

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Magistrati: essere
ed apparire imparziali

2024

1/2

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Arnone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniela Cardamone, Giulio Cataldi, Maria Giuliana Civinini, Elena Riva Crugnola, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Antonella Di Florio, Fabrizio Filice, Mariarosaria Guglielmi, Vincenza (Ezia) Maccora, Raffaello Magi, Marco Manunta, Daniele Mercadante, Gualtiero Michellini, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Valerio Savio, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibáñez, Luciana Barreca, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Riccardo Conte, Maurizio Converso, Piero Curzio, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Elisabetta Grande, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni, Irene Stolzi, Alberto Maria Tedoldi.

Segreteria di redazione

Mosè Carrara

Service editoriale

Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

Numero 1-2/2024, a cura di Rita Sanlorenzo ed Enrico Scoditti.

I-II trimestre 2024 - chiuso in redazione in aprile 2024

Sommario

Editoriale

Sull'imparzialità dei magistrati: intelligenze e competenze diverse a confronto

di *Nello Rossi*

6

Presentazione. Le ragioni di questo fascicolo

di *Rita Sanlorenzo* ed *Enrico Scoditti*

8

Essere imparziali

L'imparzialità del giudice: il punto di vista di un civilista

di *Renato Rordorf*

10

L'imparzialità del giudice come risultato

di *Gaetano Azzariti*

16

L'imparzialità del giudice: un obiettivo raggiungibile

di *Luisa De Renzis*

20

Essere e apparire imparziali: il giudice del lavoro

di *Carla Ponterio*

29

Imparzialità e indipendenza

di *Elena Riva Crugnola*

36

L'imparzialità rispetto al pregiudizio inconsapevole: lo stereotipo sessista

di *Elisabetta Tarquini*

39

Apparire imparziali

Imparzialità del magistrato e credibilità della magistratura

di *Gaetano Silvestri*

42

Una questione di fiducia

di *Pietro Curzio*

47

Su imparzialità e indipendenza del magistrato: concetti, principi, casi di <i>Vincenzo Roppo</i>	49
L'imparzialità dei magistrati e la loro partecipazione alla vita politico-sociale di <i>Mauro Volpi</i>	54
Il giudice deve guardare il mondo con gli occhiali dell'imparzialità perché è attraverso l'imparzialità che il mondo guarda il giudice di <i>Francesco Petrelli</i>	59
L'imparzialità del magistrato e gli altri poteri	
Libertà di espressione e imparzialità del magistrato. A partire da un caso recente di <i>Giovanni Maria Flick</i>	63
Per una concezione "piena" dell'imparzialità di <i>Luciano Violante</i>	67
Giudici imparziali solo se consapevoli della loro funzione contromaggioritaria di <i>Donatella Stasio</i>	72
Imparzialità apolitica. La restaurazione giudiziaria in atto tra "politica" e neo-tecnicismo di <i>Massimo Donini</i>	76
Imparzialità o normalizzazione? di <i>Geminello Preterossi</i>	80
Il dilemma del giudice che non deve produrre diritto, ma che non può non produrlo: il costituzionalismo e le ragioni di Creonte di <i>Ilenia Massa Pinto</i>	87
Per una magistratura non corriva al senso comune di <i>Andrea Fabozzi</i>	96
L'imparzialità degli antichi e l'imparzialità dei moderni di <i>Gaetano Quagliariello</i>	98
Imparzialità di <i>Anna Finocchiaro</i>	100
Il pubblico ministero e l'imparzialità	
Il pubblico ministero "parte imparziale"? di <i>Giovanni Canzio</i>	102

Il più debole dei poteri di <i>Giovanni Salvi</i>	109
L'imparzialità del pubblico ministero di <i>Edmondo Bruti Liberati</i>	120
Pubblico ministero e imparzialità di <i>Carmelo Sgroi</i>	126
Un ossimoro: il pubblico ministero parte imparziale di <i>Stefano Musolino</i>	149
Deontologia e disciplinare	
Imparzialità, libertà di espressione del magistrato e illecito disciplinare di <i>Rita Sanlorenzo</i>	158
L'imparzialità dei magistrati come principio etico. Riflessioni per un dibattito aperto di <i>Antonella Di Florio</i>	168
La violazione del dovere del giudice di essere e apparire imparziale di <i>Antonietta Carestia</i>	176
Filosofia e storia sull'imparzialità	
Giudizio, giudice e cittadino. Idee per una fenomenologia della pratica giuridica di <i>Massimo La Torre</i>	183
Dalla <i>gravitas</i> alla partecipazione. Spunti per una "storia" dell'imparzialità del giudice di <i>Marco Nicola Miletta</i>	191
Il paradosso del giudice (im)politico di <i>Giorgio Pino</i>	203
Neutralità o imparzialità? Un sentiero storico-giuridico di <i>Irene Stolzi</i>	212
Cronache dall'Europa e dalla scena internazionale	
Una nuova tutela "genetica" dell'indipendenza-imparzialità giudiziaria nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo? di <i>Raffaele Sabato</i>	219
Imparzialità del giudice e fiducia nella magistratura nella prospettiva costituzionale europea di <i>Barbara Randazzo</i>	228

L'imparzialità giudiziale e la sua apparenza nell'esperienza giuridica inglese: uno schizzo di <i>Mario Serio</i>	239
Un connubio inconciliabile: legittimazione democratica e imparzialità dei giudici e dei <i>prosecutors</i> negli Stati Uniti di <i>Elisabetta Grande</i>	247
L'imparzialità dei giudici e della giustizia in Francia... ... in un mondo dove gravitano i diritti fondamentali di <i>Simone Gaboriau</i>	256
L'indipendenza e l'imparzialità delle corti internazionali tra <i>accountability</i> e <i>judicial restraint</i> di <i>Daniela Cardamone</i>	275
In forma di dialogo	
Autonomia vuol dire (anche) farsi comprendere Conversazione fra <i>Enrico Scoditti</i> e <i>Gianrico Carofiglio</i>	283
L'apertura della discussione sulla Rivista	
Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria di <i>Nello Rossi</i>	286
I nodi del costituzionalismo contemporaneo e la sfida per l'Associazione nazionale magistrati di <i>Enrico Scoditti</i>	292
Una nuova idea di imparzialità si aggira per l'Europa: i tanti volti dell'attacco alla libertà di parola e di associazione dei magistrati di <i>Mariarosaria Guglielmi</i>	300
Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione di <i>Enrico Scoditti</i>	304
La libertà di espressione dei magistrati e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo di <i>Francesco Buffa</i>	310
Gli autori	

Sull'imparzialità dei magistrati: intelligenze e competenze diverse a confronto

1. Se il magistrato non è – non può essere – l'*être inanimé* vagheggiato da Montesquieu, ma è persona carica di esperienze, animata da convinzioni, ispirata da ideali, come può essere e apparire imparziale agli occhi dei cittadini nei cui confronti amministra giustizia?

Quale condotta deve tenere nella vita sociale, quali limiti di parola deve accettare, a quali regole di etica professionale deve attenersi per salvaguardare il patrimonio di credibilità e di legittimazione che gli derivano dalla promessa e dall'aspettativa di un uso equilibrato e non parziale dei suoi poteri?

A queste domande – antiche quanto lo è il potere di giudicare – ogni epoca e, nell'accelerazione dei tempi presenti, ogni generazione dà le sue risposte, anche contrastanti tra di loro.

Nella loro molteplicità, nella pluralità e varietà dei toni, degli accenti, delle sfumature, le risposte racchiuse in questo volume sono, insieme, un documento del nostro tempo e una testimonianza destinata a durare.

Le diverse risposte compongono infatti, nel loro complesso, una sorta di istantanea.

Ma una istantanea dotata di una straordinaria profondità di campo, capace di fotografare, con chiarezza e sin nei dettagli, un vasto panorama di pensieri sulla questione dell'imparzialità.

2. Nella presentazione di questo numero della Trimestrale di *Questione giustizia*, intitolato "Essere e apparire imparziali", Rita Sanlorenzo ed Enrico Scoditti, che ne sono stati i curatori, hanno rappresentato le ragioni della scelta di promuovere un'ampia riflessione a più voci sul tema dell'imparzialità dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero.

La Rivista ha voluto chiamare a un impegnativo confronto su teoria e prassi dell'imparzialità esponenti autorevoli e prestigiosi di mondi diversi: l'u-

niversità, la politica, l'informazione, l'avvocatura, la magistratura.

L'impulso a ridiscutere apertamente il nodo cruciale dell'imparzialità è scaturito da polemiche politiche contingenti, nate da decisioni giudiziarie sgradite al Governo in materia di immigrazione.

L'immigrazione: ovvero la questione più complessa e politicamente spinosa del nostro tempo, sulla quale la politica gioca molto del suo futuro in tutti Paesi ricchi e avanzati investiti da flussi migratori incontrollati.

Con il rischio che, quando le soluzioni politiche presentate come risolutive si rivelino impraticabili alla prova dei fatti, nasca la tentazione di cercare dei responsabili del fallimento e di darne la colpa ai sabotatori.

Parte allora la ricerca dei nemici interni, dei responsabili del boicottaggio, degli avversari delle politiche del Governo, agevolmente individuabili nei magistrati che, in nome del diritto e dei suoi principi, non si mostrino integralmente e supinamente adesivi agli *input* della politica governativa.

Non è dunque casuale che proprio sull'immigrazione si sia sviluppato – a partire dal noto "caso Apostolico" – il più grave e insidioso attacco alla magistratura di questi ultimi anni, mirato sul punto più delicato e sensibile della sua funzione: l'imparzialità.

3. Del resto, anche al di là del campo minato dell'immigrazione, nei confronti dei magistrati sono divenute assai frequenti accuse di parzialità che investono tanto il merito dei provvedimenti quanto le opinioni manifestate o i comportamenti tenuti nella vita sociale.

Accade, così, che politici assai poco interessati a garantire ai cittadini il loro disinteresse personale – *id est*: l'assenza di propri corposi "interessi" economici – nell'attività istituzionale svolta, al punto

di ignorare vistosi conflitti di interesse e di rinviare continuamente una nuova e più adeguata regolamentazione di tali conflitti, non esitano a lanciare pesanti accuse di parzialità a magistrati rei di sostenere tesi giuridiche o di esprimere “idee” non allineate alle loro convinzioni.

Ad avviso di chi scrive, al fondo di queste contestazioni – quando esse non siano puramente strumentali e dettate da ragioni personalissime – sta una concezione errata e irrealistica dell'imparzialità.

Essa è infatti considerata come un “dato” della personalità del magistrato esistente una volta per tutte, come un *a priori* rispetto alla sua attività, come una (impossibile) condizione di atarassia e non come un “risultato”, da realizzare faticosamente all'atto del decidere facendo la tara alle proprie idee e convinzioni per aderire alla lettera e allo spirito delle norme da interpretare e applicare.

In altri termini, l'imparzialità come la più alta prestazione professionale del magistrato e come indipendenza del decisore “anche da se stesso”, frutto di una consapevole tensione verso l'obiettività nello svolgimento della propria attività professionale.

4. Navigando in queste acque agitate, un foglio “promosso” da un gruppo di magistrati non poteva non vedere la gravità e i rischi delle contestazioni mosse all'imparzialità di giudici e pubblici ministeri e non avvertire il bisogno di dare delle risposte.

Si è deciso, però, di non attardarsi nelle dispute di corto respiro che quotidianamente avvelenano il dibattito sulle cose della giustizia e di replicare alle polemiche contingenti mettendo in campo il progetto, riflessivo e ambizioso, di stimolare pensieri meditati sul modo di concepire e vivere l'imparzialità di chi giudica e di chi accusa nell'attuale contesto italiano ed europeo.

Scorrendo l'indice del volume e la lista degli Autori, si constaterà che, nell'impostare il lavoro collettivo, la Rivista ha scelto con decisione il pluralismo – una peculiare forma di imparzialità intellettuale –, interpellando intelligenze e competenze diverse ed esplorando differenti aree del vasto campo di problemi connessi all'imparzialità.

Saranno i lettori a dire se il progetto ambizioso coltivato dalla Rivista ha raggiunto i suoi scopi e se ha effettivamente recato un contributo di chiarezza su una problematica non facile.

Resterà apprezzabile comunque lo spirito con cui la Rivista e gli Autori coinvolti nell'opera – ai quali va la nostra gratitudine ed un sincero ringraziamento – hanno lavorato: volontà di dialogo, passione per il confronto delle idee, desiderio di comprensione e di approfondimento di una questione decisiva per la giustizia.

In tempi come questi, non è un risultato da poco.

Nello Rossi

Aprile 2024

Presentazione.

Le ragioni di questo fascicolo

di Rita Sanlorenzo ed Enrico Scoditti

Questo fascicolo doppio della Rivista trimestrale è destinato a un tema che, sia per buone che per cattive ragioni, è al centro nella discussione nel Paese sulla magistratura. L'obiettivo del fascicolo è sceverare le buone dalle cattive ragioni e ricondurre il tema dell'essere e apparire imparziale del magistrato al suo fondo di realtà. Si tratta di un compito non facile. Per questo motivo abbiamo chiamato a discutere, sulla base di sollecitazioni già emerse nelle pubblicazioni *online* della Rivista (e qui ripubblicate), una pluralità di competenze e voci, anche di diversa estrazione ideale e culturale.

Per un verso bisogna depurare il senso comune, che va diffondendosi, dalle scorie derivanti dall'alterazione della discussione pubblica per la presenza di un obiettivo non di verità, ma di strumentalizzazione politica del tema. Dietro la contestazione di un *deficit* di imparzialità di taluni magistrati, sia nell'essere che nell'apparire, si cela l'antico conflitto fra la volontà di potenza della politica e la funzione di garanzia del diritto cui una serie di istituzioni sono preposte, *in primis* la magistratura. In molteplici occasioni la critica del magistrato non è genuina e innocente, ma è dettata dallo sconvolgimento dei piani della politica che l'applicazione di un diritto, non gradito al potere politico del momento, può avere determinato. È troppo scoperto il gioco di settori del mondo politico e culturale i quali, screditando l'immagine del giudice con l'argomento della sua parzialità, mirano a sconfiggere una certa interpretazione del diritto.

Per altro verso, la legittima difesa delle ragioni del diritto e della funzione di garanzia, che la magistratura è chiamata ad assolvere, non può far chiudere gli occhi, a chi quelle ragioni voglia tutelarle, innanzi al nucleo di realtà e verità che il tema dell'essere e apparire imparziale del magistrato possiede. Il miglior modo per difendere le ragioni del diritto e dei giudici è guardare in faccia il problema e ricondurlo al suo

principio di realtà e verità. C'è una densità del problema che va colta uscendo da visioni astratte e destoricizzate, secondo le quali il giudice dovrebbe essere e apparire imparziale sempre e alle stesse condizioni, si tratti dell'Areopago ateniese, della *iurisdictio* medievale, del magistrato della Francia post-rivoluzionaria o del giudice del costituzionalismo novecentesco. Il tema va ricondotto alla storia ed alla contemporaneità e indagato in questa direzione. Anche questo significa, nell'ordine: fare pulizia nel dibattito pubblico – facendo anche terapia rispetto al linguaggio –; sgombrare il campo da false supposizioni; andare al nocciolo del problema.

Si tratta di scrivere lo statuto dell'imparzialità del magistrato in una moderna società democratica. I primi ad essere impegnati in questa direzione dovrebbero essere proprio i magistrati. Vivere in una società democratica significa essere "costretti" alla discussione collettiva sulla *res publica*. La libertà di espressione è parte della concezione repubblicana di cittadinanza, secondo la quale il principio democratico non risiede solo nell'urna elettorale, ma nella partecipazione alla costruzione dell'opinione e della volontà pubblica su ciò che è bene per una comunità. I magistrati, come ogni cittadino, partecipano a pieno titolo a questo ricco processo democratico, e possono farlo anche con una dote di equilibrio e misura, come richiesto dalla Corte costituzionale, ciò che può essere un valore aggiunto nella discussione pubblica, se essi sono in grado di mettere a profitto quello che l'arte del giudicare ha consentito loro di apprendere.

L'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e non il manuale del buon magistrato di una democrazia illiberale, ricorda, tuttavia, che per legge possono essere fissate condizioni e restrizioni alla libertà di espressione a garanzia dell'imparzialità del potere giudiziario. È significativo che la giurisprudenza della Corte Edu in argomento sia relativa

a una casistica che proviene per lo più da Paesi nei quali sono emerse (perlomeno) criticità quanto al rispetto delle regole dello Stato di diritto, e si è trattato di pronunce favorevoli alla persona del giudice¹. In condizioni critiche per lo Stato di diritto, come ricorda il caso *Żurek c. Polonia*, del 16 giugno 2022, «il diritto generale alla libertà di espressione dei giudici nell'affrontare questioni riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario può trasformarsi in un corrispondente dovere di parlare in difesa dello Stato di diritto e dell'indipendenza giudiziaria quando questi valori fondamentali sono minacciati». Ciò nondimeno, la norma convenzionale resta un monito per quei sistemi in cui lo Stato di diritto non è in discussione. Una "società democratica", proprio perché fondata sul principio di autonomia individuale, ha bisogno di regole per essere salvaguardata. Come le condizioni e restrizioni devono essere necessarie, nel senso di proporzionate secondo la giurisprudenza convenzionale, così anche l'autonomia individuale – ce lo ricorda l'*incipit* della Costituzione italiana a proposito della sovranità democratica – non può essere esercitata senza forme e limiti. Come si è anticipato, i magistrati dovrebbero essere i primi ad essere impegnati nella corretta definizione dei limiti alla loro libertà di espressione.

Le regole non mancano. Vi è l'illecito disciplinare della partecipazione alla vita di partito, ma anche del coinvolgimento nelle attività di soggetti economici o finanziari, e quello dell'ingiusto danno o indebito vantaggio arrecato a una delle parti violando i doveri di imparzialità e riserbo. C'è, poi, tutta la disciplina processuale sull'astensione e la ricusazione (con l'illecito disciplinare nel caso di consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge). Ma l'impegno del magistrato sui limiti della libertà di espressione, nella moderna società democratica, è innanzitutto su quanto si prospetta prima dell'intervento delle regole.

La garanzia prima per il magistrato è l'indipendenza, perché un giudice imparziale è un giudice indipendente, mentre non è imparziale, o quantomeno non appare tale, un giudice che lasci trasparire appartenenze eteronome. Per apparire imparziale, il magistrato deve perciò curare di apparire indipendente. È questo il primo imperativo categorico. Deve inoltre curare di apparire imparziale, ma questo non significa celare le proprie convinzioni politiche e culturali. Come abbiamo detto, vivere in una società democratica significa essere "costretti" a esprimere il proprio pensiero perché è parte della cittadinanza l'essere parte di una discussione su ciò che è pubblico. La professionalità del magistrato sta anche, però, nel saper comprendere quando determinati comportamenti, in determinate circostanze, non consentono a una delle due parti in giudizio di fare affidamento sulla capacità del giudicante di guadagnare un'equidistanza fra le opposte ragioni che si contendono la scena del giudizio. Quello che bisogna valutare è «se, indipendentemente dalla condotta personale del giudice, taluni fatti verificabili autorizzino a sospettare l'imparzialità di quest'ultimo. Sotto questo profilo, anche le apparenze possono avere importanza. L'elemento in gioco, ancora una volta, è la fiducia che i giudici, in una società democratica, devono ispirare ai singoli, a iniziare dalle parti del procedimento» (Corte di giustizia dell'Ue, C-585/18, 19 novembre 2019).

Questo fascicolo vuol essere uno strumento, prima di tutto, per i magistrati. Un piccolo manuale su come orientarsi tra i flutti della società democratica, ma anche su come difendersi – *rectius*, come difendere l'istituzione giudiziaria – dalle critiche mosse da un secondo fine, quando è necessario e opportuno farlo. C'è poi la platea degli addetti ai lavori, ma il fascicolo è diretto non solo a loro, ma anche a quella che si suole definire "opinione pubblica", affinché sul tema di questa Rivista trimestrale, come su ogni tema del dibattito democratico, possa crescere competente e informata.

1. Vds. F. Buffa, *La Libertà di espressione dei magistrati e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia online*, 9 giugno 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-liberta-di-espressione-dei-magistrati-e-la-convenzione-europea-dei-diritti-dell-uomo), ripubblicato in questo fascicolo.

L'imparzialità del giudice: il punto di vista di un civilista

di Renato Rordorf

Il tema dell'imparzialità del giudice, di cui molto si discute riferendosi soprattutto all'esercizio della giurisdizione penale, presenta spunti di interesse anche dal punto di vista civilistico. Se è ovvio che il giudice debba essere indipendente e imparziale, meno ovvio è cosa per "imparzialità" debba intendersi. Si pongono al riguardo tre domande: se e quanto incidono sull'imparzialità del giudice le sue convinzioni ideali e politiche e il modo in cui egli eventualmente le manifesti; se l'imparzialità debba precludere al giudice di intervenire nel processo per riequilibrare le posizioni delle parti quando esse siano in partenza sbilanciate; entro quali limiti la manifestazione di un qualche suo pre-convincimento condizioni l'imparzialità del giudice all'atto della decisione. Un cenno, infine, all'intelligenza artificiale e il dubbio se la sua applicazione in ambito giurisdizionale possa meglio garantire l'imparzialità della giustizia, ma rischi di privarla di umanità.

1. Una doverosa premessa / 2. Imparzialità: un concetto meno ovvio di quel che appare / 3. Scelte valoriali / 4. Imparzialità ed equidistanza / 5. Imparzialità e manifestazioni anticipate di giudizio / 6. Imparzialità e intelligenza artificiale

1. Una doverosa premessa

Questione giustizia ci invita a riflettere sul tema dell'imparzialità dei magistrati prendendo spunto da due assai stimolanti interventi già apparsi sulla Rivista *online*: l'uno di Nello Rossi, intitolato «*Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*», e l'altro di Enrico Scoditti, intitolato «*Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione*»¹.

Si tratta di un tema, oggi molto dibattuto, che assume non di rado nella stampa e negli altri mezzi d'informazione più diffusi toni anche polemici quando un qualche caso di cronaca induce a sollevarlo, riaccendendo mai sopite dispute sui rapporti tra ma-

gistratura e mondo politico. Sono polemiche per lo più proiettate sullo scenario del processo penale, che notoriamente attira in maggior misura l'attenzione del pubblico e soprattutto con riferimento al quale suscitano contrastanti emozioni gli interventi della magistratura in aree politicamente sensibili.

Non è di questo, però, che vorrei parlare. Le brevi considerazioni che mi accingo a fare, benché alcune di esse possano avere anche una portata più generale, muoveranno infatti essenzialmente dal punto di vista del civilista, che a causa della mia esperienza professionale è quello a me più congeniale. Anche nel settore della giurisdizione civile, d'altronde, il tema dell'imparzialità del magistrato mi sembra presenti aspetti di notevole attualità e interesse.

1. Vds. *Questione giustizia online*, rispettivamente: 10 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria) e 22 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione), entrambi in questo fascicolo.

2. Imparzialità: un concetto meno ovvio di quel che appare

Che il giudice, nell'esercizio della sua funzione, abbia il dovere di essere imparziale è cosa persino ovvia. L'imparzialità, come indica il secondo comma dell'art. 97 della Costituzione, dovrebbe connotare in via generale l'operato dell'amministrazione pubblica, e quindi anche l'esercizio della giurisdizione affidato ai magistrati. Per il giudice il dovere d'essere imparziale è, però, ancor più stringente e trova un'ulteriore conferma nel primo comma dell'art. 111 della Costituzione, a tenore del quale «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo*» che deve svolgersi «*davanti ad un giudice terzo ed imparziale*». Si tratta di un principio fondamentale, che caratterizza qualsiasi civiltà giuridica. Se colui il quale è chiamato a dirimere una controversia parteggiasse per uno dei contendenti, non di giustizia, bensì di sopraffazione del più forte sul più debole si dovrebbe parlare. E, infatti, il medesimo principio, sia pure in diversa formulazione, si rinviene anche nell'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, e nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Né può dubitarsi che il dovere d'imparzialità valga anche per i giudici privati, ossia per gli arbitri, quantunque essi non siano pubblici funzionari e a loro, perciò, non si applichi il citato disposto dell'art. 97 Cost. L'imparzialità, insomma, è la condizione che legittima taluno ad ergersi a giudice di vicende altrui.

Le cose, però, iniziano ad apparire meno ovvie non appena ci si cominci a interrogare su quel che davvero deve intendersi per imparzialità del giudice. Essere "imparziale", come indica la parola stessa, vuol dire non essere parte (*nemo iudex in causa propria*): significa che il giudice non può essere portatore, neppure per conto di terzi, di un interesse personale all'esito della lite, e neppure deve essere legato a una delle parti da un qualche rapporto di dipendenza. Indipendenza e imparzialità non sono concetti del tutto sovrapponibili, ma è indubbio che la prima costituisca una condizione necessaria (benché non sempre sufficiente) a garantire la seconda. L'assenza di un interesse personale del giudice a un determinato esito della vertenza o di un suo qualsivoglia rapporto di dipendenza con una delle parti in causa potrebbe però non esaurire l'intera gamma delle situazioni nelle quali entra in gioco il dovere dell'imparzialità. Restano diversi nodi problematici da mettere in conto e alcuni interrogativi sui quali conviene svolgere qualche sintetica riflessione.

