate (non distribuite secondo un qualsiasi criterio) in modo spaventosamente diseguale.

La “nuova frontiera” delle varie forme di sfruttamento, se non di decimazione, dei lavoratori umani passa adesso anche da dirigenti non più in carne ed ossa, ma ormai virtuali, e cioè da invisibili ... algoritmi.

L'olocausto è un buco nero nella storia che è solo dell'altro ieri; ma taluni ancora lo escludono, tanto che sono state necessarie delle "leggi" per punire il c.d. negazionismo.

Un male, non banale, sembra fisicamente presente ...

Guerre (talune spesso del tutto dimenticate dai pur potentissimi media attuali), regimi dispotici e ineguaglianze alimentano biblici flussi migratori, di cui non siamo in grado di prevedere entità e durata, e lasciano sul campo oppure in mare aperto o in fondo ad esso morti, di cui pure non si riesce a calcolare esattamente il numero. Una "quantità" inferiore comunque ai sempre nuovi nati, ma che qualcuno sottolinei questo aspetto contabile lo trovo scandaloso, perché ogni vita umana perduta non può rientrare in bilanci nei quali si debba constatare con soddisfazione che alla fine siano in attivo nonostante le perdite.

Il terrorismo, sovente suicida, colpisce in modo cieco, ma ormai meno inatteso. Le ideologie strutturate paiono al tramonto, non certo gli estremismi di matrice nazionalistica, razzista, xenofoba o religiosa, da un lato, ed il capitalismo mediatico e finanziario, dall'altro.

Gli attentati all'ambiente nel senso più ampio del termine sono parimenti avvertiti come una realtà adesso davvero globale e attuale, oltre che incombenza sulle generazioni a venire; nel frattempo il trattamento che riserviamo agli altri esseri viventi, a cominciare dagli animali senzienti e no secondo il nostro "personale" metro di giudizio umano, non è certo "onorevole".

Il progresso scientifico e tecnologico già dal secolo scorso (chissà perché definito “breve”, visto tutto ciò che vi è accaduto), ha portato l’uomo sulla Luna, però dopo averlo posto – per la prima volta nella storia – in condizione di annientare fisicamente non solo la specie umana, ma l’intero pianeta; i suoi portati più recenti sono presenti in modo sempre non certo equanime ed anzi la tecnologia avanzata, anche dove è teoricamente accessibile, tramutata in burocratismo spinto e parcellizzazione delle responsabilità, diventa spesso escludente.

E nonostante tutto questo progresso le capacità di previsione economica si sono rivelate fallaci anche nel breve periodo, e non diversamente non siamo in grado di prevedere terribili calamità naturali, che talvolta paiono meno “naturali” di prima.

La criminalità organizzata, le cui origini, neppure tanto remote, sembrano – ahimè – da ricercare nel mio amato Paese, è ormai un’epidemia che ha colpito ogni dove; la corruzione alligna in modo egualmente diffuso.

Nella nostra Europa le spinte disgregatrici, tra le quali sono da includere a pieno titolo le pretese esigenze dell’economia di mercato e/o il *particolare* di ogni Stato membro, sembrano nettamente prevalere sulle ragioni ideali e profonde dello stare insieme e di fronte al mondo. I muri che erano stati abbattuti solo nel 1989 sono altrove eretti in alternativa a recinzioni spinose per “difendere” dei confini europei da coloro che, per lo più scampati alle ecatombi di cui s’è detto, migrano da Paesi martoriati e/o affamati e che, quando salvati o accolti (come in Italia), sono trattenuti in centri che talvolta proprio la giurisdizione si è dovuta far carico che non rischias-

sero di diventare dei campi di concentrazione diversamente denominati (cfr. Trib. Bari, I Sez. civ., ord. 9.1.2014; credo mi sia permesso richiamare un mio provvedimento cautelare circa le condizioni di trattenimento dei migranti in un centro italiano di identificazione e di espulsione, visto che fu confermato dal Collegio in sede di reclamo).

Nozioni primordiali e quasi ancestrali, come quelle di paternità, di maternità, di filiazione, di famiglia, di genere, di individuo, persino di vita e di morte, sono sempre più confuse e inafferrabili.

Le neuroscienze, almeno secondo alcuni, sembrano ad un passo dalla definizione dello stato di coscienza (quello che era stato creduto da altri “il più profondo dei misteri scientifici”). Ma il sopravvenuto ebetismo telefonico-digitale sembra rendere molto incerta questa meta.

La fisica teorica e non scompagina continuamente i concetti di spazio, tempo, materia ed energia tanto da disorientare le menti più salde (per uno sguardo d'insieme ... sull'abisso v. Carlo Rovelli, *Sette brevi lezioni di fisica*, Adelphi, Milano, 2014). Senz'altro, poi, come diceva Robert Oppenheimer, “i fisici hanno conosciuto il peccato”, ma, secondo quanto sopra si è visto, altrettanto sicuramente non solo loro.

Ed ora gli sviluppi galoppanti ed insondabili delle tecniche di comunicazione, della genetica di frontiera, della robotica d'avanguardia e dell'intelligenza artificiale mettono persino in forse che l'uomo possa a breve essere ancora riconosciuto come quello che supponevamo di sapere da lungo tempo. E cioè relegano nel dubbio la stessa identità della specie *homo sapiens sapiens*, ritenuta finora unica specie vivente del genere *homo*. E qualcun altro ha detto

che l'animale *homo sapiens* è sì diventato un dio, ma insoddisfatto e irresponsabile (sono le conclusioni cui giunge Yuval Noah Harari in "Da animali a dei Breve storia dell'umanità", Bombiani, Milano, 2014).

Certamente per giudici terrestri e laici non saranno per nulla indifferenti regimi, ordinamenti e contesti generali e specifici in cui concretamente operano, ma, dove che sia il posto che occupano sul pianeta Terra, è difficile che possano ignorare di avere di fronte tutto questo. Lo strumentario tradizionale, un tempo rassicurante, di cui dispongono, essenzialmente il diritto oggettivo gestito attraverso procedure legalizzate e garantite da una "logica" che si dà in qualche modo per presupposta (sul tema della logica giudiziale si tornerà in seguito), potrà essere all'altezza?

Un giudice convintamente "religioso" di fronte al crogiuolo di cui s'è detto, potrebbe sempre pensare ... *fiat justitia, pereat mundus*; invece quello che si reputi laico potrà soffrire del complesso di avvertire inconsapevolmente che vi sono delle leggi divine che la giustizia umana non può attingere.

O forse l'uno e l'altro dovranno rivolgersi alla teoria del ... caos? Oppure a quella dell'entropia, che almeno postulerebbe che il disordine possa essere misurato?

## GLI STATI E LE CIRCOSCRIZIONI GIUDIZIARIE

Vi sono ovviamente altri luoghi del giudicare, sempre più particolari.

Prima vengono in considerazione gli stati, che anzitutto sono un luogo geografico (prima che ente “giuridico”) di solito ampio e quindi variegato.

La c.d. geografia giudiziaria è, quindi, un tema essenziale, quanto complesso. Essa in sintesi risponde appunto alla domanda di dove sono dislocati i giudici rispetto ad un determinato territorio corrispondente normalmente appunto a quello di uno stato nella sua interezza. Dunque, in primo luogo la diversa conformazione fisica delle regioni di quel territorio, a cominciare dall’orografia; le ulteriori caratteristiche storiche, demografiche e socio-economiche delle varie parti del territorio stesso; inevitabili spinte localistiche per mantenere e/o avere un ufficio giudiziario in un determinato ambito territoriale; ragioni di tradizione, più o meno fondate, sostenute rispetto all’esistenza di quell’ufficio particolare; la preesistenza di strutture ed edifici idonei ad ospitare uffici giudiziari; ovviamente la disponibilità delle risorse occorrenti per la creazione o il mantenimento dei vari uffici; le funzioni giudiziarie che si vogliano assegnare agli uffici più periferici; e infine quanta distanza si voglia esserci tra ogni giudicabile e ... Berlino (sul punto v. anche infra), decideranno come i giudici sono in concreto distribuiti nell’ambito del territorio, il loro numero nei vari uffici e i loro compiti e circoscrizioni.

Tutto questo, peraltro, è intuibilmente decisivo per l’intero sistema di giustizia di ogni Paese, ed è da affrontare in una chiave necessariamente interdisciplinare, in cui la categoria dei giudici nel suo complesso, vale a dire, di coloro che hanno il polso della giurisdizione nella sua effettività, dovrebbe avere voce in capitolo.

Per il singolo giudice, invece, tutti gli aspetti dianzi accennati saranno (o dovrebbero essere?) percepiti sul campo, una volta che egli abbia scelto, o gli siano assegnati, la sede e l'ufficio dove esercitare le proprie funzioni.

Naturalmente il rapporto del giudice con il contesto di persone umane in cui opera (la sua circoscrizione, nell'algido gergo legale) è essenziale, e strettamente legato alla conoscenza che egli possa e voglia avere dei luoghi in cui deve espletare i propri compiti, e di ciò che vi accade, di come ci si vive e ... si muore.

Per altro verso, occorre considerare che il progresso tecnologico sembra ora rendere possibile l'acquisizione pressoché immediata di qualsiasi informazione su qualsiasi luogo, ed annullare quindi le distanze. Ma può essere questo il pretesto per rendere indifferente dove "siede" il giudice?

### *IL PALAZZO DI GIUSTIZIA*

Il palazzo di giustizia della città ove tuttora lavoro è un edificio degli anni 60 del secolo scorso, abbastanza imponente, articolato su ben 6 o 7 piani a seconda delle sue ali, omologabile architettonicamente a molti altri costruiti in quel periodo. Nel tempo vi sono stati taluni innalzamenti (quasi come in una torre di Babele?) per guadagnare altri spazi, ma ormai, oltre che in non buone condizioni, è assolutamente incapiente rispetto a tutti gli uffici giudiziari che teoricamente vi dovrebbero essere contenuti (diversi ed importanti uffici sono ospitati in altri stabili della città).

Non è mai stato facile potervisi orientare.

Qualche anno fa una collega francese era in visita nei nostri uffici giudiziari e mi fu affidata per qualche giorno; fatta conoscenza, nel darle appuntamento per la mia udienza del giorno successivo cui doveva assistere, le detti dettagliate spiegazioni su come raggiungermi nell'aula dove avrei tenuto quella particolare udienza. Lei mi ascoltò con attenzione e cortesia, ma poi commentò con garbato sarcasmo il complicato iter che le avevo esposto. Osservò che gli italiani dovevano essere molto più intelligenti dei francesi per capire percorsi così ardui, visto che in Francia in un palazzo di giustizia come in un qualsiasi altro ufficio pubblico il cittadino è guidato passo passo da cartelli e indicazioni che gli consentono di raggiungere facilmente il traguardo dell'ufficio desiderato.

Mi sentii ferito nel mio orgoglio patriottico. Tra l'altro, la collega trovò modo di manifestarmi il suo disappunto per la mole di carte processuali prodotta dagli avvocati italiani sin dalla fase dell'udienza presidenziale di comparizione dei coniugi nei processi di separazione e divorzio (cioè l'udienza che quel giorno celebravo), nonché di notare come i francesi dinanzi al giudice nell'omologa udienza dell'ordinamento d'oltralpe sono tendenzialmente sinceri per cui non v'è necessità di tutta quella carta. Ma come non darle ragione, almeno sull'edificio in cui ci trovavamo?.

Quel palazzo di giustizia ben potrei definirlo il "mio" palazzo di giustizia. Lo frequento da quando quasi ancora bambino (ben prima, quindi, di pensare che avrei conseguito una laurea in giurisprudenza) mi capitava di accompagnarvi mio padre av-

vocato, sempre con qualche senso di spaesamento. Ma forse mio padre non mi ci portava per caso e si trattava di un “accesso esistenziale”. Parecchio tempo dopo vi sono diventato procuratore legale e con quel titolo professionale (che ora neppure esiste più) vi ho lavorato per qualche anno; una volta entrato in magistratura, vi ho svolto la metà del periodo di tirocinio da uditore giudiziario, ed anche la massima parte della mia variopinta vita professionale da giudice (e quindi della mia vita in assoluto) l’ho trascorsa lì, in tanti ascensori, stanze, corridoi, aule ed uffici di cancelleria, oltre che nelle sale in cui ho parlato come relatore in convegni ed incontri di studio; ne conosco le “segrete” in cui, oltre ad essere contenuti archivi in cui sono “custoditi” anche registri risalenti all’ ’800, sono ospitati gli imputati detenuti in apposite celle prima di comparire innanzi a chi li giudicherà, me compreso; ho visitato in passato anche quello che un tempo era il deposito sotterraneo dell’ufficio “corpi di reato” (una sorta di combinazione tra una discarica “a cielo chiuso” ed una pericolosa santabarbara, piena di armi e persino di esplosivi).

Eppure non posso dire di conoscerlo tutto, e tuttora non sarei in grado di dire dove si trovi qualche particolare ufficio.

In questo senso molto somiglia al castello dell’omonimo romanzo di Franz Kafka, o alla fortezza de “Il deserto dei tartari”; oppure al labirinto di Minosse, che, se non sbaglio, diventò un giudice degli Inferi. Fate voi.

Chissà perché credo che quando lo conoscerò davvero tutto la mia giurisdizione sarà finita: *game over*.

*L'AULA DI GIUSTIZIA*

In Italia, in occasione dell'emanazione del nuovo codice di procedura penale nel 1989, fu introdotto l'art. 146 disp. att. dello stesso codice, secondo il quale anzitutto: "Nell'aula di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante". Si tratta di una norma di attuazione minuta, che tuttavia, quando fu varata, suscitò un certo interesse per la sua rilevanza simbolica della pressoché perfetta parità in cui anche il pubblico ministero, sebbene parte, come suol dirsi, pubblica, veniva posto rispetto ai difensori delle parti private una volta innanzi al giudice. La scenografia dell'aula dovette, quindi, essere adeguata alla nuova previsione (in precedenza il pubblico ministero in aula era in posizione sopraelevata rispetto a parti, difensori ed eventuale pubblico, come il giudice e *a latere* del suo scranno), e quest'ultima fu talvolta intesa nel senso che anche il banco del giudice dovesse essere al medesimo livello di parti e difensori. La lettera della legge, per usare il gergo dei giuristi, non è univocamente in questo senso, ma per parte mia penso che dovrebbe essere senz'altro così: il giudice dovrebbe sedere allo stesso livello spaziale di coloro che altrimenti partecipano al processo, e nel seguito di questo libretto si capiranno i miei motivi a favore di questa soluzione.

La norma si preoccupa, poi, di stabilire anche dove devono prendere posto nell'aula di giustizia i vari soggetti coinvolti nel dibattimento, ed in questo senso dà continuità ad una remota e scambievole analogia tra processo e teatro. Non è certamente un

caso che da tempo immemorabile opere teatrali e poi cinematografiche spesso siano imperniate, se non risolte, su processi. Anche nel processo, infatti, i vari personaggi si presentano (dove e per chi è previsto anche con appositi abiti di scena, cioè le toghe, diverse per avvocati e magistrati) e si devono muovere secondo ruoli prestabiliti nell'aula come quelli del teatro sulla scena. In questo senso le rappresentazioni di fantasia del processo sono, se si vuole, "teatro sul teatro".

Del resto, l'analogia è persino lessicale e, almeno in Italia, i protagonisti principali della "rappresentazione" processuale si chiamano "parti", come sono chiamati anche i ruoli assegnati agli attori del teatro (in campo civile chi promuove il giudizio si chiama "attore"); e addirittura delle norme, nel linguaggio giuridico italiano, si dice che "recitano" qualcosa, quasi fossero le parole di un invitato di pietra, o meglio, invisibile, e nondimeno molto presente sul palcoscenico, vale a dire, del quasi mitico Legislatore. Per giunta, quelle norme anche nel giudizio si devono "interpretare" come le parole della recita teatrale.

Inoltre, in Italia, ma non solo, giocano altre cose della nostra storia, e l'udienza si "celebra" secondo il "rito" di volta in volta previsto, come in una "sacra rappresentazione", che, a sua volta, appunto è pur sempre una rappresentazione scenica.

La cosa, d'altronde, è stata studiata anche in semiotica. Inoltre, come il teatro, e più in generale la letteratura, oltre che ovviamente il cinema e simili, sovente imitano il processo, così nel processo vero spesso i suoi protagonisti, più o meno consapevoli di quelle "mimesi", sono portati talvolta ad imitare il

teatro, ed a muoversi di conseguenza sulla “scena” processuale. I giuristi, ancora, spesso hanno dato vita a simulazioni di processi, a scopo per lo più didattico, che ovviamente non sono che delle messe in scena teatrali.

Ma il progresso tecnologico in uno a particolari esigenze processuali ha fatto sì che le norme sulla partecipazione al dibattimento (e non solo) a distanza (c.d. videoconferenza) abbiano infranto anche nel processo il principio dell’ “unità di luogo”, che resta tuttavia la regola. Per altro verso, tralasciando per ora l’ampia problematica della pubblicità del processo, l’attenzione dedicata dai media di massa ai processi giudiziari ha fatto dire che questi, se di particolare richiamo (spesso artificiosamente indotto), talvolta si svolgano anche, se non soprattutto, al di fuori delle aule di giustizia.

Per i processi civili non sono dettate esplicitamente regole come quelle innanzi richiamate, ma anche in quelli i soggetti coinvolti si comportano in aula secondo i ruoli assegnati.

Non si vuole andare oltre su un tema complesso.

Basti considerare, però, che – nonostante le regole formali più o meno rigide da osservare e che quindi chiunque, a vario titolo, sia coinvolto nel giudizio dovrebbe seguire nel parteciparvi -, il processo resta “una recita a soggetto”, per giunta senza precedenti prove degli attori. Una recita, anzi, in cui talora deve persino stabilirsi ciò di cui ci si deve occupare e in cui, anche una volta che sia certo il c.d. *thema decidendum*, i vari interpreti non recitano secondo un copione prestabilito. Ragion per cui resta sempre possibile il “colpo di scena”, ma non è detto affatto che il giudice sia un *deus ex machina*, che, come nel

teatro greco, sia il personaggio risolutore della tragedia.

## *IL CARCERE*

Il carcere e simili non sono solo luoghi di esecuzione delle pene o di altre forme di restrizione della libertà personale.

Anche il carcere talvolta è prim'ancora luogo del giudicare, quando il giudice vi si deve recare essenzialmente per interrogare imputati detenuti e decidere della loro libertà.

Per questo motivo io ne ho conosciuti parecchi: comuni, solo femminili, di massima sicurezza (c.d. supercarceri).

In questo caso l'apparente retorica sul rumore metallico di chiavi che vi si ascolta nei passaggi da un ambiente all'altro corrisponde alla realtà; ed è anche vero che tutti, a cominciare dai giudici, dovrebbero visitarli almeno una volta nella vita (come un memoriale di un campo di concentramento nazista).

Il carcere che mi ha più impressionato, però, non corrispondeva a quello stereotipo di celle e spazi chiusi in successione da sbarre, cancelli, porte metalliche, etc.. Si trattava della sezione femminile di una casa circondariale, allora – tanti anni fa – di recentissima costruzione, che ricordo somigliava più ad un ospedale spoglio di tutto, con corridoi lunghi, spaziosi e ancora luccicanti, in cui non c'era quasi nessuno. Io, in una giornata di sole pieno, vi interrogai quella donna minuta, che credevo colpevole e che io avevo fatto incarcerare, all'interno di una sa-

letta disadorna ed asettica come il resto, e mi parve l'unica persona lì allora imprigionata

Non ho mai visto un luogo che desse di più l'idea spaventosa della privazione della libertà.