Possono essere le convinzioni politiche del giudice, la sua filosofia di vita, il suo mondo ideale, il suo

punto di vista generale sui problemi della società e della giustizia a comprometterne l'imparzialità? L'imparzialità è incompatibile con eventuali interventi del giudice che possano incidere sul preesistente rapporto di forza tra le parti in causa e quindi, in certo qual modo, condizionare l'esito di una controversia che sarebbe altrimenti segnato da quello squilibrato rapporto di forze? E ancora: in qual misura la manifestazione, prima o durante lo svolgimento del processo, di un qualche convincimento che il giudice si sia fatto, sia pur magari solo provvisoriamente e allo stato degli atti, può condizionare l'imparzialità del suo successivo giudizio?

3. Scelte valoriali

Intorno al primo dei tre interrogativi che ho posto molto si è discusso e molto si è scritto. Mi limiterò quindi a poche brevi considerazioni, senza alcuna pretesa di originalità, partendo dalla necessità di distinguere ciò che accade nel processo da ciò che accade fuori dal processo.

L'idea che la funzione del giudice si risolva unicamente nell'applicazione a singoli casi concreti di disposizioni di legge generali e astratte, la cui interpretazione risponda a canoni ermeneutici prestabiliti, ben chiari e indiscutibili, non ha probabilmente mai davvero corrisposto alla realtà. Di certo, comunque, essa non vi corrisponde ora, in un contesto storico nel quale il diritto positivo è frutto dell'intreccio di regole più o meno specifiche e di principi generali, nonché della sovrapposizione, non sempre lineare e ben decifrabile, tra normative nazionali e sovranazionali. E ciò anche a tacere della rapidità dei mutamenti sociali e tecnologici che, sovente, sopravanzano la capacità regolatoria del legislatore e pongono il giudice di fronte alla necessità di risolvere questioni poco o per nulla contemplate dalla legge. In questa situazione, l'opera interpretativa e applicativa del diritto risulta sempre meno circoscrivibile a un mero esercizio di tecnica giuridica e sempre più sovente, invece, impone al giudice di compiere delle scelte di valore. Vi sono comunque, beninteso, dei limiti segnati dal dato testuale della legge di volta in volta applicabile e, soprattutto, dai principi costituzionali; ma, sia pure entro il perimetro segnato da questi limiti, credo sia innegabile l'ampliamento della sfera di discrezionalità interpretativa del giudice. È certo vero che il bilanciamento dei principi e dei valori espressi dal testo costituzionale compete anzitutto al legislatore e che al giudice – come ci ricorda Enrico Scoditti – spetta eventualmente di controllare che quel bilanciamento non abbia comportato un sacrificio sproporzionato di uno dei valori in gioco. Ma non sempre il legislatore

assolve quel compito di bilanciamento, e perciò il giudice è costretto a farsene direttamente carico. Anche lo stabilire se sia o meno sproporzionato il sacrificio imposto all'uno o all'altro dei contrapposti principi da bilanciare comporta immancabilmente delle scelte valoriali, trattandosi di valutare se o sino a qual punto sia lecito sacrificare l'un principio a favore dell'altro. Inevitabile mi sembra perciò che, nell'esercizio di questa alquanto estesa discrezionalità, entri in gioco anche quell'insieme di convinzioni, quel modo di sentire e di comprendere la vita, quella scala di valori sociali e morali di cui ogni essere umano pensante e senziente – perciò anche il giudice – è portatore. Se non si ha timore della parola, le si può ben definire “convinzioni politiche” in senso lato, cioè nel senso etimologico del termine.

Con due fondamentali corollari, però: che queste convinzioni non si traducano in aprioristiche ed astratte scelte di campo e che siano sempre limpidamente motivate.

È indispensabile che il giudice, quali che siano in via generale le sue convinzioni, per potersi conservare terzo e imparziale resti sempre aperto all'ascolto delle ragioni di tutte le parti e decida tenendo conto delle peculiarità di ciascun caso concreto, sapendo all'occorrenza anche temperare o modificare le proprie convinzioni di partenza, quando quel caso lo esiga. Nessun giudice può spogliarsi del proprio mondo interiore, della scala di valori che lo popolano, dei principi morali ai quali è stato educato e del suo modo di intendere e vivere la vita, ma tutto ciò attiene ai criteri di fondo sui quali inevitabilmente si modelleranno le sue scelte interpretative, senza per questo compromettere la sua libertà di giudizio per quel che riguarda le singole vertenze che è chiamato a giudicare, con il loro carico di umanità e l'infinita variabilità che ne discende. L'imparzialità presuppone la massima onestà intellettuale e decisioni “per partito preso” non possono mai essere imparziali.

L'onestà intellettuale del giudice deve manifestarsi anche nella franchezza e completezza della motivazione dei suoi provvedimenti. Quanto maggiore si fa lo spazio della discrezionalità interpretativa e applicativa del diritto, tanto più impellente è l'esigenza di dar conto di come quella discrezionalità sia stata esercitata. Si tratta di un'elementare esigenza di democrazia, ma si tratta anche della consapevolezza del fatto che i singoli provvedimenti giurisdizionali – proprio e soprattutto in un'epoca nella quale il cd. “diritto vivente” ha acquistato grande spazio – non servono soltanto a dirimere singole controversie ma concorrono tutti, quale più quale meno, a formare orientamenti giurisprudenziali capaci di condizionare una molteplicità di altre decisioni future. Anche per questo se ne deve, all'occorrenza, poter criticare

le motivazioni e verificare *a posteriori* che i legittimi convincimenti del giudice non abbiano compromesso l'imparzialità del giudizio. L'imparzialità è il presupposto di una corretta nomofilachia.

Altro discorso è da farsi per quel che riguarda il comportamento extraprocessuale del magistrato. Qui si tratta di temperare due opposte esigenze: da un lato, il diritto di piena partecipazione alla vita sociale e politica della comunità, e quindi il diritto di associazione e di manifestazione del pensiero spettante a ciascun cittadino, magistrati compresi; dall'altro, la necessità di evitare che determinati vincoli di appartenenza, comportamenti o esternazioni possano far dubitare (non importa quanto fondatamente) della capacità del magistrato di serbarsi imparziale nell'esercizio delle sue funzioni, rischiando così di minare la fiducia nella giustizia. Che questo temperamento occorra è testimoniato dall'ultimo comma dell'art. 98 della Costituzione, in attuazione del quale la legge sull'ordinamento giudiziario ha vietato ai magistrati sia l'iscrizione sia la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici, prevedendo sanzioni disciplinari in caso di violazione di tale divieto. Ulteriori specifiche limitazioni alle libertà civili dei magistrati il legislatore – credo – non avrebbe potuto imporre, né lo ha fatto, ma ciò non toglie che ciascun magistrato abbia il dovere di avvertire l'eventuale inopportunità di comportamenti che rischiano di mettere in dubbio la sua capacità di serbarsi imparziale nell'esercizio delle sue funzioni, come del resto anche il codice etico della magistratura non manca di indicare. Si tratta di valutazioni necessariamente da fare a seconda delle circostanze, tenendo conto del ruolo ricoperto dal singolo magistrato, della possibilità che egli si trovi in futuro a dover assumere decisioni influenzate dai suoi comportamenti extraprocessuali, delle possibili ripercussioni di quei comportamenti sulla pubblica opinione quando è prevedibile ne possano scaturire inutili polemiche che non giovano al sereno esercizio della giurisdizione. Per essere all'altezza del delicato compito che la Costituzione gli affida, il magistrato deve essere capace di operare costantemente questo genere di valutazioni: deve saper coniugare, per dirla con Max Weber, etica della convinzione ed etica della responsabilità.

4. Imparzialità ed equidistanza

Si sarebbe portati naturalmente a pensare che il dovere d'imparzialità cui il giudice è tenuto – la sua terzietà – implichi che egli debba restare sempre del tutto equidistante dalle parti in causa, evitando ogni intervento che possa condizionare l'esito della contesa processuale. Questo è vero, ma solo fino a un certo

punto. L'imparzialità nell'esercizio della giurisdizione non è un concetto formale e deve esser coniugata con un altro principio fondamentale: quello dell'eguaglianza (sostanziale) espresso dal capoverso dell'art. 3 della Costituzione. Anche il giudice dev'essere, cioè, sensibile al dovere di rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto l'eguaglianza dei cittadini e il pieno sviluppo della persona umana. Se la bilancia della giustizia risulta sin da principio squilibrata, può dunque ben accadere che il giudice debba intervenire per riequilibrarla: lungi dall'intaccare la sua imparzialità, ciò vale a ricostituire i corretti presupposti per un giudizio (non formalmente, ma nella sostanza) davvero imparziale. Con l'avvertenza, però, che questo tipo di interventi non può essere rimesso alla soggettiva valutazione di ciascun giudicante, ma deve necessariamente trovare nella legge – e in una plausibile interpretazione di essa – il suo giuridico fondamento. In quest'ottica si giustificano e vanno in concreto esercitati senza timidezza i molteplici poteri officiosi che il codice di procedura civile assegna al giudice. È il caso, ad esempio, della rilevazione d'ufficio delle cd. nullità di protezione con cui il giudice è chiamato a rafforzare la tutela che, in determinate situazioni, il legislatore ha inteso assicurare ai consumatori, ai risparmiatori o ad altre parti deboli di rapporti contrattuali asimmetrici.

Legge e giustizia, ovviamente, non si identificano. Ma, benché soggetto alla legge, come vuole l'art. 101 della Costituzione, il giudice non può mai dimenticare che la sua funzione è pur sempre quella di rendere giustizia: questo è ciò che i cittadini da lui si attendono. Senza mai varcare i limiti invalicabili segnati dalla legge, ma entro lo spazio di discrezionalità interpretativa e applicativa che la legge stessa e l'estrema variabilità delle vicende umane gli consentono, egli deve sforzarsi di perseguire un'ideale di giustizia, quale emerge dai principi sui quali la nostra Carta costituzionale si basa. E allora non posso trattenermi dal richiamare qui le belle pagine di un recente libro di Tommaso Greco, «*Curare il mondo con Simone Weil*»², e in particolare quelle nelle quali, rifacendosi al pensiero della filosofa francese prematuramente scomparsa nel 1943, l'Autore richiama i tradizionali simboli della benda e della bilancia con cui la Giustizia viene di solito raffigurata, ponendo in evidenza come l'idea di una giustizia cieca risponda a un criterio d'imparzialità astratta e risulti, perciò, incapace di dare la necessaria attenzione alla realtà di ogni singola situazione e ai concreti bisogni che ne scaturiscono; e come, d'altro canto, se si è consapevoli delle ragioni

dello squilibrio sociale, occorre aggiungere peso sul piatto troppo leggero della bilancia (o addirittura adottare, secondo l'immagine proposta dalla Weil, una bilancia «a bracci diseguali»).

5. Imparzialità e manifestazioni anticipate di giudizio

Veniano ora all'ultimo dei tre interrogativi che avevo posto. L'aver manifestato un'opinione sulla controversia che è chiamato a decidere compromette, ed eventualmente sino a qual punto, l'imparzialità del giudice?

L'art. 51, comma 1, n. 4, cpc, tra le altre ipotesi di astensione obbligatoria del magistrato, prevede che egli abbia dato consiglio sulla vertenza che sarà chiamato poi a decidere o che ne abbia già conosciuto in un precedente grado (disposizioni in larga parte analoghe si rinvencono, per il giudice penale, negli artt. 34 e 36 cpp).

La ragion d'essere di questa regola appare abbastanza evidente: l'aver già manifestato la propria opinione a terzi o a una delle parti può condizionare la successiva libertà di giudizio del magistrato, che quell'opinione abbia espresso, per la naturale ritrosia a smentire se stesso. A maggior ragione, non si può pretendere che la revisione critica di un provvedimento impugnato dalla parte sia affidata, nel grado successivo, al medesimo magistrato che quel provvedimento ha pronunciato. L'imparzialità del giudice – lo si è già detto – non consiste soltanto nell'assenza di un suo interesse personale all'esito della causa, ma anche nella condizione di totale libertà di giudizio, e questa può essere compromessa da fattori psicologici che inducano a privilegiare *a priori* l'una o l'altra delle tesi da cui la singola decisione dipende. Alla stessa logica sono ispirate anche altre disposizioni processuali, tra cui, ad esempio, quella che vieta al giudice il quale abbia emesso un provvedimento cautelare di far parte del collegio del tribunale chiamato a pronunciarsi sul reclamo proposto avverso quel medesimo provvedimento (art. 669-terdecies, comma 2, cpc); quella per la quale i giudizi di opposizione all'esecuzione non possono essere trattati dal magistrato che ha conosciuto degli atti avverso i quali l'opposizione è stata proposta (art. 186-bis disp. att. cpc); o quella che, nella procedura di liquidazione giudiziale, impedisce al giudice delegato di trattare i giudizi che egli stesso abbia autorizzato e di partecipare al collegio investito del reclamo avverso suoi provvedimenti

2. Laterza, Bari, 2023.

(art. 123, comma 2 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza). Si è coniato in proposito il termine "pre-cognizione", con cui s'intende definire le situazioni nelle quali l'imparzialità del giudice potrebbe difettare, perché convinzioni già precedentemente formatesi gli impedirebbero di decidere, poi, con mente sgombra. La pre-cognizione potrebbe facilmente divenire vero e proprio pre-giudizio.

Alcune di queste situazioni, come si è accennato, sono contemplate e regolate espressamente dal legislatore. Resta però da capire se sia consentito desumerne un principio generale, come tale invocabile anche in difetto di un'esplicita previsione di legge, e quale effettiva estensione gli si dovrebbe eventualmente riconoscere. Significativo è che, da ultimo, le sezioni unite della Cassazione, mancando un'indicazione del legislatore in tal senso, hanno escluso che, nel procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi per cassazione *ex art. 380-bis cpc*, il magistrato il quale ha formulato la proposta d'inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso debba poi astenersi dal partecipare, eventualmente anche in veste di relatore, al collegio cui spetta di decidere su richiesta della parte che quella proposta non abbia condiviso (sez. unite, 10 aprile 2024, n. 9611).

È innegabile che l'essersi già in qualche modo pronunciato su questioni controverse può incidere sull'imparzialità (*lato sensu* intesa) di chi poi deve giudicare su quelle medesime questioni; ed è certo un principio generale quello per cui nessun giudice può esser chiamato a decidere (o a concorrere alla decisione) su impugnazioni proposte avverso provvedimenti da lui stesso in precedenza emessi. Non bisogna, però, esagerare sugli inconvenienti della *cd. pre-cognizione* del giudice.

Si danno situazioni nelle quali è fisiologico che il giudice, nel corso del processo, lasci intendere più o meno apertamente quale convinzione egli si va facendo in ordine a una o più delle questioni controverse. Questo può ben accadere, ad esempio, quando il giudice si pronuncia sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova dedotti dalle parti, sull'opportunità di rimettere o meno immediatamente al collegio la decisione su una questione preliminare o pregiudiziale, quando dispone una consulenza tecnica formulando i relativi quesiti, e in molte altre circostanze ancora, senza che ciò gli impedisca di prender parte poi alla successiva fase decisoria. All'interno di ciascun grado di giudizio si previene alla decisione conclusiva progressivamente, ed è del tutto naturale che anche il convincimento del giudice si formi a mano a mano; né deve scandalizzare il fatto che esso talvolta si esteri in corso d'opera. Mi spingo anzi a dire

che, in via generale e fatto comunque sempre salvo il rispetto delle specifiche disposizioni di rito vigenti al riguardo, sarebbe financo auspicabile uno svolgimento processuale caratterizzato da un maggior dialogo tra il giudice e le parti: tale per cui il giudice si senta libero di prospettare senza troppe remore le idee che già s'è fatto o che si va facendo e le parti possano adoperarsi, occorrendo, per meglio chiarire le loro ragioni, se ritengano che il giudice non le abbia bene intese. Mi rendo conto che le condizioni materiali nelle quali, di fatto, spesso si svolgono le affollate udienze civili nelle nostre aule di giustizia non facilitano questa prospettiva, ma continuo a pensare che un giudice disposto a dialogare senza troppa reticenza con le parti, anziché chiudersi in un enigmatico silenzio da sciogliere solo col provvedimento conclusivo, sarebbe assai più utile e assai meglio risponderebbe a una funzione giurisdizionale non solo – e non tanto – volta a troncarsi di netto con una decisione d'autorità i nodi da cui le dispute tra le parti sono avviluppate, quanto piuttosto a scioglierli e a ricomporre il tessuto dei rapporti intersoggettivi che quelle dispute avevano lacerato. Questo è, d'altronde, il senso della proposta transattiva o conciliativa che l'art. 185-*bis cpc* autorizza il giudice a fare: proposta nel formulare la quale, però, occorre appunto che il giudice non abbia timore a esprimere una prognosi sull'esito della vertenza, sia pur provvisoria e destinata a successiva revisione. Ciò che non è affatto incompatibile col suo dovere d'imparzialità, né implica un qualche successivo obbligo od opportunità di astensione, ma varrebbe invece a facilitare di molto le parti cui compete vagliare i presumibili vantaggi o svantaggi della proposta conciliativa.

6. Imparzialità e intelligenza artificiale

L'intelligenza artificiale è il tema del momento. Tutti ne parlano, tutti si industriano a immaginare le caratteristiche di un mondo sempre più popolato da automi capaci di svolgere ogni sorta di attività come e meglio degli esseri umani; i quali ne sono perciò, al tempo stesso, affascinati ma pure un po' spaventati. S'intravede la possibilità che anche l'esercizio della giurisdizione sia, in un futuro più o meno prossimo, governato totalmente o parzialmente dagli algoritmi dell'intelligenza artificiale.

Non ne so abbastanza per cimentarmi su questo terreno, ma non posso tacere una certa inquietudine, non foss'altro perché non mi è chiaro come sarebbe mai possibile esercitare una qualche forma di controllo sull'elaborazione di eventuali algoritmi decisori. Come esser certi – per restare al nostro argomento

– che gli algoritmi, pur sempre elaborati all’origine da uomini, siano davvero imparziali? E poi, anche ammesso che possa risultare più imparziale una giustizia robotizzata, affidata a meccanismi funzionanti in base all’intelligenza artificiale, siamo sicuri che davvero essa riuscirebbe a tenere adeguatamente conto di tutte le infinite variabili e delle miriadi di tensioni che innervano il tessuto della società e gene-

rano i conflitti che il giudice è chiamato a comporre, ricorrendo talvolta anche all’equità? Non rischierebbe una tal giustizia di essere, magari più imparziale, ma anche più disumana?

Chissà, però, se queste mie inquietudini non siano solo la solita reazione delle persone ormai anziane, quale io sono, di fronte a novità capaci di sconvolgere il mondo cui sono abituate.

L'imparzialità del giudice come risultato

di Gaetano Azzariti

L'imparzialità *del* giudizio può essere compromessa *nel* giudizio quando, soprattutto nei processi ritenuti minori, il giudice si sente lontano, non partecipa dei fatti della vita che va a giudicare, quando la pigrizia, la superficialità o il conformismo prendono il sopravvento. Sono le motivazioni che devono essere considerate, poiché in esse può nascondersi un non equilibrato giudizio.

Magistratura democratica nasce dalla critica delle sentenze "ingiuste" e su questo piano dovrebbe proseguire, anche al fine di contrastare l'accusa di "non imparzialità" rivolta dalla politica per decisioni semplicemente non condivise. Il magistrato deve preservare anche l'immagine della imparzialità, ma il punto più delicato è il "soggettivismo": quando il giudice, anziché essere sottoposto alla legge, ritiene di potersi fare creatore di giustizia. Anche in tal caso, l'antidoto è rappresentato dalla possibile verifica delle motivazioni e dalla discussione pubblica delle decisioni assunte.

1. Come può una persona essere imparziale di fronte alla vita? Nel processo, in fondo, si chiede al giudice di prendere parte. Valutare e dunque "schierarsi": per rendere giustizia e riparare i torti.

Si dice però che l'"imparzialità" del giudice è legata alla soggezione (solo) alla legge che è costituzionalmente imposta. Imparziale, dunque, nell'applicazione delle norme. Ma che vuol dire? Se con questa indicazione si volesse intendere che viene sottratta al giudice ogni possibilità di valutazione delle norme, dovendo questi limitarsi a tradurre nel caso concreto la volontà politica del legislatore, si commetterebbe un duplice errore. In primo luogo, si stabilirebbe una illecita soggezione al potere politico, che è proprio ciò che la Costituzione ha voluto evitare; in secondo luogo, si darebbe prova di una scarsa consapevolezza della realtà del diritto. Ci si dovrebbe infatti ricollegare al logoro mito della legge "chiara" e del giudice "bocca della legge". Inutile perdere tempo a confutare questa immagine coltivata in passato, agli esordi dell'Età moderna, da un Illuminismo rivoluzionario ben presto abbandonato. Una visione ideologica e astratta tanto più falsa oggi, dove il vero problema dell'interpretazione è rappresentato dai suoi limiti. Ed è proprio qui – sui canoni dell'ermeneutica giuridica – che dovremmo concentrare l'attenzione ogni volta che si denuncia la non imparzialità del giudice,

ovvero – per dirla più brutalmente – il rischio di un uso arbitrario o soggettivo del potere ad esso costituzionalmente attribuito.

Ecco allora che emerge con la dovuta chiarezza il duplice volto dell'imparzialità, che deve caratterizzare tanto l'attività dell'ordine giudiziario quanto quella del singolo magistrato. Imparzialità come non dipendenza dagli altri poteri («La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»: art. 104 Cost), ma anche imparzialità che è richiesta nello svolgimento dell'attività nel processo (da parte del magistrato giudicante, ma in fondo anche da parte del magistrato inquirente) affinché essa sia conforme ai "canoni" della legge, valutati in base all'esperienza giuridica («i giudici sono soggetti soltanto alla legge»: art. 101 Cost.).

Oltre il non condizionamento da parte di altri poteri e la soggezione solo alla legge, si deve considerare però un terzo elemento che vale a configurare l'imparzialità dell'attività giudiziaria. Si deve, infatti, dare per scontato che vi sia una fisiologica distanza tra fatto e diritto che rende illusorio, in molti casi, limitarsi a confidare sulla mera applicazione della legge. Almeno in tutti i casi controversi, non potendo fare affidamento sulla sola, lineare e automatica sussunzione del fatto alla norma, diventa necessario definire i confini dell'imparzialità, che rappresenta

un risultato e non un mero presupposto. Bisogna insomma fare i conti con la complessità dell'ermeneutica giuridica allo scopo di definirne i confini per evitare l'arbitrio.

È per questo che, ben più delle motivazioni soggettive o dei comportamenti tenuti dai singoli magistrati, si dovrebbe prestare attenzione al rispetto delle regole processuali di terzietà, all'instaurazione di un regolare contraddittorio, all'attenzione prestata alle regole formali e sostanziali del processo, al rispetto dei precedenti, ovvero alle motivazioni che legittimano cambiamenti di orientamento.

Ma sono soprattutto le motivazioni degli atti processuali (ordinanze, sentenze, provvedimenti vari) che devono essere considerate, poiché è in esse che può nascondersi un non equilibrato giudizio.

L'imparzialità *del* giudizio può essere compromessa *nel* giudizio, non solo per espressa volontà del magistrato, ma anche indirettamente, a causa della sua incapacità. Quando, soprattutto nei processi ritenuti "minori" – quelli che fuoriescono dall'orbita e dall'attenzione dei *mass media* – il giudice si sente lontano, non partecipa dei fatti della vita che va a giudicare, opera senza *prendere parte* alla causa, senza spingersi a comprendere a fondo e nella realtà dei vissuti le ragioni e i torti delle parti in causa, magari perché sommerso da un carico di lavoro rilevante o solo per pigrizia, ecco allora che si manifesta una insopportabile violazione dell'imparzialità del giudizio. Giudizi parziali sono quelli in cui i tutori della giustizia si affidano agli "stamponi", quando la pigrizia o la superficialità prendono il sopravvento, quando un magistrato "lontano e distratto" deve indagare o giudicare "le piccole cose", le usuali e usuranti controversie civili, i reati di strada, la microcriminalità, questioni ritenute "banali", ma che sono spesso decisive per la vita della gente comune. Può far più danni la malagiustizia che non le opinioni personali – politiche o culturali che siano – del giudice. A queste distorsioni nascoste, non manifeste, dovremmo prestare maggiore attenzione.

Per combattere in difesa dell'imparzialità come risultato dei processi, dovremmo appellarci maggiormente alla professionalità dei magistrati. Prestare attenzione al modo in cui si esercita il potere giudiziario è un compito che spetta a tutti, ma una responsabilità particolare è quella delle associazioni, delle correnti che operano entro il corpo della magistratura, troppo spesso accusate di occuparsi esclusivamente degli interessi di carriera dei propri aderenti e troppo poco attente al funzionamento della giustizia. Magistratura democratica nasce esattamente con questo spirito: per porre al centro dell'attenzione le politiche giudiziarie e l'operato dei giudici e nei giudizi. Una

corrente di magistrati in grado di essere più sensibile alle ragioni di una giustizia che non a quelle della corporazione e che si è andata formando sulla critica delle sentenze "ingiuste"; sulla denuncia della sottovalutazione dei giudici nell'applicare le disposizioni prestando la dovuta attenzione alla Legge suprema, ponendosi "dalla parte della Costituzione"; sulla critica al formalismo di certe pronunce, che non affrontano le questioni, gli interessi, i fatti reali sottostanti la controversia; sulla denuncia della distanza della magistratura conservatrice dalle ragioni dei diritti, soprattutto dei diritti di coloro che non hanno potere, ma possono solo sperare di trovare un giudice consapevole; sulla lotta per la costruzione delle ragioni del garantismo. Una prassi, una cultura della giurisdizione che dovremmo provare a ritrovare, essendoci – a mio parere – un po' sperduti.

L'imparzialità come risultato si impone assicurando la libera e consapevole discussione sull'operato dei giudici. Una discussione che deve coinvolgere tanto i giudici (all'interno della magistratura) quanto l'opinione pubblica (all'esterno dell'ordine giudiziario). Ma che, per poter essere svolta razionalmente, deve fondarsi su una chiara conoscenza dei fatti (quelli conoscibili e di effettiva rilevanza processuale) e delle motivazioni (quelle depositate). Ciò vuol dire che è necessario permettere all'opinione pubblica di essere informata su ciò che avviene nel corso del giudizio, senza limitare la conoscibilità degli atti depositati. Una maggiore apertura. Assai complessa, perché deve, ovviamente, tener ben presente quel delicato equilibrio tra diritto d'informare (meglio sarebbe evidenziare il diritto a essere correttamente informati) e le garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali delle parti e dei soggetti estranei al processo (tutela della *privacy*). Così come gli altri valori costituzionali in gioco, dalla presunzione assoluta di non colpevolezza al rigoroso rispetto dei diritti di difesa, non sottovalutando peraltro anche le esigenze di riservatezza legate al segreto istruttorio e alla necessaria precauzione e delicatezza che circonda gli atti di indagine. Ciò non toglie, però, che un effettivo controllo dell'opinione pubblica può favorire il risultato di processi che siano imparziali. Una corretta e ampia informazione che possa rappresentare anche un filtro e un freno alla ormai diffusa spettacolarizzazione e all'abuso emozionale o irrazionale dei processi mediatici.

Sarebbe peraltro opportuno che, anche dall'interno della magistratura, si favorisse la pratica della critica delle sentenze. La trasparenza del dibattito interno, il far emergere i diversi punti di vista nel valutare i fatti e i casi della vita, non potrebbe che favorire un più rigoroso modo di operare e di interpretare le

norme da parte dei giudici. Senza scordare ovviamente che il migliore e più puntuale controllo delle sentenze (dunque, anche della loro imparzialità) è dettato dai normali criteri di impugnazione delle decisioni, che in fondo servono anche a dare interpretazioni imparziali, non invece semplicemente neutrali, all'attività dei giudici.

2. All'imparzialità sostanziale – quella di cui abbiamo sin qui discusso e che si definisce nel corso del processo – si affianca un'imparzialità soggettiva, che può riferirsi anche all'esigenza di preservare l'imparzialità "apparente" (l'immagine di imparzialità) del singolo giudice e, al limite, può coinvolgere un intero gruppo associativo di magistrati. Un profilo che non è da sottovalutare, foriero peraltro delle più comuni polemiche. A volte, l'accusa di operare sulla base di pregiudizi nello svolgimento delle indagini, ovvero di non essere nelle condizioni di giudicare correttamente alcuni soggetti o fatti in causa, è formulata a seguito di eccessi o errori comportamentali di singoli magistrati, nonché come conseguenza di oggettive situazioni che rendono inopportuno che un singolo magistrato si occupi di determinate questioni o specifici soggetti, anche se tali comportamenti o situazioni non dovessero rientrare nei casi di obbligatoria astensione per legge. È da rilevare, però, che molto spesso l'accusa di non imparzialità rivolta a un magistrato per i comportamenti tenuti o l'attività esercitata è stata utilizzata per contrapporsi strumentalmente a decisioni non condivise. Ovvero, proprio a fronte di quei provvedimenti che ben potrebbero essere discussi sul piano processuale per verificare il rispetto di quella che abbiamo definito l'imparzialità come risultato. Anziché guardare al merito della decisione, contestare le motivazioni, richiedere o promuovere le impugnazioni dei giudicati, si preferisce valutare i comportamenti o le idee extraprocessuali degli attori dei provvedimenti. Il terreno è assai scivoloso perché si tendono a sovrapporre due piani, entrambi da preservare: da un lato, i diritti di cittadinanza dei singoli magistrati (di manifestare il proprio pensiero, ma spesso anche la titolarità di altri vari diritti costituzionali, se non addirittura coinvolgendo la vita privata delle persone); dall'altro, il principio di terzietà dei giudici e la correttezza nell'esercizio dei poteri di indagine. È necessario allora andare alla ricerca del fondamento reale che rende anche l'imparzialità soggettiva un valore da preservare, al di là delle possibili strumentalizzazioni nell'uso polemico dell'imparzialità rivolta ai singoli giudici, se non a interi gruppi di magistrati.

Escludo qui – come già accennato – ogni considerazione sulla parallela, ma diversa questione del conflitto di interessi e le ipotesi previste di obbligo

del giudice o del pubblico ministero di astenersi, o di possibile ricusazione dei componenti dei collegi giudicanti. In tali casi, la non imparzialità come impedimento a proseguire il giudizio è prevista e sanzionata, pertanto si tratta – semmai – di farla rigorosamente valere. Quel che vorrei, invece, evidenziare sono altri due aspetti.

In primo luogo, vorrei rilevare il fondamento che rende necessario preservare la stessa immagine di imparzialità, oltre al doveroso rispetto dell'imparzialità sostanziale per come prima definita. C'è, in effetti, bisogno di non compromettere l'attività della magistratura, che si basa anche sull'aspettativa di trovarsi di fronte a giudici non pregiudizialmente avversi alle posizioni delle parti. Un'apparenza di imparzialità che può venire compromessa dai comportamenti individuali dei singoli magistrati (sia dei giudici terzi, ma anche di quelli inquirenti) ritenuti inappropriati. È il caso tipico dei giudici che esprimono valutazioni definitive sul processo prima di una loro formalizzazione processuale, ovvero che cedono alla tentazione di parlare delle proprie cause con atti non ufficiali, ovvero che esprimono giudizi moralistici ed esplicitamente preconcepiuti nei confronti di questioni, temi o comportamenti che possono poi pervenire al loro sindacato. In tutti questi casi, nei mille altri che possono immaginarsi, una regola di autolimitazione sarebbe opportuna al fine di salvaguardare la propria azione imparziale nel corso dei futuri processi. La stessa delicata questione del divieto non solo di iscrizione, ma anche di partecipazione «sistematica e continuativa» ai partiti politici, nonché «il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato» – che può determinare un illecito disciplinare e che è stata ritenuta non incostituzionale dalla Consulta (sent. n. 170/2018) –, in fondo, rende esplicito come può essere preteso un comportamento anche personale dai magistrati, ma solo e nei limiti in cui tali comportamenti o legami possano riflettere un possibile futuro pregiudizio nell'esercizio dell'attività giudiziaria. Oltre tale linea di confine (non sempre nettamente individuabile), non possono che rispandersi la libertà e i diritti costituzionalmente garantiti a tutti i cittadini: dalla libertà di manifestazione del pensiero, comprese ovviamente le proprie opinioni politiche, ai diritti di partecipazione alla vita sociale del Paese, ai connessi diritti di riunione e di associazione, etc.

3. È inutile rilevare, da ultimo, che dal quadro descritto fuoriescono tutti i frequenti e infondati rilievi sui comportamenti soggettivi dei magistrati

che vengono “incolpati” per la mera partecipazione a eventi politico-culturali o di rilevanza sociale. Per non parlare degli sconcertanti rilievi che vengono fatti su questioni del tutto private, come la vita coniugale o gli atteggiamenti personali dei singoli.

Al di là di questi eccessi, possono dunque certamente assumere rilievo le condotte individuali di singoli magistrati, qualora esse possano compromettere l'imparzialità – anche solo apparente – nei giudizi, senza però scordare che il vero nemico dell'imparzialità è quello che si lega al soggettivismo delle decisioni. Vale la pena ricordare che il vero limite che un giudice non può superare è quello di farsi egli stesso creatore di giustizia: soggetto alla legge, con tutte le

difficoltà che già ciò comporta e su cui abbiamo già accennato in precedenza.

V'è poi un ultimo aspetto da considerare. Il più discusso e il meno pertinente. Non si può confondere la necessaria imparzialità del giudice con un presunto divieto di contrastare le decisioni politiche del Governo o l'applicazione delle leggi in un contesto integrato di normazione nazionale, costituzionale e sovranazionale. In questi casi, vige un obbligo inverso: l'imparzialità *impone* l'esercizio del potere giudiziario contro i comportamenti dei poteri e dei governi che non siano conformi alla legge, alla Costituzione, agli obblighi internazionali. Magistrati soggetti alla legge e non ai poteri.

L'imparzialità del giudice: un obiettivo raggiungibile

di Luisa De Renzi

L'imparzialità non è "neutralità" (di pensiero), ma si avvale del raziocinio, della coscienza, con senso di responsabilità, di competenza e di umanità, per consentire al magistrato di analizzare il caso dell'*altro*: la consapevolezza di aver esaminato la questione (di fatto e di diritto) in tutte le sue complesse dimensioni senza arrestare il giudizio a una parte superficiale e preconcepita delle argomentazioni già costituisce un prezioso esercizio di imparzialità. La Costituzione e le leggi – assistite dalla capacità di interpretare le norme e la realtà nella quale si inseriscono – ne rappresentano l'ossatura; le testimonianze di vita di chi ci ha preceduto rappresentano l'esempio da seguire (il *volto* dell'imparzialità).

Nella società dei *social media* è fondamentale chiedersi se essa sia ancora un obiettivo raggiungibile e soprattutto se il magistrato, per essere e apparire imparziale, debba assumere tratti disumanizzati e neutri. Una giustizia robotizzata alimenterebbe false illusioni di imparzialità perché il giudizio non può prescindere dal carattere ontologicamente etico e responsabile della decisione umana.

1. Introduzione / 2. Imparzialità: un obiettivo raggiungibile? / 3. Il bio-diritto e l'imparzialità / 4. Imparzialità nei giudizi riguardanti altri magistrati / 5. Uno sguardo al futuro: l'IA decisionale e l'imparzialità / 6. Episodi di vita vissuta / 7. Conclusioni

1. Introduzione

« (...) *gli uomini, creature troppo imperfette, non tutti si possono promettere una totale indifferenza (...)»*¹.

La riflessione sulla imparzialità del magistrato, dote indispensabile per la buona pratica giudiziaria, è impegnativa e costringe a uscire dagli schemi collaudati e rassicuranti dei luoghi comuni. Spesso capita di imbattersi in analisi teoriche, accurate e ben costruite, sul tema della indipendenza e della imparzialità.

Si tratta di sequenze normative e giurisprudenziali che indicano la virtù laica dell'imparzialità del

magistrato, la connotano e l'accostano al profilo dell'apparenza di imparzialità come fosse un'endiadi perfetta (imparzialità non è solo essere, ma anche apparire).

Le riflessioni su questo tema sono molto interessanti, per lo più teoriche, e nel dibattere sull'imparzialità vengono esaminate le norme (anche quelle deontologiche), si chiamano in causa i sacri principi della vita riservata e schiva, ma bisogna ammettere che è arduo descrivere il comportamento virtuoso (ammesso che un comportamento virtuoso esista in sé) nel quale si incarna il valore della imparzialità interiore (essere imparziale) ed esteriore (apparire imparziale).

1. L.A.Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, presso G. Pasquali, Venezia, 1742 (I ed.), cap. XII («Dell'indifferenza richiesta ne' giudici», pp. 90 ss.); vds. altresì il cap. VII («De i Giudici, e de i lor difetti», pp. 49 ss.).

Il mondo anglosassone esemplifica questo dualismo (essere/apparire) con una massima molto significativa: “*justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*” (“La giustizia non solo deve essere fatta ma è altrettanto essenziale che si percepisca manifestamente e senza dubbio che sia stata effettuata”)².

Ma come definire l'imparzialità del magistrato? Come darle un volto?

E quale il comportamento virtuoso: quello che assicura l'inflessibile rigore della giustizia e che non guarda in faccia nessuno? Quello che sa bilanciare il rigore con l'umanità? Esiste una ricetta per tutte le occasioni?

Se volessimo procedere con ironia, dovremmo interrogarci a fondo su «*quali son queste passioni, che possono ammaliare il cuore anche dei più venerandi vecchioni scelti per maneggiar le bilance della giustizia?*»³.

La riflessione, per quanto la si voglia stemperare con il velo dell'ironia, è seria ed è sempre vivo il problema di fondo: si torna e si ritorna a discutere animatamente sull'imparzialità della magistratura e sull'esigenza di essere e di apparire imparziali.

Non resta che chiedersi se l'obiettivo delineato nella Carta costituzionale (quello dell'imparzialità) è raggiungibile o se l'essere umano, per sua natura, è destinato a non indossare mai i panni di una perfetta imparzialità.

La scintilla nasce ora da un *tweet*, ora da una decisione, ora da una dichiarazione pubblica, ora da una fotografia, e si rianima la discussione antica sul tema dell'imparzialità dei magistrati e su quale sia il grado di intensità con cui gli stessi possono partecipare alla vita pubblica e sociale.

Questa breve introduzione costituisce l'occasione per anticipare una delle riflessioni centrali sul tema: imparzialità non è neutralità (di pensiero), non significa uscire da sé (trasformarsi in una specie di automa: il “giudice-macchina”), ma è appropriarsi del proprio razionalità, della propria coscienza, con senso di responsabilità, di competenza e di umanità, per analizzare il caso dell'altro; la consapevolezza di avere esaminato la questione (di fatto e di diritto) in tutte le sue complesse dimensioni senza arrestare il giudizio a una parte superficiale e preconcepita delle argomentazioni già costituisce un prezioso esercizio di imparzialità.

Ed è tutt'altro che semplice.

Allora, non resta che interrogarci: L'imparzialità è un obiettivo facilmente raggiungibile?

2. Imparzialità: un obiettivo raggiungibile?

Il cammino umano e professionale mi ha spesso posto dinanzi al dilemma su quale fosse il comportamento più corretto nella gestione del complesso agire del magistrato: una continua tensione pervade questo mestiere e lo rende così bello perché, nel contatto con gli altri esseri umani, il giudizio (per essere realmente tale e per non trasformarsi in una superficiale esternazione) deve essere pesato, pensato, ripercorso logicamente e reso comprensibile nella sua esternazione logica.

Un cammino faticoso, che include l'imparzialità quale punto di partenza nella elaborazione delle idee.

La Carta costituzionale offre preziosi spunti di riflessione e individua le regole comportamentali: il magistrato che si attiene ai principi della Costituzione è già un magistrato che assicura un alto grado di imparzialità.

La *regula juris* è dettata dall'art. 111, comma 2 della Costituzione, secondo cui «*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*».

Ancora, il d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109, all'art. 1, codifica il principio di imparzialità quale essenziale punto di partenza per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, affermando che il magistrato «*esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità*».

Il principio dell'imparzialità, poi, è stato inserito anche nel codice etico dell'Associazione nazionale magistrati (approvato il 13 novembre 2010): una importante petizione di principio che, all'art. 9, onera il magistrato di una condotta leale, scevra da pregiudizi, così da rendere effettivo il valore dell'imparzialità:

«*Il magistrato rispetta la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione. Nell'esercizio delle funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà e impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme. Assicura inoltre che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità*».

Le sezioni unite della Corte di cassazione, in più occasioni, hanno evidenziato l'importanza del binomio essere imparziale/apparire imparziale e la stessa

2. F. De Franchis, *Dizionario giuridico Inglese-Italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 385 (voce: “Bias”, “pregiudizio”).

3. L.A. Muratori, *Dei difetti*, op. cit., cap. XII.

Corte costituzionale ha valorizzato, come fossero un solo corpo, i principi di indipendenza e di imparzialità che caratterizzano «la figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica»⁴.

È dunque evidente che l'imparzialità, oltre a costituire l'abito del magistrato (l'apparenza), deve rappresentare anche uno degli obiettivi primari del suo agire interiore (l'essere).

La nozione teorica dell'imparzialità è dunque facilmente estraibile dalle norme, dal codice deontologico e dalla giurisprudenza che, da sempre, accosta il dovere di imparzialità al pre-requisito dell'indipendenza.

La pratica rende il compito certamente più arduo perché in una società dove, rispetto al passato, prevale l'esternazione *social* occorre una buona dose di allenamento per essere e per apparire imparziali.

L'esercizio dell'imparzialità diviene fondamentale (ci si allena all'imparzialità, non si nasce imparziali) così come sono essenziali gli esempi di magistrati che hanno saputo rendere una preziosa testimonianza del loro essere imparziali.

Mi vengono in mente i molti magistrati che, pur di «*non piegare la legge alle proprie convinzioni o ad estranee influenze*», come diceva il giudice Livatino, hanno pagato a caro prezzo, sino al sacrificio della vita, la loro imparzialità e la loro indipendenza.

E così, la teorica dell'imparzialità passa dai codici alla pratica della vita vissuta e l'esempio di chi ci ha preceduto diventa una preziosa lezione di vita.

Guardando agli esempi, riesco a dare un volto all'imparzialità, a renderla concreta nella sua consistenza e a considerarla non solo un obiettivo raggiungibile, ma un requisito essenziale nella vita professionale del magistrato.

Con gli anni, si è radicata in me la convinzione che quella dell'imparzialità non è una strada priva di tracciato, ma un percorso costruito da molti tasselli, tutti intrecciati tra loro: la costituzione e le leggi rappresentano l'ossatura; le testimonianze di vita di chi mi ha preceduto rappresentano l'esempio da seguire (il volto concreto dell'imparzialità); la capacità di interpretare le norme e la realtà nella quale le stesse norme si inseriscono rappresenta un prezioso attributo del percorso logico correlato alla valutazione dei casi da esaminare.

Quest'ultima (la capacità interpretativa) non può essere svincolata dai canoni normativi ma, al tempo stesso, non deve fare a meno di un'adeguata ponderazione rispetto alle esigenze del caso concreto, facendo così un corretto uso dei criteri di interpretazione che la stessa legge ci indica.

Il percorso umano e professionale, poi, mi ha dimostrato che l'imparzialità non può e non deve essere confusa con il dogma dell'oggettività e del formalismo giuridico portati alle estreme conseguenze.

Spesso mi sono interrogata, e continuo a interrogarmi, sul ruolo delle emozioni e sul reale significato (anche umano) dell'imparzialità.

Essere imparziali significa non provare alcuna emozione nel giudizio?

Se così fosse, allora l'imparzialità diventerebbe davvero un obiettivo non facilmente raggiungibile per gli essere umani. L'emotività è stata spesso abbinata alla soggettività di chi giudica e dunque è stata considerata impropriamente come un elemento che compromette gravemente la logicalità del ragionamento giuridico.

Ma si può davvero sostenere che l'emotività sia nemica della ragione e, ancor prima, nemica del diritto?

Il magistrato, nella valutazione dei casi sottoposti al suo esame, deve realizzare una sorta di operazione algoritmica meccanica e inumana mediante un rigoroso sillogismo che conduce dal fatto alla norma senza tentennamenti ed esitazioni?

Gli interrogativi sul dovere di imparzialità si moltiplicano quando, dai manuali, si passa alla vita vissuta e alla pratica costante del diritto; ci si chiede se sia giusto considerare il magistrato (imparziale) come un essere privo di emozioni, distaccato dal reale e persino privo della capacità di interloquire nella società attraverso le proprie convinzioni ideali.

Penso sia evidente che l'essere umano, anche nel meccanismo decisionale, non possa e non debba liberarsi da sé ma, al contrario, ha bisogno della propria ricca umanità per esprimere un giudizio che non sia il risultato freddo di ragionamenti ingabbiati nella dimensione post-umana della macchina.

3. Il bio-diritto e l'imparzialità

Un tema che mi ha sempre affascinato e con il quale è molto interessante confrontare l'imparzialità del magistrato è quello del bio-diritto. Questo settore attinge la casistica direttamente dalla bio-etica e rappresenta il crocevia di approcci interdisciplinari (etici, scientifici, filosofici e giuridici), coinvolgendo la persona nelle varie fasi della vita: dalla nascita alla morte.

Si tratta di un settore che, più di altri, esalta la conflittualità del pensiero perché chiama in campo la dimensione antropologica.

Il dibattito pubblico su questi temi non è mai neutrale perché entrano in gioco le diverse posizioni etiche di riferimento.

4. Corte cost., 20 luglio 2018, n. 170.

Lo scontro, talvolta anche molto acceso, si verifica principalmente tra la concezione etica cd. personalista, che trae le sue origini nella filosofia tomistica e che esprime profonda attenzione per la vita considerata come valore in sé e su cui fondare la dignità della persona, e la diversa impostazione che fa leva sul tipo qualitativo di esistenza, nella quale la misura del valore della vita è data dalla sua capacità di esprimere una condizione dignitosa per chi la vive.

La prospettiva personalistica si incentra sulla tesi della dignità (intrinseca) di ogni persona umana in ogni istante della vita, dal concepimento alla morte naturale.

In particolare, dal personalismo ontologico (che rimarca il valore oggettivo di ogni persona, quale unità inscindibile di corpo e spirito, unica e indisponibile, dotata di una dignità intrinseca, propria della natura umana) derivano il principio della difesa della vita fisica, in quanto intangibile e indisponibile; il principio terapeutico, per il quale ogni intervento sulla persona si giustifica solo se ha il fine di guarire o curare il soggetto malato; il principio di libertà e di responsabilità, secondo il quale la libertà personale incontra un limite oggettivo nel rispetto della vita e della libertà dell'altro; il principio di socialità e sussidiarietà, che si propone il raggiungimento del bene comune attraverso il bene del singolo e la solidarietà verso chi ha più bisogno.

L'«etica della qualità della vita», al contrario, non stabilisce *a priori* quale sia il criterio qualitativo di una buona vita, ma lo considera invece nella dimensione personale e concreta del singolo.

Secondo tale concezione, non è possibile imporre al singolo una visione del mondo preordinata in nome della sacralità della vita, cosicché solo il diretto interessato, in relazione alla propria condizione esistenziale, può giudicare il grado di qualità della sua esistenza, risolvendosi la dignità stessa in null'altro se non nella possibilità personale di scegliere in autonomia⁵.

Una simile impostazione, oltre ad essere criticata dal pensiero cattolico per una apertura indiscriminata all'individualismo ed al relativismo, è fonte di alcune critiche che utilizzano l'argomento del «pendio scivoloso»⁶.

È evidente che in tali ambiti, contrapposti tra loro, non esistono motivazioni giuridiche completamente sganciate da un sottofondo (etico) di riferimento, né la partenza da una prospettiva cd. «laica» assicura la trattazione neutrale e asettica del tema.

Il tema è complesso e stimola riflessioni sull'imparzialità e sull'esercizio della politica delle idee da parte del magistrato.

Si pensi, ad esempio, al tema del fine vita, dove la questione bioetica rimane sempre al centro, protagonista assoluta del dibattito, e le regole giuridiche subiscono una diretta influenza dal profilo etico che dibatte e si interroga sull'accettazione o meno di un fenomeno in cui la morte sia procurata e non evitata.

Il punto di partenza non è univoco, poiché dalle diverse concezioni sulla vita e sulla morte deriva la differenza delle soluzioni, anche quella giuridica, sui casi di fine vita.

In questo ambito, si può distinguere il fronte di chi nega la legittimità degli interventi di interruzione volontaria della propria vita da quello che, invece, rimarca l'esistenza di un diritto dell'individuo, inteso in senso giuridico, nelle diverse forme dell'eutanasia o del rifiuto di cure.

Senza voler entrare nella complessità del dibattito etico e sociale, è evidente che non si può negare al magistrato, al pari degli altri consociati, la libertà delle idee e la possibilità di partecipare al dibattito pubblico che si svolge sui temi etici, anche se – giova rimarcarlo – su questi temi il dibattito non è mai connotato da neutralità perché nessuna opzione etica di partenza è imparziale ma, al contrario, si basa su idee ben strutturate e collegate a concezioni filosofiche di fondo.

Allora è lecito chiedersi se, in questo ambito, l'imparzialità sia un obiettivo raggiungibile. Fino a che punto è possibile intervenire nel dibattito politico in corso e non compromettere la propria capacità di trattare le questioni specifiche?

L'imparzialità, ne sono convinta, è un obiettivo raggiungibile in ogni ambito del diritto (anche nei settori di maggiore conflittualità etico-sociale) e non può essere confusa con l'impossibilità per il magistrato di esternare quella che viene definita la «politica delle idee»: non si può privilegiare il modello di un magistrato muto, una sorta di giudice in panchina, che consapevolmente debba rinunciare a fornire il proprio contributo di idee alla società.

Un giudice che sia completamente estraneo ai temi dibattuti nella società non risponde al modello costituzionale e non incarna nemmeno un modello auspicabile, perché senza passione civica, prima ancora che buoni giudici, non si ha nemmeno titolo per essere inseriti nella vita sociale e per essere definiti buoni cittadini.

5. G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in AIC, 14 marzo 2008: «La dignità della persona deve sempre riferirsi alla persona umana concreta, quale essa è e non quale dovrebbe essere secondo punti di vista religiosi, filosofici o ideologici» (www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html).

6. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 283.

Occorre, però, una particolare misura, una buona dose di equilibrio e tanta capacità di saper cogliere tutte le sfumature: se è consentita una partecipazione del magistrato nell'ambito del dibattito pubblico, con serietà e con la cognizione attenta delle problematiche trattate, altrettanto non è consentito nell'ambito del giudizio dove, fatta salva la capacità di interpretazione sistematica, il limite è pur sempre costituito dalla necessità di non adottare decisioni che vadano palesemente contro la legge o la creino volutamente e arbitrariamente, in assenza di punti certi di riferimento normativo, così sconfinando nell'esercizio della volontà di determinazione politica in ambito giudiziario.