### LA CAMERA DI CONSIGLIO

Anche la camera di consiglio in senso stretto è un luogo fisico del giudicare: normalmente è, infatti, una comune stanza piuttosto ampia e, secondo i casi, diversamente attrezzata, solitamente retroposta all'aula di giustizia o comunque alla stessa collegata; stanza in cui il giudice, monocratico o collegiale, si ritira per riflettere ed approntare la sua decisione senza la presenza di altri.

In un altro senso, però, è anche un "non luogo", perché non è affatto scontato che la decisione venga presa dal giudice solo in quella determinata stanza, e ben può essere, ovviamente, che la decisione maturi nel tempo in più luoghi e in situazioni del tutto diverse, dopo uno studio, condotto in solitudine o meno, a seconda che la deliberazione sia monocratica o collegiale, e dopo mille riflessioni, fatte magari ascoltando musica classica. In questo senso, se si preferisce, la camera di consiglio è una vera *wunderkammer*, ma mentale, in cui è collezionato tutto ciò che potrebbe meravigliare, ma avrà portato il giudice ad un determinato verdetto; e non è detto assolutamente che tutte queste "meraviglie" si trovino nella motivazione che successivamente il giudice scriverà (sulla motivazione v. infra).

Da un po' di tempo penso che Johann Sebastian Bach sia un uomo cui è stato eccezionalmente con-

sentito di vedere davvero molto della divinità, guardando per un bel po' (almeno per molto del tempo della sua vita) da una porta lasciata semichiusa che introduce in un luogo indefinito pieno solo di una forte luce ... che suona senza fine. La sua musica, tutta la sua musica, anche quella non esplicitamente sacra, mi dice questo, sembra il racconto di questa esperienza unica.

Quegli ascolti hanno influito su qualche mia decisione da giudice? Forse a livello neuronale sì.

### 3. Quando si fa il giudice

Quando si fa il giudice?

Come si è accennato, nell'immaginario collettivo il giudice tuttora non è giovane. E comunque non deve sembrarlo. Anche con questo si spiegano probabilmente le uniformi severe dei giudici, magari ancora in qualche Paese completate da parrucche bianche e incipriate. Alla figura, infatti, è normalmente associata l'idea di una certa esperienza della vita, che quanto più è lunga tanto più dovrebbe essere garanzia di saggezza, a sua volta, parte non secondaria (anche se magari non espressa in modo formale) della stessa legittimazione a poter giudicare altri, almeno al meglio. Per Blaise Pascal, poi, "Quando si è troppo giovani non si può giudicare bene, e neppure quando si è troppo vecchi". E così ha tracciato l'opposto limite di durata del giudicare: la decrepitezza annichilisce anche la saggezza, oltre ad indebolire le facoltà mentali.

Qualcun altro ha sostenuto che: "Non esiste condizione più favorevole per giudicare obiettivamente gli uomini di quella di chi abbia superato i cinquant'anni e non abbia figli" (Francesco Burdin, *Un milione di giorni*, 2001). Questo aforisma, però, non esige solo un requisito anagrafico ottimale, ma ben esprime l'opinione di chi in più evoca una figura sacerdotale di giudice, affrancato anzitutto dalle cure personali da dedicare alla prole (tra l'altro, qualche esperienza, personale e non, dice che spesso i giudici non sono dei buoni genitori). Quasi che

solo i figli possano occupare la vita di un giudice, piuttosto che coniugi, altri parenti stretti, amanti, fidanzati o fidanzate, amici e nemici. In ogni caso, la concezione del giudice quale *sacerdos juris*, votato alla causa di una giustizia ultramondana, non solo è vanamente utopistica, ma è anche intuibilmente molto pericolosa, come si è già accennato.

Nel *topos* del giudice maschio maturo, e perciò saggio, era un tempo compresa, inoltre, una recon-dita imitazione del *pater familias*, munito di una potestà, detta appunto patria, e quindi anche giudice domestico all'interno del nucleo familiare; ma la questione di genere è stata ormai superata rispetto ai giudici, almeno nel mondo occidentale. Del resto s'è già accennato che la stessa nozione di genere è ora controversa e a dir poco fluida: si pensi che per taluni studi scientifici i generi sarebbero più dei due che si assumono noti, con diversi "gradi" intermedi.

In Italia, ad esempio, le donne-magistrato hanno di recente superato nel numero i colleghi di sesso maschile, anche se restano poche quelle che occupano posti di vertice, e solo da poco la prima donna-giudice italiana ha potuto scrivere il "diario" della sua vita professionale.

In quasi tutti gli ordinamenti moderni, inoltre, i pur vari sistemi di reclutamento consentono l'ingresso nella giurisdizione di persone invece anagraficamente abbastanza giovani (prescindendo del tutto dal genere), la cui legittimazione è quindi, come suol dirsi, quasi esclusivamente "tecnica", ossia, ancorata ad un sapere giuridico verificato o accreditato, secondo i diversi sistemi, in vari modi: attraverso concorsi, precedenti esperienze, nomine da parte di organi di vertice nell'ordinamento, etc.. L'esperienza

seguinte nella vita e nel campo giudiziario, la formazione, l'aggiornamento e i successivi controlli, ufficialmente previsti, faranno il resto, e delinearanno piuttosto la c.d. carriera del singolo giudice.

Ma anche questo quadro, così sommariamente tracciato, è ora messo in crisi.

Da una parte, esistono appunto giudici giovani, i quali, anche se magari non impiegati subito nei compiti più delicati in virtù di limitazioni normative, di regola sono comunque pienamente abilitati a giudicare anche da soli.

Dall'altra, l'esperienza della vita e della giurisdizione pare seriamente declinante quale garanzia generica di affidabilità del giudice. Perché i mezzi sempre più progrediti di accesso, per chiunque e in tempo reale, a qualsiasi genere di informazioni, anche non giuridiche, possono rendere ben poco significative ed indispensabili biografie e memorie individuali (anche se tuttora, soprattutto in campo penale, suole dirsi che taluni magistrati sono "memoria storica" di determinate cose). Ciò che maggiormente conta sono dati rapidamente acquisiti e, almeno in apparenza, ben più sicuri di ricordi magari imprecisi ed esperienze meno controllabili.

Restano magari da giocare le carte delle capacità di collegamento, d'interpretazione e di elaborazione delle informazioni, capacità che un giudice di lungo corso può aver affinato nel tempo. Ma lo scenario che anche questo possa farlo tra poco una "macchina" appare meno fantascientifico che un tempo. Già ora le nostre appendici tecnologiche più evolute sono quasi parte, fisica e non, di noi tutti, giudici compresi, e consentono prestazioni eccezionali in termini di velocità e completezza. Dei c.d. nativi di-

gitali chi vivrà vedrà, certo è che già ora di siffatte protesi *hi-tech* ognuno ormai avverte meno la materialità, ragion per cui naturale è introiettarle come cosa propria. L'idea dell'*homme-machine* non è certo nuova (è tornato a riflettere sul tema da giurista S. Rodotà in "Il diritto di avere diritti", Bari, 2012, p. 312 e segg.). La novità probabilmente è che stiamo percependo, forse con maggiore consapevolezza, che questi supporti progrediti della tecno-scienza sono incidenti sulla nostra identità e sul nostro stato di coscienza.

Oggi probabilmente nessuno sarebbe già disposto ad essere giudicato da un computer. Sarà ancora così quando io giudicabile potrò vedere un mio simile nella macchina che mi deve giudicare, tanto sofisticata da essere infallibile, perché, non solo è in possesso di tutte le informazioni necessarie, ma persino è capace di cogliere i miei sentimenti?

Ho sempre trovato come una delle scene più commoventi della storia del cinema quella della "morte" del supercomputer HAL 9000 (che ragiona, parla e, alla fine, soffre, come un essere umano) nel film 2001 Odissea nello spazio; però, per parte mia, mi sono anche sempre molto immedesimato nel protagonista (sicuramente) umano della pellicola (ma umano non sino alla fine della storia) che quella morte liberatoria provoca.

Perché quanto ci sta accadendo – lo confesso – a me fa paura; anche se non avrei voluto vivere in un tempo diverso da questo. Perché sono curioso, ma ben so che non potrò vedere come andrà a finire.

Quella scena filmica, peraltro, potrebbe porre un problema davvero bello, appassionante e drammatico anche per il giurista (un problema forse tra poco

tempo non immaginario): commette un omicidio Bowman, il protagonista prevalente del film, quando disabilita del tutto il supercomputer, mentre quello, “morendo”, canta la celebre filastrocca Giro giro tondo? Vien fatto di dire *quid juris*? La passione per il diritto, comunque, risorge, quando meno te l’aspetti. Ma è passione per il diritto, o qualcos’altro? Certo è soltanto che le domande non finiscono mai.

Ma sono poi le domande giuste da porsi?



## 4. Per quanto tempo si fa il giudice

Per quanto tempo si fa il giudice?

### *LA DURATA DELLA GIURISDIZIONE*

Questo quesito è collegato a quello precedente, ma ha una sua autonoma dignità. Non è ovviamente indifferente la durata del tempo di esercizio della funzione. Esistono, infatti, giudici assoldati alla bisogna come i giurati e simili, i quali, pur se per un solo processo o comunque per un tempo definito e normalmente breve, sempre giudici sono. Si tratta, di regola, di comuni cittadini, privi di competenze giuridiche, e muniti invece di determinati requisiti culturali minimali e/o di particolari competenze specialistiche. Essi, quindi, faranno esperienza del processo solo come una parentesi della loro vita, e il saperlo in anticipo condiziona il loro modo di giudicare, del resto non sempre necessariamente in negativo: può essere che proprio l'unicità dell'esperienza sia vissuta con entusiasmo e concentrazione maggiori.

Tutt'altro discorso è quello dei giudici professionali, per i quali l'esercizio della giurisdizione tendenzialmente coinciderà con la durata dell'intera vita lavorativa, o addirittura della vita in assoluto (vi sono alcuni giudici supremi che appunto sono tali a vita).

Che fare il giudice diventi il lavoro di una vita rileva, infatti, sotto molteplici profili. Anzitutto, si avvererà il naturale identificarsi della persona nella professione: sono un giudice perché lo faccio e lo farò per quasi tutta la mia esistenza, con gli ovvi intuibili risvolti (questa, infatti, è una moderna forma di alienazione cui neppure il giudice sfugge). E risvolti non tutti positivi: la quotidianità del lavoro può diventare facilmente abitudine a giudicare. Laddove dovrebbe essere ormai chiaro che giudicare gli altri è sempre atto eccezionale, che non può diventare abitudinario. Inoltre, la presunzione di potersi giovare dell'esperienza accumulata in anni del medesimo lavoro renderà ancora più grave il rischio di quella "cattiva abitudine".

Ma, soprattutto, durante un'intera esistenza vi sono gioie, ma anche dolori, lutti, malattie, mutamenti di idee e mutamenti, ineluttabili, delle capacità individuali, o altri cambiamenti in apparenza estrinseci, però incidenti sulla persona. Può essere solo una toga nera corazza e scudo per difendersi dai dardi dell'oltraggiosa fortuna? È un caso in cui la risposta è contenuta nella domanda.

Eppure quella toga l'ho amata sin dal primo giorno della mia giurisdizione e credo che non me ne staccherò più. È rimasta sinora sempre la stessa, salvo il cambiamento dei cordoni divenuti dorati; ma la mia "coscienza", quel colletto o sottogola bianco che completa la nostra divisa, era divenuta sfilacciata e logora e ne ho dovuto acquistare una nuova. Anche questo non mi sembra casuale.

## II. LA DURATA DELLA GIURISDIZIONE COME POTERE

La durata della giurisdizione dei giudici-funzionari ha a che fare con il loro potere da un punto di vista che non è stato abbastanza sottolineato.

Almeno su questo punto i politici non avrebbero forse torto nel lamentare lo strapotere dei giudici professionali.

Ovviamente esistono da tempo politici di professione o, se si preferisce, professionisti della politica, vale a dire, persone dedite alla politica per molta parte della loro vita. Tuttavia, non solo spesso si tratterà di attività svolta *a latere* di altre, e quindi non in via esclusiva, ma la normale elettività alle varie cariche, i termini di durata delle stesse, i diversi meccanismi di selezione, designazione e cooptazione, le complicate dinamiche e le alterne fortune della stessa politica, incideranno decisamente sulla stabilità delle posizioni occupate. Inoltre, proprio il politico di professione, quand'anche in posizione di vertice, difficilmente negli ordinamenti moderni è un autocrate in grado di decidere da solo, men che meno per tutto il tempo del proprio incarico. Consultazioni e contrappesi ufficialmente previsti, inevitabili compromessi, influenza delle *lobbies* e degli apparati amministrativi, aspettative della pubblica opinione e dell'elettorato cui deve rispondere, indirizzi della formazione di appartenenza, etc., limiteranno in vario modo il suo potere anche nel tempo in cui c'è.

Il potere del giudice professionale, invece, è quasi vitalizio e comunque molto più stabile e meno condizionato, una volta che sia inserito nella categoria;

il che suole giustificarsi come una garanzia dell'indipendenza e quindi dell'imparzialità del giudice.

Indubbiamente, negli ordinamenti attuali, anche le sue decisioni, se non di ultima istanza, sono normalmente soggette a controlli (sempre, però, giurisdizionali, cioè praticamente interni alla categoria) e lui stesso vi è sottoposto, anche sul piano disciplinare, ma è altrettanto indiscutibile che la dilatata dimensione temporale del suo potere gioca decisamente a suo favore e dell'intero ordine.

Se esistesse una macchina in grado di misurare il potere complessivamente esercitato da un singolo giudice, nella miriade di decisioni adottate, più o meno importanti, nell'arco di un'intera vita professionale, traducendo in grandezze matematiche le libertà, i diritti, le ricchezze e le vite stesse di cui egli ha disposto, in confronto a quanto deciso, in ipotesi, da un ministro per il periodo di un paio di legislature, quale sarebbe il risultato delle misurazioni comparate?

Ogni giudice non dovrebbe mai dimenticare quanto a lungo è destinato a durare il suo potere.

Peraltro, almeno negli stati di diritto (o sedicenti tali), la giurisdizione è un potere che si potrebbe qualificare "finale", non solo in senso cronologico, ma istituzionale, perché in quegli ordinamenti anche il conflitto tra poteri diversi dello stato, ivi compreso lo stesso potere giurisdizionale, è alla fine deciso sempre da qualche giudice supremo.

Tanto allora per portare degli esempi tratti dalla storia recente, non appare affatto casuale che nella più grande democrazia della Terra proprio i giudici abbiano posto un deciso freno a notori ordini esecutivi presidenziali.

Così come è significativo, oltre che drammatico, che la magistratura turca sia stata decimata dal Potere politico centrale.

Né va trascurato, però, che la *High Court of Justice* di Londra abbia almeno imposto un passaggio parlamentare alla *Brexit*.

*Ergo*, anche il problema di quando i giudici debbano andare in pensione è indubbiamente politico, ed è un problema, apparentemente minore, ma invece non da poco rispetto alla dimensione temporale del giudicare.

### III. LA DURATA DELLA GIURISDIZIONE SOTTO FORMA DI BUROCRATIZZAZIONE DEL GIUDICE

Per altro verso, l'appartenenza del giudice professionale ad apposito corpo organizzato per buona parte della sua vita induce il pericolo che egli possa vedersi come un comune funzionario, che nella sua attività non deve far altro che seguire, senza mai discuterle, le regole proprie dell'organizzazione che abbia trovato in essere e mano a mano emanate per fare quindi la sua tranquilla carriera: essere puntuale nell'emanare i propri provvedimenti e nell'espletare tutti gli altri adempimenti, produrne un numero almeno pari a quello medio degli altri, insomma rispettare la "posologia" fornita dalla casa produttrice.

Ovviamente, inoltre, la c.d. burocratizzazione del giudice non è sempre dato politicamente neutro, ossia, indotto dal sol fatto di esistere un'organizzazione complessa del corpo cui appartiene, ma può essere

surrettiziamente provocata da poteri rivali per allontanare il giudice dalla vera giurisdizione e ridurne indirettamente, ma significativamente, la potenza. Non dicendolo, però, a chiare lettere, togliendogli, cioè, direttamente parte del potere di giudizio, ma rendendolo schiavo di mille e complicati adempimenti e procedure, tali da assorbirlo quasi del tutto in essi piuttosto che concentrato nel giudicare.

Così è senz'altro in Italia da qualche anno a questa parte, come si vedrà in seguito.

#### *IV. LA DURATA DELLA GIURISDIZIONE*

##### *NEL SINGOLO PROCESSO*

A questo aspetto è collegato quello del tempo del singolo giudizio (cioè “per quanto si fa il giudice” in un determinato processo). Naturalmente, per i destinatari del giudizio che quest’ultimo intervenga rapidamente o invece no sarà cosa guardata in termini di mera convenienza: una parte avrà interesse ad ottenere il verdetto quanto prima, oppure addirittura in un ben preciso momento, l’altra avrà contrario interesse. Sul piano ordinamentale, invece, la rapidità del giudizio viene vista ora come valore pubblicistico in sé, insito nel principio, pressoché ubiquitario, del giusto processo, di cui – anche secondo la nostra Costituzione – deve essere assicurata per legge “la ragionevole durata” (art. III, comma 2, Cost.). Altrettanto ovviamente, però, anche a riguardo, la regolazione dei tempi di ogni singolo giudizio è frutto di scelte di politica giudiziaria non neutrali, essendo chiaro che non è per nulla indif-

ferente che un determinato processo che afferisce a particolari diritti debba durare di più o di meno già secondo il legislatore.

Al giudice professionale, quindi, spesso non è permesso di liberamente disporre dei tempi del processo e del suo giudizio conclusivo, se non nei margini di una prudente discrezionalità, quando gli è data. Gli è, invece, di regola proibito il *non liquet* (e, cioè, dire che il caso non è chiaro e non può essere deciso); e neppure gli è consentita l'*epoché*, intesa come sospensione del giudizio, che, secondo alcuni, talvolta sarebbe paradossalmente la scelta più giusta. Egli deve decidere in qualche modo ... con la clessidra davanti.

Per giunta, neppure può prevedere quando il caso di un determinato processo gli sarà affidato, perché non è il singolo giudice all'origine del processo (resta vero che, di regola, *ne procedat iudex ex officio*) e quindi neppure decide quando iniziarlo.

Inoltre, non solo apposite regole codificate per taluni processi, ma anche i carichi di lavoro, più o meno contingenti, oltre che i mezzi a disposizione, condizioneranno decisamente la tempistica del singolo caso.

Può darsi, allora, che il giudizio conclusivo intervenga, secondo i casi, prima o dopo (molto più spesso, ahimè, dopo) di quando avrebbe dovuto essere, sia secondo le regole date che secondo quello che il giudice avrebbe voluto.

Insomma, la dimensione cronologica del giudicare è relevantissima anche in relazione al giudizio particolare.

## V. DOPO IL GIUDIZIO

Di norma allo stesso giudice non è consentito intervenire nuovamente sulla propria decisione, una volta adottata.

Quando è così per regola codificata, il consiglio liberatorio dei colleghi più esperti di solito è quello di non pensarci più e di distaccarsi dalla decisione presa.

Talvolta, in effetti, dopo determinate decisioni più impegnative, ho avvertito un senso di svuotamento.

Ma non ho sempre seguito quel suggerimento di non pensarci più. Spesso, invece, ho riletto più volte i miei provvedimenti già editati, e li ho riletti, secondo i casi, poco dopo la loro pubblicazione oppure a distanza di molto tempo dalla stessa (nel gergo legale, s'intende per pubblicazione l'ufficializzazione del provvedimento).

E non sempre quella rilettura postuma, "a cronometro spento", dipendeva dalla giustificata esigenza pratica di richiamare quei provvedimenti come miei precedenti in un'ulteriore decisione per un successivo caso analogo.

Peraltro, il mio archivio personale, anche se in parte perduto con la fine fisica dei primi computers del secolo scorso che utilizzai agli inizi della mia carriera, mi sembra ormai immenso e io stesso non mi ci oriento facilmente. Ora la perdita di quei dati della mia primitiva giurisdizione mi ferisce: mi sembra di aver perduto irrimediabilmente una parte di me.

Nel sistema italiano, inoltre, non è tuttora previsto che al giudice sia ufficialmente reso noto l'esito dei gradi successivi del giudizio in cui egli ha emanato una determinata decisione, ma la circolazione sem-

pre più progredita delle informazioni spesso fa sì che il giudice possa comunque apprendere la sorte dei propri provvedimenti negli sviluppi successivi del procedimento.

Di regola, inoltre, il giudice in prima persona neppure sempre controlla l'esecuzione del provvedimento che ha emanato; e, per giunta, quasi mai può rendersi conto davvero degli effetti in senso lato delle proprie decisioni, salvo l'eventuale e talvolta infedele rimbalzo mediatico (sul punto v. infra).

In ogni caso talora qualche mio ripensamento postumo sulle decisioni passate c'è stato, altre volte ho potuto più semplicemente constatare la caducità dei miei provvedimenti, superati quantomeno da nuovi orientamenti giurisprudenziali o dalle modifiche della disciplina di riferimento.

Taluni provvedimenti più remoti, che quando li approntai mi sembrarono importanti, ormai neppure li ricordo.

Eppure, se esiste uno "spirito delle leggi", dovrebbe esistere anche uno spirito delle decisioni dei giudici. Anzi alcune mie decisioni remote sono dei fantasmi che si aggirano nella mia mente.

Mi sono sempre sentito un giudice civile per vocazione e formazione, un po' prestatato al settore penale, quando – in realtà per non poco tempo complessivamente – vi sono stato impiegato.

Tuttavia proprio una vicenda penale ha segnato la mia vita professionale. Molti anni fa un piccolo delinquente, per giunta fisicamente menomato, fu barbaramente ucciso nella mia città a mezzo di molteplici colpi d'arma da fuoco. Il *locus commissi delicti* era in un punto del lungomare molto bello e che potrei definire "romantico", ma che per me è

rimasto ormai indissolubilmente legato a quell'assassinio (per la verità anche altri punti della città mi ricordano fatti di sangue).

Di quell'omicidio, sicuramente maturato nell'ambito della criminalità organizzata locale, furono accusati altri due personaggi minori di quel contesto criminale, condannati a severe pene giusta sentenza della Corte d'Assise, che divenne irrevocabile. Qualche anno dopo, però, emersero nuovi e molteplici elementi di prova circa quel delitto, che indicavano altre due persone come responsabili del grave crimine. I due condannati, quindi, presero a chiedere la revisione della decisione di quel primo processo, ma la Corte d'Appello non vi dette mai corso, lasciando intendere che non si sarebbe accontentata di prove che non fossero recepite in una sentenza di condanna passata in giudicato contro i nuovi imputati. Io condannai i due ulteriori accusati in sede di giudizio abbreviato, assolutamente convinto della loro colpevolezza. Tra l'altro, nuove e ripetute indagini dattiloscopiche anche nella forma della perizia avevano stabilito che taluni frammenti di impronte digitali, rimasti impressi sul serbatoio della motocicletta con assoluta certezza appositamente utilizzata solo per eseguire l'agguato mortale, si appartenevano ad uno dei nuovi imputati, attinti, inoltre, da plurime e convergenti indicazioni di reità, che sembravano disinteressate e attendibili essendo nel frattempo del tutto mutato lo scenario della criminalità organizzata locale, mentre il principale accusatore dei primi condannati aveva ritrattato la sua deposizione a loro carico.

La Corte d'Assise di Appello, però, ribaltò quel mio verdetto e assolse ambedue i nuovi imputati,

con una sentenza che ricevè il suggello della Corte Suprema di Cassazione.

Credevo di aver profuso il massimo sforzo motivazionale in una sentenza di condanna lunga 490 cartelle (evidentemente ... troppo lunga); e però, pur dovendo ovviamente rispettare la decisione che la riformò del tutto, sono tuttora assalito dal dubbio di non essere riuscito a spiegare, non solo la colpevolezza dei nuovi accusati, ma anche e prim'ancora l'innocenza dei precedenti condannati, i quali, alla fine, scontarono le loro pene sino all'ultimo giorno di carcere, al netto degli ordinari sconti per legge.

Di tutto questo mi sento responsabile. È uno dei fantasmi che prima io stesso ho evocato, come in una seduta spiritica.



## 5. Con chi si fa il giudice

Con chi si fa il giudice?

### *IL GIUDICE E I SUOI COLLABORATORI*

Nei sistemi evoluti attuali il giudice ha in primo luogo i suoi collaboratori diretti, normalmente stipendiati come lui e, di regola, non scelti da lui (in Italia denominati cancellieri). Che sono, inoltre, i suoi primi controllori, almeno sul piano formale: anzitutto ne certificano, infatti, l'attività, oltre ad assisterlo sul piano delle incombenze pratiche e ad eseguire i suoi provvedimenti. Nondimeno la quotidianità dei rapporti con queste persone ne farà spesso anche dei confidenti del giudice, ed essi a loro volta saranno portati magari ad esprimersi "laicamente" sui singoli casi trattati da quello. Cosa, questa, che può portare il giudice a vedere nei propri collaboratori diretti una prima voce, immediatamente disponibile, della pubblica opinione, cui di regola gli è proibito attingere. Al giudice è, infatti, vietato consultare quel "popolo", in nome del quale pure deve pronunciarsi, secondo la formula tuttora sovente adottata nell'*incipit* delle sentenze. Insomma, questi collaboratori spesso sono davvero delle risorse "umane" in senso specifico per il giudice, anche se in Italia sempre più esigue.

Esistono, inoltre, altri soggetti istituzionali a disposizione della giurisdizione, ma non giudicanti: il giudice, infatti, ha la sua polizia (che prende il nome di solito di polizia giudiziaria) e può avvalersi di altri ausiliari non stabili: consulenti, interpreti, traduttori, commissari *ad acta*, custodi, amministratori di vario genere, etc.; incaricati per le più disparate incombenze, specialistiche o pratiche, anche le più minute.

Nel fatto che il giudice disponga di una propria polizia istituzionale resta traccia consistente di quanto vuole significare la simbologia tradizionale e alquanto minacciosa che rappresenta ancora la giustizia armata di spada. Anche il boia, cui all'inizio si è accennato, è tuttora purtroppo in alcuni Paesi altro esecutore ufficiale degli ordini più esiziali dei giudici. Il che pone in termini estremi la questione dell' "obiezione di coscienza" del giudice, e cioè se egli possa rifiutarsi di emanare decisioni che, pur se previste nel proprio ordinamento, gli ripugnino quando devono essere irreparabilmente eseguite: per quel che possa contare, la mia risposta è positiva senza dubbio alcuno.

Ma in società alquanto complesse e ad alto tasso di progresso tecnologico-scientifico spicca ovviamente, molto più che nel passato, la figura del consulente o perito del giudice (che dovrebbe coadiuvarlo nell'usare quella bilancia che è l'altro simbolo statuario della giustizia).

Tuttora le corti ripetono il brocardo *judex peritus peritorum* come se fosse un principio ancora vigente nell'ordinamento, ma lo declinano in modo alquanto difensivo e quasi rinnegante. Invero, le corti supreme italiane, ad esempio, affermano che nel

nostro ordinamento vige il principio *judex peritus peritorum*, in virtù del quale è consentito al giudice di merito disattendere le argomentazioni tecniche svolte nella propria relazione dal consulente tecnico d'ufficio, e ciò, non solo quando le motivazioni stesse siano intimamente contraddittorie; ma anche quando il giudice sostituisca ad esse altre argomentazioni, tratte da proprie personali cognizioni tecniche; salvo specificare che il fatto che il giudice sia il perito dei periti non significa che può impunemente (è detto proprio così nella c.d. massima di Cass. pen., sez. II, 12.2.2015, n. 9358 !) disattendere una serie di concordi conclusioni provenienti da plurime fonti qualificate, sulla base della propria scienza personale.

È evidente, però, che quanto più sono specialistici e/o di frontiera i campi del sapere che vengono in considerazione, tanto più sarà arduo per il giudice dominare anche solo sul piano meramente logico (e non nel c.d. merito) i pareri degli esperti che abbia ottenuto.

Resta fermo perciò che, nonostante che si attraversi epoca di *open access* (cfr. Roberto Caso, *La via legislativa all'Open Access: prospettive comparate – The legislative road to Open Access: comparative perspectives*, Trento Law and Technology Research Group Research Paper, January 2014) e che teoricamente chiunque, giudici compresi, ora possa attingere qualsiasi tipo d'informazione con mezzi evoluti, il giudice attualmente non potrà fare a meno di questi esperti.

Piuttosto, come egli possa “gestire” tutta questa conoscenza, diversamente acquisita, persino eccessiva e difficilmente controllabile (per fonti e qualità

delle stesse) se non con gli stessi mezzi suddetti, può apparire un enigma avvolto in un mistero.

È questo il tempo di una borgesiana e labirintica Biblioteca di Babele. Non è più il tempo della Biblioteca di Alessandria o dell'Enciclopedia, utopie all'epoca quasi avverate di uno scibile ordinabile e dominabile.

## *II. IL GIUDICE E GLI ALTRI GIUDICI*

Inoltre, e con maggior rilievo, il giudice sovente giudica non da solo, ma almeno per determinati processi (solitamente quelli più delicati, almeno secondo il legislatore), insieme ad altri giudici, professionali e non. Molti ordinamenti, infatti, conoscono la giuria, cioè un gruppo di giudici non di carriera. In altri sistemi giudici non professionali integrano l'organo giudicante (come nel caso delle corti d'assise italiane e dei collegi per materie e settori speciali) oppure impersonano la giurisdizione in modo c.d. onorario; il che porrà specifici problemi sia circa il senso "politico" di questa partecipazione alla giurisdizione di soggetti, come suol dirsi, "laici" che in ordine alle relazioni che possano stabilirsi con la magistratura giudicante di carriera (vale a dire, quella che comprende i "chierici" del diritto).

Invece, il giudice professionale fa parte di un apposito ordine, ragion per cui, anche quando giudica da solo, sa che le sue decisioni potranno essere formalmente controllate da altri appartenenti alla sua medesima corporazione organizzata (nei c.d. gradi successivi del processo) o comunque da loro anzi-

tutto conosciute e valutate quali c.d. precedenti, ormai quasi sempre attingibili in tempo reale.

L'appartenenza allo stesso corpo professionale pubblico e l'eguale sistema di reclutamento e magari di aggiornamento assicureranno soltanto che quei giudici siano accomunati da un patrimonio di conoscenze giuridiche pressoché condiviso. Solitamente, inoltre, percorsi di studio analoghi, non solo a livello d'istruzione superiore, avranno preceduto l'ingresso nella magistratura giudicante.

Ulteriore fattore di omologazione potrà essere la provenienza da omogenee categorie socio-economiche e culturali, ormai non più elitarie.

Un tempo, invece, esisteva la nobiltà di toga, e nei miei cromosomi forse vaga ancora, da parte di madre, qualche gene in cui sono impresse remote origini partenopee da quella aristocrazia togata. Un mio antenato materno di nobile ed antica famiglia napoletana, magistrato illuminista e massone dalla vita alquanto lunga e avventurosa, fu anche, tra l'altro, Ministro di Giustizia e Polizia della Repubblica napoletana. Pur essendo stato quindi il marchese uomo di potere, con "il Potere" ebbe rapporti alquanto travagliati e controversi: esule a Marsiglia, dopo il ritorno dei legittimisti ed un'iniziale condanna alla pena capitale, ebbe importanti incarichi giudiziari dal governo francese, ma terminò la sua "carriera" da consigliere della Corte Suprema di Cassazione napoletana, e così pure finì le sue "molte vite" nella natia Napoli. Il che dimostra due cose: anche qualche storia di giudici varrebbe la pena raccontarla; pure per quanto mi riguarda, le origini lasciano più di qualche traccia. Anch'io, infatti, non sono affatto

tranquillo rispetto al Potere, a cominciare dal mio, più che da quello degli altri.

L'ingresso nella giurisdizione, inoltre, potrà segnare anche l'adesione dei singoli a diverse formazioni della magistratura associata, ispirate, però, da valori talvolta sensibilmente differenti (così è in Italia).

Ma, in epoca di "diritto debole" (non in senso specifico quale *soft law*, ma in senso quasi equivalente al pensiero debole della filosofia), tali presidi tralattizi della c.d. cultura della giurisdizione non potranno evitare che altre variabili indipendenti facciano il loro lavoro e che s'incontrino (o si scontrino) come giudici persone alquanto diverse per mentalità, educazione, sensibilità, carattere, moralità, orientamenti religiosi, politici e ideologici e bagaglio culturale, laboriosità, resistenza e abilità persuasiva. Peraltro, almeno nelle democrazie occidentali, in termini generali il principio gerarchico è recessivo tra i giudici, e la maggiore influenza che potrà avere il parere dei capi degli uffici e dei presidenti dei collegi, in teoria, dipenderà soltanto dalla maggiore autorevolezza che essi avranno potuto guadagnarsi sul campo (in soldoni all'atto della decisione il loro voto vale quanto quello degli altri). In Italia, però, il burocratismo aziendalistico-digitale che non ha risparmiato affatto la giurisdizione, come si vedrà meglio in seguito, rappresenta di fatto una potente contropinta al declino del principio gerarchico, facendo di presidenti di uffici e sezioni dei capi anzitutto appunto burocratici.

Giudicare con altri, quasi sempre non reciprocamente sceltisi, è quindi tutt'altra cosa che farlo da soli, e vi sono insiti, ma non sempre risolti, altri giudizi (forse pregiudizi), e cioè i giudizi che ognuno

dei membri del corpo giudicante ha, non rispetto alla soluzione del caso particolare, ma, prim'ancora, su ciascuno degli altri. Senza voler contare l'opinione che ogni giudice possa avere di se stesso, magari come metro dei giudizi sui propri colleghi, perché forse resta vero anche per i giudici che l'uomo è misura di tutte le cose. I rapporti di forza all'interno dei collegi giudicanti insomma possono essere a geometria variabile, a seconda della loro composizione personale, e forse il segreto della camera di consiglio fa velo ad inconfessabili *interna corporis* (ma gli *arcana imperii* degli altri poteri dello stato non sono certo da meno). Quando, poi, il giudice è plurale, quale sarà il numero ottimale dei componenti del collegio?

La "Critica del giudizio" è stata scritta oltre due secoli fa, invece una vera e kantiana "Critica dei giudici" deve ancora essere scritta. Infatti, tra i giudici, uomini o donne, ho trovato sorprendentemente alcune delle persone più interessanti che ho incontrato nella mia vita e mi sembra, perciò, che noi giudici dovremmo essere meglio studiati.

Il proverbio *tot capita, tot sententiae*, quindi, coglie tuttora il vero, non solo rispetto ai giudizi resi da singoli (c.d. monocratici), ma anche rispetto alle opinioni che possono essere espresse da ognuno dei componenti di un collegio giudicante.

Taluni ordinamenti, peraltro, prendendo atto di questa varietà dei punti di vista di ogni giudice in relazione al caso singolo, e rinunciando alla segretezza delle singole opinioni espresse nell'ottica della massima trasparenza, conoscono l'istituto della *dis-senting opinion* (cioè dell'opinione sul caso diversa da, o contraria a, quella degli altri componenti del

collegio), che può essere ufficializzata e resa pubblica. E che resti traccia del *minority report* potrà rilevare, non solo a vantaggio della futura evoluzione della giurisprudenza, ma anche in termini immediati di responsabilizzazione dei singoli giudici e di controllo delle decisioni di questi ultimi da parte di tutti.

La decisione finale del collegio in ogni caso sarà il frutto di tutta questa complessità; ma forse potrà meglio cogliere un'anteriore complessità che oggi più che mai è *in rerum natura*.

Per parte mia, pur aduso per tanti anni a decidere soprattutto da solo, proprio ora che non poche esperienze ho sedimentato sono confortato dal condividere la decisione con altri colleghi.

La solitudine del giudice, allora, è davvero una favola raccontata soltanto per esaltarne retoricamente e quasi romanticamente il travaglio di coscienza, ed attirare (inutili) simpatie ad una figura, come si è già visto, di suo ben poco attraente. A proposito della sua solitudine si è parlato in un passato che pare remoto di dramma del giudice (così P. Calamandrei, *Elogio dei giudici* scritto da un avvocato, 4<sup>a</sup> ed. Firenze, 1959, pag. 347).

Il dramma c'è, però, come sempre, è dramma (non della solitudine, ma) di rapporti tra vari personaggi, anche quando il giudice decide da solo.

Tutt'altra e vera è la solitudine "istituzionale" del giudice, che in Italia alcuni magistrati hanno pagato con la vita quando da soli o isolati sono rimasti maggiormente esposti alla violenza mafiosa.

### III. IL GIUDICE E GLI ALTRI MAGISTRATI

Vi sono, poi, altri funzionari pubblici, variamente denominati (in diversi Paesi chiamati pubblici ministeri) ed altrettanto variamente configurati, i cui compiti principali sono normalmente quelli di dirigere e condurre indagini per perseguire i reati ed esercitare quella che in Italia chiamasi azione penale, oltre che svolgere altre eventuali funzioni a seconda dei diversi ordinamenti.

Si tratta sovente di altri magistrati, dotati di competenze giuridiche, però privi della *jurisdictio*, anche se talvolta inquadrati nel medesimo corpo dei giudici.

Controversi ne sono, comunque, i rapporti con questi ultimi, visto che nel giudizio il pubblico ministero è parte, sebbene c.d. pubblica. Cosa che ha formato oggetto di un dibattito soprattutto in Italia fortemente alterato da una polemica senza fine (soprattutto sulla c.d. separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri), che ha visto contrapposti la magistratura, in particolare associata, ed i politici.

Quando entrai in magistratura, il professore con il quale mi ero laureato (e con il quale per anni avevo continuato a collaborare a livello accademico) mi chiese: “Beh, come ti senti con questa *jurisdictio* in mano?”. Io gli feci notare che in Italia, una volta vinto l'apposito concorso, è possibile che si svolgano le funzioni di pubblico ministero piuttosto che quelle giudicanti, e che quindi poteva toccarmi in sorte anche di essere titolare dell'azione penale (per i meccanismi circa la scelta del primo incarico), ed egli prese atto della mia risposta con un: “ah, già”. Ben sapeva ovviamente che è così, e lo aveva nel contin-

gente solo dimenticato, forse perché dava per scontato e presagiva, del tutto esattamente peraltro, che io avrei fatto il giudice.