4. Imparzialità nei giudizi riguardanti altri magistrati

Un altro tema che mi ha sempre incuriosito, non fosse altro che per scandagliarne gli importanti profili psicologici, è quello dell'imparzialità del magistrato quando si trova a dover maneggiare i giudizi riguardanti altri magistrati.

A molti di noi è capitato di sperimentare il funzionamento della giustizia dall'angolo visuale dell'utente e, talvolta, è capitato di imbattersi in magistrati che, per apparire imparziali, sconfinano nell'eccesso opposto.

Si tratta di un eccesso di imparzialità che, per un sottile meccanismo psicologico, sconfinava nella tendenza ad assumere un atteggiamento ben più rigoroso nei confronti del magistrato che chiede giustizia, tanto da lambire una sorta di parzialità contro il povero malcapitato.

«Allora insensibilmente, e senza avvedersene, chi dee esser giudice, comincia a diventar avvocato dell'altra parte. Allora anche le ragioni deboli prendono aria di vigorose in un intelletto, che a cagione della mal conosciuta passione non si trova nell'equilibrio, in chi dovrebbe essere. Anzi va egli cercando nel magazzino del suo sapere altre ragioni, altri ammiccicoli, per poter pure con bastevole fondamento determinarsi per quella parte».

L'argomento esula dalla teorica dei manuali, si accosta alla psicologia e allo studio dei *bias*, ma non merita affatto di essere trascurato perché la riflessione sulla imparzialità, come prerogativa indispensabile dell'agire del magistrato, si nutre anche delle imperfezioni umane che vanno colte e meditate per poterle correggere.

Nessuno di noi ha frequentato una scuola di imparzialità e a mio avviso non è sconveniente parlare dei meccanismi psicologici che, talora, possono innestarsi sul tema dell'imparzialità. Spesso, con l'intento di apparire troppo imparziali, si finisce, per un singolo meccanismo psicologico, relegati in una sorta

di baldanzosa indipendenza che diviene pernicioso per il giudizio e, prima ancora, per la serenità di chi è chiamato a rendere giustizia.

Ecco allora che, per apprendere l'imparzialità, occorre passare dalla teorica dei manuali alla vita vissuta e far tesoro degli esempi di chi ci ha preceduto, mostrandoci la via di un equilibrio consapevole e maturo che deve essere costruito, giorno dopo giorno, nel percorso umano e professionale.

L'ascolto, declinato nella regola del contraddittorio, diviene antidoto alla baldanzosa indipendenza, costituisce una prerogativa di imparzialità, e mette in fuga le paure, anche quelle legate alla difficoltà di gestire i procedimenti che riguardano altri magistrati.

In questo contesto, non mi sembra superfluo richiamare (anche a me stessa) la preziosa regola dell'ascolto perché costituisce una garanzia di equilibrio:

«Il giudice (...) nell'esercizio delle sue funzioni ascolta le altrui opinioni, in modo da sottoporre a continua verifica le proprie convinzioni e da trarre dalla dialettica occasioni di arricchimento professionale e personale» (art. 12 codice etico dell'Amn).

Di ascolto e di studio si nutre l'imparzialità, la quale, a sua volta, diviene una inscindibile alleata dell'indipendenza e così il magistrato può affrontare le sfide più impegnative senza il timore di diventare una macchina fredda e senza colorazioni umane.

5. Uno sguardo al futuro: l'IA decisionale e l'imparzialità

Quale sarà giustizia del futuro?

Le nuove realtà di intelligenza artificiale (IA) saranno in grado di consentire la realizzazione della perfetta imparzialità e la realizzazione di un diritto finalmente calcolabile e computabile?

E il giudice?

Impostato così, il tema assume dei contorni inquietanti perché i tribunali "on line" evocano un mondo disumanizzato, nel quale persino il delinquente più incallito si smarrisce perché ha la necessità di incarnare il suo giudice in un volto da scrutare e in uno sguardo da incrociare.

E che dire della lite, surrogato psicologico di molte inquietudini del genere umano?

Quante persone sarebbero disposte a rinunciare all'agone della giustizia dei tribunali per affidare la sorte del giudizio a un *computer* (imparziale?) che non consente scambi verbali, confronti, esternazioni?

Della giustizia, *ars boni et aequi*, può esistere una versione da tradurre in equazioni logiche?

Non si può che partire da una serie di domande che si affastellano, una dopo l'altra, in una sequenza ritmica, per riflettere su un tema nuovo, di fondamentale

importanza per il genere umano: fare a meno di un volto e di un'anima che possa dare contenuto vitale ai principi giuridici per la realizzazione della perfetta neutralità (attributo che maggiormente si addice alla macchina).

Nel mondo del diritto già si ragiona sulla possibilità che la (oramai) tradizionale informatica giuridica possa evolversi con il passaggio da uno stadio meccanico-funzionale a uno evolutivo-creativo, affidando la decisione a un sistema di intelligenza artificiale: da qui prende le mosse quello che idealmente può essere raffigurato come un "corpo a corpo" tra la tecnologia e l'umanità.

Nel 1666, Gottfried Wilhelm Leibniz, nella «*Disseratio de arte combinatoria*», ebbe a dire: «*Le parti un giorno, di fronte ad una disputa, potranno sedersi e procedere ad un calcolo*».

Leibniz rievoca il momento iniziale del proprio pensiero filosofico, quando gli studi di matematica lo avevano spinto alla ricerca di una lingua come "caratteristica universale" del pensiero umano, cioè di un metodo e di una scienza in grado di operare un calcolo logico di tutti i pensieri e di trasporli in equazioni logiche.

Il filosofo individua nell'arte combinatoria lo strumento per costruire il calcolo dei pensieri: i pensieri degli uomini sono costruiti su idee semplici, le quali, come le lettere dell'alfabeto e i numeri primi, possono essere abilmente combinate tra loro secondo regole determinate.

Tali pensieri filosofici troveranno sfogo nell'opera, scritta intorno al 1690, dal titolo «*Della sintesi e dell'analisi universale*», nella quale l'interrogativo è il seguente:

«*quando, ragazzo, imparavo la logica, e solevo, già allora, andare un po' più a fondo nelle ragioni di quanto mi si insegnava, obiettavo ai maestri: perché come vi sono categorie dei termini non complessi, con cui si ordinano le nozioni, non si fanno categorie dei termini complessi, con le quali ordinare le verità?*».

Leibniz, a ben leggere i suoi scritti, faceva riferimento a un calcolo derivante dalla combinazione di concetti ordinati in sequenza logica («potranno sedersi e procedere ad un calcolo») con una serie di categorie di termini complessi con cui ordinare verità, vale a dire utilizzando il sistema della logica sequenziale o combinatoria del ragionamento.

Il mondo del diritto può essere ordinato razionalmente (e per procedimenti sequenziali) con un'abile combinazione del sistema normativo da adattare alla fattispecie?

La risposta non può che essere positiva, perché il giudizio non sfugge alla logica razionale: è necessaria un'accurata ricostruzione delle norme e una combinazione tra le norme e il fatto da cui origina il giudizio.

Un accostamento apparentemente semplice, ma che risente di un procedimento logico intriso di numerose variabili.

Innanzitutto, è necessario effettuare un'accurata e fedele ricostruzione del fatto; curare la ricostruzione del panorama normativo applicabile al fatto; selezionare l'opzione interpretativa che maggiormente si confà al fatto e valutare se vi siano elementi di giudizio peculiari quali l'analogia, l'applicabilità di clausole generali da riempire di contenuti in relazione al giudizio di fatto, l'esistenza di precedenti e il grado della loro resistenza nel tempo.

Questo intrecciarsi di procedimenti logici è tipico del giudizio umano, dove la facoltà cognitiva è intrisa di razionalità e di umanità; si tratta di elementi tipici del giudizio, che non appaiono facilmente scindibili se non al prezzo di privare il giudizio o dell'uno o dell'altro elemento.

Il giudice-robot deciderebbe secondo un procedimento sequenziale e algoritmico che, impostato in un certo modo, si rinnoverebbe solo al suo interno con adattamenti auto-generatisi dall'automaticità sistematica della macchina, portando con sé i pregiudizi (*bias*) di coloro che hanno avviato il meccanismo.

L'intelligenza artificiale, infatti, "impara" e al contempo genera le inferenze che ampliano le impostazioni originarie: un'autonomia decisionale che si evolve come auto-apprendimento dal sistema originariamente impostato.

Questo meccanismo di IA generativa in ambito decisionale garantirebbe una maggiore imparzialità?

Nell'affrontare questo tema di sempre maggiore attualità – come sempre accade al genere umano nei ragionamenti legati alle questioni che lo riguardano – occorre dotarsi di una buona dose di saggezza, di razionalità e di equilibrio, doti tutte umane, poiché se non è concepibile una chiusura assoluta a forme di ausilio tecnologico alla giustizia, non è altrettanto concepibile un'apertura indiscriminata a forme di giustizia che affidino il loro responso a una macchina.

Papa Francesco, nel «*Messaggio per la Giornata mondiale della pace*» del 2024, ha approfondito il tema dell'IA, invitando alla riflessione su quali possano essere le condizioni affinché si faccia un uso responsabile delle nuove tecnologie al servizio della pace e della fraternità⁷.

7. G. Riggio, *L'intelligenza artificiale: una risorsa al servizio della libertà e della pace?*, in *Aggiornamenti sociali*, gennaio 2024, pp. 3-6 (Editoriale – www.aggiornamentisociali.it/articoli/lintelligenza-artificiale-una-risorsa-al-servizio-della-liberta-e-della-pace/).

Il Messaggio evidenzia che «*le forme di intelligenza artificiale sembrano in grado di influenzare le decisioni degli individui attraverso opzioni pre-determinate associate a stimoli e dissuasioni, oppure mediante sistemi di regolazione delle scelte personali basate sull'organizzazione delle informazioni*» (ivi, p. 5).

L'IA rischia di divenire uno strumento nel quale i pregiudizi siano insiti nel sistema del nuovo paradigma tecnocratico e la promessa di autonomia e di libertà di queste nuove forme di progresso rischia di alimentare il germe dell'imparzialità e di essere assai limitata rispetto alle aspettative.

Sradicare i pregiudizi dal sistema, poi, diventerebbe operazione ardua perché i programmi di IA portano con sé una doppia categoria di pregiudizi: i pregiudizi di chi li ha programmati e i pregiudizi degli esseri umani con i quali interagiscono.

Esemplare è il caso Loomis.

Eric Loomis, cittadino statunitense, fu arrestato per due reati che in Italia potremmo rubricare come ricettazione di un'automobile e resistenza a pubblico ufficiale. Fu condannato, nell'ormai lontano 2013, alla pena di sei anni di reclusione sulla base di un alto punteggio (*score*) risultante a suo carico da "*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*" (COMPAS: un algoritmo predittivo di valutazione del rischio di recidiva).

La Corte suprema del Wisconsin, nel pronunciarsi sul ricorso di Loomis, dichiarava all'unanimità la legittimità dell'uso giudiziario degli algoritmi che misurano il rischio di recidiva, avendo solo cura di specificare che lo strumento non può essere l'unico elemento su cui si fonda la pronuncia di condanna.

Negli Stati Uniti, nel settore penale, gli algoritmi predittivi sono utilizzati per stabilire il rischio di recidiva nella fase preliminare al giudizio per la determinazione della cauzione, nella fase decisionale per la valutazione della possibile eventuale definizione del giudizio di *probation* (una specie di messa alla prova) e nella fase esecutiva per la valutazione della conces-

sione della *parole* (una sorta di liberazione condizionale). Il dibattito sull'utilizzazione di questi strumenti è ancora vivo e non manca chi esalta il sistema delle piattaforme predittive, assicurando che gli strumenti informatici di valutazione del rischio possono frenare il razzismo e la discriminazione.

Certo, per il Loomis la piattaforma predittiva si rivelò un giudice non imparziale, dal momento che gli venne attribuito il punteggio più alto.

Il giudice del caso Loomis, tale Scott L. Horne, in corsa per essere rieletto, volle mettersi al riparo da errori di giudizio. Per questo decise che la relazione sul rischio di recidiva fosse accompagnata da un *report* predisposto dal *software* COMPAS⁸.

Il giudice, acquisito il *report* di COMPAS⁹, si rivolse a Loomis informandolo del responso dell'algoritmo: «Lei è stato identificato attraverso il COMPAS *assessment* come un individuo che rappresenta un alto rischio per la società».

Fu così che Loomis subì una condanna esemplare, e non solo per ciò che aveva commesso, ma anche per i reati che avrebbe potuto commettere in futuro.

Fu una decisione imparziale? Nel 2016, un'accurata indagine svolta da una società americana mise in luce il pregiudizio del sistema nei confronti delle persone facenti parte della comunità afroamericana. L'analisi evidenziò come l'algoritmo stimava il "rischio di recidiva" in modo assai più alto per la popolazione di colore laddove, al contrario, l'indice era stimato al ribasso per gli imputati bianchi.

In conclusione, sono certa che l'imparzialità umana – per quanto fallace – costituisce una ineliminabile garanzia del processo.

L'imparzialità, e con questa l'indipendenza, meritano dunque di essere preservate con cura proprio dagli stessi magistrati, i quali non possono affatto rinunciare al compito di dimostrare – attraverso la competenza, la professionalità e l'umanità – che il giudizio è e deve essere imparziale e che *il giudizio non può prescindere dal carattere ontologicamente etico e responsabile della decisione umana*.

8. G. Scorza, *Processi al futuro. Quando la tecnologia ha incrociato il diritto*, Egea, Milano, 2020, dove si analizza a fondo il caso Loomis e si afferma che COMPAS è progettato, sviluppato e gestito dalla Northpointe Inc. oggi Equivant, una società privata con sede nella Suite 101, a Canton, in Ohio. Il nuovo sito della Equivant è interamente dedicato a *software* e sistemi di IA dedicati al pianeta giustizia e il *payoff* che campeggia in *home page* chiarisce le ambizioni della società: «Tu prendi decisioni che contano. Noi realizziamo software per supportarle». Ancora, nel sito, si legge: «Costruiamo il supporto decisionale in tutto ciò che facciamo perché ha senso. I nostri strumenti sono utilizzati a livello nazionale per prendere decisioni basate su prove, contribuendo a rimuovere i pregiudizi, fornendo ai professionisti della giustizia la ricerca e la motivazione di cui hanno bisogno per prendere decisioni informate e difendibili» (c.vo aggiunto).

9. Da G. Scorza, *op. ult. cit.*, testualmente:

«Il report elaborato da COMPAS nel caso di Loomis occupa un paio di fogli: una manciata di caratteri, qualche grafico a torta colorato, di quelli che generalmente popolano le analisi di mercato, e poi tre "barre" – anch'esse in perfetto stile business – con un punteggio da uno a dieci per sintetizzare tre giudizi sul rischio che l'imputato torni a commettere reati prima della sentenza definitiva, torni a commettere reati dopo la sentenza e torni a usare la violenza. E le tre barre, nel caso di Eric L. Loomis, sono colorate fino al numero dieci, ovvero rischio elevato in relazione a tutti e tre i fattori».

6. Episodi di vita vissuta

La mia personale concezione dell'imparzialità non esclude l'umanità, ma – anzi – la ingloba nello stile di vita professionale.

Ho avuto il privilegio di apprendere da magistrati a me molto cari che l'imparzialità non deve mai oscurare il lato umano, perché solo tenendo attive le corde dell'anima si può valutare il caso dell'altro con competenza, con sensibilità e anche con il giusto distacco.

Sembra un controsenso ma non lo è: l'imparzialità e l'umanità devono procedere di pari passo, senza l'umanità l'imparzialità è ben poca cosa, diventa una sterile neutralità e tanto vale affidare alla macchina il compito di giudicare o di imbastire una requisitoria perché, senz'anima, tutto diviene scolorito e non più a misura d'uomo.

Nel lontano 1991, il presidente della commissione concorsuale mi rivolse un insegnamento che ancora custodisco gelosamente.

Era appena uscito nelle sale cinematografiche un bellissimo film drammatico dal titolo «*Un medico, un uomo*». Il film racconta la storia professionale e umana di un giovane chirurgo di grande notorietà. Jack McKee, medico brillante e al tempo stesso spregiudicato, tratta i pazienti con baldanzosa arroganza, non risparmiando loro battute di inusitato sarcasmo, ma ben presto si ammala di un cancro alla gola e la prospettiva cambia di colpo; muta la scena di vita e Jack prende cognizione delle proprie fragilità esistenziali e si trova a dover fare i conti con una professionalità costruita su presupposti fallaci e non adeguati per l'importante ruolo che svolge. Il medico, nel giro di un attimo, sperimenta il faticoso ruolo del paziente e, a sua volta, si trova a dover subire l'arroganza e la supponenza degli altri medici, scivolando dolorosamente nel tunnel della malattia che, però, gli consente di scoprire i valori umani e la solidarietà; ben presto conosce la giovane June Ellis, che, non avendo potuto effettuare un esame molto costoso, lotta contro un tumore cerebrale diagnosticato in ritardo. Questo drastico cambio di prospettiva consente a Jack McKee di sperimentare un altro punto di vista, di guardare tutto da un'altra dimensione e di comprendere come agire nella propria attività di medico: il distacco emotivo dai casi umani che tratta non può essere tale da rinunciare alla propria umanità, ed è questa la magnifica ricchezza di noi esseri umani.

Il film è molto bello, con un attore del calibro di William Hurt nel ruolo di Jack. L'insegnamento che se ne può trarre è prezioso anche per noi magistrati e dovrebbe costituire la base per costruire ogni tipo di professionalità ma, in specie, quelle professionalità che vedono l'uomo come protagonista indiscusso a contatto con altri uomini.

L'esempio del film veniva proposto, all'indomani del concorso, come monito per non dimenticare che un ruolo importante, quale quello del magistrato, non deve stimolare l'onnipotenza, ma deve essere sempre svolto con grande umanità e umiltà: le uniche vere basi su cui innestare l'imparzialità e l'indipendenza.

Sono notazioni che forse potranno apparire poco tecniche, ma sono convinta che il tecnicismo dell'imparzialità sia importante ma non del tutto adeguato a contenere un concetto così ampio (quello dell'imparzialità del giudice), dai contorni spesso sfumati e contaminati da profili filosofici, psicologici e anche storici.

Per questo le esperienze di vita contano.

7. Conclusioni

Il lavoro del magistrato, in conclusione, può e deve essere svolto dimostrando sul campo che non bisogna cedere allo scetticismo sulla reale possibilità di interpretare una ricostruzione dei fatti che sia oggettiva e univoca.

L'essere imparziali, oltre che l'apparire tali, richiede un grande cammino umano e professionale.

Questo obiettivo (quello dell'imparzialità), però, non deve portare ad assimilare il giudice a un automa (una macchina senz'anima) perché l'umanità è la base su cui poggia la vera imparzialità, lo studio diviene il vero banco di prova di imparzialità e indipendenza, e l'esempio di chi ci ha preceduto un'importante scuola di apprendimento da non dimenticare.

In questo cammino rileva anche il dialogo tra le diverse esperienze professionali: la continuità professionale tra la magistratura giudicante e quella requirente non impoverisce l'imparzialità, ma la rafforza perché delinea un tratto comune, in conformità ai valori costituzionali, dell'intero ordine giudiziario.

Un cammino non facile, anche tortuoso, quello dell'imparzialità come pre-requisito fondamentale dell'essere magistrato, ma non per questo impossibile: il percorso deve essere accompagnato dalla costante consapevolezza di poter sbagliare, come accade a tutti gli esseri umani, e dalla certezza di poter trarre dagli errori gli stimoli per crescere nella professionalità.

Ecco, allora, che torna utile la riflessione sulla imparzialità come approfondimento pensato, come esplorazione in profondità della casistica, come giudizio che non deve arrestarsi alla parte superficiale e preconcepita, come un esercizio consapevole del proprio razioscinio, della propria coscienza, per analizzare il caso dell'altro con la competenza e con la consapevolezza di averlo esplorato in tutte le dimensioni.

In conclusione, ritengo che la magistratura debba sempre lottare per la propria imparzialità e per la propria indipendenza senza perdere il prezioso volto umano della riflessione giuridica e senza cedere al

fascino dei giudizi meccanizzati, che scoloriscono il volto di chi è chiamato a rendere giustizia sino a renderlo volto anonimo e pericolosamente imperscrutabile.

Essere e apparire imparziali: il giudice del lavoro

di *Carla Ponterio*

Il giudice del lavoro, nell'interpretazione delle norme da applicare ai casi umani sottoposti al suo esame, deve tenersi ben stretto alla Costituzione, che colloca il lavoro tra i diritti sociali fondamentali, presupposto stesso dei diritti di libertà, senza che possa in alcun modo confondersi il piano della imparzialità con il doveroso controllo di conformità delle leggi ai valori-principi costituzionali e sovranazionali.

1. Giudici terzi e imparziali / 2. L'interpretazione / 3. I giudici del lavoro

1. Giudici terzi e imparziali

L'imparzialità è la caratteristica fondamentale del giudice e del giudicare, come solennemente sancito dall'art. 111 della Costituzione («Ogni processo si svolge (...) davanti a un giudice terzo e imparziale») e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata (...) da un tribunale indipendente e imparziale»). La posizione di terzietà, rispetto alle parti in causa, agli interessi e alle posizioni in conflitto, è presupposto immanente di una giustizia che sia soggetta «soltanto alla legge».

In mancanza di un soggetto indipendente non può esistere la giustizia, diventa inconcepibile anche il diritto in sé e le regole e le garanzie processuali perdono ogni significato¹.

Dai giudici si esige non solo che siano imparziali, ma anche che appaiano tali, e quest'ultimo aspetto è di più difficile definizione.

L'apparire imparziale è lo specchio dell'essere imparziale, è la stessa caratteristica riflessa all'esterno, è la terzietà resa percepibile e visibile nella condotta esteriore di chi impersona la giustizia attraverso le

manifestazioni di pensiero, le prese di posizione su tematiche di vario genere, i comportamenti tenuti in uno spazio che possiamo definire "pubblico" in senso lato.

L'apparire imparziale non richiede un'azione positiva, volta a mostrare e rendere percepibile all'esterno la condizione di terzietà, ma evoca piuttosto un non fare, un obbligo negativo, di natura giuridica o anche solo etica, un astenersi dal porre in essere condotte che possano incrinare l'immagine di terzietà, un consapevole *self-restraint*.

Non vi è dubbio che al giudice sia riconosciuto il libero esercizio dei diritti garantiti dalla Carta costituzionale e dall'ordinamento giuridico, esattamente come a tutte le persone, a cominciare dalla libertà di opinione e dalla libertà di manifestare il proprio pensiero.

Tuttavia, il delicato compito che l'ordinamento assegna alla funzione giudiziaria di decidere sui diritti e sui comportamenti altrui, con effetti che si ripercuotono su molteplici aspetti della vita delle persone, esige un accurato temperamento tra i diritti di libertà di chi esercita la funzione di giudicare e il diritto, di chi alla giustizia si rivolge, di avere di fronte un

1. Corte cost., sent. n. 155/1996.

giudice indipendente e imparziale, che si accinga al processo e alla decisione senza pregiudizi, senza precomprensioni, senza interessi, senza preferenze per una o per l'altra soluzione, e che così appaia².

Di terzietà del giudice, o meglio di mancanza di terzietà del giudice, si parla anche sotto un diverso profilo, che ha a che fare non con i comportamenti esteriori, i quali solo di riflesso possono proiettare ombre sull'esercizio della giurisdizione, ma direttamente con il modo di interpretare e di applicare le leggi, che è l'essenza della funzione del giudice.

Si dubita, insomma, che sia effettivamente *terzo* il giudice guidato nel suo lavoro e nelle decisioni che assume – o che contribuisce a fare assumere – dallo scopo di affermare e difendere alcuni principi, in funzione dei quali interpreta le norme, senza curarsi della *ratio legis* e a costo anche di ostacolare interventi di riforma adottati dal legislatore. Sono critiche spesso rivolte a settori della giurisdizione in materie in cui il conflitto sociale, politico e ideologico è maggiormente avvertito; tra queste materie rientra il diritto del lavoro. L'accusa di soggettivismo e abuso si accompagna ad etichette di giudici "ideologizzati" o "politicizzati" e a critiche contro una giurisprudenza che si assume essenzialmente creativa.

2. L'interpretazione

Sull'attività interpretativa affidata al giudice occorre però intendersi con maggiore chiarezza.

Dobbiamo, anzitutto, essere consapevoli della importanza del lato pratico del diritto, cioè del suo legame imprescindibile con i fatti della vita da regolare. È ormai lontana la tradizione del positivismo legalistico ed è patrimonio comune, nell'epoca definita da Paolo Grossi come «pos-moderna», che il diritto non possa più essere concepito come una scienza teoretica ma vada pensato nell'ottica di una scienza pratica³, la sola congeniale alla sua dimensione storica.

L'interpretazione giuridica, ci ricorda Gustavo Zagrebelsky, è «attività mossa da finalità essenzialmente pratiche, nel senso ch'essa si giustifica con l'esistenza di fatti e casi concreti da regolare ed è finalizzata non alla conoscenza ma all'azione, cioè all'applicazione tramite decisione. Se non esistessero problemi pratici da risolvere, nessuno si rivolgerebbe al diritto; se non ci fosse nulla da giudicare, non ci sarebbe diritto», e ancora: «se non ci fosse questo processo di interrogazione pratica della norma, l'interpretazione si corromperebbe... in una semplice e vuota parafrasi della legge»⁴.