Di fatto, nella mia ormai non breve carriera, io ho sempre fatto solo il giudice e sono convinto che continuerò a farlo. Della serie: non me la sento di perseguire ed accusare gli altri, ma sono disposto a giudicarli e a condannarli magari ... a parecchi anni di carcere, e insomma ad avere l'ultima parola sul caso.

Nondimeno già nel rispondere come sopra al mio professore di un tempo andato avevo forse eluso quella domanda iniziale ("Perché si fa il giudice?") che per me è tuttora rimasta senza una risposta profonda. Anche se credo ora che non sarei stato capace di fare altro, e che non avrei potuto fare tutte le cose che sognavo da ragazzo (dall'astronauta al pittore, al ... filosofo, passando dallo scacchista).

"Giudice" è anche il titolo con il quale preferisco essere chiamato dagli altri, senza ulteriori riferimenti alla particolare funzione di volta in volta esercitata. Anzi da uno dei miei maestri ho ereditato il vezzo di non aggiungere, nei miei provvedimenti monocratici, neppure il titolo di dottore alla mia sottoscrizione, perché – lui diceva – "è un di più, visto che, se sono giudice, certo è che una laurea in giurisprudenza l'ho conseguita".

Infine, la parola "Giudice", non a caso, è nel titolo di questo libretto.

#### *IV. IL GIUDICE E GLI AVVOCATI*

Compagni di strada dei giudici, infine, sono ovviamente gli avvocati. L'espressione "compagni di

strada” non vuole essere accattivante. Gli avvocati condividono anzitutto con i giudici l'appartenenza ad una medesima categoria più ampia, quella dei giuristi, e in particolare alla specie dei giuristi pratici (altrimenti detti, operatori del diritto).

Almeno in parte comuni, quindi, potranno essere formazione e tecniche di aggiornamento. Essi, inoltre, condivideranno con i giudici, da diverse posizioni, esperienze e luoghi del giudicare. Del resto, sovente vi è osmosi tra le due corporazioni, molto più di frequente nel senso che taluni avvocati transitano nella magistratura giudicante (in taluni sistemi i giudici sono reclutati tra gli avvocati), e nel passare alla giurisdizione non potranno ignorare la pregressa esperienza dell'avvocatura (così è stato per me che provengo da quella esperienza a titolo personale e familiare).

Anche gli avvocati accedono normalmente alla professione con modalità selettive e sono organizzati in propri corpi autonomi; ma, salve le eccezioni della avvocature pubbliche, restano liberi professionisti, pur se nei contesti socio-economici più progrediti sono sempre più spesso inseriti in varie forme di associazioni professionali, che talvolta assumono configurazione societaria di ragguardevoli dimensioni; il che rende sempre più marginale la figura dell'avvocato esercente la professione a livello individuale e mette a repentaglio l'indipendenza del singolo professionista.

Dappertutto gli avvocati sono molti di più dei giudici, talvolta, come in Italia, esageratamente di più (anche in rapporto al numero dei giudicabili). E una classe forense pletorica può, da un lato, alimentare

un contenzioso artificioso ed ingiustificato e, dall'altro, produrre una sua marcata dequalificazione.

Ma non è solo la preponderanza numerica degli avvocati a rendere non sempre facili i rapporti tra le due categorie. L'ovvietà che solo il giudice somministri torti e ragioni necessariamente all'uno o all'altro degli avvocati in lizza resta dato di fondo immanente e non superato dei loro rapporti. Ma l'avvocato, quando vince la causa, avrà il vantaggio psicologico, negato istituzionalmente al giudice, appunto della vittoria. Non è, ancora una volta, affatto casuale perciò che la figura dell'avvocato sia molto più attraente di quella del giudice nel cinema e nella letteratura e che persino ex-magistrati quando sono divenuti scrittori hanno scelto come protagonisti dei loro romanzi giudiziari avvocati (o investigatori) piuttosto che giudici (è il caso del mio concittadino Gianrico Carofiglio).

Gli avvocati, comunque, in sistemi giuridici a sempre più alta complessità, sono più che mai indispensabili, e in tali sistemi acquisteranno sempre maggior peso le specializzazioni da loro acquisite in particolari settori. È impensabile più che in passato, infatti, che i giudicabili in prima persona, siano o meno cittadini, possano agire in giudizio o difendersi da soli.

Infine, l'appartenere alla medesima e più ampia categoria dei giuristi fa sì che giudici ed avvocati sperimentino insieme lo smarrimento e la crisi che attualmente riguardano la stessa figura del giurista in generale (cfr. Roberto Caso, *Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande*, in Trento Law and Technology Research Group, Research Paper n. 25)

Rimangono, quindi, compagni di strada dei giudici perché questi ultimi non sono posti al traguardo della giustizia terrena come i giudici di arrivo di una gara, ma al pari degli avvocati in cammino su una via che spesso può apparire per tutti il sentiero di una dantesca selva oscura.



## 6. Con quali mezzi si fa il giudice

Con quali mezzi si fa il giudice?

*HABENT SUA SIDERA LITES*

Questo capitoletto, molto più degli altri, fa riferimento alla realtà italiana della giurisdizione, e subito se ne capiranno le ragioni, biografiche e non.

Il mio primo incarico da giudice fu di unico titolare di una sezione distaccata di pretura che aveva sede in un paese essenzialmente agricolo nel nord della Puglia, con una circoscrizione territoriale comprensiva di paesi più piccoli ad analoga vocazione (mi furono peraltro assegnate ulteriori funzioni presso la sede centrale della pretura). Quel territorio, caratterizzato ancora in parte dal latifondo, costituiva un “paesaggio” da preservare anche sul piano ambientale. L’edificio ove era ubicato l’ufficio risaliva alla fine dell’Ottocento, e non versava certo in condizioni ottimali. Ma la spaziosa stanza del Pretore – prescindendo da un’imbarazzante moquette di colore verde – era molto ben arredata, tra l’altro, con un’ampia scrivania completata da lampada di design; quella stanza era in diretta comunicazione con l’aula di udienza, piuttosto piccola, ma con mobili in legno d’epoca ben tenuto ed affrescata con un’immagine tradizionale della giustizia. disponevo di una discreta biblioteca, delle principali riviste giu-

ridiche e la Gazzetta Ufficiale della Repubblica perveniva in ufficio con una sorprendente puntualità (considerato che il paese sede della pretura neppure era servito da ferrovia). Allora, infatti, l'uso in ambito giudiziario di banche-dati e computers era ancora agli albori e soprattutto quelli suddetti erano gli strumenti conoscitivi professionali che si potevano adoperare. Inoltre, io disponevo, oltre che di due vicepretori onorari (utilizzati con parsimonia), del direttore di cancelleria titolare, di altro funzionario di pari grado, oltre che di ulteriore personale di cancelleria più che sufficiente e degli ufficiali giudiziari. I cittadini avrebbero potuto regolare gli orologi, come quelli di Königsberg con Kant, sull'ora del mio arrivo in ufficio, ma poi mi ci trattenevo, per lo più da solo, spesso fino alla sera per lavorare, e in quei casi la gente poteva vedere la luce ancora accesa della mia stanza, perché affacciava sulla strada. Avevo rapporti cordiali con gli avvocati. Ma non avevo stabilito nessun rapporto di amicizia, se non con l'anziano titolare del ristorante a gestione unipersonale (unico anche per la qualità inarrivabile); un ristorante che io – abusando non del mio potere, ma di quella sola amicizia – mi permettevo di frequentare giungendovi a fine udienza anche parecchio dopo l'ora di pranzo (visto che vi ero immancabilmente accolto), e dove mangiavo (benissimo) in perfetta solitudine, come il commissario Montalbano. I miei amministrati potevano rendersi conto che qualche volta ero raggiunto lì dalla mia defunta moglie (come Montalbano da Livia), la quale tanta parte aveva avuto nel mio essere divenuto giudice, e che dormivamo nell'unico albergo che in tanti anni ho esclusivamente utilizzato. Le mie udienze penali spesso

si protraevano senza soste fino al tardo pomeriggio (con enorme sacrificio del cancelliere costretto per lunghe ore alla verbalizzazione scritta a mano, che io pretendevo molto precisa, e talvolta si avvicendavano due cancellieri ad assistermi nel corso della stessa udienza), e dopo qualche tempo mi accorsi che avevo un pubblico che le seguiva soprattutto per i processi che riguardavano alcuni reati ambientali. I sindaci cambiavano con una notevole frequenza, mentre io rimasi pretore lì per diversi anni. Anni in cui mi si poteva vedere, oltre che visitare, quale giudice tutelare, un istituto che ospitava minori abbandonati, anche presso le sedi dei Comuni rientranti nella circoscrizione, per svolgere i compiti amministrativi di controllo all'epoca affidati ai pretori circa atti dello stato civile, liste elettorali e in occasione delle elezioni, e ricevere talvolta nella mia stanza in ufficio i cittadini che avvertivano l'esigenza di parlare direttamente col Pretore.

Non mi sono più sentito tanto giudice come in quel microcosmo di giurisdizione, in cui credo di essere stato percepito come qualcuno che si occupava delle persone.

Ma – si dirà – a quei livelli alla giustizia non occorrono molti mezzi.

Alcuni anni dopo, non molti, tornato temporaneamente a lavorare nel capoluogo di regione (ove vivevo e vivo) come Giudice per le indagini preliminari distrettuale, celebrai il mio primo maxi-processo (tra i tanti trattati anche in seguito) in udienza preliminare a carico di oltre 100 imputati di reati in materia di droga. Molti dei quali in custodia cautelare su mio ordine, adempiuto con ampio dispiego di mezzi: si trattò di un'operazione "militare" che

risultò eseguita in una sola notte a mezzo di centinaia di carabinieri e l'uso addirittura di elicotteri per le catture in una vicina cittadina, che era diventata polo di attrazione di tossicofili e tossicodipendenti anche al di fuori della regione, e il cui centro storico era stato preventivamente "cinturato". Furono catturati contemporaneamente tutti, tranne uno, il quale, dopo una breve latitanza, fu arrestato al suo ritorno dall'estero in aeroporto, dove era "atteso" praticamente da tutte le Forze di Polizia (cosa della quale lo stesso ebbe modo di lamentarsi con me quando lo interrogai, chiedendomi in dialetto se per caso lui fosse Totò Riina). L'udienza preliminare, protrattasi per alcuni giorni, fu tenuta in una gigantesca c.d. aula-bunker della mia città, ubicata al di fuori del palazzo di giustizia. In quella struttura (poi smantellata, perché reputata insicura), in cui erano state impiegate notevolissime risorse pubbliche, c'erano gabbie per tutti che il giudice, come un signore del panopticon di benthamiana memoria, poteva vedere con numerosi monitors sistemati su uno sterminato banco di parecchio sopraelevato rispetto al piano di calpestio ove erano poste le gabbie (altrimenti gli imputati ospitati in quelle sul fondo dell'aula sarebbero risultati delle figurine lontane); queste ultime erano collegate al pannello di comando anche in audio. Ma, quando feci una ricognizione della retroposta stanza che doveva fungere da camera di consiglio, constatai che era sprovvista, tra l'altro, di computers (nel frattempo ormai diffusi, molto meno quelli portatili), oltre che di un fax (necessario per i collegamenti con l'esterno ed in particolare con i vari istituti penitenziari, onde il cancelliere che mi assisteva era costretto a tornare in palazzo

di giustizia allo scopo), essendovi presente solo un comune telefono. Per condurre a termine il mio lavoro, quindi, vi portai da casa il mio p.c. privato con stampante (indispensabile tra l'altro per approntare i vari provvedimenti da emanare anche in udienza).

Poco tempo dopo ancora, rientrai definitivamente nella mia città, per esercitare, su mia domanda, le funzioni di giudice del lavoro in tribunale in grado di appello, in una sezione oberata di procedimenti, ma neppure avevo una stanza in ufficio (come del resto la mia collega che componeva il collegio insieme al presidente) .

Questa aneddotica personale dimostra che in Italia i mezzi di cui un giudice può disporre dipendono anche dalla "fortuna", molto meno dall'importanza e dall'entità degli impegni cui è chiamato.

Quindi, i nostri antichi progenitori, quando dissero *habent sua sidera lites* (non letteralmente: anche le liti sono influenzate dalle stelle), avevano davvero ben visto ... nelle stelle quello che sarebbe accaduto molti secoli dopo nel territorio di quella che viene ritenuta la patria del diritto da loro fondata.

In Italia, infatti, fino a qualche tempo fa chi fosse coinvolto in un giudizio poteva trovare un giudice più efficiente in un quasi sperduto paese della Puglia profonda piuttosto che nell'allora florido capoluogo di quella regione. Le stelle avevano decretato così.

### "C'È DEL METODO IN SUA FOLLIA"

Nel giro dei successivi quindici anni circa le cose sono ulteriormente cambiate in peggio.

La doglianza circa la penuria di mezzi nel settore della giustizia (mezzi in senso lato, includendovi anche le c.d. risorse umane, sempre più ridotte), da parte della magistratura italiana, in particolare associata, la sento da quando sono giudice, cioè ormai da molto tempo. Ed è indubbiamente vero che giudici e risorse materiali ed umane sono distribuiti nel territorio in modo assolutamente diseguale e irrazionale, e che il personale di cancelleria è sempre più insufficiente; il tutto – non va dimenticato – in un Paese che resta tra quelli più ricchi del mondo, nonostante la crisi economica che ancora attraversiamo.

Immagino, però, che il ricorrente *cahier de doléance* a riguardo – nel tempo più o meno efficacemente propalato -, sia ormai un mantra che nella migliore delle ipotesi lasci indifferente l'opinione pubblica, se non provocare noia, come è per me. Pienamente comprensibili, invece, sono l'irritazione e la mancanza di fiducia nella giurisdizione da parte dei suoi destinatari, sia per i tempi che per i risultati della giustizia in Italia: quei destinatari di una giustizia alla fine ingiusta, infatti, non saranno di certo consolati dal constatare che la giurisdizione dispone di mezzi insufficienti, mal distribuiti e peggio impiegati.

Probabilmente dovrebbero essere spiegate alla gente anche altre cose. La burocratizzazione che ha investito la categoria dei magistrati è fenomenologia che riguarda non solo la giurisdizione, ma tanti altri settori. Nel nostro campo così essenziale per il funzionamento della democrazia, però, è stata perseguita in tanti modi. Talvolta meno percettibili, ed anzi sbandierati, o in superficie interpretabili, come

tentativi di rafforzare e rendere più efficiente la giurisdizione. Anche se recenti indagini statistiche ufficiali indicano che la macchina della giustizia è sempre più percepita dai suoi destinatari come altamente burocratizzata e complicata; il che sta a significare che, per fortuna, le gente non si fa prendere in giro facilmente.

*Codex/ novum/ infortiat/ codex/ vetus*: ognuna di queste parole è scritta sul dorso di ciascuno dei cinque corposi tomi dell'intero *Corpus Juris Civilis* nell'edizione cinquecentesca veneziana (con tanto di glosse scritte a mano di chissà chi ... nei secoli), che, insieme a diversi altri libri antichi di diritto, mi trovai nella biblioteca di mio nonno paterno. Quindi, nello scaffale i volumi posti nel dovuto ordine consentono di leggere la su riportata frase ottimistica (quell'incunabolo è un vero ipertesto *ante litteram*). Ma che il diritto nuovo italiano "rinforzi" quello vecchio mi sembra oggi molto ... opinabile.

Ad esempio, l'*enforcement* dell'informatizzazione in corso da alcuni anni anche nel sistema giudiziario, che sembra muoversi in questa direzione efficientistica, alla prova dei fatti si è rivelato mal regolato sul piano normativo (basti pensare che quasi subito talune questioni interpretative, spinose quanto evitabili dal legislatore, sono giunte sino alla Corte Suprema di Cassazione), e peggio realizzato sul piano organizzativo ed operativo. Ma soprattutto è stato ed è un incredibile volano del moltiplicarsi di procedure e adempimenti burocratici di ogni genere e da espletare ogni volta in modi diversi; il che appare difficile credere dipenda soltanto dal pur effettivo complicarsi dell'intero sistema. È il caso paradigmatico del c.d. processo civile telematico,

per il quale è sufficiente – ma per chi abbia però nervi davvero molto saldi – rimandare alla lettura dell'ineffabile art. 16 bis d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv., con modificazioni, nella L. 19 ottobre 2012, n. 245 (articolo che si compone di un numero di commi difficilmente quantificabile, frutto di progressivi “aggiustamenti”, si fa per dire). Quel solo articolo, infatti, prescindendo completamente da tutte le altre numerose norme tecniche e non, emanate nel campo, è praticamente incomprensibile, ma proprio per questo parla da sé.

D'altronde, la complessità della società attuale non mi sembra neppure una valida “attenuante generica” di tutto questo, perché resta da vedere chi l'ha provocata tutta questa complessità, e rimangono da perseguire concorrenti, magari esterni, ancora impuniti, e da individuare i conniventi, comunque moralmente e politicamente responsabili di tutto questo, magistrati compresi, ovviamente.

In campo strettamente processuale, ad es., è sotto gli occhi di tutti un folle moltiplicarsi di riti differenti soprattutto nel settore civile, ma la riforma di semplificazione dei riti civili del 2011 si è rivelata una presa in giro, perché forse, al contrario di quanto promesso, ha addirittura introdotto tra le righe qualche nuovo modello processuale in aggiunta a quelli, innumerevoli, già esistenti.

Inoltre, la spinta burocratizzazione soprattutto digitale, come in altri campi del settore pubblico, è stata pensata e realizzata in quell'ottica aziendalistica, mutuata quasi di peso dal settore privato in senso lato; un'ottica in cui il traguardo è rappresentato soprattutto da risultati quantitativi bruti (ossia sentenze e provvedimenti sempre più sintetici e nel

maggior numero possibile, il rispetto di tempi contingenti e la riduzione del lavoro arretrato), a tutto scapito della qualità della giurisdizione nei singoli processi. Soprattutto i magistrati in posizione di vertice degli uffici ed i presidenti di sezione sono sempre più assorbiti in molteplici, inutili e talvolta incomprensibili incombenze burocratiche, oltre che nel controllo stretto degli altri magistrati (di cui, a loro volta, sono responsabili). Per farne dei managers dell'amministrazione della giustizia, dove il profilo dell' "amministrazione" prevale nettamente su quello della "giustizia". Uno dei miei ultimi capi aveva ben percepito tutto questo, vi si era in un certo senso ribellato, e, nonostante l'immane impegno burocratico, privilegiava quello nella vera giurisdizione. Fu sbrigativamente classificato come un "decisionista". E questo lo ha pagato a caro prezzo nella coda della sua carriera comunque prestigiosa. Ha la mia incondizionata ammirazione.

Per altro verso, i giovani magistrati – complice di rilievo una generale e grave decadenza soprattutto morale, oltre che culturale, del Paese – non possono più trovare in quelli di più lungo corso, così presi e sacrificati dal soverchiante burocratismo digitale, modelli virtuosi della giurisdizione, e purtroppo sovente paiono ben adattarsi al nuovo trend. Nel corso della mia carriera mi sono state affidate decine di uditori giudiziari (ora diversamente denominati, che sono comunque i magistrati in tirocinio nei vari uffici prima dell'assunzione delle loro funzioni), e più di una volta sono stato magistrato collaboratore per organizzare e seguire il tirocinio di gruppi di nuovi magistrati. Ho sempre cercato di svolgere questi compiti, che considero molto importanti, con

impegno e passione, ma negli ultimi anni il tempo che ho potuto dedicare ad ognuno di loro si è decisamente ridotto. Io invece sono entrato in magistratura in epoca in cui ebbi la fortuna e l'onore di conoscere quelli che tuttora riconosco come i miei maestri della giurisdizione, capaci di insegnare, nel pur poco tempo a disposizione, come si fa lo strano mestiere del giudice.

La recente riforma della magistratura onoraria e le molteplici forme di affiancamento di varie figure al giudice professionale (tirocinanti a diverso titolo, ausiliari, etc.) stanno di fatto creando una categoria molto eterogenea, ma sempre meno precaria e sempre più rivendicativa, di operatori del diritto di serie B, direttamente sottordinata alla magistratura di carriera. E tanto fa sì che quest'ultima sia ormai oltremodo impegnata nel "gestire" tutti questi soggetti, ovviamente secondo regole ordinamentali e burocratiche di volta in volta diverse e soggette a frequenti modifiche.

Il vagheggiato "ufficio del giudice" è diventato "ufficio del processo" e la variazione semantica non appare casuale, perché non mette più al centro il giudice, anche se in effetti poco conta l'esatta definizione di qualcosa che non esiste.

Come si vedrà meglio in seguito, anche le varie norme dichiaratamente varate per semplificare in particolare la redazione della sentenza civile si muovono, in realtà, nell'ottica di svilire la qualità del lavoro giurisdizionale in quello che più dovrebbe caratterizzarlo, e cioè nello spiegare bene le ragioni di una determinata decisione. Facendo sì che i provvedimenti giurisdizionali somiglino sempre di più a quelli amministrativi.

Parecchi anni prima, peraltro, era iniziato un processo di progressivo sfoltimento ed accentramento degli uffici giudiziari, con all'origine la dissennata (ma forse in realtà premeditata) scelta della soppressione della figura del pretore, prima diffusamente presente sul territorio nel modo cui sopra si è fatto cenno. Sicuramente, infatti, qualche pretore avrà abusato della propria particolare posizione soprattutto nel corso del tempo, talvolta esagerato, di permanenza in un determinato ufficio. Ma quel giudice, così conoscibile e vicino alle persone che si rivolgevano alla sua giurisdizione, "impersonava" sul territorio un valore simbolico e ordinamentale, secondo me inestimabile ed insostituibile.

Quel processo di riduzione e accentramento degli uffici è, poi, proseguito, in particolare con la riforma di geografia giudiziaria del 2012, ed è tuttora in corso, con risultati e accoglienza a dir poco controversi.

Nella stessa direzione, per esempio, sembra muoversi l'emananda riforma in materia di giustizia minorile e di famiglia, con la creazione di un solo tribunale autonomo per minori, famiglia e persone. Invero, quest'unico organo giudiziario era da tempo vagheggiato, ed è indubbio che la coesistenza di Tribunali per i Minorenni, con le loro Procure della Repubblica dedicate al settore, e delle Sezioni presso i Tribunali ordinari, che si occupano del diritto di famiglia e di persone, era foriera di vari inconvenienti processuali e non, in primo luogo quello di stabilire i rispettivi ambiti di competenza dei due organi, che, per legge, non comunicano tra loro. Questi ultimi, inoltre, erano e sono portatori di c.d. culture della giurisdizione alquanto differenti. In estrema sintesi, i Tribunali per i Minorenni, con i

loro numerosi giudici onorari specializzati soprattutto in psicologia, insieme alle loro Procure *ad hoc*, sono orientati ad interventi mirati nell'interesse superiore dei minori, realizzati attraverso una notevole cooperazione con amministrazioni e servizi in senso lato (non solo i servizi sociali, ma anche i consultori familiari pubblici, i reparti di neuropsichiatria infantile, le scuole, le prefetture, associazioni varie, oltre che figure professionali specialistiche, etc.); interventi (anche di natura amministrativa) operati attraverso schemi procedurali particolari e meno rigidi di quelli consueti. Invece, le Sezioni dei Tribunali ordinari che si occupano di famiglia e persone (e, per lo più, non solo di queste materie), soprattutto per essere composte da giudici abituati a trattare anche tutt'altro in campo civile (ad es., dai diritti reali alle cause ereditarie), realizzano la loro giurisdizione (che pure riguarda parecchio minori di età), in modo forse più tecnico, ma anche molto più tradizionale, avvalendosi soprattutto dei comuni mezzi di prova in processi molto più simili a quello ordinario di cognizione. Comunque, il nostro attuale sistema della giustizia minorile ha rappresentato un esempio anche per quelli più avanzati in Europa nel campo della tutela dei minori, ossia, di soggetti creduti deboli per definizione (soprattutto quando si tratti magari di minori stranieri giunti in Italia non accompagnati).

Tra le non poche cose che ho fatto l'esperienza di giudice minorile mi manca. Tuttavia, avendo svolto per alcuni anni anche le funzioni di giudice della famiglia presso una Sezione di un Tribunale ordinario (sezione che per oltre un biennio nel complesso ho anche presieduto da facente funzioni), ho potuto

confrontare questa mia esperienza diretta anche con quello che ho appreso in tanti colloqui con colleghe che invece quel lavoro di giudice minorile lo hanno fatto per lunghi anni (una anche da presidente del locale Tribunale per i minorenni). Ebbene, quando, da giudice ordinario della famiglia, mi sono trovato ad affrontare relazioni familiari oltremodo difficili, soprattutto per i minori che vi erano coinvolti, ho potuto constatare i limiti soprattutto degli strumenti, sia istruttori che d'intervento, di cui disponevo nel confronto con quelli che, in analoghe situazioni, avrebbe potuto azionare il Tribunale per i Minorenni, oltre che il differente approccio al caso determinato da norme processuali e non, foriere, a loro volta, di una diversa cultura della giurisdizione.

Secondo me, quindi, l'ottica in cui si doveva muovere il legislatore era quella di integrare ed armonizzare visioni della giurisdizione nel campo delle persone, a cominciare da bambini e adolescenti, sì molto diverse, ma degne entrambe di essere considerate, soprattutto quella della nostra giustizia minorile specializzata, reputata d'avanguardia ed efficiente ("Una delle poche cose che funziona davvero in Italia", ha riassunto la già citata collega). Invece, il disegno di legge che sembra prossimo all'approvazione smantella sostanzialmente quel sistema di giustizia dedicato e, per l'ennesima volta, ovviamente sotto la solita insegna di una pretesa efficienza e dell'abbattimento dei costi, accorpa il sistema della giustizia minorile ai tribunali ordinari con le relative procure della repubblica, e, cioè, quelle che si occupano anche degli adulti (nell'ambito di queste ultime, quindi, esisteranno soltanto dei c.d. gruppi

di lavoro per i pubblici ministeri che si occuperanno anche, ma non esclusivamente, dei minori).

E mi sono soffermato di più sul settore dei rapporti familiari, non solo perché ne ho diretta esperienza, ma perché pare che esso da solo incide per il 40% dei giudizi; senza neppure voler considerare l'intuitiva rilevanza assoluta degli interessi involti in quei rapporti e nei relativi giudizi.

Altra cosa che viene contrabbandata come un toccasana è la specializzazione dei giudici. Presto o tardi, infatti, per determinati settori (più di recente, protezione internazionale, proprietà intellettuale) vengono istituite per legge (meno nella realtà) sezioni specializzate, che ovviamente si vorrebbero far percepire come cosa buona e giusta, perché sembra fin troppo intuitivo che un giudice, non solo specializzato, ma completamente dedicato, in un determinato campo, sia più competente ed efficiente di chi si debba occupare di tante cose diverse. Sennonché, molto banalmente innanzitutto si dovrebbero "specializzare" bene quei giudici da impiegare nelle apposite sezioni. Ma soprattutto fare il giudice, in un qualsiasi campo, per quanto possa essere particolare, non è la stessa cosa che fare il medico in una determinata specialità. Nel campo medico può essere indispensabile, ad es., il sanitario specializzato in una determinata microchirurgia. Per i giudici, invece, la specializzazione eccessiva e l'inserimento in sezioni specializzate possono essere addirittura controproducenti e creare giudici-burocrati che non sanno più vedere oltre il proprio campo specifico di osservazione, per quanto sia importante. Per parte mia, io, che pure sono stato giudice specializzato,

m'iscrivo con convinzione alla corrente eclettica della magistratura, ma anche a quella ... scettica.

Infine, anche molte altre riforme, apparentemente minute, di ordinamento giudiziario sono state varate sempre sotto la bandiera dell'innovazione, della pretesa efficienza e, ovviamente, del risparmio di risorse; una bandiera sotto la quale si stanno consumando le peggiori "nefandezze".

Insomma, sembra che vi sia del metodo in questa follia. Del resto, quel metodo, nella tragedia shakespiriana, viene attribuito dalla corte danese ad Amleto, che qualcuno ha poi individuato come una personificazione drammaturgica del principe machiavellico, che gioca tra apparenza e realtà (cfr. Il metodo di Amleto, intervento di Giulio Giorello al Primo Convegno sulla Comunicazione della Scienza, Forlì, ottobre 2002, nella trascrizione a cura di Silvana Barbacci disponibile in formato pdf in [jcom.it.sissa.it/sites/default/files/documents/jcom0201\(2003\)cor\\_it.pdf](http://jcom.it.sissa.it/sites/default/files/documents/jcom0201(2003)cor_it.pdf)).

Per l'appunto come pare stia avvenendo in Italia da qualche tempo a questa parte.

Secondo Voltaire, l'*ancient regime* sembrava pianificato per rovinare i cittadini.

Il regime attuale in Italia è certamente più ambizioso, perché appare molto ben pianificato per rovinare non solo i cittadini, ma anche tutti i giudicabili di qualsiasi cittadinanza, nazionalità e provenienza, mortificando in vari e studiati modi la giurisdizione.



## 7. Per chi si fa il giudice

Per chi si fa il giudice?

### *NEMO JUDEX IN CAUSA SUA*

Non per se stessi: *nemo judex in causa sua*. L'aforisma, nella forma negativa della proibizione, sta a significare in prima battuta l'imparzialità che deve contraddistinguere la posizione del giudice nel singolo processo: il giudice in esso deve appunto essere imparziale in senso stretto, e cioè non essere parte lui stesso rispetto a quanto forma oggetto del suo giudizio.

Ma il detto ben può essere piegato anche ad esprimere un concetto ulteriore e in positivo, e cioè che l'attività istituzionale del giudicare è necessariamente rivolta ad altri rispetto al giudice.

Peraltro, questa vocazione altruistica del giudicare non è senz'altro appannaggio esclusivo della giurisdizione. Vi sono ovviamente tante altre attività umane contraddistinte dalla medesima vocazione, ma per il solito mirata rispetto ad individuate categorie di "altri". Ad es., il volontariato della tale associazione è dedito a quella determinata categoria di persone svantaggiate cui l'associazione stessa ha per scopo di dedicarsi.

Invece nel tempo attuale la giurisdizione, teoricamente, è in attesa di chiunque si rivolga ad essa. Non necessariamente i cittadini dello stesso stato

del giudice, cui naturalmente subito si pensa quali destinatari della giustizia di quest'ultimo. Almeno da quando l'accesso alla stessa non è più riservato o limitato a determinate categorie di soggetti e tutto in teoria è, come suol dirsi, giustiziabile, cioè suscettibile di essere sottoposto all'esame di un giudice naturale, ma precostituito per legge. Piuttosto, vi saranno per legge giudici specializzati, dedicati per determinate materie a rispondere alla domanda di giustizia di particolari categorie di giudicabili (è il caso in Italia del giudice del lavoro).

È lecito distinguere all'interno di questa platea aperta ed indefinita di giudicabili? Preferisco, anzitutto, questo termine "giudicabili" alla locuzione utenti del servizio-giustizia, perché la giurisdizione è indubbiamente un servizio reso ad altri, ma la terminologia forse più adoperata suona troppo "utilitaristica" e mette in ombra la prospettiva personale del giudizio.

Come dovrebbe essere ormai chiaro in questo libretto, talvolta con la dovuta ironia, sono richiamati gli aforismi della tradizione giuridica, che rappresentano comunque un ottimo banco di prova per il controllo sullo stato dell'arte della giurisdizione. Talvolta, infatti, quei detti della saggezza antica ci fanno solo meglio avvertire quanto, e cioè moltissimo, ci divide ormai dal passato. Altre volte, però, essi sono sorprendentemente attuali e comunque consentono talune riflessioni interessanti.

È il caso di questa definizione del processo: *processus est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis, in iudicio contententium* (quasi letteralmente: il processo è un dibattito fra tre persone contendenti in un giudizio, attore, convenuto e giudice; ma con gli

occorrenti adattamenti essa viene ritenuta valida anche per il campo penale).

La definizione si deve al Bulgaro, giurista e glossatore bolognese, ed ha quindi quasi mille anni. Però è ancora attuale perché ci aiuta a non dimenticare che il giudizio è una cosa davvero molto “personale”, e che anche il giudice come persona umana è nel processo di fronte ad altre persone. Qui, infatti, il giudice è posto sullo stesso piano delle parti, ed anzi la costruzione sintattico-grammaticale della definizione autorizza una traduzione dal latino in cui egli è incluso tra i contendenti nel dibattito processuale come persona; cosa che, come si vedrà tra poco, è ancora vera, anche se difficile da spiegare.

Inoltre, le parti del giudizio ben avrebbero potuto essere considerate nel capitolo dedicato a “Con chi si fa il giudice”, visto che il processo si fa anzitutto con le parti e insieme alle parti, ed anche in questo la definizione coglie nel segno quando evidenzia un contesto personale che accomuna loro ed il giudice: in definitiva è solo il giudizio con cui si chiude il processo a rivelare meglio che le parti sono altresì le sue destinatarie, cioè le persone per le quali si fa il giudice.

Tornando, allora, alla dimensione altruistica del giudicare, potrà il giudice, anche non specializzato, ignorare di trovarsi di fronte nel singolo giudizio soggetti c.d. deboli? ... o di fronte ai c.d. poteri forti?

## *ULISSE E IL CANE ARGO*

Nel film indiano del 2001 “Samsara” il giovane monaco buddista Tashi – dopo tre anni, tre mesi e

tre giorni di meditazione solitaria in un eremo sui monti dell'Himalaya – lascia a cavallo il monastero in cui è vissuto da quando aveva cinque anni, con al seguito il suo cane, giunge al guado di un fiume, si spoglia dei suoi abiti da monaco e s'immerge nel fiume, ma, quando si riveste di abiti comuni, il suo cane gli abbaia e lo abbandona.

Questo episodio ben esemplifica il pessimismo di fondo di civiltà diverse da quella c.d. occidentale sia sull'individuo che sulla possibilità di essere riconosciuto come tale (tra l'altro la storia del film si conclude, dopo alterne vicende, con il ritorno del protagonista nel monastero).

Tashi, non appena smette i suoi panni di monaco e dopo che il bagno nel fiume gli ha fatto perdere evidentemente il suo odore, non viene più riconosciuto persino dal suo cane.

Ulisse, tornato ad Itaca dopo i famosi vent'anni di guerra, avventure, disavventure e viaggi (uno persino nell'oltretomba), giunge in quella che era la sua reggia, travestito da mendicante, ma vi viene subito riconosciuto solo dal suo cane Argo, che ormai molto vecchio muore immediatamente dopo aver rivisto il suo padrone, lungamente atteso, il quale di nascosto si asciuga una lacrima (l'unica da lui versata in quella parte del poema, che non a caso prende il nome dal suo protagonista assoluto, diversamente dal titolo del film indiano di cui s'è detto all'inizio, perché Samsara allude ad un "oceano dell'esistenza" in cui l'individuo si perde o è trattenuto senza soluzione).

L'episodio, apparentemente minore dell'Odissea, è stato comunemente tramandato ed avvertito soprattutto come commovente: il cane Argo rappre-

senterebbe una duratura fedeltà nei confronti del padrone; taluno, peraltro, ribaltando una facile esegesi animalistico-sentimentale, ne ha fornito un'interpretazione politicamente corretta, quanto controcorrente: il noto passo avrebbe un significato negativo, praticamente schiavistico.

Secondo me, invece, il senso dell'episodio è molto più profondo e importante.

Non è questionabile in primo luogo che Ulisse sia tuttora il campione della civiltà occidentale. Ne è riprova anzitutto l'inossidabile "fortuna critica" di un personaggio pure dai non pochi aspetti negativi (anche secondo la morale dell'epoca remota in cui è collocato), ma che (diversamente dalla figura del giudice, tanto per portare un esempio a caso) attrae da sempre grandi e piccoli (io ne fui affascinato sin da bambino).

Del resto, la "persistenza" del personaggio è certa sino all'attualità. Senza pretesa di completezza, passa dall'Ulisse dantesco, il quale nel folle volo che segue alla celebre orazion picciola sembra sviluppare – non si sa se volutamente o meno (non sono certe le fonti sulle quali si sia basato a riguardo l'Alighieri) – quel brano dell'Odissea in cui l'uomo dal multiforme ingegno preannuncia alla moglie Penelope che era destinato a riprendere il mare. Quella persistenza passa ancora dall' "Ulisse" modernista di James Joyce, che (è ancora un libro e) replica personaggi e temi del poema fondamentale, se non fondativo, della nostra civiltà. E giunge sino al già citato film 2001 Odissea nello spazio (significativamente invece uno dei pochi casi in cui il libro è stato successivamente ricavato da colui che era l'autore solo del soggetto dell'opera cinematografica, e non

il contrario); pellicola che, come si è già notato, si conclude con un ulteriore viaggio “psichedelico” del protagonista (e non di certo con un rinunciatario ritorno in un monastero). Inoltre che Bowman sia un’ennesima reincarnazione dell’eroe omerico è rivelato dal suo cognome (composto da bow, arco, e man, uomo), che allude evidentemente ad Ulisse come abile arciere. Senza contare la sterminata sagistica sul poema, anche molto recente.

Esaminando allora il nostro episodio apparentemente secondario del poema, Ulisse, quando in incognito ritorna ad Itaca, si fa sostanzialmente riconoscere (in momenti diversi) sia dal porcaro Eumeo che dal figlio Telemaco, viene riconosciuto dalla sua vecchia nutrice Euriclea ma solo per una cicatrice al ginocchio rimastagli da quando era infante, e cioè per un segno fisico particolare ed inconfondibile, non si vuole subito far riconoscere dalla moglie Penelope, la quale, a sua volta, è molto cauta rispetto allo straniero che le si presenta (ella condivide col marito parecchie caratteristiche) e che per essere certa che si tratti di Ulisse pretende astutamente da quello il ricordo di un segreto tra gli sposi (il loro inamovibile netto nuziale che il marito aveva ricavato da un unico tronco d’ulivo lì dove la pianta era cresciuta), persino al padre Laerte deve dare prova della sua identità.