Il procedimento di produzione normativa si esaurisce con l'emanazione del testo di legge, poi si passa alla sua applicazione ed è questo l'aspetto rilevante, il fatto della vita per il quale l'interprete interroga il testo, cioè «la norma a contatto con la vita degli utenti»⁵.

Questa consapevolezza è alla base della distinzione che le moderne teorie tracciano, attraverso un preciso e netto spartiacque, tra la legge quale insieme di disposizioni provenienti dal legislatore e da questi confezionate, e le norme, cioè il diritto, l'insieme delle regole giuridiche che l'interprete trae dalle disposizioni per farne applicazione ai casi concreti.

Considerato che le leggi contengono regole generali e astratte, formulate attraverso parole e sintagmi, è compito dell'interprete attribuire un significato alle locuzioni contenute negli atti normativi; l'interprete ha anzitutto il compito di trasformare le disposizioni in norme, di estrarre dalle prime i significati e i contenuti normativi da applicare. Ma l'interpretazione del giudice non è solo questo, non è rivolta unilateralmente alla legge, non è solo «riflettente il diritto posto dal legislatore»⁶; essa guarda ai casi, ai fatti umani sottoposti al suo esame, perché da questi si sviluppa e ad essi immancabilmente ritorna⁷.

Zagrebelsky attribuisce particolare valore alla preposizione "inter-", inclusa nella parola *interpretazione*, che rimanda a un rapporto, a una intermediazione, a un collegamento tra parti diverse; scrive che «l'inter-

2. Su questo tema vds. E. Scoditti, *Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione*, in *Questione giustizia online*, 22 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione); N. Rossi, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*, ivi, 10 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria) – entrambi i contributi fanno ora parte di questo fascicolo.

3. N. Lipari, *Che cosa significa fare il giudice, oggi*, in *Questione giustizia online*, 7 novembre 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/giudice-oggi).

4. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 176-177.

5. P. Grossi, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro* (cap. III.), in *Id.*, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 111.

6. G. Zagrebelsky, *La legge*, op. cit., p. 167.

7. A.E. Cammarata, *Formalismo giuridico*, in C. Mortati e S. Pugliatti (a cura di), *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1017.

pretazione è al centro di due flussi di influenza» e che «l'interprete è colui che congiunge il passato (il tempo del testo) al presente (il tempo dell'interpretazione) o magari al futuro (il tempo in cui l'interpretazione, oggi non ancora convincente, lo diventerà)». Avverte che «la posizione *inter-pretativa* è fonte di tutte le difficoltà, ma anche di tutte le potenzialità dell'interpretazione, potenzialità che si manifestano nell'essere sempre aperta e nuove domande e nuove risposte, pur fermi restando i dati testuali da interpretare»⁸.

Sono i casi della vita, i fatti umani con le loro «aspettative normative» che sollecitano l'interpretazione, e questa non può svolgersi se non partendo da essi e ad essi ritornando, secondo una traiettoria circolare, perché le norme non hanno significato se non in riferimento ai casi da regolare e questi non possono comprendersi giuridicamente, se non in riferimento alla norma⁹.

Ma l'attività interpretativa ha anche uno spazio in cui muoversi, che ne segna in qualche modo i confini e in cui sono collocati i terminali di riferimento del corpo normativo. Le attribuzioni di senso e di significato alle disposizioni, in connessione con i fatti da regolare, presuppongono un contesto di valori condivisi, quali pilastri di un ordine giuridico coerente, destinati a orientare l'agire e il decidere.

In questo senso, «quella necessaria precomprensione che è supposta da ogni processo di comprensione del diritto implica il riferimento a criteri di valore, cioè a quei principi-forza sulla cui base si definisce lo spazio entro il quale e la direzione verso la quale vengono utilizzati i testi normativi, i metodi interpretativi, i precedenti giurisprudenziali e le formulazioni dottrinali»¹⁰.

E se è vero che nessun ordinamento può concepirsi senza un sistema di valori, è indubbio che l'epoca moderna presenta, da questo punto di vista, una estrema complessità.

Venuto definitivamente meno il dogma della stualità del diritto, il giudice ha di fronte una pluralità di ordinamenti giuridici e di fonti, nazionali e sovranazionali, che interagiscono e dialogano, in una continua rincorsa e contaminazione.

Il processo interpretativo delle leggi non può che svolgersi assecondando i valori e i principi delle fonti sovraordinate, che proiettano la loro precettività sull'intero sistema normativo e costituiscono il filtro

attraverso cui leggere il diritto positivo, portando ad attribuire allo stesso significati che non sempre sono desumibili con l'uso dei tradizionali canoni ermeneutici. I principi che da tali fonti superiori promano rappresentano la chiave di volta per cogliere il senso e il significato degli atti normativi da applicare, quando non si traducono essi stessi in regola per la decisione di casi e questioni su cui il legislatore omette di intervenire.

E che il giudice debba costantemente confrontarsi con essi emerge in modo lapalissiano dal controllo diffuso, al medesimo specificamente demandato, sulla conformità delle leggi alla Costituzione e alle fonti europee. Di fronte a qualsiasi testo normativo e prima di applicare le relative disposizioni al caso sottoposto al suo esame, il giudice deve interrogarsi sulla conformità di quelle disposizioni ai principi costituzionali e convenzionali e alle direttive europee e, ove dubiti di tale conformità, deve percorrere la strada della interpretazione costituzionalmente o convenzionalmente orientata, che la Corte costituzionale ha elevato a condizione di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, oppure procedere, ove ne ricorrano i presupposti, alla disapplicazione delle regole di diritto interno in contrasto con quelle di matrice europea.

E se si considera che, tra i principi accennati, rientra il fondamentale canone di ragionevolezza¹¹, si ha la percezione dello spazio che l'ordinamento riserva alla funzione interpretativa del giudice e al suo ruolo di veicolo di integrazione e promozione dei valori costituzionali e sovranazionali nel diritto positivo. Spazio che assume dimensioni di ancora maggiore complessità ove si faccia mente a quella che viene definita «giurisprudenza per principi». Essa, è bene sottolinearlo, «non è creazione di diritto, nel senso dell'estensione del campo del giuridicamente rilevante a nuove materie, rapporti, situazioni», ma è *ius dicere*, è decisione di casi che già ricadono sotto il diritto, perché «sarebbe una forzatura e una fuga dalle responsabilità che il diritto – per principi – pone ai suoi interpreti e ai suoi giudici il dire che i principi sono regole incomplete, cioè regole difettose e incapaci di operare come diritto, fino a quando non sia stata posta una regola legislativa attuativa, come se il sistema giuridico ideale dovesse ritenersi quello composto da sole regole»¹².

8. G. Zagrebelsky, *La legge*, op. cit., p. 173.

9. *Ivi*, p. 175.

10. N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3/2003, p. 868.

11. N. Lipari, *Che cosa significa*, op. cit., sottolinea che: «Se è il principio di ragione che giudica della legittimità della legge, si tratta di un principio che non sta a monte, ma a valle e che si viene modulando in funzione di peculiari contingenze storiche. Ma la ragione non si qualifica in chiave di verità, non è riconducibile alla categoria dei dogmi, ma piuttosto ad indici di valore attuati e condivisi in una data esperienza storica».

12. G. Zagrebelsky, *La legge*, op. cit., pp. 219-220.

Ma lo scenario in cui si colloca oggi la funzione giurisdizionale e la latitudine assunta dall'attività interpretativa non ci conducono automaticamente nell'area della giurisprudenza creativa¹³ o di un indefinito soggettivismo, né mettono in discussione i capisaldi dello Stato di diritto.

Come è stato osservato, il giudice oggi, nel compito di applicare il diritto, non ha più di fronte «un oggetto definito da acquisire nella sua datità, ma (...) un oggetto da ricercare, da individuare»¹⁴, un difficile percorso da compiere per arrivare alla norma regolatrice adeguata al caso e al diritto¹⁵.

In tale percorso, il giudice deve agire con estrema prudenza.

È infatti la prudenza che, come l'etimo stesso della parola “*iuris-prudentia*” suggerisce, deve guidare l'interprete nel temperare leggi e principi, “prudenza” da intendere nel suo originario significato di saggezza, maturità di consiglio, capacità di prevedere e valutare le conseguenze, come equilibrio e misura, che trovano nel rigoroso obbligo di motivazione un insostituibile tassello e, nello stesso tempo, un rassicurante argine.

Ma accanto all'obbligo di motivazione costituzionalmente posto, altri elementi concorrono a guidare l'attività interpretativa del giudice, emancipata dalla mera comprensione del dato legislativo in chiave veritativa, verso un punto di equilibrio tra il diritto positivo e i principi su cui l'ordinamento si regge.

Tra questi, la consapevolezza che il diritto è storia che si dipana lungo sentieri interpretativi a cui il giurista, e il giudice in particolar modo, deve immanabilmente guardare¹⁶. I precedenti, se pure non formalmente vincolanti, costituiscono per il giudice-interprete un punto di partenza imprescindibile poiché permettono di cogliere come i conflitti si sono manifestati e come sono stati composti, quali argomenti e quali ragionamenti sono stati impiegati, in che modo i valori e i principi siano stati inverati nell'esperienza giurisprudenziale.

Quelli enumerati sono accorgimenti che, in una visione articolata e complessa dell'ordinamento, consentono all'interprete di tenere insieme questa complessità.

Si tratta di coordinate che segnano le potenzialità e, al contempo, i confini dell'attività interpretativa

del giudice, chiamato a un compito molto più difficile rispetto a passato, di cui porta ogni responsabilità¹⁷.

Di questa concezione del diritto e dell'attività del giudice nell'epoca moderna si trova traccia in alcune lungimiranti pronunce di legittimità. Nella sentenza della Corte di cassazione¹⁸, sul tema dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, si legge che, nell'esame della questione di massima, le sezioni unite «non sono sole (...). Per un verso, sono guidate dalla forza peculiare dei principi fondamentali che entrano in gioco, dalla libertà religiosa al principio di laicità nelle sue diverse declinazioni, al pluralismo, al divieto di discriminazioni, alla libertà di insegnamento nella scuola pubblica aperta a tutti. Tali principi, definiti dalla Costituzione italiana, dalle Carte dei diritti e dalle Corti che ne sono gli interpreti, costituiscono la bussola per rinvenire nell'ordinamento la regola per la soluzione del caso. Per altro verso, sono supportate da una fitta rete di precedenti giudiziari e di contributi della dottrina: gli uni rappresentano i sentieri già percorsi dall'esperienza giurisprudenziale per risolvere controversie che presentano elementi di somiglianza, e sono tanto più rilevanti in mancanza di una legge del Parlamento; gli altri offrono la ricostruzione del quadro di sistema e l'elaborazione di linee di prospettiva coerenti con le attese della comunità interpretante. Infine, sono accompagnate dai contributi offerti dal processo e dal suo svolgersi nel contraddittorio tra le parti».

Questi plurimi tasselli, che parimenti delimitano e danno linfa al lavoro interpretativo ove esista una regolazione legislativa, fanno sì che «l'esercizio della giurisdizione, secondo i paradigmi del diritto come scienza pratica, lungi dal risolversi in un indeterminato soggettivismo, si offra a criteri di verifica molto rigorosi e puntuali»¹⁹.

3. I giudici del lavoro

Il contesto valoriale di riferimento è particolarmente nutrito per i giudici del lavoro.

Possiamo cominciare dall'art. 1 della Costituzione, in cui il lavoro compare quale fondamento della democrazia.

13. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016, pp. 13-32 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/377/qg_2016-4_03.pdf).

14. N. Lipari, *Che cosa significa*, op. cit.

15. G. Zagrebelsky, *La legge*, op. cit., p. 179.

16. N. Lipari, *Valori costituzionali*, op. cit., pp. 877-878; P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018, pp. 37-44 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/549/qg_2018-4_05.pdf).

17. N. Lipari, *Che cosa significa*, op. cit.

18. Cass., n. 24414/2021.

19. N. Lipari, *Che cosa significa*, op. cit.

Il lavoro è il diritto sociale fondamentale, accanto all'istruzione e alla salute; appartiene a quella rosa di diritti riconosciuti e protetti non solo nell'interesse dell'individuo che ne è titolare, ma anche nell'interesse generale della società cui l'individuo appartiene. Norberto Bobbio eleva il riconoscimento di alcuni diritti sociali fondamentali a «presupposto o preconditione di un effettivo esercizio dei diritti di libertà», per la ragione che «l'individuo istruito è più libero di un incolto; un individuo che ha un lavoro è più libero di un disoccupato; un uomo sano è più libero di un malato»²⁰.

È in funzione della tutela del lavoro che sono stati predisposti complessi apparati normativi, orientati alla tutela dei soggetti più deboli nel rapporto contrattuale.

A partire dagli anni sessanta e, soprattutto, con lo Statuto dei lavoratori, ha avuto inizio una fase promozionale dei diritti dei lavoratori, proseguita con la legislazione anche di natura processuale.

Il rito per le controversie di lavoro introdotto nel 1973, caratterizzato da celerità e penetranti poteri d'ufficio assegnati al giudice, si fonda sulla consapevolezza di una relazione asimmetrica tra le parti in causa e ha l'obiettivo di temperare quella disuguaglianza nel rapporto, evitando che la stessa possa riprodursi nelle aule di giustizia.

La legislazione a tutela dei lavoratori è disseminata di "clausole generali" che, riponendo fiducia nella capacità interpretativa e adeguatrice del giudice, hanno consentito una applicazione del diritto in grado di inverare i principi costituzionali nella concretezza dei rapporti di lavoro.

I giudici del lavoro sono stati fedeli interpreti di quella legislazione che, in piena sintonia con i principi e con il complessivo disegno costituzionale, era impegnata ad elevare il lavoro dalla condizione di servilismo e aveva iniettato nei rapporti di lavoro e nei luoghi di lavoro il respiro dei diritti e delle libertà fondamentali.

Negli ultimi due decenni, in coincidenza con l'affacciarsi di una nuova visione dei rapporti sociali ed economici di matrice essenzialmente liberista, la produzione legislativa ha inseguito altri obiettivi, ha selezionato altre priorità, ha scelto altri contenuti, distanziandosi e dissociandosi dall'assetto costruito a partire dagli anni settanta.

Si sono verificati profondi mutamenti nelle relazioni sindacali, al punto da determinare una sorta di

“eterogenesi dei fini” di alcune disposizioni che, pur rimaste immutate nel tenore letterale, hanno tuttavia tradito la loro originaria funzione. Ciò è accaduto, ad esempio, per l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori che, da strumento di selezione delle organizzazioni sindacali in ragione della loro rappresentatività, si è trasformato in meccanismo di esclusione di quelle stesse organizzazioni, pure dotate della maggiore rappresentatività²¹. Un fenomeno analogo è, di recente, avvenuto per alcuni contratti collettivi nazionali, sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, dichiarati nulli per contrasto con l'articolo 36 della Costituzione, di cui storicamente quel tipo di contrattazione ha rappresentato il parametro attuativo²².

Molteplici interventi di riforma hanno inoculato nel sistema forti dosi di liberalizzazione, dando ingresso alla contrattazione di prossimità e moltiplicando i tipi contrattuali, così da indurre una generalizzata precarizzazione dei rapporti di lavoro, ormai divenuta la cifra costante – in qualche modo anche metabolizzata – nelle prospettive delle giovani generazioni.

Il legislatore ha spinto sempre più nella direzione dell'abbassamento delle tutele del lavoro e nel 2012, poi di nuovo nel 2015, ha compiuto il passo più arduo, modificando (sia pure in modo graduale) la disciplina sui licenziamenti, da sempre considerata avamposto di tutte le garanzie e dei diritti riconosciuti ai lavoratori.

La sequenza di norme che ha cambiato l'assetto delle tutele per i lavoratori è nota. Per citare quelle principali, si parte dalla “norma-manifesto” di cui all'art. 30 della legge n. 183/2010, volta a limitare lo spazio di interpretazione del giudice nella materia del lavoro, per arrivare alla legge cd. “Fornero” (n. 92/2012) e al “Jobs Act” (d.lgs n. 23/2015).

Il legislatore ha delineato un nuovo ordine delle relazioni di lavoro, alleggerendo il vincolo che la disciplina introdotta dallo Statuto rappresentava per la libertà di iniziativa economica, ha progressivamente ridotto le possibilità di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato, sostituite da indennità contenute in un tetto massimo e neppure graduabili dal giudice; un costo fisso del recesso, predeterminato per legge.

Una serie di fattori, tra cui l'obiettivo difficoltà di attribuire senso compiuto ad alcune disposizione di legge, di amalgamare le stesse col tessuto normativo

20. N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 465.

21. Corte cost., n. 231/2013.

22. Cass., n. 27711/2023.

esistente e di ricondurle in un sistema composito e coerente dal punto di vista della razionalità e in sintonia con i principi della Costituzione e delle fonti sovranazionali, è stata all'origine di un percorso giurisprudenziale faticoso, complesso, ancora per nulla sopito.

L'impossibilità pratica di giungere a soluzioni interpretative soddisfacenti, sotto il profilo della ragionevolezza della disciplina disegnata dal legislatore e della imprescindibile adesione al tessuto valoriale sovraordinato, è alla base delle plurime, davvero numerose questioni di legittimità costituzionale e dei rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia che hanno puntellato la giurisprudenza dell'ultimo decennio in materia.

Oggi, analizzando retrospettivamente l'impatto di quelle riforme sulle tutele del lavoratore in caso di licenziamento, si ha la percezione che, sul piano del diritto (perché molto diverso è stato l'impatto nella vita reale), esse non abbiano realizzato del tutto le trasformazioni di disciplina e di assetto dei rapporti di lavoro enunciate e perseguite dal legislatore.

Le interpretazioni date dalla giurisprudenza lavoristica (si pensi alla nota disputa sul "fatto materiale" e sul "fatto giuridico") e i dubbi di legittimità costituzionale sollevati hanno avuto l'effetto di arginare un percorso di deregolazione e mortificazione delle tutele di un diritto, quello del lavoro e dei lavoratori, che rappresenta il fondamento dello Stato democratico.

I giudici del lavoro o una parte di essi sono venuti meno al dovere di terzietà?

La giurisprudenza del lavoro, o una parte di essa, si è messa «di traverso, cercando di sterilizzare o quanto meno di minimizzare le conseguenze delle innovazioni normative»²³?

Le risposte della Corte costituzionale sono state nette. Con più sentenze, ha dichiarato illegittimi alcuni articoli, sia della legge del 2012 sia del decreto legislativo del 2015, su aspetti nevralgici della disciplina che incidono sul tipo di tutela spettante al lavoratore illegittimamente licenziato – reintegratoria o indennitaria – e sul ruolo del giudice nella valutazione delle concrete conseguenze di un licenziamento illegittimo.

Il giudice delle leggi ha deciso guardando, come sempre, al passato, ai precedenti della stessa Corte, ma ha segnato nel contempo un preciso percorso per il futuro. Ha tracciato i binari entro cui potranno muoversi i prossimi interventi riformatori, ancorandoli strettamente ai principi e valori solennemente affermati dalla nostra Costituzione e dalle Carte europee²⁴.

Le sentenze non mettono in discussione – né po-

trebbero farlo – l'ampio margine di apprezzamento riservato al legislatore nell'apprestare le garanzie necessarie a tutelare la persona del lavoratore e ribadiscono che, nel sistema costituzionale, la reintegrazione non rappresenti l'unico rimedio di compensazione per il lavoratore illegittimamente licenziato; tuttavia, ricordano ripetutamente e a chiare lettere che, nell'esercizio della sua discrezionalità, «il legislatore (...) è vincolato al rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza».

In questa cornice, e con importanti effetti per il futuro, la Corte costituzionale ha rimarcato le «notevoli implicazioni» connesse all'«alternativa fra una più incisiva tutela reintegratoria o una meramente indennitaria» e l'irragionevolezza derivante dalla scelta di riconnettere a «fattori contingenti» impropri o privi di attinenza con il disvalore del licenziamento il discrimine tra le due forme di tutela applicabile (sent. n. 59/2021, § 10.1). Ha affermato che l'«esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale (...) e denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.» (n. 59/2021). Ha ricordato, a proposito dell'indennità standardizzata introdotta dal d.lgs n. 23/2015, come la tutela risarcitoria ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio «contrast(i) altresì con il principio di ragionevolezza, sotto il profilo dell'inidoneità dell'indennità medesima a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente» (n. 194/2018) e che, «all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza» (*ivi*).

Fino al monito che la Corte ha voluto rivolgere al legislatore, rilevando che «la materia, frutto di interventi normativi stratificati, non può che essere rivista in termini complessivi, che investano sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie»²⁵.

23. L. Cavallaro, *Il giudice del lavoro tra interpretazione "creativa" e fedeltà alla legge*, in *Giustizia insieme*, 21 ottobre 2023.

24. Vds. anche la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali dell'11 settembre 2019, resa sul reclamo collettivo n. 158 del 2017 proposto dalla CGIL, che conclude per la violazione dell'art. 24 della Carta sociale europea da parte del d.lgs n. 23/2015.

25. Corte cost., n. 183/2022; vds. anche n. 150/2020 e, da ultimo, n. 22/2024. Altre questioni di legittimità costituzionale sono ancora pendenti – vds. Trib. Ravenna, ord. 27 settembre 2023; Trib. Catania, ord. 20 novembre 2023.

Il compito dei giudici del lavoro, e di tutti i giudici, si svolge nello spazio e nella relazione tra il dato normativo e il fatto umano, il caso da decidere, la realtà della vita da regolare. L'interpretazione è attività che mira a congiungere la norma regolatrice al caso «fino a farli combaciare in un risultato appagante su entrambi i lati»²⁶ e coerente col sistema di valori che le costituzioni moderne hanno tradotto in principi fondamentali e nei quali il diritto è immerso, sì che da essi dipende non solo la sua interpretazione ma la sua stessa validità.

Né può onestamente pensarsi che l'indipendenza dei giudici sia meglio assicurata da un'applicazione asettica delle regole giuridiche, che non intralci i disegni riformatori e la *voluntas legis*, relegando i principi sovraordinati, se non proprio nella sfera morale, in una sorta di astratto dover essere, quasi che il diritto possa costituire un mondo a sé stante.

Il lavoro, che l'art. 1 della Costituzione lega indissolubilmente alla democrazia, quale veicolo di inclusione, diritto sociale fondamentale, accanto all'istruzione e alla salute, e «presupposto o preconditione di un effettivo esercizio dei diritti di libertà»²⁷, non può essere disciplinato con leggerezza e in modo

irragionevole, specie quando si tratta della perdita del posto di lavoro.

La giurisprudenza del lavoro ha usato bene la cassetta degli attrezzi quando ha interpretato le leggi di riforma in materia di licenziamento in modo coerente ai principi dell'ordinamento democratico e quando ha esternato i dubbi di compatibilità costituzionale; ed ha avuto conferma della fondatezza di quei dubbi, di molti di essi. Il sistema ha funzionato e ha consentito che fossero riaffermati principi basilari, che il legislatore non può ignorare e dimenticare.

Non è questione di indipendenza o di terzietà del giudice, ma del senso dell'esercizio della giurisdizione. La risposta dei giudici con la «Costituzione alla mano»²⁸ non è un'opzione ideologica o una sterile e preconcepita critica ai disegni di riforma, ma è la salutare risposta del sistema, e per esso dei giudici del lavoro, perché la Costituzione è anche un programma che guarda avanti ed esige che ogni cittadino, e anche i giudici, contribuiscano alla sua attuazione.

Le sentenze della Corte costituzionale rappresentano, da questo punto di vista, una solida conferma, a meno che non si voglia criticare anche la Corte costituzionale, il che sarebbe davvero un fuor d'opera.

26. G. Zagrebelsky, *La legge*, op. cit., pp. 175-176.

27. N. Bobbio, *Teoria generale*, op. cit., p. 465.

28. L. Cavallaro, *Il giudice del lavoro*, op. cit.

Imparzialità e indipendenza

di *Elena Riva Crugnola*

L'imparzialità del magistrato è l'altra faccia dell'indipendenza della giurisdizione.

Il tema della imparzialità del magistrato viene spesso in gioco in riferimento a esternazioni e condotte del magistrato inerenti a temi “politicalmente sensibili” ed è più raramente scandagliato rispetto allo specifico esercizio della giurisdizione, profilo questo dal quale mi pare utile prendere le mosse per una breve riflessione sul tema, alla luce della mia esperienza di giudice civile.

In questa riflessione si può partire dalla Costituzione, i cui artt. 101 («I giudici sono soggetti soltanto alla legge») e 104 («La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere») disegnano i *principi di indipendenza interna ed esterna della giurisdizione* che scolpiscono lo Stato di diritto e che, per un verso, rimandano alla giurisdizione come potere diffuso, mentre per altro verso sottolineano la soggezione dell'attività giurisdizionale alla legge, *id est* alla Costituzione, alle norme sovranazionali da questa richiamate e alle norme emanate dal Parlamento.

Le norme costituzionali richiamano così due caratteri dell'attività interpretativa in apparenza contrastanti, ma al cui continuo equilibrio occorre tendere:

- da un lato, il *pluralismo della giurisdizione*, strumento di evoluzione giurisprudenziale che permette – in particolare in presenza di nuove norme, in caso di applicazione di clausole generali, in mancanza di disciplina specifica – all'attività interpretativa di adeguare le soluzioni ai casi concreti e alle loro multiformi caratteristiche, così come di rispondere a “nuove” domande di giustizia;

- dall'altro, la *prevedibilità delle decisioni*, non solo quale esito della nomofilachia, ma anche quale frutto, nei gradi di merito, di consapevoli orienta-

menti consolidati nella lettura delle norme favoriti dalla specializzazione del giudice.