Non è dato sapere, invece, come il cane Argo riconosca il padrone che, non solo è travestito da mendicante, ma dopo ben vent’anni dalla sua partenza, trascorsi – come si sa – non proprio tranquillamente, deve essere ben mutato nel suo aspetto (il che si arguisce da altri passi del poema); peraltro, l’animale è così vecchio e malconcio da non avere neppure

la forza di avvicinarsi ad Ulisse, onde è da escludere un riconoscimento olfattivo del padrone.

Eppure solo il cane Argo, e cioè un essere non umano, riconosce immediatamente Ulisse, agitando la coda ed abbassando le orecchie, e subito dopo muore.

D'altronde, quel riconoscimento è reciproco: la lacrima furtivamente versata da Ulisse rivela che anche lui ha subito riconosciuto il suo cane, nonostante l'animale sia così mal ridotto. Inoltre, nel successivo scambio di battute tra lui ed Eumeo pure Argo viene ricordato come individuo, e cioè per le caratteristiche che lo distinguevano: bellezza, forza, snellezza, abilità nella caccia.

Come nelle indagini e nei giudizi propriamente detti anche in questo caso i dettagli sono rivelatori.

Qui è racchiuso un ottimismo di fondo della nostra civiltà circa l'individuo, in generale e in particolare umano, che può essere riconosciuto sol che se ne colgano le caratteristiche identitarie che lo distinguono e, nondimeno, lo legano anche al resto del mondo al di là del consorzio umano e persino al di là del tempo che passa. Ulisse è riconosciuto appunto solo dal "suo" cane, cioè da un essere vivente, ma non umano, in ipotesi inferiore all'uomo, e che vive ancora per poco, perché muore subito dopo quel riconoscimento. Inoltre, come si è visto, anche le reincarnazioni più recenti di Ulisse sembrano prometterci che la nostra avventura comunque continua, anche se non si sa come.

L'episodio, però, ci assegna anche un compito: in base a che cosa si riconosce la singola persona umana?

## IL GIUDIZIO COME RICONOSCIMENTO

Questo è in definitiva il compito anche del giudice: “riconoscere” come il cane Argo la persona che deve giudicare, con un fiuto diverso dai cinque sensi e che ha qualcosa anche di non umano, ma sempre individuale. In questo senso, giudicare resta un atto di presunzione per il pretendersi in possesso della superlativa capacità di riconoscere l’altro; e, nel contempo, è un atto di umiltà per il tendere a rapportarsi all’altro appunto come individuo, quale che ne sia la condizione.

La favola omerica ci insegna che il riconoscimento vicendevole anche dal punto di vista di chi giudica è anzitutto possibile ed è indubbiamente personale. Come ciò avvenga resta, però, un mistero, ed è qualcosa, a sua volta, da scoprire. E forse è questo il vero motivo per cui quella piccola storia ancora ci commuove.

In quell’episodio antico v’è probabilmente davvero il *minimum* che esclusivamente la nostra civiltà occidentale può rivendicare a sé in confronto alle altre: il riconoscimento del valore dell’individuo, anche al di là delle sue condizioni apparenti o contingenti. Di nient’altro possiamo menar vanto: ad esempio l’olocausto all’inizio ricordato è cosa nostra e storicamente molto recente, e non lo dovremmo mai dimenticare, anche per non far valere rispetto ad altre civiltà pretese e non dimostrabili superiorità. Invero, proprio quel valore dell’individuo noi civilissimi e coltissimi europei occidentali lo abbiamo annullato nel modo più spaventoso e assoluto.

Anche nel giudizio, quindi, non possono essere preconcepite inclusioni in altrettante categorie, date

magari, a loro volta, per presupposte, di soggetti deboli (o forti) ad orientare il giudice. Questa logica è quella che può portare allo sterminio senza neppure passare dal giudizio. Del resto, con l'avvento della globalizzazione, tuttora le pretese identità, non degli individui, ma di gruppi umani sono all'origine di difese a dir poco aggressive.

Qualche collega sostiene con convinzione che si giudicano i fatti e non le persone.

Io non sono affatto d'accordo.

In primo luogo è la legge stessa sia nel ramo penale che in quello civile ad imporre al giudice di considerare sotto vari profili la persona i cui fatti devono essere giudicati nel processo.

In secondo luogo, ...

Ma non so continuare, e mi accorgo che questo passo non può che rimanere incompiuto.



## 8. Come si fa il giudice

Come si fa il giudice?

Qui non si vuole certamente dire come si deve fare il giudice, men che meno in senso precettivo o genericamente pedagogico. Si aspira piuttosto a tentare di spiegare in quali condizioni nella modernità si fa il giudice. Anche se, inevitabilmente, qualche “segreto del mestiere” verrà a galla.

### *1. IL GIUDICE E LA CONOSCENZA DEI FATTI*

Qualcuno ha parlato ancora di “arte di giudicare” (così G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Laterza, 1996). Locuzione che arieggia le arti un tempo dette liberali e comunque suggerisce l'idea che anche il giudicare sia un'arte, ma nel senso originario di “*téchne*”, cioè di saper fare o sapere qualcosa. Nella specie in un'attività squisitamente intellettuale, caratterizzata e dominata, però, da un sapere ben preciso, quello della scienza giuridica, che almeno il giudice professionale, quale giurista pratico, deve possedere. Tuttavia, che il diritto sia una scienza è controversibile, e in ogni caso pare certo che non si tratti di scienza esatta.

Eppure, aristotelicamente il giudicare è strettamente collegato al conoscere (“Ciascuno giudica bene ciò che conosce, e solo di questo è buon giudi-

ce”, è detto nell’Etica Nicomachea), e cioè ad un’attività presuntivamente razionale.

Per Immanuel Kant addirittura “pensare” e “giudicare” sono la stessa cosa.

Tuttora, infatti, il processo per antonomasia è chiamato in diversi ordinamenti, come quello italiano, “processo di cognizione”, delineando quale eccezione una cognizione detta “sommaria” in determinati procedimenti in contrapposizione ad una cognizione che, di regola, aspira ad essere piena e completa.

L’attività del giudice, quindi, è anzitutto conoscitiva. Ma in primo luogo l’acquisizione delle sue conoscenze dei fatti rilevanti è nel processo, e limitata dal processo (pure nel processo c.d. inquisitorio anzitutto dalle c.d. prove legali, ormai comunque in declino, nelle quali il peso di una determinata prova – ad es. il giuramento e la confessione – era predeterminato dal legislatore e vincolava il giudice). Acquisizione limitata, anche, come si è già detto, dal tempo talvolta contingentato che gli può essere assegnato per il giudizio. In sintesi, infatti, da un lato, vige per lui il divieto di far uso della propria scienza c.d. privata circa i fatti da accertare nel processo e, dall’altro, quei fatti dovranno essere accertati, di volta in volta, secondo le regole processuali vevolevoli per ogni giudizio, che spesso gli precluderanno di acquisire d’ufficio, cioè di sua iniziativa, le prove e persino di ricercarne le fonti, pur essendo ora attualmente disponibili mezzi in grado di cercare senza posa nella Biblioteca di Babele. Si è già visto, inoltre, come egli possa tentare di acquisire e di governare conoscenze particolari e segnatamente scientifiche

che esulano dal campo del diritto e quali siano gli spaesamenti che ciò può provocare.

In definitiva, da un punto di vista giuridico, il sapere del giudice è una conoscenza regolata, e regolata in modo da rispettare il principio dispositivo in tema di assunzione delle prove, e quello dell'onere della prova, nonché da far sì che egli resti equidistante dalle parti, e debba evitare vizi nella raccolta delle prove.

Ma, da un punto di vista gnoseologico, la conoscenza del giudice sicuramente è imbrigliata, non è libera ed è quindi limitata.

E questo cortocircuito logico è ben espresso dalla locuzione “verità processuale”, che sta a significare appunto che il giudice può raggiungere non la verità in assoluto (ammesso che esista), ma quella migliore che gli è consentita nei limiti del processo dettato dalla legge.

Il compito dei giudice circa l'accertamento dei fatti è stato sovente paragonato alla figura dello storico (“Il giudice e lo storico” è il titolo di un famoso saggio di Piero Calamandrei del 1939, ma l'accostamento da allora è divenuto ricorrente tema di riflessione).

Nondimeno, mentre qualsiasi verità “storica” potrebbe essere successivamente rimessa in discussione a seguito di ulteriori ricerche e approfondimenti, invece quella accertata dal giudice, come e più di quella dei narratori di fantasia (per Umberto Eco che Superman sia Clark Kent nessuno lo può discutere, mentre che Napoleone sia morto a Sant'Elena qualche storico “revisionista” un domani lo potrebbe sempre smentire), è destinata a diventare ten-

denzialmente indiscutibile (con il giudicato), anche se era stata limitata e relativizzata dal processo.

Infatti, *res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*; ma soprattutto la conclusione del noto brocardo, se, da una parte, sta a voler esprimere in forma estrema e paradossale la forza del giudicato, dall'altra, significa anche ammettere che nel diritto applicato in giudizio si debba tollerare che addirittura ciò che è falso possa diventare vero. Il che indubbiamente evoca un notevole pessimismo di fondo a riguardo (ma occorre riconoscere anche che affermare che il giudicato possa trasformare persino i vincoli di sangue naturali è stato davvero premonitore da parte dei nostri progenitori).

Non appare affatto casuale, allora, che il *totem* del giudicato di recente sia molto più messo in discussione che nel passato, e che anche a livello di corti internazionali sempre di più se ne indaghino i limiti.

Inoltre, dal giudice si esige anche altro che essere un dotato giurista, e gli si richiedono vaste conoscenze, non circoscritte al campo del diritto, tanto che, come si è visto, si finge ancora che sia *peritus peritorum*, e quindi teoricamente abilitato a far uso della propria scienza personale in qualsiasi settore dello scibile.

Ma il giudice professionale, cacciato in questa *impasse*, potrà far uso di vari strumenti propri della sua "arte", e quindi, per esempio, nascondere in argomenti retorici un'inconfessabile percezione meramente intuitiva di un caso che non ha potuto (o

voluto) conoscere in modo esauriente e razionale e, come si è visto, nel tempo teoricamente occorrente.

La cosa può e deve essere vista anche da un altro punto di vista.

È acquisito che potere e conoscenza sono strettamente interdipendenti in modo quasi circolare: quanto più si conosce più si ha potere, e tanto più potere si ha tanto maggiore sarà il vantaggio cognitivo derivante dalla posizione rivestita, quasi come una rendita conoscitiva di posizione appunto (fornita, per così dire gratuitamente e senza sforzo per il solo fatto di occupare un determinato posto). In particolare chi occupi posizioni di vertice (anche nella magistratura ovviamente) disporrà di informazioni privilegiate di prima mano che gli derivano dai rapporti collegati all'esercizio di quel potere, e da fonti che gli verranno quasi spontaneamente messe a disposizione, in tempo, come suol dirsi, reale; mentre gli altri quei dati, se attingibili, dovranno procurarseli per proprio conto, sovente a non indifferenti costi di tempo e danaro, o magari solo intuirli. Inoltre, il potere fa la conoscenza e comunque può condizionarla, se non manipolarla.

Orbene, il potere conoscitivo limitato del giudice in via ufficiale potrà essere giustificato (forse sarebbe meglio dire, mascherato) dai principi apparentemente neutrali della tradizione (*nemo iudex procedat ex officio, iudex iudicare debet secundum alligata et probata partium*, la necessaria terzietà del giudice, etc.). Ma, quando si discute di segreto di stato, di segreto bancario, di segreti professionali, di *privacy*, di mezzi c.d. invasivi di ricerca della prova, quali, per es., le intercettazioni di comunicazioni nelle loro varie forme, di reati informatici, di processi che

riguardano i politici o altri c.d. poteri forti, di anonimato della madre che non vuole essere nominata all'atto della nascita di chi ha messo al mondo, e via ipotizzando, quali limiti della conoscenza del giudice, ognuno vede come l'esistenza e la relativa disciplina degli stessi dipendono da scelte della politica. Queste ultime, quindi, sono state occasioni di tensioni e scontri con la magistratura giudicante e non, proprio perché i giudici possono, più o meno consapevolmente, mal sopportare quei limiti, dettati da ragioni che, secondo i casi, possono sembrare loro ingiuste, e magari imposti dal potere politico per non far sapere solo determinate cose nel processo e quindi all'opinione pubblica.

Insomma, il tema della conoscenza anche per il giudice è di tale complessità che vira "verso l'infinito ed oltre".

## II. IL GIUDICE E LA CONOSCENZA DEL DIRITTO

Invece, rispetto al diritto, e cioè al campo che gli è proprio, il giudice in teoria non s'imbatte in limiti di sorta, e può liberamente acquisire le informazioni giuridiche che ritiene gli servano.

Anzi il brocardo della tradizione *jura novit curia* (il giudice conosce le leggi) sta addirittura ad esprimere il concetto che nel giudice si presume una conoscenza quasi innata del diritto, da lui posseduta per il sol fatto di essere giudice. E l'altro bellissimo aforisma *da mihi factum, dabo tibi jus* (narrami il fatto, ti darò il diritto) – in cui il soggetto sottinteso della proposizione è appunto il giudicante rispetto a chi a lui si rivolga in un rapporto personale diret-

to – manifesta magnificamente lo stesso ottimismo sulla capacità del giudice di somministrare giustizia sol che gli vengano provati i fatti rilevanti.

Naturalmente le cose oggi non stanno esattamente così. Il giudice professionale viene tuttora accreditato di sapienza giuridica.

Ma il tema delle fonti del diritto (id est ciò da cui si attingono le regole, come l'acqua che sgorga naturalmente da una fonte) è divenuto anch'esso estremamente complesso, al punto che talvolta è arduo persino stabilire quale sia il diritto oggettivo da utilizzare nel caso concreto. In retroguardia ormai la consuetudine, il diritto positivo non da ora è costituito, non certo solo dalla legge scritta (di cui un tempo che pare preistorico il giudice era solo la "bocca" che doveva pronunciarla), ma anche da una miriade di fonti c.d. secondarie (regolamenti, ordinanze amministrative, codici di autoregolamentazione, norme deontologiche e tecniche, protocolli, etc.), di incerta natura, prodotte da soggetti e organi diversi (e non solo dal quasi mitico Legislatore) e in continuo divenire.

La molteplicità, il rapido modificarsi nel tempo, il tecnicismo, ma anche il difetto di coordinamento, di tutte queste fonti eterogenee, ormai prevalentemente esterne ai rassicuranti codici, e non sempre raccolte in testi organici almeno settoriali (quelli che in Italia si chiamano spesso testi unici o codici di settore), fanno apparire sempre più di frequente come un miraggio ricostruzioni sistematiche (che non sono mai state politicamente asettiche, ma da qualche tempo paiono rese difficili anche da più ridotte capacità e volontà di elaborazione culturale). La spesso dubbia fattura sintattico-grammaticale,

prima che tecnico-giuridica, di queste fonti – di solito frutti di travagliati iter gestazionali soprattutto a livello parlamentare e risultati di logiche compromissorie, tipiche della politica – ne renderà ardua anzitutto una comprensione che possa costituire base per un'accettabile interpretazione. Quindi, il legislatore – ossia, uno dei poteri dello stato secondo la tradizionale tripartizione, le cui leggi il giudice dovrebbe solo al più interpretare e far osservare -, sovente risulterà soggetto invece ostile al giudice singolo. Talvolta potrà darsi il caso di trovarsi innanzi antinomie (cioè leggi tra loro in contraddizione), non apparenti, ma effettive.

Il soccorso che può venire dai principi fondamentali, magari attinti dalle costituzioni o dalle fonti internazionali, dai principi generali dell'ordinamento, dall'analogia, dalle varie e discusse tecniche d'interpretazione, dalle c.d. clausole generali, dall'equità, dai precedenti giurisprudenziali (se vi sono), dal ripensamento di quelli che un tempo erano *obiter dicta* (cioè cose dette incidentalmente nel provvedimento) e *dissenting opinions*, dalle riflessioni della dottrina, dalla coscienza sociale, dall'analisi economica del diritto, dal metodo della comparazione con altri ordinamenti, sarà indubbiamente importante. Innanzitutto, però, non è azzardato dire che su ognuno di questi vari ausili sono stati scritti fiumi d'inchiostro dagli stessi giudici, oltre che dai giuristi teorici.

L'attivazione di tutti questi strumenti, in ogni caso, molto dipenderà, non tanto dalla risposta, forse impossibile, che ogni giudice abbia potuto dare al quesito iniziale (“Perché si fa il giudice?”), se se l'è posto; ma soprattutto dalla volontà e dalla capacità di

rendersi “scopritore” del diritto. Visto che oggi non può certamente più essere “la bocca che pronuncia le parole della legge”, quand’anche volesse esserlo, e che avrà sempre la remora di non diventare, o prima ancora apparire, “giudice legislatore”.

In base a quali criteri e valori il giudice “scoprirà” quel diritto che talvolta (come Dio) pare nascondersi? Come e perché opterà per il ricorso all’analogia piuttosto che fondarsi sulla coscienza sociale? Ovviamente basarsi sull’uno e/o sull’altro dei suindicati “aiuti” può portare ad approdi molto diversi.

Tuttora, questa ricerca anche per il giudice può apparire una lotta per il diritto (“La lotta per il diritto” è il titolo dell’opera più famosa di Rudolf von Jhering), e può far risultare anche il giudice un competitore impegnato in questa lotta. Ciò pone in dubbio quello che si è detto all’inizio circa il ruolo non agonistico del giudice? Non nei confronti delle parti del singolo giudizio, pena la perdita della sua necessaria imparzialità. Rispetto, però, al governo che il giudice potrà fare di tutto quello cui si appellerà quando non trovi risposte immediate nel diritto positivo, il discorso è del tutto diverso.

È chiaro allora che negare che l’euristica del giudice abbia a che fare con la politica, non solo sarebbe ipocrita, ma significherebbe negare l’evidenza dei fatti.

Per questo – e non per le diverse ragioni che solitamente vengono sostenute – io sono contrario all’ingresso in politica dei magistrati, ed in particolare dei giudici.

Perché soprattutto i giudici la politica già la fanno, più o meno consapevolmente, e, come si è già visto, quelli che sono giudici professionali, per molta par-

te della loro vita. *Ergo* non vi sarebbe bisogno che la facciano altrimenti.

Insomma, parafrasando Carl von Clausewitz, anche la giurisdizione (che è conflitto, come la guerra) “non è che la continuazione della politica con altri mezzi”.

È possibile allora per il giudice restare imparziale quando cerca il diritto da applicare? Secondo me sì, questa che pare una magia si può averare. E – quale che sia la risposta individuale alla domanda di partenza (“Perché si fa il giudice?”) – l’ambizione anche professionale del giudice, secondo me, dovrebbe essere quella di fare politica in modo più consapevole, e cioè tenendo ben presente che la giurisdizione non è che un altro dei modi inventati dagli umani per governare lo stare insieme in società, facendo delle scelte che necessariamente sono a favore di o contro qualcuna delle parti del giudizio; scelte che, a loro volta, sono ispirate ai valori dell’ordinamento come trovati e interpretati dal giudice. Il che emerge con ogni evidenza quando si dice che in taluni casi il giudice è chiamato a fare un bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco.