Molte vicende della giurisprudenza civile illuminano questa tensione tra i due poli pluralismo/prevedibilità.

Ad esempio, l'interpretazione dell'art. 2043 cc nel senso della risarcibilità del cd. danno biologico alla persona si è affermata nella giurisprudenza nel secolo scorso, a seguito di pronunce di merito dapprima isolate, che hanno superato il tradizionale orientamento in tema di risarcibilità delle sole conseguenze patrimoniali di illeciti causanti lesioni alla persona: a tale acquisizione ha fatto poi seguito l'elaborazione, da parte degli Osservatori sulla giustizia civile, di criteri per la quantificazione del danno alla persona oggi riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità come necessari parametri di equità.

Ancora, nel diverso campo del diritto societario, la “nuova” norma in vigore dal 2003 *ex art.* 2476 cc, introducente un generale diritto di controllo dei soci di srl, è stata oggetto di specificazioni giurisprudenziali quanto alle modalità dell'accesso ai documenti da parte del socio e quanto al limite dell'esercizio del diritto nel caso di abuso: queste specificazioni, dapprima frutto di pronunce “isolate” delle sezioni specializzate in materia di impresa, si sono poi consolidate nel senso della possibilità di estrazione di copia dei documenti a spese del socio, della possibilità di oscuramento di dati sensibili a fini della concorrenza, di esclusione del diritto nel caso di atti emulativi o di finalità concorrenziali illecite.

All'indipendenza della giurisdizione la Costituzione affianca poi, come principi fondamentali, quelli dell'imparzialità del giudice e del giusto processo, sanciti da tre commi dell'art. 111: «La giurisdizione

si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (primo comma); «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale» (secondo comma); «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati» (sesto comma).

In una lettura complessiva delle norme costituzionali, l'imparzialità del giudice può dunque essere vista come l'altra faccia dell'indipendenza della giurisdizione, nel senso che:

- in una prima accezione, l'imparzialità è definibile come la *mancaza in capo al giudice di un interesse proprio in causa*, come descritto dalle norme in tema di astensione e ricasazione contenute nel cpc e nel cpp: in presenza di legami più o meno diretti con le parti in causa o con il tema della controversia, il sistema prevede i rimedi dell'astensione e della ricasazione;

- in una più ampia accezione, l'imparzialità rimanda alla necessità che la lettura dei fatti di causa e l'interpretazione delle norme che li regolano sia compiuta dal giudice *senza "prendere parte" ad alcuna delle posizioni in conflitto e senza influenze esterne*.

Negli ultimi mesi, proprio questa seconda accezione è stata richiamata in modo veemente da esponenti dell'Esecutivo e del Parlamento per sostenere la "parzialità" di taluni giudici in servizio presso le sezioni specializzate in materia di protezione internazionale: parzialità che sarebbe attestata dalla risulante partecipazione a manifestazioni pubbliche ovvero a convegni di studi coinvolgenti il tema della protezione internazionale, sì che, in sostanza, questi giudici, avendo espresso pubblicamente opinioni "a favore" di persone migranti, non sarebbero più in grado di applicare imparzialmente le norme in materia ma sarebbero portatori di un "pregiudizio" favorevole all'accoglimento delle domande di richiedenti asilo o comunque di persone migranti.

A prescindere dalle modalità di tali interventi – modalità già efficacemente censurate in molte sedi, alle quali si può qui rinviare –, va poi ricordato che altri interventi, pur se critici rispetto all'irruenza governativa lesiva dell'equilibrio tra poteri proprio dello Stato di diritto, hanno sottolineato, in particolare in riferimento alla partecipazione a manifestazioni pubbliche, come il giudice sia tenuto non solo a essere, ma anche ad apparire imparziale, e debba quindi evitare di presenziare non solo a manifestazioni di partito, ma anche a occasioni pubbliche di palese critica all'Esecutivo.

Entrambe queste due posizioni mi sembrano il portato di una semplificazione che non regge a un'analisi più approfondita.

Per un primo verso, infatti, la figura di un giudice *tabula rasa* di fronte al caso da decidere si scontra in

modo netto proprio con le più recenti acquisizioni in tema di specializzazione degli uffici giudiziari e della connessa prevedibilità delle decisioni.

Nessuno, credo, potrebbe più oggi sostenere che il giudice civile il quale faccia riferimento, nel corso della trattazione della causa, a orientamenti di settore consolidati "anticipi il giudizio" (e sia quindi ricasabile), come ancora invece si ripeteva in modo tralaticio nel secolo scorso: e ciò anche a fronte di innesti normativi più o meno recenti, che disegnano nel cpc la figura di un giudice chiamato, in molteplici occasioni, a evidenziare alle parti le questioni da dibattere e anche legittimato a formulare proposte di conciliazione – che non possono «costituire motivo di ricasazione o astensione» *ex art. 185-bis cpc* – se del caso fondate su di una valutazione del rischio di lite ispirata da orientamenti consolidati.

Si può, dunque, sgombrare il campo dalle censure di parzialità mosse a magistrati che partecipino a occasioni di studio o di dibattito concernenti la materia di cui si occupano nell'esercizio delle loro funzioni: occasioni che, lungi dal poter evidenziare un pregiudizio decisorio, sono di per sé gradini di quel percorso verso la formazione di orientamenti prevedibili cui tende l'intero sistema.

E, ovviamente, questo discorso vale quale che sia il settore interessato – l'ampiezza del diritto di controllo del socio di srl, la misura del risarcimento da danno biologico, la nozione di "Paese sicuro" – e quale che sia il grado di "sensibilità" della materia rispetto ai programmi del Governo e alla propaganda dei partiti politici.

Ma, anche lasciando il terreno meno accidentato della partecipazione a dibattiti tecnico-giuridici, la censura di parzialità – quantomeno apparente – mossa a giudici che "manifestino" le loro opinioni in occasioni pubbliche si rivela a mio parere inconsistente.

Posto che l'attività interpretativa è un'attività umana e che ciascun essere umano è portatore di orientamenti, convinzioni religiose o laiche, passioni, idiosincrasie, l'interpretazione sarà infatti imparziale: non tanto in quanto il giudice si astenga, nella sua vita pubblica, da qualsiasi manifestazione di opinioni o convinzioni; ma in quanto il giudice, nella valutazione del caso concreto, prenda cognizione dei propri orientamenti e del proprio vissuto e li ponga a confronto con il sistema normativo, oggettivando il risultato interpretativo nella motivazione della decisione, soggetta a impugnazione su ricorso delle parti e, dunque, valutabile, proprio in quanto oggettivata, da un altro giudice nonché liberamente criticabile dall'opinione pubblica in riferimento alla sua adesione o meno al quadro normativo.

Connotare in altro modo l'imparzialità nell'attività interpretativa riconducendola a comportamenti

personali del giudice porta, invece, a risultati incongrui e ingiustificatamente limitativi delle libertà costituzionali della persona del giudice. Pensiamo a un giudice che manifesti le proprie convinzioni religiose frequentando pubblicamente luoghi di culto o anche appartenendo ad associazioni confessionali: forse che dovrebbe, per questo, astenersi dal decidere casi che coinvolgano temi sui quali la confessione di appartenenza professa convinzioni opposte al tenore di norme statuali?

In altre parole: indipendenza, soggezione alla legge, requisito di imparzialità non portano limitazioni all'esercizio da parte del giudice delle libertà costituzionali, ma gli impongono, nell'esercizio dell'attività interpretativa, di rapportare la decisione al sistema normativo, quali che siano le sue convinzioni in materia e quali che siano state le modalità di loro esternazione nel suo vissuto pubblico e privato, salvo le ovvie conseguenze su altri piani, laddove tali modalità

eccedano i limiti posti dalle leggi penali ovvero dalle norme disciplinari e dai principi deontologici¹.

Né queste conclusioni possono, a mio parere, essere smentite da recenti riflessioni (e analoghe proposte di modifica costituzionale) sulla necessità di «superamento del principio di sottoposizione del giudice solo alla legge» in favore di una legittimazione del giudice imperniata sul «rapporto di fiducia che si instaura con i cittadini»²: superamento che, col collegare l'esercizio della giurisdizione alle «istanze della collettività in materia di amministrazione della giustizia», pare scardinare interamente il principio di indipendenza della giurisdizione e, con esso, quello dell'imparzialità del giudice, quasi richiamando – al di là, penso, delle intenzioni dell'oratore – la legittimità di influenze esterne rispetto alla decisione del singolo caso, secondo caratteri ben noti fin dal Vangelo³ e certo non risolvendosi in una più appagante tutela dei diritti di ciascun appartenente alla collettività.

1. Sul tema della rilevanza disciplinare di esternazioni “politiche” di magistrati, cfr. la recente sentenza della Corte Edu Danilef c. Romania (ric. n. 16915/2021), del 28 febbraio 2024, e un primo commento di F. Buffa, *In tema di sanzione disciplinare al giudice che posta messaggi politici su Facebook: la CEDU condanna la Romania per violazione del diritto alla libertà di espressione*, in *Questione giustizia online*, 26 marzo 2024 (www.questionegiustizia.it/articolo/danilet-romania).

2. Così si legge nell'intervento del 25 gennaio 2024 all'inaugurazione dell'anno giudiziario presso la Corte di cassazione, del Vicepresidente del Csm Fabio Pinelli.

3. Luca, 23: «¹³ Pilato, riuniti i sommi sacerdoti, le autorità e il popolo, ¹⁴ disse: “Mi avete portato quest'uomo come sobillatore del popolo; ecco, l'ho esaminato davanti a voi, ma non ho trovato in lui nessuna colpa di quelle di cui lo accusate; ¹⁵ e neanche Erode, infatti ce l'ha rimandato. Ecco, egli non ha fatto nulla che meriti la morte. ¹⁶ Perciò, dopo averlo severamente castigato, lo rilascerò”. ¹⁷. ¹⁸ Ma essi si misero a gridare tutti insieme: “A morte costui! Dacci libero Barabba!”. ¹⁹ Questi era stato messo in carcere per una sommossa scoppiata in città e per omicidio. ²⁰ Pilato parlò loro di nuovo, volendo rilasciare Gesù. ²¹ Ma essi urlavano: “Crocifiggilo, crocifiggilo!”. ²² Ed egli, per la terza volta, disse loro: “Ma che male ha fatto costui? Non ho trovato nulla in lui che meriti la morte. Lo castigherò severamente e poi lo rilascerò”. ²³ Essi però insistevano a gran voce, chiedendo che venisse crocifisso; e le loro grida crescevano. ²⁴ Pilato allora decise che la loro richiesta fosse eseguita. ²⁵ Rilasciò colui che era stato messo in carcere per sommossa e omicidio e che essi richiedevano, e abbandonò Gesù alla loro volontà».

L'imparzialità rispetto al pregiudizio inconsapevole: lo stereotipo sessista

di Elisabetta Tarquini

Investigatore e narratore, sì, ma imparziale: nella rappresentazione razionale dei fatti, che porta alla motivazione, il giudice ricorre – come ogni attore sociale – a una “conoscenza del mondo”. Quest’ultima, tuttavia, comporta l’attivazione di regole di esperienza, non fondate su saperi empiricamente verificati. Nella misura in cui sono espressione di un gruppo egemone (nel caso qui considerato: gli uomini “bianchi” eterosessuali), esse diventano prescrittive, esponendo il giudice al rischio di stereotipi. Con riferimento alle relazioni di genere, ciò traspare sia dal linguaggio sia dagli argomenti usati per motivare le decisioni – ad esempio, per stabilire quale sia la “vera” vittima di un reato sessuale. A tacere del danno subito dalle persone offese, ad essere intaccata sarà proprio l'imparzialità, e con essa la verità processuale che ne discende.

Scrivendo Oscar Wilde che la verità è raramente pura e mai semplice¹. È un'affermazione che chiunque faccia o abbia fatto il giudice sottoscriverebbe. Eppure il dovere costituzionale del giudice, almeno in un sistema come il nostro di *civil law*, che non conosce la distinzione di compiti tra giudice e giuria propria dei sistemi di *common law*, è prima di tutto (che si tratti di tutelare diritti o di punire torti) quello di accertare la verità dei fatti, nel senso, limitato e però necessario, che è proprio del processo. È, cioè, ricostruire una storia – la storia di una relazione tra le parti, la storia di un delitto – sulla base di prove, acquisite secondo regole predeterminate, valutate obiettivamente. Nel processo è vero ciò che è provato secondo le regole processuali.

Il giudice è quindi, a modo suo, un investigatore dei fatti e insieme un narratore, con due caratteristiche peculiari: la prima è che non ha, di regola, una specifica preparazione professionale quanto alla decisione sui fatti (si pensi a un infortunio sul lavoro, della cui dinamica si discute: il giudice non è un medico legale e non è un ingegnere), poiché la sua forma-

zione riguarda piuttosto le regole giuridiche in base alle quali alcuni di quei fatti assumono rilevanza; la seconda è che egli deve essere un investigatore e un narratore imparziale.

La sua indagine e il racconto che è tenuto a farne non hanno, cioè, alcun obiettivo diverso dalla ricostruzione accurata di quei fatti in vista di una decisione, a sua volta consistente nell'affermazione che tutti o alcuni di quei fatti sono stati dimostrati nel processo, in modo obiettivo e secondo regole predeterminate.

L'imparzialità è, quindi, non solo «una condizione preliminare per il raggiungimento della verità, ma costituisce anzi una parte integrante e penetrante della stessa», è «condizione necessaria, benché ovviamente non sufficiente della verità» processuale, in quanto il giudice «è davvero imparziale quando ricerca in modo oggettivo la verità dei fatti, facendone il vero ed esclusivo fondamento razionale della decisione»².

La motivazione è il racconto, la narrazione di questa ricerca e la spiegazione delle sue conclusioni, e ha perciò una relazione necessaria con l'imparzialità, in

1. *The Importance of Being Earnest, A Trivial Comedy for Serious People*, Xist Publishing, Rosenberg (Texas), 2016, p. 19.

2. Tutte le citazioni sono da M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 119-120.

quanto serve appunto a rappresentare la razionale giustificazione dell'ordine portato nel dispositivo sulla base dei fatti e delle prove oggettivamente valutati.

E tuttavia è un dato che qualunque narrazione, e così quella del giudice contenuta nella motivazione, si fonda, quanto alla ricostruzione dei fatti, anche «*su una cultura ed è costruita per mezzo di una cultura, intesa come conoscenza del mondo*»³, un senso comune, una «Enciclopedia Media», secondo la definizione di Umberto Eco⁴, corrispondente a tutti i contenuti che appartengono alla cultura generalmente diffusa, o comunque generalmente accessibile, in una data epoca.

Di questa cultura media fanno parte, tuttavia, moltissime cose diverse: per quanto qui interessa, può trattarsi di fatti singoli, accertati empiricamente, di regole scientifiche accreditate e tuttavia di comune conoscenza, almeno nel loro funzionamento, come pure, e molto spesso, di generalizzazioni di senso comune, le cd. “regole di esperienza”, che rappresenterebbero *id quod plerumque accidit*. Queste ultime hanno tuttavia uno status epistemico molto vario, perché in molti casi si basano su generalizzazioni sformate di qualsiasi conferma in leggi scientifiche o regole conoscitive di qualsiasi genere, si fondano in effetti su luoghi comuni, stereotipi o pregiudizi, diffusi nel senso comune, in quanto consolidati nel gruppo egemone in un dato contesto storico, ma in realtà non supportati dalle acquisizioni di alcun sapere, da alcuna verifica empirica che consenta di attribuire loro attendibilmente valenza generale. Tuttavia, queste supposte regole esperienziali possono essere e sono di fatto impiegate in molti contesti, in chiave non semplicemente descrittiva, ma prescrittiva: per individuare i comportamenti considerati “normali” e, per contro, quelli “anormali” perché inverosimili o indesiderati. E non è difficile comprendere come l'efficacia prescrittiva del concetto di normalità sia maggiore quanto maggiore è l'egemonia del gruppo che ha affermato e condivide la regola che quella normalità afferma.

Ora è un fatto non seriamente discutibile che praticamente ovunque, seppure in misura varia, e praticamente in ogni ambito della vita sociale, gli uomini, o almeno gli uomini bianchi (almeno apparentemente) eterosessuali siano stati e in larga misura siano ancora gruppo egemone, come tali capaci di produr-

re e consolidare regole assunte come idonee a individuare comportamenti normali, regole cui in fatto può essere attribuito contenuto esperienziale, anche se sformate di qualsiasi conferma empirica. Ciò è vero in particolare nell'ambito delle relazioni tra i generi: in questo ambito, infatti, il senso comune, la cultura media sono ancora ampiamente costruiti intorno a un'idea di gerarchia e separatezza, che assegna a uomini e donne ruoli e ambiti di libertà e di autodeterminazione, soprattutto nella vita familiare e sessuale, molto diversi.

Di conseguenza anche il giudice, in quanto vive in un contesto dato e si serve, nella narrazione dei fatti rappresentata nella sua motivazione, (quanto meno anche) della cultura media della sua epoca, è esposto al rischio di utilizzare, ai fini della ricostruzione degli accadimenti di causa, dell'accertamento dei fatti e delle loro relazioni, presunte regole di esperienza in realtà fallaci, perché basate solo sulla loro condivisione nel senso comune, ma sprovviste di qualsiasi attendibile fondamento empirico. E se quasi mai queste regole sono neutre, sicuramente non lo sono quando hanno riguardo ai rapporti tra i sessi, in quanto esse riproducono la relazione gerarchica tra uomini e donne, codificano e naturalizzano le differenze, quanto agli spazi di autodeterminazione, costruite dall'egemonia di uno dei due gruppi.

Che il rischio sia reale lo dimostrano, nella maniera più concreta, le diverse condanne del nostro Paese da parte di organismi e corti internazionali per l'uso di stereotipi sessisti nell'apprezzamento dei fatti e delle prove in alcune decisioni giudiziali⁵.

Sia chiaro che il punto non è l'esito dei singoli processi, per quanto in tutti e tre i casi l'uso di presunte regole esperienziali, relative alla prova del consenso all'atto sessuale o dell'idoneità genitoriale della denunciante, abbia condotto a decisioni sfavorevoli alle donne che si affermavano parti offese. Il punto sono, piuttosto, gli argomenti posti dai giudici a fondamento di quelle decisioni, oltre che il linguaggio con cui sono stati espressi.

E ugualmente non si tratta di costruire, in tema di accertamento dei fatti e valutazione delle prove, uno statuto speciale dei processi in cui le donne denunciino violenze, né di negare che le dichiarazioni di queste donne debbano essere vagliate secondo criteri obiettivi, giacché la valutazione obiettiva dei fatti e

3. Ancora M. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 58.

4. U. Eco, *Dall'Albero al Labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*, La nave di Teseo, Milano, p. 97.

5. Si tratta delle sentenze della Corte Edu *J.L. c. Italia*, ric. n. 5671/16, 27 maggio 2021, relativa a un processo per violenza sessuale di gruppo, definito con sentenza di assoluzione in appello, e *D.M. e N. c. Italia*, ric. n. 60083/19, 20 gennaio 2022, avente ad oggetto un caso di dichiarazione di adottabilità di una minore, oltre che dell'opinione del Comitato CEDAW del 22 giugno 2022, resa in un caso di denunciata violenza sessuale, anch'esso conclusosi con l'assoluzione dell'imputato.

delle prove è un connotato necessario dell'imparzialità del giudice e della sua narrazione.

Si tratta al contrario di vigilare, da parte del giudice stesso *in primis*, proprio sull'effettiva obiettività, cioè razionalità e adeguatezza rispetto a regole conoscitive validate, dei criteri con cui i fatti sono ricostruiti e le prove apprezzate, in un contesto in cui normalità e anormalità sono invece molto spesso affermate in base a generalizzazioni giustificate solo da stereotipi e pregiudizi, privi di fondamento empirico, che riproducono e "naturalizzano" la condizione di minorità delle donne nelle relazioni di genere. Perché c'è da chiedersi, per esempio, con quale fondamento, sulla base di quali conoscenze del comportamento umano si assume (come si è letto) che una "vera" vittima di violenza sessuale denuncia subito o che resiste strenuamente e non resta immobile o, ancora, che non raccoglie nell'immediatezza le prove della violenza? Come si può dire (come invece è stato detto) che è difficile che vi sia stata violenza perché la presunta vittima non era avvenente? Non c'è alcuna regola fondata su alcuna acquisizione scientifica che affermi cose del genere (sull'ultima, poi, un bagaglio di conoscenze anche solo da scuola superiore fornisce bastevoli evidenze di come lo stupro non c'entri niente con il desiderio, ma solo con il dominio e con l'umiliazione), e nondimeno queste e altre presunte massime di esperienza talvolta sono poste a fondamento della decisione sull'attendibilità delle denunciati, senza

apparentemente alcun vaglio critico sulla loro tenuta, perché evidentemente radicate in un pre-giudizio (sui generi e i rapporti tra di loro) che appartiene al giudice come alla cultura media cui egli attinge.

Questo è obiettivamente un problema, non solo in quanto espone le persone offese di reati connessi al genere al rischio di vittimizzazione secondaria (come hanno ricordato anche le citate decisioni delle corti internazionali), ma più generalmente perché a essere messa a rischio è l'imparzialità del giudice, cioè il suo dovere di ricostruire i fatti in modo razionale e obiettivo, perciò fondato su regole di giudizio dotate di adeguata attendibilità.

D'altra parte, poiché le radici del problema sono culturali, il primo e più efficace rimedio non può essere che la formazione, che non può consistere solo nella somministrazione di nozioni tecnico-giuridiche, ma deve riguardare anche i saperi extragiuridici (psicologici, socio-linguistici – per dirne solo alcuni), dei quali giudici e pubblici ministeri devono necessariamente fare uso nell'esercizio della giurisdizione, e prima ancora il nostro ragionare, il modo in cui formiamo il nostro "libero convincimento", in cui ricostruiamo i fatti e le loro relazioni e come e quanto questi meccanismi cognitivi siano influenzati da fattori esterni (a partire da convinzioni diffuse e stereotipi che permeano la cultura media del nostro tempo). Una formazione, in ultima analisi, alla complessità e alla vigilanza su di sé.

Imparzialità del magistrato e credibilità della magistratura

di Gaetano Silvestri

Premesse alcune considerazioni sull'inevitabilità dei giudizi di valore nell'interpretazione delle disposizioni normative, l'Autore tenta di chiarire i termini delle convergenze e delle divergenze tra imparzialità e indipendenza dei magistrati. Il tradizionale concetto di "prestigio" della magistratura, di estrazione autoritaria, dovrebbe sempre essere sostituito da quello di "credibilità", che evoca il rapporto di fiducia che deve esistere tra magistrati e cittadini. L'imparzialità deve accompagnarsi all'immagine di essa (apparenza) proprio per mantenere viva la fiducia. Quest'ultima non ha, però, motivo di venire meno se il magistrato palesa, anche in pubblico e con energia, la propria adesione ai principi costituzionali di libertà, eguaglianza e tutela della dignità di tutte le persone, senza discriminazione alcuna.

1. I magistrati e i giudizi di valore nell'interpretazione del diritto / 2. Imparzialità e indipendenza: convergenze e differenze / 3. Credibilità della magistratura e immagine dell'imparzialità dei magistrati / 4. Imparzialità e pubblica adesione del magistrato ai principi costituzionali

1. I magistrati e i giudizi di valore nell'interpretazione del diritto

Le ricorrenti polemiche, di origine politico-partitica, sulla politicizzazione della magistratura e sulle esorbitanze che ne deriverebbero sono spesso alimentate da equivoci, più o meno volontari, che creano confusione nell'opinione pubblica. Non è difficile scorgere dietro gli attacchi ai magistrati come singoli e alla magistratura come istituzione la perenne aspirazione del potere politico a liberarsi delle remore e dei fastidi derivanti dalle applicazioni pratiche del principio di legalità, da tutti esaltato in astratto, da molti aborrito in concreto.

Le occasioni per sollevare polemiche – talvolta fondate, il più delle volte pretestuose – si moltiplicano in un contesto sociale, politico e giuridico sempre più frammentario e refrattario rispetto ai principi. Il giudice, chiamato a risolvere sempre e comunque le

controversie che gli vengono ritualmente sottoposte, dovendo servirsi di un materiale normativo frantumato e sconnesso, svolge, molto spesso suo malgrado, la funzione di "ordinatore del caos". Ciò significa che deve costruire la norma applicabile nel singolo processo ricavandola da frammenti di disposizioni provenienti da un legislatore incurante della chiarezza e della sistematicità, dedito com'è a inseguire le spinte emozionali ed effimere provenienti dalla soggezione populistica ai sondaggi.

La situazione si è ulteriormente complicata con l'espansione della normativa europea e con il consolidarsi della posizione del giudice italiano come giudice anche della Ue, visto il suo potere di disapplicazione diretta delle leggi interne in contrasto con le norme sovranazionali a effetto immediato (regolamenti e direttive dettagliate). Non ci vuole un grande acume per comprendere che questa *ars combinatoria*, unita alla pleora e all'oscurità delle leggi vigenti, non può

aspirare alla precisione e all'oggettività delle formule matematiche, con la conseguenza che il giudice, se non vuole errare senza meta nella nebbia di un diritto positivo sempre meno conoscibile, deve rifarsi a criteri di orientamento delle proprie scelte non soggettivistici.

Chiunque abbia una pur modesta pratica della giurisdizione, come magistrato o avvocato, sa bene quanto sia possibile mascherare opzioni personali o politiche dietro una finta interpretazione letterale e testualistica delle disposizioni. Con un gioco di prestigio, il soggettivo si trasforma in oggettivo e si forma un diritto vivente in cui le scelte politiche sono spacciate per autentica volontà del legislatore.

I magistrati più responsabili e consapevoli (per fortuna sono molti) rifuggono da tali infingimenti e tendono a palesare i propri giudizi di valore, di modo che i destinatari degli atti giudiziari e il più vasto pubblico possano rendersi conto dell'aderenza delle pronunce giurisdizionali ai principi posti dalla Costituzione (e dagli atti internazionali e sovranazionali cui l'Italia è sottoposta). Già negli anni cinquanta, un profondo filosofo del diritto, Luigi Caiani, argomentava in modo stringente l'inevitabilità dei giudizi di valore nell'interpretazione del diritto. Lo stesso Hans Kelsen, principe del formalismo giuridico del XX secolo, affermava che, nell'ipotesi di ambiguità del testo scritto, la norma applicata nel caso concreto è frutto di una scelta dell'interprete.

Oggi possiamo dire, superando eccessive complicazioni dottrinali, che il magistrato (giudice o pubblico ministero) deve essere guidato, nella sua attività interpretativa quotidiana, dai principi costituzionali (integrati da quelli europei e internazionali pertinenti), con l'obbligo di illustrare la ragionevolezza del suo operare nelle motivazioni dei suoi provvedimenti, che restano il miglior mezzo di controllo della sua imparzialità. Quest'ultima è l'esatto contrario dell'eccentricità soggettivistica, ma non si identifica neppure con l'acritico adeguamento alla giurisprudenza dominante, senza dubbio più comodo e meno rischioso, ma certamente poco utile al necessario, continuo rinnovamento del sistema normativo all'insegna dell'aderenza all'inesauribile potenzialità generativa dei principi contenuti nella Costituzione e negli atti sovranazionali e internazionali, che traducono in norme giuridiche i valori fondamentali delle democrazie pluralistiche contemporanee.

Prima che come giurista, come cittadino mi sembra preferibile una chiara presa di posizione su questioni cruciali che attengono alla sostanza assiologica dell'ordinamento giuridico, rispetto ad adesioni, tacite e occulte, a dottrine cristallizzate e blocchi di potere dominanti.

Quanto detto sopra non nega in alcun modo la validità della separazione dei poteri. Montesquieu, nel

momento in cui definiva il giudice "*bouche de la loi*", non era un ingenuo sognatore, ma polemizzava sia con i sostenitori della soggezione dei giudici al potere politico che li voleva ridurre a "*bouche du roi*", sia con la casta privilegiata e autoreferenziale dei Parlamenti francesi dei suoi tempi, che si scontrava con il monarca per tutelare interessi ancora più retri e che finì anch'essa spazzata via dal vento della Rivoluzione. In questi termini, l'insegnamento montesquiviano è ancora attuale.

Su queste premesse, il problema non è quindi se i magistrati possano o non possano esprimere giudizi di valore nell'interpretazione del diritto o se possano, o no, effettuare delle scelte. Il problema riguarda le forme e i limiti in cui ciò deve avvenire.

2. Imparzialità e indipendenza: convergenze e differenze

Può essere utile fare qualche precisazione di carattere generale e costituzionalistica in tema di imparzialità del magistrato nel contesto dell'ordinamento costituzionale italiano e della tutela giuridica dei diritti fondamentali in ambito europeo.

Le fonti normative cui far riferimento sono essenzialmente:

- l'art. 111 della Costituzione italiana;
- l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
- l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incorporata nel Trattato sull'Unione europea;
- gli artt. 52 cpc e 36 cpp.

L'imparzialità è strettamente correlata all'indipendenza. La prima attiene all'esercizio della funzione giudiziaria, la seconda allo *status* del magistrato. Vi è tra l'una e l'altra un nesso di strumentalità, nel senso che l'ordinamento garantisce al magistrato l'indipendenza allo scopo di metterlo nella migliore condizione per essere imparziale. L'imparzialità è il valore, l'indipendenza è la garanzia istituzionale dello stesso.

Sia l'indipendenza che l'imparzialità non sono prerogative attribuite in via esclusiva ai magistrati come singoli e all'ordine giudiziario nel suo complesso. Possono rilevarsi varie combinazioni tra di esse, in rapporto alla natura degli interessi costituzionalmente protetti.

Vi può essere indipendenza senza imparzialità, come nel caso del Parlamento e dei singoli parlamentari. Questi ultimi, in forza dell'art. 67 Cost. (divieto di mandato imperativo), sono posti in una condizione di indipendenza rispetto ai loro stessi elettori (oltre

che ad ogni altro potere dello Stato), ma non si può certamente dire che abbiano un dovere di imparzialità. La garanzia di indipendenza tutela quindi la libertà con la quale essi possono esprimere le proprie posizioni di parte.

Vi può essere imparzialità senza indipendenza o con un grado attenuato di quest'ultima. È il caso della pubblica amministrazione, tenuta all'imparzialità – nel senso di uguale trattamento dei cittadini, senza alcuna discriminazione –, ma certamente non indipendente dal Governo e dalle scelte politiche da esso legittimamente operate, da concretizzare nella prassi.

Vi è infine l'ordine giudiziario, i cui componenti sono, nello stesso tempo, tenuti all'imparzialità e garantiti dall'indipendenza (artt. 101, 104, 197 e 111 Cost.). Il fondamento dell'imparzialità garantita dall'indipendenza si trova nell'art. 3 della Costituzione, in quanto espressione pratica dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, come affermato, già in tempi risalenti, dalla Corte costituzionale (sent. n. 17/1965). Si tratta di un principio che informa di sé tutti i settori dell'ordinamento costituzionale, ma trova in quello giudiziario la sua massima espressione. I giudici sono così poco vincolati a scelte politiche non egualitarie, pur provenienti dalle stesse leggi in vigore, che possono rivolgersi alla Corte costituzionale nell'ipotesi in cui ravvisino un contrasto tra queste ultime e il principio di eguaglianza. La giurisprudenza costituzionale, dal 1956 ad oggi, dimostra che questo è il parametro maggiormente invocato dai giudici italiani nel sollevare le questioni di legittimità costituzionale. Il loro dovere di assoluta imparzialità sorregge la facoltà di ribellarsi anche alla legge – cui in via generale sono soggetti per il disposto dell'art. 101, secondo comma, Costituzione – che tanto scandalizzò in Assemblea costituente i liberali della vecchia scuola.

L'obbligo di fedeltà alla Costituzione grava su tutti – politici, pubblici funzionari, semplici cittadini –, ma ai magistrati è consegnato uno strumento particolarmente incisivo per avviare un procedimento di rimozione dall'ordinamento della legge ritenuta incostituzionale. Come ha incisivamente affermato, molti anni or sono, Temistocle Martines, dichiarare una legge contraria alla Costituzione, e conseguentemente eliminarla, equivale a dichiarare illegittimo l'indirizzo politico che l'ha generata. Le prevedibili reazioni delle forze politiche dominanti e le eventuali ritorsioni sui magistrati che osservano a tutti i livelli il principio di legalità sono il rischio da evitare con le garanzie di indipendenza. Lo stesso Martines distingue tra "indirizzo politico" (precluso ai magistrati) e "forza politica", inevitabilmente sprigionata dai provvedimenti giudiziari, in specie quando gli stessi non si limitano ad applicare pedissequamente le leggi

vigenti, ma riaffermano la superiorità della Costituzione (e delle norme sovranazionali e internazionali prevalenti su quelle interne) sulla legislazione ordinaria. Molte vicende, anche recenti, ci confermano quanto questa preoccupazione sia ancora fondata.

3. Credibilità della magistratura e immagine dell'imparzialità dei magistrati

In alcuni atti normativi continua a comparire, come oggetto di tutela, il termine tradizionale "prestigio" della magistratura. La parola evoca un insieme di funzionari posti su di un piedistallo, distaccati dalla massa di cittadini che li devono poter rispettare e ammirare. Una visione democratica, più consona al principio che la giustizia è amministrata in nome del popolo, induce a preferire l'uso del termine "credibilità", che implica invece un continuo rapporto di fiducia che deve esistere tra magistrati e cittadini. Lo ha detto a chiare lettere la Corte costituzionale (sent. n. 100/1981). La stessa garanzia dell'inamovibilità – una delle principali garanzie dell'indipendenza dei magistrati – deve essere bilanciata con la credibilità (non con il prestigio) e consentire, in casi gravi e particolari, il trasferimento del magistrato anche contro la sua volontà. I magistrati non devono cercare il consenso, ma devono comunque operare in modo da essere *credibili*, locuzione che in concreto significa assenza di elementi tali da far dubitare che le loro decisioni, anche sgradite, siano frutto di un corretto e imparziale ragionamento sui fatti e sulle norme ad essi applicabili. Ove si insinui il sospetto di deviazioni da un percorso logico-giuridico scevro da prevenzioni o interessi condizionanti, si rompe quel rapporto di fiducia e trovano spazio attacchi delegittimanti che rendono difficile l'accettazione pacifica degli esiti delle controversie giudiziarie.

Si è detto e ripetuto che il dovere di imparzialità è strettamente collegato all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, assunto a principio costituzionale ed enunciato dall'art. 111, sesto comma della Costituzione. La credibilità del provvedimento e del magistrato (o dei magistrati) che lo ha emanato dipende dalla sua potenzialità di convinzione del pubblico. Si tratta, com'è noto, della funzione extraprocessuale della motivazione – particolarmente importante per le supreme magistrature, i cui atti non sono impugnabili –, tanto più efficace quanto più vi sia consonanza tra i suoi svolgimenti e la cultura diffusa in una comunità in un dato momento storico. Se un'accettazione sociale generalizzata e uniforme non è possibile, e nemmeno auspicabile, motivazioni eccentriche e inutilmente provocatorie concorrono a

creare, o aumentare, un distacco tra cittadini e magistrati che nuoce allo Stato costituzionale, in cui democrazia e legalità si sorreggono a vicenda.

Se la credibilità della magistratura è basata sulla fiducia dei cittadini, allora viene in primo piano l'immagine dell'imparzialità, giacché a poco varrebbe lamentare una scarsa accettazione sociale dei provvedimenti giurisdizionali se si dovessero registrare comportamenti dei magistrati che li hanno posti in essere tali da ingenerare ragionevoli perplessità sull'assenza di prevenzioni ideali e condizionamenti pratici, in grado di inquinare il processo formativo delle decisioni. D'altra parte, la figura tradizionale (e da sempre fittizia) del magistrato disincarnato, privo di idee e passioni, è stata da tempo demistificata. L'apparente estraneità dei giudici alla dialettica culturale e politica in atto nella società era in realtà scontata adesione degli stessi al blocco storico-politico dominante, da cui scaturiva una convinta dipendenza, mentale e comportamentale, dal potere politico. L'unica imparzialità ammessa – anzi imposta – era quella particolare rispetto alle parti del processo, che contribuiva debolmente a un'autentica imparzialità delle decisioni, influenzate, nel loro complesso, da una serie di pre-giudizi interpretativi e sistematici.

Con l'avvento della democrazia pluralista, basata sui principi della Costituzione del 1948, la finzione autoritaria del giudice senza opinioni – perché allineato naturalmente alle opinioni dei detentori del potere politico – venne dissolta, anche ad opera del circolo virtuoso istauratosi tra un numero crescente di magistrati e il “nuovo” organo di garanzia, la Corte costituzionale.

Senza indugiare, in questa sede, in una disamina dettagliata della giurisprudenza costituzionale in materia, si può citare un'affermazione molto netta del giudice delle leggi, che supera totalmente la vecchia impostazione:

«Deve riconoscersi – e non sono possibili dubbi in proposito – che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opinioni al riguardo» (sent. n. 224/2009).

Sulla base di questa asserzione generale di principio, la Corte ha giudicato non costituzionalmente illegittimo il divieto legislativo di iscrizione dei magistrati a partiti politici o di partecipazione sistematica e continuativa alle loro attività, avallando così un'interpretazione drastica dell'art. 98, terzo comma della Costituzione. La stessa pronuncia aggiunge che l'imparzialità non è soltanto un dovere funzionale del magistrato, ma anche «regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa

fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità».

Come risolvere il problema dell'apparente contrasto tra il diritto fondamentale del magistrato alla libera manifestazione del pensiero e il suo dovere di non apparire condizionato da pregiudizi politici o ideologici? La Corte costituzionale ha dato una risposta in una successiva pronuncia, dove si precisa che il magistrato può «manifestare legittimamente le proprie idee, anche di natura politica, a condizione che ciò avvenga con l'equilibrio e la misura che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica» (sent. n. 170/2018).

4. Imparzialità e pubblica adesione del magistrato ai principi costituzionali

Come si vede, tutto ruota attorno all'immagine dell'imparzialità, alla sua “apparenza”, non alla sua sostanza effettiva. Con il mantenimento dell'apparenza di imparzialità non si garantisce quest'ultima (che si tutela con mezzi istituzionali e processuali appositi), ma la fiducia dei cittadini nella giustizia. La Corte di Strasburgo si è posta da lungo tempo su questa linea:

«In materia, anche le apparenze possono rivestire una certa importanza. Ne va della fiducia che i tribunali di una società democratica devono ispirare a chi è sottoposto al loro giudizio» (*Castello Algar c. Spagna*, 28 ottobre 1998; in senso conforme, già in precedenza, *Piersack c. Belgio*, 1° ottobre 1982, e *Delcourt c. Belgio*, 17 gennaio 1970).

Viene così in campo qualcosa di impalpabile, di difficile definizione e ancor più difficile realizzazione. Quando la fiducia si manifesta in un atto, ad esempio in un voto (come avviene per la fiducia parlamentare nei confronti del Governo), allora si può constatare con certezza la sua presenza o mancanza e vi sono atti e procedimenti istituiti per ottenerla, concederla o negarla. Se invece non esistono tali mezzi di formalizzazione, si entra nel mare senza sponde delle impressioni, delle reazioni emozionali, degli ondeggiamenti di un'opinione pubblica che si esprime in sondaggi contraddittori. La riprova di questa osservazione si trova nelle stesse espressioni che la Corte costituzionale italiana è stata costretta ad usare per tracciare i confini della libera manifestazione del pensiero da parte dei magistrati: “equilibrio” e “moderazione”. Troppo giusto. Difficile trovare chi sia disposto a sostenere che il magistrato possa esprimere le proprie convinzioni, anche politiche, in modo squilibrato e smodato. La vaghezza dell'indicazione di metodo comporta, purtroppo, l'estrema difficoltà del controllo. Quest'ultimo, se non vuole degenerare in censura

incostituzionale, finisce per dover restringersi a casi estremi di rara evenienza. Quasi impossibile evitare che una manifestazione di pensiero politico da parte di un magistrato provochi l'indignata reazione delle forze politiche che sostengono opposte opinioni. Del resto, non si registrano casi in cui, per puro amore di correttezza istituzionale, un politico attacchi un magistrato che ha espresso opinioni conformi alle sue. I magistrati sono imparziali quando sono d'accordo con me, mentre sono faziosi se non lo sono.

Non mi sento di condannare né il magistrato che manifesta, anche con vivacità, le proprie idee né il politico di idee opposte che lo critica invocando la neutralità. Sono gli inconvenienti di una società libera, democratica e pluralista. In un regime autoritario non vi sarebbero né magistrati parlanti né politici criticanti. Forse è ciò che qualcuno desidera.

La tutela del principio di imparzialità dei magistrati e i rimedi per evitare la sua violazione sono incerti, empirici e spesso basati su valutazioni, in sede di controllo, talmente vaghe e discrezionali da diventare esse stesse una lesione dell'imparzialità. Come procedere allora per mantenere viva quella fiducia che comunque deve sussistere tra cittadini e magistrati in una società democratica? A mio sommo avviso, non servono le "grandi riforme", delle quali a ogni piè sospinto si chiacchiera in Italia. Si sanzionino i casi eclatanti (pochi) e si osservino rigorosamente

le regole tabellari, che continuano a essere la risposta istituzionale più efficace all'inevitabile varietà di orientamenti culturali e opinioni politiche presente nell'ordine giudiziario. Il principio del giudice naturale, preso sul serio, impedisce il più grave dei mali che possono affliggere la giurisdizione: il giudice *ad hoc*. I risultati saranno sempre imperfetti. Sono stato, tuttavia, sempre diffidente nei confronti dei cultori della perfezione, ingenui o troppo furbi.

La realistica constatazione che precede non significa che io, come tanti altri, non provi fastidio di fronte a magistrati logorroici e tuttologi. L'antidoto a questo malvezzo non mi sembra, però, che debba essere l'impossibile inseguimento di una imparzialità astratta difficile da precisare, anche perché il suo contrario è facilmente occultabile. Il miglior rimedio rimane pur sempre la formazione e l'incremento di una solida cultura della giurisdizione. Si tratta di espressione purtroppo abusata nelle diatribe mediatiche. Tuttavia resta essenziale, se intesa correttamente come coscienza interiorizzata e vissuta del proprio ruolo nelle istituzioni e nella società, soprattutto mediante l'assimilazione dei principi del costituzionalismo contemporaneo, che fonde le garanzie liberali della tradizione con il pluralismo politico e sociale, nel rispetto integrale della dignità della persona umana. Se poi un magistrato pubblicamente proclama la sua adesione a questi valori, ben venga!

Una questione di fiducia

di *Pietro Curzio*

Il difficile equilibrio dell'imparzialità. Riflessioni sulla base dei principi costituzionali e assumendo il punto di vista di una persona che, per le vicende della vita, viene a trovarsi dinanzi a un giudice.

Alla richiesta di un'opinione sul tema "Magistrati: essere ed apparire imparziali", il mio atteggiamento istintivo è duplice: quello di pormi nell'ottica di una persona che per le vicende della vita viene a trovarsi dinanzi a un giudice; quello di aprire la Costituzione e verificare cosa dice sul punto.

Partiamo dalla seconda prospettiva. La prima norma che tratta del tema non riguarda i magistrati specificamente, ma i cittadini che svolgono funzioni pubbliche. Ciò che colpisce, nell'art. 54, non è tanto il fatto che tali funzioni debbano essere esercitate con disciplina e onore (non potrebbe che essere così), quanto il verbo utilizzato nel cuore della frase: cittadini cui sono «affidate» funzioni pubbliche. "Affidare", nella sua etimologia latina, significa "dare in custodia a qualcuno", implica un rapporto di fiducia. Ai magistrati, come agli altri soggetti incaricati di funzioni pubbliche, si chiede di comportarsi in modo di poter riporre fiducia in loro.

Poi ci sono le norme sulla indipendenza e l'imparzialità. Il primo concetto è richiamato a proposito della magistratura come ordine «autonomo ed indipendente da ogni altro potere» (art. 104) e, a tal fine, sono previste prerogative speciali, in primo luogo la inamovibilità, ma anche doveri precisi: la soggezione soltanto alla legge, che ha due valenze: la soggezione dell'interprete alla legge, in un preciso rapporto di distinzione dei poteri, e soltanto alla legge, con esclusione di ogni forma di possibile soggezione a poteri privati o pubblici, esterni o interni alla magistratura.

L'imparzialità è richiamata in relazione all'esercizio della giurisdizione: il processo deve svolgersi «nel contraddittorio delle parti, in condizione di parità,

dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale» (art. 111).

Sono concetti tutti fortemente legati tra loro, ma non trascurerei l'indicazione sistemica che viene dalla diversa collocazione nella struttura della Costituzione.

Per il Costituente, quindi, una persona, cittadino o straniero, deve potersi fidare del giudice; la magistratura deve essere autonoma e indipendente; deve essere soggetta alla legge senza interferenze e condizionamenti di altra natura; il processo deve svolgersi dinanzi a un giudice terzo e imparziale.

L'imparzialità non è semplicemente un principio deontologico cui il giudice deve attenersi o una legittima aspettativa delle persone, ma è un diritto con un forte radicamento costituzionale, cui fa riscontro uno dei doveri fondamentali del giudice. Fondamentale perché un giudice che non è imparziale, non è un giudice.

Questo dovere si riflette sull'attività giurisdizionale in tutte le sue espressioni: gestione del processo, interpretazione della legge, decisione, motivazione.

Sicuramente non è un dato acquisito, ma una meta a cui tendere. Quel dovere si rinnova di giorno in giorno.

Non è neanche un comportamento sempre geometricamente simmetrico, perché a volte è la legge che impone forme di sostegno di una delle parti in condizione di debolezza, ad esempio prevedendo l'esercizio di poteri ufficiosi del giudicante nell'attività istruttoria.

Sempre più complesso è poi divenuto il rapporto tra imparzialità e interpretazione, perché le disposizioni di legge devono essere lette alla luce dei principi

costituzionali e tenendo conto di eventuali normative sovranazionali, spesso provenienti non da testi legislativi, ma dalle sentenze delle corti europee. Tutto ciò amplia gli spazi di discrezionalità insiti nell'attività interpretativa.

Questi spazi non devono essere utilizzati per sostituirsi al legislatore, alterando il principio della divisione dei poteri. Un magistrato ha, come ogni persona, idee e orientamenti culturali e politici; se afferma di non averne, non è onesto intellettualmente. Ma quando giudica deve mettere da parte le sue propensioni personali e ricercare la soluzione nel più attento rispetto del quadro normativo. È un percorso difficile, ma è la sola via che gli è concessa se vuole essere un giudice.

Si aggiunge, poi, un altro problema relativo alla vita extraprofessionale del giudice. Egli, come cittadino, oltre ad avere necessariamente convinzioni e propensioni personali, spesso avrà anche occasioni per esternarle secondo una variegata molteplicità di comportamenti: la partecipazione a convegni, la redazione di saggi su riviste scientifiche o di articoli sui quotidiani, il rilascio di interviste, la partecipazione a manifestazioni, la sottoscrizione di appelli, la presenza in trasmissioni televisive o sui *social* e tante altre forme di partecipazione alla vita sociale e politica.

Qual è la scriminante fra ciò che gli è concesso e ciò che non gli è concesso, al di là del pieno e ovvio rispetto della disciplina codicistica in materia di dovere di astensione e della normativa disciplinare?

Credo che il criterio da seguire sia quello di mettersi nei panni di un cittadino e chiedersi se, a fronte di tali esternazioni, si sentirebbe garantito in ordine all'imparzialità di quel giudice. Molte di queste attività, anche in tale prospettiva, sono sicuramente consentite, alcune persino richieste.

Francesco De Sanctis, in una famosa prolusione tenuta a Zurigo durante l'esilio, sostenne che il giudice ha «l'obbligo morale di educare la mente e il cuore» e che un magistrato che abbia studiato solo i codici ha una capacità di giudicare limitata, «con conseguenze devastanti per l'intera comunità». Educare la men-

te e il cuore significa porsi questioni e approfondire temi che vanno oltre il diritto, ed essere consapevoli e partecipi dei problemi e dei drammi che vive una società, oggi più che mai e in una dimensione sempre più estesa.

Questo dovere di andare oltre una visione ristretta e arida del proprio lavoro trova, però, un limite: non può portare il giudice a comportamenti che inducano a dubitare della sua imparzialità e a privare le parti della serenità che è alla base della fiducia che ripongono nel loro giudice.

Egli, magari, sarà in grado di scindere le scelte insite in tali comportamenti da quelle che compirà in sede processuale, ma non si può chiedere a un cittadino di confidare sulla capacità di effettuare tale scissione, spesso ardua.

Questo credo fosse il senso dell'affermazione del Presidente Sandro Pertini quando chiedeva ai giudici di non essere solo imparziali, ma di porsi anche il problema di apparire imparziali.

Non è un suggerimento ipocrita. Ipocrita è pretendere di sostenere che possa esservi un magistrato senza sentimenti e idee. Spetta però al giudice porsi il problema di raggiungere un equilibrio ragionevole e corretto tra tali idee e le sue scelte in sede di applicazione della legge, modellando il suo modo di essere e di agire al fine di garantire alle parti il diritto di fare affidamento sulla sua imparzialità.

È indubbiamente un limite che può condizionare l'esercizio di alcune libertà e influire sulla vita di relazione, ma ogni professione presenta un prisma di vantaggi e oneri funzionali alla specifica attività.

Il magistrato, a garanzia dell'indipendenza e terzietà, gode di alcuni vantaggi, come l'inamovibilità, sconosciuta a molte altre categorie di lavoratori privati e pubblici. Ha però, al tempo stesso, alcuni doveri specifici o che, con riferimento al suo ruolo, richiedono una particolare attenzione.

La sobrietà e la discrezione sono parte essenziale di tale equilibrio, ed in realtà, a pensarci bene, non sono oneri particolarmente pesanti, anche perché dovrebbero essere congeniali a chi ha scelto questa professione delicata, impegnativa e bellissima.

Su imparzialità e indipendenza del magistrato: concetti, principi, casi

di *Vincenzo Roppo*

È imparziale il magistrato che nei suoi atti ricerca la veritiera ricostruzione del fatto e la corretta applicazione del diritto secondo le regole del giusto processo, senza farsene deviare da interessi estranei. È indipendente il magistrato immune da influenze potenzialmente capaci di renderlo non imparziale nel concreto esercizio della giurisdizione. Il magistrato privo di indipendenza esteriore soffre la presunzione assoluta di non essere imparziale. Non così chi abbia tale indipendenza: ma per sfuggire ad ogni sospetto di parzialità egli ha l'onere di provare la propria indipendenza interiore. Il modo è la motivazione dei suoi atti, che si attende di qualità tanto più elevata quanto più il magistrato partecipi, sia pure col giusto "stile", al pubblico dibattito delle idee. Su questi criteri, la giudice Apostolico non merita alcun addebito di parzialità riconducibile alle sue visioni del fenomeno migratorio; al contrario, con le sue esternazioni il magistrato Degni ha pregiudicato gravemente la propria immagine di indipendenza.