### III. IL GIUDICE E LA DOTTRINA

Non conta solo se e come il giudice può conoscere dei fatti e del diritto.

Grandemente influisce su come si fa il giudice in qual modo sono conosciuti lui per primo ed i suoi giudizi.

Anzi, molto più che per altre professioni, la riservatezza e le limitazioni che circondano la sua sfe-

ra privata faranno sì che egli venga percepito quasi esclusivamente attraverso i suoi giudizi ed il modo di condurli a termine, più che attraverso una valutazione della sua persona.

Ciò è sicuro rispetto alla dottrina giuridica (vale a dire, la teoria del diritto). In taluni ordinamenti ovviamente qualche giudice, magari di vertice, potrà aver acquisito notorietà e prestigio particolari, ma gli studiosi ne commenteranno le decisioni sul piano esclusivamente tecnico-giuridico, in modo impersonale, almeno in apparenza senza, cioè, avere soverchio riguardo a chi ha emanato la sentenza ed alla sua fama.

Può essere, peraltro, che il giudice, soprattutto nell'emanare le decisioni a più alto tasso di tecnicismo, resti condizionato dalla previsione di quale accoglienza possano avere le stesse presso gli studiosi specialistici e calibri contenuto e motivazione delle sue decisioni in vista di questo.

I rapporti tra giudice ed accademia sono, quindi, critici e complessi.

Nell'ordinamento italiano esiste tuttora una regola particolare, che non ha noti riscontri in altri, e sulla quale vale la pena di soffermarsi. L'art. 118, comma 3, c.p.c. circa la motivazione della sentenza, stabilisce che: "In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici".

La più probabile *ratio* di questa previsione, peraltro non presente sia nell'abrogato codice di procedura penale che in quello di rito penale ora vigente, era quella di evitare che il giudice, a scapito della propria indipendenza quanto meno a livello d'immagine, manifestasse nelle proprie decisioni una

sudditanza rispetto agli autori giuridici direttamente citati.

La norma, perciò, rispecchia una visione politica, protezionistica e debole, del giudice, ritenuto evidentemente incapace di avvalersi in modo palese ed autonomo proprio della dottrina giuridica, senza subirne l'anomala influenza, e quindi da tutelare rispetto a questo rischio (mentre curiosamente analoga proibizione non esiste per qualsiasi altro campo dello scibile ed il giudice potrebbe citare a man bassa autori non giuridici).

Molto divertente (ma istruttivo), peraltro, è vedere come questa norma è stata trattata.

Da una parte, infatti, anche presso le corti superiori, essa viene aggirata nel senso che non viene indicato nominativamente l'autore la cui tesi è richiamata, ma si ricorre a circonlocuzioni quali "autorevolissima dottrina" oppure "autorevole studioso" e simili; il che crea diversi inconvenienti.

Innanzitutto, tali richiami apparentemente anonimi, posti in collegamento con l'argomento trattato, renderanno di solito facilmente identificabile, almeno per gli addetti ai lavori, l'autore giuridico che non si è potuto citare direttamente; quando, invece, tale identificazione non risulti agevole, la decisione nondimeno fondata (magari esclusivamente) su quel richiamo sarà all'evidenza meno controllabile.

In secondo luogo, tali richiami anonimi potranno rappresentare in qualche modo delle violazioni autoriali, proprio perché l'autore "plagiato" non è direttamente e correttamente citato, come invece dovrebbe essere secondo le regole della proprietà intellettuale.

Inoltre, siccome la *relatio* è operata in funzione dell'autorevolezza della fonte dottrinale non menzionata esplicitamente può finire col rivelare proprio quella soggezione alla dottrina che la regoletta legale vorrebbe bandire.

Infine, se il giudice sia perfettamente ligio al divieto, l'impoverimento culturale delle sue decisioni sarà un effetto collaterale certo, ma anche probabilmente indesiderato e non desiderabile.

D'altra parte, risulta singolare che la nostra Corte Suprema – nel dire che l'art. 118 disp. att. c.p.c., il quale stabilisce il divieto di citare nella motivazione della sentenza autori giuridici, integra una *lex imperfecta*, non prevedendo, per la sua violazione, alcuna sanzione (così Cass. civ, sez. II, 23.10.2001, n. 12999; e in termini id., sez. III, 6.10.1994, n. 8184) -, ha riprodotto una constatazione che proprio la temuta dottrina aveva espresso per prima circa tale regola motivazionale.

Nuovo interesse al tema, peraltro, è stato indirettamente alimentato da una riforma abbastanza recente che, modificando il comma 1 dello stesso art. 118 cit. in ottica di semplificazione, vi ha aggiunto una parte in base alla quale la motivazione della sentenza è redatta “anche con riferimento a precedenti conformi”.

In altre parole, quindi, secondo tali previsioni, da un lato, al giudice civile italiano continua ad essere vietata (senza sanzione, se non quella disciplinare in via meramente teorica) la citazione diretta (solo) di autori giuridici, e, dall'altro, gli è consentito cavarcela richiamando precedenti giurisprudenziali conformi (non necessariamente – si noti – dei giudici superiori, ma anche di altri giudici di merito

o propri), “sbrigando la pratica” in chiave appunto “conformista” (se non autoreferenziale).

Va da sé, peraltro, che con la regola nuova non è stato affatto codificato il vincolo del precedente degli ordinamenti di *common law*, che è tutt'altra cosa, sulla quale qui neppure vale la pena soffermarsi.

Tutto questo, comunque, viene – si far per dire – sdrammatizzato dalla constatazione che, già prima della cennata riforma, anche i giudici italiani hanno praticamente smesso di confrontarsi davvero con la dottrina.

Che questo dipenda da colpa dei giudici o degli studiosi del diritto oppure di entrambi (o magari dal declino della categoria dei giuristi, ormai a corto di vocazioni nelle facoltà giuridiche, in particolare in Italia: cfr. ancora Roberto Caso, *Il diritto non abita più qui: la crisi degli studi giuridici tra dati e domande*, già cit.), resta da stabilire.

Indubbio è, però, che – indipendentemente dalla riforma che lo ha avallato, e prima della stessa -, molti giudici erano a caccia solo di precedenti, preferibilmente quelli più recenti, quasi che l'essere la decisione fresca di stampa ne assicurasse maggiore attendibilità.

Insomma si tratta di regole che sono altro segno evidente dell'intenzione di burocratizzare il giudice italiano sotto le mentite spoglie della bandiera della semplificazione.

#### IV. IL GIUDICE, LE PARTI, GLI AVVOCATI, GLI ORGANI D'INFORMAZIONE

## 1. LA PERCEZIONE DEI GIUDIZI

Le decisioni del giudice, una volta emanate, ovviamente sono conosciute anzitutto dalle parti in causa, nella stragrande maggioranza dei casi, però, per il tramite tecnico, talvolta indispensabile, dei rispettivi avvocati.

Il giudice, altrettanto ovviamente, questo lo sa, e perciò non è azzardato dire che la motivazione delle decisioni, dove è prevista, è concepita come se i suoi destinatari fossero appunto gli avvocati (ossia altri esperti del diritto). Vale a dire che la motivazione ne risentirà anzitutto sul piano linguistico-espressivo, risultando scritta nel gergo proprio dei giuristi; il che, peraltro, nei settori a più elevato livello di tecnicismo è pressoché inevitabile.

Anche questo aspetto, tuttavia, rende estremamente critico il problema della percezione del giudizio negli organi di informazione, che, a loro volta, sono il mezzo attraverso il quale l'opinione pubblica conosce la giurisdizione; aspetto, questo, ormai ritenuto come presidio imprescindibile delle democrazie moderne.

Chiaramente dai media di massa non si può esigere la precisione dei commenti della dottrina specialistica.

Nondimeno è auspicabile che i verdetti e, più in generale, le notizie circa l'attività giurisdizionale siano riferiti con una maggiore aderenza a quello che effettivamente è avvenuto ed è stato deciso nel processo.

L'esperienza diretta circa la propalazione di mie decisioni mi dice che talvolta in articoli di stampa sono stati riportati, per giunta tra virgolette, passi di mie decisioni in realtà non fedeli all'originale, tra-

dendo così, almeno in parte, il senso di quelle pronunce. Talune decisioni delle corti superiori, invece, state sbandierate a livello mediatico come novità quasi sconvolgenti, laddove magari rispecchiavano orientamenti consolidati, oppure senza un'effettiva comprensione della fattispecie cui si riferivano.

Va da sé che questo non dovrebbe avvenire.

Così come non dovrebbe avvenire che restino poco correttamente divulgate sia le regole processuali che le condizioni concrete e materiali in cui il giudice opera. Perché solo una comunicazione diffusa e corretta di questi aspetti consentirà a tutti di capire come e quando si è deciso e quello che si è deciso.

Salve ovviamente le regole in tema di tutela dei dati personali, è augurabile che dallo stesso sistema della giurisdizione sia promossa una sempre maggiore ostensività a riguardo di fronte all'opinione pubblica.

## 2. L'AFFAIRE DREYFUSS

Antico, invero, è il bisogno della trasparenza sulla giurisdizione. La vicenda della statista romano Appio Claudio Cieco, cui si deve l'iniziativa nel 304 a.c. di far pubblicare, per il tramite del suo segretario Gneo Flavio, il testo delle formule della procedura civile dell'epoca (*legis actiones*), dimostra che tale esigenza è ben anteriore alla nascita delle democrazie come ora le conosciamo, ma ha una valenza politica già chiara.

Parecchi secoli dopo, l'affare Dreyfuss avrebbe significato un momento di svolta, esemplificando improvvisamente in una singola e non breve vicenda anche giudiziaria praticamente tutte le problemati-

che che ancora oggi possiamo vivere di fronte alla giurisdizione.

Vale riassumere brevemente il caso. Nel 1894 Alfred Dreyfuss, ufficiale di artiglieria ebreo, venne accusato (ingiustamente, come emergerà in seguito) dai servizi segreti francesi di spionaggio a favore dell'Impero Tedesco. Il Tribunale militare, che lo giudicò (peraltro venuto in possesso di un dossier segreto contro Dreyfuss), lo condannò alla degradazione con infamia, oltre che alla deportazione perpetua ai lavori forzati, e la degradazione fu subito eseguita con lo strappo dei gradi, oltre che spezzando la spada di ordinanza del condannato, nel cortile della Scuola Militare, con una spettacolarizzazione che ebbe un ampio rilievo che oggi diremmo mediatico. Nel 1899, nonostante fosse nel frattempo emersa l'infondatezza delle accuse contro di lui, in sede di revisione del processo Dreyfuss fu condannato nuovamente dai giudici militari, con decisione, però, questa volta non unanime. Soltanto nel 1906, la Corte di Cassazione francese, forzando peraltro le regole processuali, annullò definitivamente la condanna, consentendo la riabilitazione di Dreyfuss e la sua reintegrazione in servizio.

Ebbene, come si anticipava, in questo famoso caso è condensato tutto quello che ancora oggi può riguardare la giurisdizione di fronte all'opinione pubblica. L'*affaire* divenne occasione di un conflitto politico-sociale che divise la Francia a cavallo tra la fine dell'Ottocento e il primo decennio del secolo scorso, in un contesto storico del tutto particolare, in cui aveva non poca parte anche l'antisemitismo allora molto presente nella società francese (e Dreyfuss era ebreo, come si è anticipato). I giudici militari

furono, nella migliore delle ipotesi, condizionati almeno da quello che ora chiamiamo dossieraggio. Ai loro "errori" pose tardivamente rimedio la Corte di Cassazione francese, cioè un giudice non militare, in un contesto politico ben diverso da quello iniziale (il secondo giudizio di colpevolezza fu alquanto impopolare), anche se con una forzatura sul piano giuridico-processuale. Ma soprattutto il caso ebbe sin dall'inizio un'enorme risonanza mediatica. Partì, però, anche una notevole campagna di stampa a favore di Dreyfuss quando era ancora privato della libertà. E nell'ambito della stessa si colloca la pubblicazione della famosa lettera aperta di Emile Zola al Presidente della Repubblica sulla prima pagina del giornale "L'Aurore" del 13 gennaio 1898, il suo celebre "J'accuse ... !"; pagina che è tuttora icasticamente riportata, a giusto motivo, su parecchi libri di storia. Tanti intellettuali e artisti, probabilmente per la prima volta, si mobilitarono in vario modo a favore del prigioniero.

Insomma il caso è rimasto esemplare di come un singolo giudizio, in un particolarissimo contesto, nelle società moderne possa assumere assoluto rilievo non solo per i suoi esiti in quanto tali, ma anche e soprattutto per il modo in cui è percepito nel tempo dalla pubblica opinione dove esistano organi d'informazione di massa e dove in particolare gli intellettuali siano messi in condizioni di commentare le decisioni dei giudici e quindi eventualmente criticarle.

Va da sé che a maggior ragione oggi la diffusione, la diversificazione e l'invasività dei media di massa, chi ne ha il controllo a livello finanziario e/o politico, la capacità dell'*intelligenza* di essere ancora li-

bera, grandemente potranno influire sulla giurisdizione e/o sulla percezione della stessa nella pubblica opinione, se non condizionare l'una e l'altra, vale a dire, sia la giurisdizione che la pubblica opinione.

## V. *IL GIUDICE E LA MOTIVAZIONE*

### 1. *LE MIE MOTIVAZIONI*

Le motivazioni delle mie decisioni sono eccessivamente lunghe.

Nel tempo la cosa – ovviamente non passata inosservata a tutti – l'ho parzialmente corretta. Ma resta una mia caratteristica, e comunque la sentenza rimane per me una sorta di genere letterario, in cui contano dei valori estetici, che m'illudo possano avere anche un significato etico.

Del resto, la nostra Corte Suprema di Cassazione finiva col darmi in parte ragione, quando assumeva che nella ricostruzione del fatto può essere seguito il criterio della c.d. congruenza narrativa (cfr. Cass. pen., sez. I, 19.6.1992, Timpani). Si tratta, infatti, di criterio in base al quale in definitiva deve darsi un senso accettabile ad una "storia", allo stesso modo in cui si esige dal narratore della letteratura vera e propria che la trama del romanzo "funzioni".

Mi sono naturalmente chiesto le ragioni di questo mio modo di motivare. Ho pensato che certamente in questo conti parecchio un compiacimento intellettuale in qualcosa che mi riesce meglio di altre.

Una collega mi ha fatto notare in più che le mie motivazioni talvolta risultino addirittura verbalmente aggressive nei confronti di qualcuna delle parti in causa o di entrambe (mi è stato detto per la precisione: “Non puoi parlare alla gente così!”); del che mi ero meno reso conto, e mi ha invitato a correggere quest’altro difetto. Si tratta, infatti, indubbiamente di una sublimazione mentale della violenza.

Questo lo posso dire con cognizione di causa, essendo scacchista. E il gioco degli scacchi (non a caso, un altro tra quelli più studiati nella teoria matematica dei giochi) è stato definito “lo sport più violento che esista”, da Garri Kasparov, grande campione mondiale di scacchi del recente passato. Ma la cosa io l’avevo sempre pensata anche da me. Visto che è un gioco che simula la guerra, con eserciti però all’inizio assolutamente uguali e speculari, e la violenza dello scontro è scatenata solo dalle menti di personaggi quasi virtuali, ossia i due giocatori, non presenti fisicamente sul campo di battaglia, cioè la scacchiera, perché la fortuna non conta nulla e la lotta è solo tra intelligenze in cui, però, l’amor proprio, e cioè un sentimento, è messo nel gioco più di qualsiasi altra cosa. Mi sembra, allora, che talvolta nelle mie motivazioni si trovi una violenza analoga appunto a quella propria degli scacchi, cioè puramente mentale; ma in definitiva non rivolta contro altri, bensì riflessiva, cioè per vincere me stesso nel tentativo di motivare al meglio.

Tuttavia, ad es., sono riuscito con sforzo a rendere più brevi e semplici i periodi delle mie motivazioni, della cui lunghezza e complessità (comprensiva di parecchie proposizioni subordinate) all’inizio quasi mi beavo (come quando ti compiaci di pensare di

prevedere le prossime cinque/sei mosse di una partita a scacchi dopo il tratto che ti tocca, e poi vedi che hai indovinato).

Aleksandr Aleksandrovic Alechin, morto nel 1946 in circostanze misteriose e controverse, ma tuttora reputato da molti uno dei più grandi giocatori di scacchi di sempre, è ricordato per il suo particolare stile di attacco nel gioco, da qualcuno considerato come addirittura sadico a livello psicanalitico. Lui, dal canto suo, pare che pensasse quel gioco come una meravigliosa forma d'arte (questo almeno gli fa dire Paolo Maurensig nel suo "Teoria delle ombre", Adelphi, Milano, 2015, pag. 98).

Ho già detto che anche il giudicare è considerato un'arte, e qualche mio collega più anziano di me non ha dubbi a riguardo.

Chissà cosa penserebbe il grande Alechin ora che (per la precisione nel 1997 e quindi in realtà quasi vent'anni fa) il già menzionato Kasparov ha perso la sua (seconda) grande sfida a scacchi con il super-computer Deep Blue. Ciò ha decretato la sconfitta dell'essere umano contro una macchina in quel gioco d'intelligenza per antonomasia e lo scontro a quei livelli non è stato significativamente più ripetuto.

Nel film "Il settimo sigillo" di Ingmar Bergmann il nobile cavaliere medievale Antonius Block (un altro Ulisse?) gioca la sua partita a scacchi con la Morte, ed inventa un piano di gioco che riesce soltanto a ritardare l'inevitabile sconfitta, oltre ad ottenere di salvare dalla peste una piccola famiglia. Anche Alechin perse la partita "decisiva" della sua vita, ma almeno morì da campione del mondo in carica nel gioco degli scacchi, forse soprattutto potendo pen-

sare di essere rimasto insuperato almeno su questa terra nell'arte di quel gioco.

Anche l'arte di giudicare è al tramonto?

## 2. DECISIONI CON O SENZA MOTIVA-

### ZIONE E MOTIVAZIONE POSTUMA

Quale che sia la risposta a quest'ennesima domanda, penso, comunque, che il mio stile di motivare abbia a che fare senz'altro con il perché io ho fatto il giudice, e con una sicurezza che vorrei raggiungere io per primo in un ruolo così estremo, quale quello di giudicare gli altri. Però anche su questo non sono arrivato a conclusioni certe, e che il mio modo sovrabbondante di motivare possa avere una qualche copertura costituzionale non mi tranquillizza più del tutto.

Secondo la nostra Costituzione, infatti, "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati". La regola non è, però, universale, ed anche dove vige l'obbligo della motivazione esso è diversamente calibrato e regolato per contenuti e modi in relazione al tipo di provvedimento da adottare (per le sentenze il vincolo è più stringente, per gli altri e più semplici provvedimenti sono richieste motivazioni più sintetiche).

La motivazione è la parte del provvedimento del giudice in cui egli ne spiega le ragioni.

Dove non è prevista (sarebbe così talvolta, almeno in teoria, negli ordinamenti di *common law*), perciò, lo stesso verdetto del giudice formerà oggetto, non tanto d'interpretazione (perché il testo del provvedimento, come tale, potrà essere chiarissimo, del

tipo: sei innocente o sei colpevole di questo, oppure ti condanno a questo, e via ipotizzando); ma praticamente di supposizioni su quali possano esserne le ragioni; supposizioni evidentemente fatte da altri, non necessariamente giuristi peraltro, perché anche la decisione immotivata, una volta emanata, potrà essere, a sua volta, giudicata da tutti.

Quando, invece, la motivazione è contemplata, più o meno estesa, sarà praticamente il punto di convergenza di tutto quello che si è sin qui detto, e la decisione pure sarà a disposizione della valutazione di tutti, ma anche rispetto alle sue ragioni che vi sono spiegate.

Il giudice, infatti, anzitutto vi dirà come ha conosciuto i fatti del processo e come li ha valutati in una chiave anzitutto pre-giuridica (concludere, ad es., che un determinato luogo ove sono avvenuti i fatti era buio non significa ancora aver detto nulla sul caso dal punto di vista strettamente giuridico).

Quindi, esprimerà il suo apprezzamento giuridico della fattispecie, per come accertata, spiegando quali norme si debbano applicare e come, se le ha trovate, viste le difficoltà che il giudice potrà incontrare anche a riguardo, secondo quello che si è già detto.

Infine, trarrà la conclusione di questi ragionamenti complessi.

Tra il verdetto destinato a rimanere immotivato e la sentenza emanata *uno actu* completa di motivazione vi è una variabile intermedia sulla quale vale la pena soffermarsi, e cioè quella della decisione con motivazione postuma.

Infatti, in molti casi, e talvolta anzi proprio in taluni settori più delicati (in particolare in campo penale), è previsto che ciò che decide il giudice, il

c.d. dispositivo (ossia, dove è detto: ti condanno, ti assolvo, dichiarò che e via ipotizzando), sia subito emanato e magari contestualmente reso pubblico, e che la motivazione, cioè, la spiegazione di quella decisione, sia successivamente editata in un tempo solitamente definito.

Naturalmente questo modo di decidere è *prima facie* irrazionale. Se la motivazione è l'esposizione di ragionamenti complessi (di cui meglio si dirà tra poco), è del tutto evidente che essi dovrebbero precedere la conclusione degli stessi, e non seguirla. Se la motivazione non è contestuale, ma *a posteriori*, rispetto al verdetto, invece, nulla, se non l'onestà intellettuale del giudice, assicura che i ragionamenti esposti nella motivazione scritta siano esattamente quelli che il giudice aveva elaborato mentalmente prima di adottare la decisione, magari con altri colleghi nel segreto della camera di consiglio. Del resto, se quei ragionamenti fossero stati già pronti, completi e perfetti, avrebbero potuto essere contestuali al *decisum*. È quindi *in re ipsa* che la motivazione postuma non possa essere mai la pedissequa e fedele riscrittura dei ragionamenti mentali (a maggior motivo se collegiali) che hanno effettivamente preceduto la decisione: il giudice redattore nella motivazione scritta, quasi istintivamente, vi aggiungerà altri argomenti (cui forse prima non aveva minimamente pensato, magari soprattutto per schivare obiezioni effettive o ipotetiche alla soluzione adottata, prima ignorate o sottovalutate), argomenti esposti nella forma retoricamente più convincente, che, come si è visto, fa parte dei ferri del suo mestiere.

### 3. LA LOGICA GIUDIZIALE

È noto che viene tramandato ancora che il giudizio è un sillogismo c.d. pratico, in cui la premessa maggiore è rappresentata da una norma giuridica generale, la premessa minore è costituita dal fatto come accertato nel processo, e la conclusione è la c.d. norma giuridica individuale, e cioè la regola che si applica alla fattispecie concreta e si trasformerà nel comando giurisdizionale.

È, però, altrettanto acquisito che si tratti di una semplificazione alquanto approssimativa.

Nelle motivazioni delle sentenze quasi mai potrà cogliersi nettamente lo schema del sillogismo giudiziario come testé riassunto. Vi si troveranno, invece, come si è anticipato, ragionamenti complessi, che s'intersecano tra loro, frammisti non di rado a quegli artifici retorici che, secondo quanto pure sopra si è accennato, il giudice più scaltrito adopererà in modo impressivo, magari proprio nei casi più difficili; senza contare apprezzamenti meno argomentati, o mere asserzioni, più o meno incidentali.

Infatti, al di là delle minimali regole redazionali sopra viste, la motivazione della decisione resta per lo più a forma e contenuto liberi. A seconda degli ordinamenti, inoltre, le "tecniche" della motivazione, dove è prevista, potranno essere alquanto diversificate anche presso le corti superiori, e risultare talvolta quasi assertive, almeno agli occhi di un giudice italiano (si pensi alla tecnica della motivazione francese dell'*attendu que*).

Ebbene, ai giudici superiori è affidato il controllo delle motivazioni dei giudizi di primo grado, anzitutto, però, sul piano logico.

Il problema è che non è scritto da nessuna parte (in qualche legge in particolare) quale sia la logica che il giudice deve seguire.

Si sa, infatti, che la logica è una parte della filosofia, e non è appannaggio esclusivo della scienza giuridica, se il diritto scienza è. Ma in filosofia cosa sia la logica è ovviamente controverso, e di logiche ve ne sono tante a seconda degli orientamenti delle varie correnti filosofiche circa questa disciplina.

Di fatto praticamente tutti i giudici adoperano una logica, per così dire, comune (spesso si parla anche di comune buon senso *tout court*), senza ovviamente aderire a qualche particolare indirizzo filosofico a riguardo.

Per esemplificare, stabilito che in un determinato luogo era buio pesto, sembrerà logico ad ogni giudice concludere che il volto di una determinata persona in quel luogo non fosse riconoscibile, e che quindi il testimone che dichiara invece di aver identificato solo visivamente quella persona sia inattendibile sul punto.

Come è del tutto evidente, però, questa ora ipotizzata è una fattispecie semplice, mentre la casistica può mettere in crisi la validità di questa logica spicciola e mai codificata.

Del resto, s'è già accennato all'inizio come, a proposito della ricostruzione dei fatti, al giudice possa essere consentito far appello al criterio della c.d. congruenza narrativa; invero, argomento, anche quest'ultimo, trattato in filosofia, ed in particolare nella filosofia della prova giuridica, ma la massima parte dei giudici non avrà approfondito la cosa da questo punto di vista, e si preoccuperà piuttosto di raccontare artigianalmente una "storia" dei fatti del

processo che funzioni. Saranno piuttosto i filosofi della prova giuridica a studiarne le decisioni per controllarne la congruenza narrativa.

#### 4. I GIUDICI-SCRITTORI

Discorso a sé stante è quello dei non pochi magistrati che *a latere* della loro attività sono diventati scrittori, talvolta non episodicamente. Il fenomeno, per la verità, mi sembra che riguardi soprattutto i pubblici ministeri più che i giudici. E pare, peraltro, abbastanza recente e specificamente italiano.

La cosa è stata molto criticata: parecchi, anche all'interno della categoria, si sono chiesti come magistrati, che dovrebbero (o lamentano di) essere oberati di lavoro, trovino il tempo di dedicarsi alla letteratura in prima persona, e in senso lato.

D'altra parte, non posso evitare di affrontare l'argomento, che ora mi tocca direttamente in prima persona.

Innanzitutto, occorre ovviamente distinguere. Non trovo scandaloso che i magistrati, ivi compresi i giudici, dedichino una parte del loro tempo (non troppo) a scrivere in campo giuridico: può essere il modo di restituire altrimenti il senso teorico-pratico del proprio operato su un piano appunto tecnico oppure di riflettere su quello che si è fatto dal punto di vista professionale in una chiave di confronto con la dottrina, che, come si è già accennato, è sempre meno praticato.

Alquanto diverso è il discorso per coloro i quali da magistrati in servizio si sono cimentati in prove di narrativa o di saggistica non propriamente o per

nulla tecnica nel ramo del diritto (alcuni, ad esempio, hanno scritto in campo musicale).

Naturalmente, non mi pronuncio sulla qualità letteraria di questi lavori, non ne sarei capace.

Sulle spinte a scrivere dei giudici in particolare, invece, ho qualcosa da dire.

Può essere ovviamente che giochino motivazioni non sempre commendevoli: pulsioni narcisistiche o generazionali della mezza età (in cui sovente si collocano quelle prove letterarie), autentiche vocazioni scrittorie in precedenza inespresse, etc.

Per parte mia sono propenso, però, a supporre una ragione più benevola, ma anche rivelatrice: forse parecchi giudici scrivono nei libri ciò che non possono, o non vogliono, più scrivere nelle loro sentenze, visto che in passato molto più raramente si dedicavano a scritti diversi dalle loro decisioni.

Credo, inoltre, che questa mia prova letteraria rimarrà isolata, perché mi piace ancora scrivere sentenze, nonostante qualcuno non lo voglia più per me come per tutti i giudici.

### **P.Q.M**

penso che almeno le motivazioni di talune sentenze su *hard cases* continuerò a farle lunghe e forse anche “cattive”.

## 9. In quali funzioni si fa il giudice

In quali funzioni si fa il giudice?

*“CI SARÀ PURE UN GIUDICE A BERLINO !”*

“Ci sarà pure un giudice a Berlino !”. La frase sembra che rispecchi la storia vera, kafkiana, ma in fondo a lieto fine, di un mugnaio di Postdam il quale nel 1700, in una complicata controversia, alla fine ottenne giustizia appunto a Berlino, da un potere assoluto e centrale. Sia stata o meno davvero evocata in seguito da Bertolt Brecht, l'esclamazione è comunque rimasta a ben esprimere l'anelito ad una giustizia, magari lontana, ma che può intervenire in ultima istanza in soccorso anche del più umile.

Oggi giorno di giudici ve n'è per tutte le esigenze ed occasioni. Correlativamente, e in teoria, quasi tutto pare ora giustiziabile, cioè suscettibile di essere sottoposto all'esame di un giudice che si dice naturale, ma che in realtà è preconstituito per legge. La giurisdizione sembra molto diffusa quasi in ogni parte del pianeta e quindi vicina a chi reclami giustizia (in Italia, come si è visto, non è più così).

Vi sono, infatti, giudici ordinariamente previsti per l'esame del c.d. merito (articolati eventualmente in due c.d. gradi del giudizio), di solito, non solo distribuiti nel territorio, ma anche organizzati a seconda delle varie materie da affrontare, a volte nel

segno di una marcata specializzazione (per campi ritenuti meritevoli di giudici, per lo più collegiali, appunto specializzati). Al vertice sono posti dei giudici superiori, di norma con compiti di solo controllo formale e/o sostanziale di legalità.

Inoltre, la massima parte degli ordinamenti conosce delle corti supreme talvolta distinte, specializzate nel controllo di conformità di leggi e decisioni alle varie costituzioni, da quando queste ultime sono divenute leggi fondamentali.

Infine, in ambito ultrastatuale, operano le varie corti internazionali, cui talvolta possono aver accesso diretto i singoli.

Nel complesso, perciò, il quadro della giurisdizione “mondana” sembra tendere ad una soddisfacente completezza.

Eppure, l'esigenza di un giudice “a Berlino”, e possibilmente non solo lì, è ancora e più che mai avvertita, come dimostra, se non altro, la non infrequente citazione della frase richiamata all'inizio. Per soggetti come migranti (“economici” e non, ammesso che sia valida la distinzione), rifugiati, persone che subiscono pesanti lesioni e restrizioni dei loro diritti fondamentali nei propri Paesi, per gli “esclusi” (cfr. Giuseppe Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013) e per tutti coloro che hanno “Il diritto di avere diritti” (è il titolo del libro già cit. di Salvatore Rodotà, che egli ha tratto da un passo di Hannah Arendt in *Le origini del totalitarismo*, (1951), trad. it. di A. Guadagno, Comunità, Milano, 1996, p. 413), poter avere un giudice significherà soddisfare un bisogno essenziale.

## LA FUNZIONE CREA L'ORGANO

In ogni caso posizione e natura delle funzioni condizioneranno decisamente il modo di giudicare.

Anzitutto le materie trattate e le eventuali specializzazioni dei giudici potranno molto influire sui loro giudizi, magari in quel modo abitudinario deterioro che si è già visto.

In campo penale, poi, il prolungato esercizio delle relative funzioni può produrre un'insensibile assuefazione al crimine, che aggrava il rischio di rendere decisioni non capite dalla pubblica opinione. Settori ad alto livello di tecnicismo giuridico, inoltre, porteranno a decisioni nelle quali si stenterà a cogliere che ogni giudizio, anche il più sofisticato, deve riguardare in fondo esseri umani. L'esigenza della specializzazione, del resto, è talmente avvertita che sono creati talvolta non solo giudici detti appunto specializzati all'interno del medesimo ordine, ma giudici c.d. speciali, cioè organizzati in corpi separati rispetto a quelli della giurisdizione ordinaria; la cui stessa esistenza, peraltro, ha ragioni storico-politiche o di altro genere non sempre limpide e spesso controverse. L'organizzazione in corpi separati dei giudici speciali, inoltre, alimenterà culture della giurisdizione differenti. L'opinione prevalente, allora, è quella che la giurisdizione unica sia preferibile e sia un traguardo da raggiungere dove non esiste già.

Inoltre, i giudici di prima istanza tenderanno a dare maggior rilievo a fatti sovente recenti, da loro direttamente accertati sul piano istruttorio, e dai quali possono essere rimasti più impressionati.

Invece, i giudici chiamati a decidere in sede d'impugnazione, magari a distanza di molto tempo dal verificarsi dei fatti oggetto del processo, non da loro in prima persona accertati, saranno normalmente portatori di una visione più distaccata e meno emotiva, anche per ragioni d'anagrafe, essendo, di regola, più anziani dei loro colleghi del grado precedente.

Ma che tale loro maggiore asetticità di giudizio sia un bene rimane da meglio dimostrare. Peraltro, la mentalità del controllo di quanto deciso in precedenza, alimentata del resto appunto dai compiti loro normativamente affidati, porterà sovente i giudici delle impugnazioni a concentrarsi soprattutto nell'individuare gli errori commessi dai loro colleghi del grado anteriore.

Inoltre, i giudici di ultima istanza in particolare privilegeranno i profili giuridici del caso, a scapito magari di una valutazione di tutti gli aspetti concreti della fattispecie.

Il giudici delle corti costituzionali, poi, renderanno decisioni se non altro percepite come "politiche", in quanto sovente inevitabilmente toccano gli equilibri tra i vari poteri statuali e riguardano il merito delle questioni poste in confronto alle leggi fondamentali che sono chiamati a far osservare.

Infine, le corti internazionali giudicano in base a fonti e principi propri addirittura differenti ed ora, di regola, sovraordinati rispetto a quelli che tutti gli altri giudici devono seguire.

Insomma, che, come sosteneva Lamarck, la funzione crei l'organo sembra essere vero anche per i giudici.

Potrà quindi verificarsi che giudici in diversa posizione, ma in relazione al medesimo caso si espri-

mano in senso molto diverso, se non opposto; il che se sia fisiologia o patologia del giudicare è da meglio indagare e comunque può apparire ben poco comprensibile per giudicati e giudicabili.

Viene tuttora declamato che “La legge è eguale per tutti”, ma i giudici – come sopra si è già notato da diverso punto di vista – non sono di certo eguali per tutti e sono senz’altro conformati dalle funzioni svolte più di quanto essi conformino queste ultime.

Io ho sempre prediletto, nell’arco di una carriera ormai non breve, un mutamento di funzioni, talvolta molto eterogenee, abbastanza frequente, e ogni volta – più o meno presto – mi sono sempre appassionato alla nuova funzione. Ad oggi le ho svolte quasi tutte. Forse per sfuggire a tale conformazione, per darmi nuovi stimoli, o per inquietudine personale. Anche di questo non sono sicuro.

### *UNA GIURISDIZIONE PANDEMICA*

Tramontati pressoché universalmente i giudici straordinari (visti come contrastanti con la garanzia del giudice precostituito per legge), sono fioriti da tempo organi, variamente denominati ed altrettanto variamente regolati, vale a dire, arbitri (c.d. giudici privati), in qualche caso obbligatori, autorità indipendenti, garanti, commissioni giudicatrici o di disciplina, giudici sportivi o di altri ordinamenti non statuali e associazioni (confessioni religiose, sindacati, partiti, etc.), mediatori e conciliatori; organi talvolta, peraltro, anche esplicitamente chiamati giudici.

Ciò si spiega anzitutto sul rilievo che il giudicare non è ovviamente monopolio della giurisdizione statale o in senso lato pubblica: si giudica in tanti altri ed anzi innumerevoli contesti.

Estremamente varie, poi, sono le ulteriori causali – certamente non sempre neutre sul piano politico – dell'esistenza di questi altri organi giudicanti, diversi dai giudici propriamente detti. Del resto, in molti di questi casi potrà risultare controvertibile che questi organi abbiano o meno i crismi della giurisdizione vera e propria, crismi, inoltre, a loro volta discussi e discutibili.

In ogni caso, da una parte, anche le persone inserite in tali organi potranno sentirsi giudici a tutti gli effetti, dall'altra, l'esistenza di tali organi completa la dimostrazione che l'esigenza del giudicare appare pervasiva, per non dire pandemica. Quanto più i sistemi sono complessi, tanto più insorge la necessità che ogni parte di essi non sfugga a una qualche forma di controllo e giudizio.

## 10. Chi è il giudice

Chi è il giudice?

L'interrogativo iniziale "Perché si fa il giudice?" resta senza una risposta "esistenziale" specifica, ma alla fine forse non è essenziale, visto che comunque i giudici ancora esistono.

Resterà un problema di "autocoscienza" di ogni singolo giudice, il che porta a concludere che anche stabilire chi è il giudice può non risultare un' "Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto". Insomma qualcun altro scriverà un romanzo come "Il processo" di Franz Kafka, vedendo il mistero del processo non, come in quella terribile storia, dalla parte dell'accusato (che si chiede perché e di che cosa è accusato), ma dalla parte del giudice (quando si chiede anzitutto perché ha scelto di giudicare). Io non ne sono capace.

È possibile però azzardare un responso su chi è ora il giudice: è sempre, ovviamente, colui che giudica istituzionalmente gli altri, il tutto, però, secondo quanto si è fin qui provato ad illustrare. E cioè nei luoghi, nel tempo, con e per le persone, nelle funzioni, con i mezzi e nei modi e condizioni sin qui visti.

Si dirà: umano, troppo umano. Forse tra poco diversamente umano o post-umano.

Ma è questo eccesso di umanità in divenire che mi ha fatto sentire (come un sentimento appunto) di essere, e voler essere, giudice soprattutto nei casi difficili, e quindi mi fa sperare che coloro i quali ho

giudicato possano averlo percepito, e pensare che forse possano aver condiviso con me qualcosa di un'avventura comune.

Questo libretto giunge in un momento del tutto particolare della mia vita personale e professionale. Sono un giudice ormai parecchio maturo, ma non sono alla fine della mia carriera. E penso del resto che a un giudice, anche dopo aver terminato le sue fatiche, sia impossibile trarre un bilancio del proprio operato.

Comunque l'esigenza di scrivere ora a riguardo deriva appunto da quell'avventura adesso ormai lunga, e prima che sia conclusa, e che mi auguro possa essere stata davvero comune alle tantissime persone che ho incontrato durante la stessa; sì, incontrato, perché – come mi ha fatto notare qualcuno che mi è stato molto vicino – fare il giudice significa anzitutto ascoltare altre persone come te, che si accostano alla giurisdizione talvolta con “timore e tremore”.