1. Indipendenza e imparzialità: due concetti distinti / 2. L'indipendenza esteriore / 3. L'indipendenza interiore / 4. Statuti differenziati: per l'indipendenza esteriore... / 5. ... e per l'indipendenza interiore / 6. [Segue] Centralità della motivazione / 7. "Essere" e "apparire" magistrato imparziale / 8. Questione di stile / 9. Libertà e responsabilità del magistrato che partecipa al dibattito pubblico / 10. I casi: Apostolico e Degni

1. Indipendenza e imparzialità: due concetti distinti

Mi sembra opportuno preliminarmente distinguere fra i due concetti.

Imparzialità è concetto dinamico, inscritto nella dimensione dell'attualità e dell'effettività: si riferisce all'azione del magistrato, al suo modo di operare concretamente nella giurisdizione. Un magistrato è imparziale quando, nei suoi atti giurisdizionali, ricerca esclusivamente la veritiera ricostruzione del fatto e la corretta applicazione del diritto secondo le regole del giusto processo, senza farsene deviare da interessi estranei.

Indipendenza è invece concetto statico, che rileva sotto il profilo della potenzialità piuttosto che dell'effettività: indica (non un modo di agire ma) un modo

di essere del magistrato, la sua posizione rispetto a fattori potenzialmente capaci di renderlo non imparziale nel concreto esercizio della giurisdizione.

I fattori lesivi dell'indipendenza (e quindi potenzialmente lesivi dell'imparzialità) possono essere esteriori oppure interiori.

2. L'indipendenza esteriore

Sono fattori esteriori quelli che si manifestano in situazioni, fatti o atti dotati di una consistenza oggettiva che va al di là della sfera soggettiva della persona. Il difetto di indipendenza esteriore si declina in una scala che va dal particolare al generale, e in relazione a ciò presenta ambiti di rilevanza più ampi o più ristretti – qualcosa come dei cerchi concentrici. Nel

cerchio più stretto, coincidente con un singolo individuale giudizio, l'indipendenza sarebbe esclusa, per esempio, dal legame familiare del magistrato che in un caso specifico si trovi a giudicare o agire nei confronti del coniuge o del fratello.

In un cerchio a raggio più ampio, l'indipendenza del magistrato è pregiudicata o messa a rischio dalla sua significativa partecipazione a organizzazioni rappresentative di interessi o valori suscettibili di costituire materia controversa all'interno di giudizi portati davanti a lui. Ecco perché non risulta indipendente il magistrato iscritto a un partito politico: i partiti (la cui "parzialità" è inscritta già nel nome) esprimono visioni ideali e interessi sociali contrapposti ad altre visioni e altri interessi, ma soprattutto sono il veicolo con cui – nel circuito della rappresentanza democratica (art. 49 Cost.) – certe visioni e interessi "di parte" prevalgono su altri, facendosi maggioranza parlamentare e di governo, assumendo poteri legislativi ed esecutivi, plasmando le istituzioni nel loro complesso. A più forte ragione, perderebbe indipendenza il magistrato iscritto a un'organizzazione che tali obiettivi "sistemici" persegua non nella forma trasparente del partito politico, ma in quella occulta di un'associazione segreta (chi pensasse alla P2 non sarebbe fuori strada).

Chiaro che sarebbe invece irrilevante, ai fini dell'indipendenza esteriore del magistrato, la sua appartenenza a organizzazioni che non abbiano natura politico-istituzionale, ma si rivolgano ad ambiti specifici della vita sociale, culturale, eventualmente religiosa. Certo non pregiudica l'indipendenza del magistrato essere iscritto e attivamente partecipe alla Lega italiana per la lotta contro i tumori o all'Associazione "Amici del jazz".

Dubbi possono sorgere per il coinvolgimento del magistrato in organizzazioni non direttamente politiche, e tuttavia esponenziali di interessi sociali estesi e rilevanti, suscettibili di entrare nelle dinamiche della giurisdizione. Per esempio: perde indipendenza esteriore il magistrato inserito in qualche organo consultivo o di fiancheggiamento di un sindacato dei lavoratori o di un'associazione imprenditoriale? In generale, la risposta può essere dubbia. Ma forse dovrebbe orientarsi in senso affermativo se il magistrato fosse un giudice del lavoro. Allo stesso modo, potrebbe dubitarsi dell'indipendenza esteriore di un magistrato civile che, chiamato frequentemente a conoscere di liti fra imprese e consumatori, risultasse attivista di un'associazione consumeristica.

Una precisazione significativa. L'appartenenza a un'organizzazione non è l'unico fattore capace di ledere l'indipendenza esteriore del magistrato. Lo

stesso effetto può prodursi per fatti, atti o comportamenti del magistrato che esprimano una posizione "di parte" con significato politico e siano manifestati pubblicamente. Qualcosa di più preciso sul punto si cercherà di dire nel seguito.

3. L'indipendenza interiore

All'indipendenza esteriore si affianca un'indipendenza interiore: quella che – per usare le parole di Enrico Scoditti – attraverso «*continui esercizi di auto-trascendimento*» rende il magistrato «*indipendente da sé stesso*»¹. Cioè dalle sue idee, dalle sue visioni del mondo, dal suo vissuto.

Come qualunque uomo, il magistrato potrà avere, legittimamente, sue idee e visioni del mondo; e ha, inevitabilmente, sue esperienze di vita. Esserne "indipendente" significa avere la capacità di non farsene condizionare quando egli abbia a compiere atti di giurisdizione su materie correlate a quelle idee, quelle visioni, quelle esperienze. Se chiamato a giudicare di liti fra imprese e consumatori, deve sterilizzare la sua istintiva simpatia per la parte consumatrice, deve "dimenticare" di avere subito in passato – quale consumatore lui stesso – qualche vessazione ad opera di un'impresa. Se giudicante in una causa di separazione coniugale, deve "dimenticare" di essere stato anch'egli coinvolto anni prima in analoga vicenda con esiti da lui avvertiti come ingiustamente e dolorosamente penalizzanti: vicenda personale che può avere sedimentato in lui sentimenti avversi al genere di appartenenza del coniuge.

4. Statuti differenziati: per l'indipendenza esteriore...

L'indipendenza esteriore e quella interiore non stanno però sul medesimo piano: c'è fra loro una significativa asimmetria riconducibile al fatto che la prima c'è o non c'è, in ragione di dati tendenzialmente palesi o comunque accertabili su basi oggettive; la seconda no, perché sta tutta *in interiore homine*. E questo spiega i diversi atteggiamenti del sistema legale nei confronti dell'una e dell'altra.

Nulla esclude che il magistrato privo di indipendenza esteriore per via di qualche sua posizione o azione possa dare prova, in qualche singolo caso o anche in generale, di indipendenza interiore e, in virtù di questa, comportarsi imparzialmente nell'esercizio della giurisdizione: ben potrebbe accadere che il

1. E. Scoditti, *Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso*, in *Foro it.*, vol. 145, 2020, V, cc. 217 ss.

magistrato investito della lite fra un proprio familiare e un terzo giudichi, nella sua imparzialità, a favore di quest'ultimo ritenendolo dalla parte della ragione; così pure, il magistrato iscritto a un partito o suo conclamato simpatizzante ben potrebbe non farsene condizionare, e prendere decisioni "giuste" ai suoi occhi ancorché avverse al suo partito.

Ebbene, nella logica del sistema questa astratta possibilità non sembra in grado di giustificare una fiduciosa aspettativa circa la concreta capacità del magistrato di far prevalere la propria indipendenza interiore sul fattore di dipendenza esteriore da cui egli sia oggettivamente affetto. È come se – fissata la giusta soglia dell'indipendenza esteriore – scattasse una presunzione assoluta di incapacità del magistrato di vincerla con un impegno di indipendenza interiore: il magistrato affetto da mancanza di indipendenza esteriore si considera per ciò stesso (a troppo alto rischio di mostrarsi) non imparziale nell'esercizio della giurisdizione.

A veder bene, la logica non è troppo diversa da quella che presiede alla disciplina legale dei casi di astensione/ricusazione del giudice o dell'arbitro, e – su un terreno contiguo – dei casi di incapacità a rendere testimonianza. In questa disciplina ricorrono casi in cui il difetto di indipendenza è tipizzato in fattispecie puntuali, come per esempio il vincolo familiare o la pendenza di una causa di cui all'art. 51, comma 1, n. 2 e, rispettivamente, n. 3 cpc. E altri in cui è invece scolpito in concetti elastici come quelli di «interesse nella causa» o «grave inimicizia» (art. 51, comma 1, n. 1 e, rispettivamente, n. 2 cpc). Rispetto a questi, come sempre accade con le clausole generali, si richiede un lavoro di *Konkretisierung* che fa tutt'uno con la definizione del livello minimo desiderabile di indipendenza (quello che poco fa, con riferimento a situazioni *borderline* o comunque dubbie, ho definito la "giusta soglia dell'indipendenza esteriore").

5. ... e per l'indipendenza interiore

Nelle situazioni in cui non ricorre nessun fattore di dipendenza esteriore, o in cui si tratti di un fattore di dipendenza esteriore non abbastanza grave da pregiudicare la "giusta soglia dell'indipendenza", il magistrato potrebbe essere pur sempre condizionato da fattori collocati nella sua sfera soggettiva: le idee, le visioni del mondo, le esperienze di vita delle quali sia portatore.

Ebbene, per contrastare questi fattori, per garantire che essi non pregiudichino l'imparzialità del magistrato nel compimento di concreti atti della giurisdizione, il sistema non ha altro mezzo che affidarsi alla capacità di indipendenza interiore del magistrato stesso.

Come il magistrato affetto da dipendenza esteriore subisce qualcosa come una presunzione assoluta di (essere a troppo alto rischio di) parzialità nella sua azione giurisdizionale, così il magistrato che sia invece in posizione di indipendenza esteriore è assistito da una opposta presunzione di indipendenza anche interiore – di "indipendenza da sé stesso" – che lo indurrà a tenere nei suoi processi comportamenti imparziali.

Questa è, però, una presunzione non assoluta ma relativa. Non può escludersi che un magistrato non militante né fiancheggiatore di alcun partito, ma semplicemente portatore nel suo foro interno di visioni affini a quelle di uno schieramento politico e contrastanti con quelle dello schieramento politico avverso, da questo *bias* si faccia – consapevolmente o inconsapevolmente – condizionare e orientare ad atti giurisdizionali vantaggiosi per la "sua" parte e penalizzante per la parte opposta. Con ciò mostrandosi, in concreto, non imparziale.

6. [Segue] Centralità della motivazione

Quando ciò accade, per che via può emergere? Su che base la presunzione (relativa) di imparzialità può essere smentita, lasciando il campo al riconoscimento che in quel certo caso il magistrato ha agito, effettivamente, in modo parziale? La risposta appropriata rinvia a quanto suggerito nei recenti interventi di Nello Rossi e di Enrico Scoditti, e s'identifica con un preciso elemento: la motivazione dell'atto giurisdizionale che di volta in volta venga in gioco².

Se l'atto si regge su una motivazione incoerente, poco razionale, affetta da palesi contraddizioni o da evidenti errori di fatto o di diritto, allora è legittimo pensare che il magistrato sia incorso, per così dire, in un eccesso o sviamento del suo potere giurisdizionale, macchiandosi di una parzialità risalente al mancato esercizio della necessaria "indipendenza da sé stesso".

Ma se invece l'atto si presenta sufficientemente motivato in termini razionali e coerenti, secondo una sensata ricostruzione del fatto e un'accettabile

2. N. Rossi, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*, in *Questione giustizia online*, 10 ottobre 2023, p. 4 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria); E. Scoditti, *Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione*, *ivi*, 22 novembre 2023, p. 3 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione), ora entrambi in questo fascicolo.

interpretazione del diritto, allora la presunzione di imparzialità del magistrato regge e nessuno potrà decentemente sostenere che egli si sia fatto condizionare e deviare da suoi pregiudizi politici o culturali.

Si badi. Questa conclusione vale anche se l'atto non sia immune da possibili critiche, sulla base di una ricostruzione del fatto o un'interpretazione del diritto diverse da quelle assunte nel provvedimento, secondo la normale dialettica di opinioni diverse che caratterizza fisiologicamente i giudizi in cui si tratta di applicare norme a fatti. Un provvedimento può essere frutto di un giudizio imparziale, anche se sia valutabile come "sbagliato". Per giustificare un addebito di parzialità, l'atto deve essere qualcosa di più che opinabile: deve essere *prima facie*, grossolanamente, indiscutibilmente sbagliato in punto di fatto o di diritto. Solo in questi casi estremi il magistrato autore di esso potrà additarsi come incapace di rendersi indipendente da sé stesso, e dunque come magistrato non imparziale.

7. "Essere" e "apparire" magistrato imparziale

Così impostato il tema, è agevole accostarsi alla distinzione/contrapposizione – sovente evocata e dibattuta – fra "essere" e "apparire" magistrato imparziale.

Il magistrato affetto da qualche fattore di dipendenza esteriore *appare*, già per questo, come un magistrato non imparziale, o a forte rischio di non essere imparziale: se il magistrato milita in un partito politico, chiunque potrà sospettare che nei giudizi politicamente sensibili egli sia portato a provvedere in termini politicamente vantaggiosi per il suo partito. Il difetto di indipendenza esteriore determina, insomma, un'apparenza di parzialità, che – proprio in quanto "apparenza" – si basa su dati palesi, percepibili oggettivamente, ed è riconoscibile *ex ante*.

Se invece il magistrato è munito di indipendenza esteriore, egli *non appare* parziale, perché non c'è nulla che *a priori* lo faccia sospettare tale. Ma nemmeno appare *tout court* imparziale, perché esiste pur sempre il rischio che egli sia incapace di neutralizzare, con un efficace esercizio di "indipendenza interiore", visioni, pregiudizi, sentimenti coltivati nel suo foro interno, che possono portarlo a provvedere con parzialità. Se egli sia effettivamente un magistra-

to imparziale o, invece, parziale non appare da nulla che sia esteriormente percepibile, e non può sapersi *ex ante*. Si potrà sapere solo *ex post*, sulla base dei provvedimenti che in concreto assumerà, e più di preciso sulla base della loro motivazione, nel senso che si è detto sopra. È solo a questo punto che egli – contemporaneamente – *sarà e apparirà* un magistrato imparziale.

8. Questione di stile

Inserisco qui una considerazione, richiamando il precedente rilievo per cui può integrare difetto di indipendenza esteriore non solo la formale iscrizione a un'organizzazione "di tendenza", ma anche un insieme di atteggiamenti o prese di posizione che, per la loro frequenza, intensità e natura inducano a carico del magistrato un forte sospetto di parzialità.

Epperò ogni magistrato, anche privo di appartenenze organiche, ben potrà avere sue idee e visioni *lato sensu* politico-culturali. E in linea di principio è del tutto legittimo che le manifesti nel dibattito pubblico. Sorge allora una domanda: dove passa il discrimine fra manifestazioni pubbliche di un orientamento politico-culturale idonee a generare un forte sospetto di parzialità a carico del magistrato manifestante, e manifestazioni pubbliche che invece un tale sospetto non generano?

Tentando una risposta di sintesi, vorrei dire che è questione di stile. Già la Corte costituzionale aveva detto che al magistrato è consentito esprimere pubblicamente le proprie idee politiche, purché ciò egli faccia «*con l'equilibrio e la misura*» che si attendono da chi sia investito di una funzione pubblica, tanto più se delicata e sensibile come la giurisdizione³. Desiderando maggiore precisione, soccorrono le indicazioni di chi al magistrato partecipa del dibattito politico-culturale raccomanda che «*parli e argomenti in modo chiaro e comprensibile, che partecipi al discorso pubblico come un attore razionale, capace di ascolto degli argomenti altrui e di repliche meditate; che non prorompa nell'urlo fazioso, nell'invettiva, nella semplificazione magari brillante ma brutale e fuorviante*»⁴.

Sono parole che faccio totalmente mie, riconoscendo che il magistrato il quale partecipa al dibattito pubblico con queste modalità esercita il suo diritto: ha piena facoltà di farlo.

3. Corte cost., 20 luglio 2018, n. 170.

4. N. Rossi, *Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018, p. 250 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/568/qg_2018-4_25.pdf), ripreso in *Il caso Apostolico*, op. cit., p. 4.

9. Libertà e responsabilità del magistrato che partecipa al dibattito pubblico

Facoltà tuttavia, non obbligo: egli sceglie di partecipare al dibattito pubblico anziché di astenersi dal farlo. Come ogni libera scelta, anche questa ha conseguenze e implica responsabilità. La sua conseguenza è che, quando il magistrato manifesti pubblicamente le sue opzioni politico-culturali (sia pure con il garbo e la misura suggeriti da Nello Rossi) e si trovi poi investito di un caso che, in qualche modo, tocca la materia cui tali opzioni si riferiscono, deve sapere che inevitabilmente sorge negli osservatori della sua azione giurisdizionale un'attesa speciale, un sovrappiù di attenzione che non accompagnano invece l'azione del magistrato rimasto estraneo al dibattito pubblico.

Di qui (non certo motivi di riprovazione del suo agire, bensì solo) una sua speciale responsabilità, un sovrappiù di impegno a suo carico nel perseguire la realtà e l'apparenza dell'imparzialità. In concreto. Se quel magistrato provvederà (come è ben possibile) in senso contrario alle personali opzioni politico-culturali pubblicamente manifestate, *nulla quaestio*: quale prova migliore della sua imparzialità? Se invece provvederà in senso conforme a quelle sue opzioni, dovrà moltiplicare lo sforzo di motivare la soluzione prescelta in modo quanto più possibile solido e accurato.

10. I casi: Apostolico e Degni

Proviamo ad applicare questo piccolo *set* di principi e criteri ai due casi recenti, nei quali è venuto in gioco con prepotenza il tema dell'indipendenza e imparzialità del magistrato: il caso Apostolico e il caso Degni. In estrema sintesi.

Sappiamo che la giudice Iolanda Apostolico è intervenuta nel dibattito pubblico in materia di trattamento dei migranti: lo ha fatto in modo intenso e marcato (come lo è partecipare a una manifestazione che contesta scelte del Governo), ma al tempo stesso in modo serio e composto, sicché non è venuta meno la sua indipendenza esteriore. Si è poi trovata a giudicare di un caso implicante l'applicazione di un provvedimento governativo in quella stessa materia, e ha preso una decisione tanto avversa all'ispirazione politica del provvedimento quanto allineata alla propria visione. Ma il punto non è questo.

Il punto è che la giudice ha motivato il suo provvedimento in modo assolutamente appropriato e persuasivo nel fatto e nel diritto, raccogliendo am-

pio consenso e condivisione circa la sua correttezza legale. Solo un'irrimediabile *bêtise* tecnico-giuridica spiega le sguaiate critiche sollevate dai commentatori di destra quando gridavano all'atto eversivo di un giudice che osa "disapplicare" la legge e ha la spudoratezza di dichiararlo apertamente: bisognerebbe spiegare loro che la "disapplicazione" della legge non esprimeva in quel caso la furia iconoclasta di un giudice incurante della separazione dei poteri e dell'art. 101, comma 2 Cost. («*I giudici sono soggetti... alla legge*»), ma – trattandosi di legge nazionale (motivatamente ritenuta) contraria al diritto dell'Unione europea – disapplicarla costituiva un obbligo imposto al giudice dall'ordinamento multi-livello *quo utimur*.

E dunque: la giudice Apostolico è stata, ed è apparsa, una giudice imparziale.

Sono noti i termini del caso Degni. Questo magistrato della Corte dei conti, "taggando" la segretaria del Pd, aveva postato sul *social medium* "X" un commento circa la discussione parlamentare in corso sulla legge di bilancio. Commentare una siffatta vicenda politica è, di per sé, nella piena libertà del magistrato: ma si tratta di vedere, concretamente, in che termini si svolge il commento. Ebbene, i termini erano grossolanamente inappropriati. Prima di tutto sotto il profilo dell'oggetto e del contenuto: auspicare una manovra parlamentare come l'ostruzionismo, finalizzata a impedire che il provvedimento sia approvato in tempo utile così da spingere i conti pubblici nel regime di esercizio provvisorio non è manifestazione di un orientamento politico-culturale, è bensì segno di faziosità politica. E poi anche dal punto di vista dello stile comunicativo, riflesso in una frase come «*Potevamo farli sbavare di rabbia sulla cosiddetta manovra blindata*»: usare la seconda persona plurale ("potevamo...") significa non semplicemente condividere idee e valori politico-culturali, ma immedesimarsi totalmente in un partito, nelle specifiche tattiche e mosse della sua azione quotidiana; e auspicare che la parte politica identificata chiaramente come l'avversario da battere abbia a "sbavare di rabbia" esibisce un'incontinenza verbale lontanissima dai moduli espressivi raccomandati da Nello Rossi.

Nei confronti di Marcello Degni pendono un procedimento disciplinare avviato dalla Procura generale della Corte dei conti e un deferimento ai Proibiviri dell'Associazione (dei magistrati della Corte dei conti) cui egli appartiene: se ne vedrà l'esito. Quel che fin d'ora può dirsi è che la sua esternazione rappresenta un *vulnus* formidabile alla figura di magistrato indipendente e imparziale.

L'imparzialità dei magistrati e la loro partecipazione alla vita politico-sociale

di Mauro Volpi

Termine polisenso, l'imparzialità non va confusa con la neutralità, causa di un «lento esaurimento interno delle coscienze» che mina l'essenza della funzione giurisdizionale, bensì intesa come intima vocazione e sfida che il magistrato deve compiere anche con se stesso, coltivandola nel corso di tutta la sua vita professionale.

Contro lo spettro del "carrierismo" e i rischi di facili consensi, che tradiscono la fiducia dei cittadini, la risposta non sta in un formalismo esasperato o nella cancellazione del pluralismo – che contribuirebbe a favorire tentazioni regressive – ma deve essere un recupero, da parte delle associazioni, della funzione di politica della giustizia, nel segno dell'indipendenza (interna ed esterna) e dell'autonomia di ogni magistrato.

1. Imparzialità vs conformismo / 2. Imparzialità e indipendenza / 3. Imparzialità e impegno politico e sociale / 4. Imparzialità vs carrierismo

1. Imparzialità vs conformismo

Nei documenti internazionali e nei codici deontologici relativi alla magistratura il termine "imparzialità" è polisenso. Il suo significato prevalente è l'imparzialità nel processo, così come sancito nell'art. 11, comma 2 della Costituzione italiana, in base al quale il giudice (ma anche il pubblico ministero in quanto "parte imparziale", che è tenuta a ricercare anche le prove a favore dell'indagato) non deve essere condizionato da alcuna opinione o pregiudizio né esterno né interno relativi alle parti, ma deve decidere secondo diritto alla luce dei fatti e delle prove dedotte in giudizio. Tuttavia, il concetto inevitabilmente si estende e viene riferito anche ad altri ambiti: i comportamenti esterni all'esercizio

della funzione giurisdizionale (e, tra questi, la partecipazione alla politica), lo svolgimento di altre attività professionali (che possono dare vita a conflitti di interesse), il rapporto con i *media* (che comporta il rischio di esserne condizionati)¹.

Nel suo primo significato, l'imparzialità deve comunque essere distinta dalla "neutralità", intesa non come doveroso distacco dalle parti, ma come tendenza a rifuggire dall'adozione di una decisione e, quindi, dall'essenza della funzione giurisdizionale, che obbliga il giudice a decidere anche quando la legge non è chiara o è incompleta e, quando vi è una lacuna, gli consente di fare applicazione diretta di una disposizione costituzionale. Ne deriva che il giudice non deve essere parziale, ma non può essere indifferente ed estraneo rispetto alla questione e, in quanto privato

1. Vds. CCJE (*Conseil Consultatif des Juges Européens*), parere n. 3, 2002: « (...) sur les principes et règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité », punti da 27 a 40 (<https://rm.coe.int/168074772b>).

cittadino inserito «nei rapporti della vita associata regolati dal diritto oggettivo dello Stato»², può avere una partecipazione emotiva e psicologica, la quale non deve mai sfociare nel privilegiamento di un interesse personale, né trasparire nel corso del giudizio e incidere sulla decisione.

La neutralità, intesa come attitudine passiva, rischia di premiare il conformismo e di far preferire «alla soluzione giusta quella accomodante»; quindi il pericolo maggiore per l'indipendenza non proviene dall'esterno, ma da «un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate»³.

2. Imparzialità e indipendenza

Tutti i documenti internazionali e deontologici collegano costantemente l'imparzialità ai principi di indipendenza e di autonomia. In effetti, l'imparzialità non può essere garantita senza indipendenza esterna della magistratura nei confronti dei poteri politici e senza indipendenza interna del singolo magistrato nello svolgimento quotidiano della funzione giurisdizionale. Quanto all'autonomia, l'imparzialità verrebbe compromessa qualora fosse pregiudicato il ruolo esercitato dal Consiglio superiore della magistratura, riducendolo a organo burocratico o di «alta amministrazione» tramite la soppressione delle competenze propositive, consultive e di tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati e l'aumento della componente laica di derivazione politico-parlamentare. Tuttavia, indipendenza e autonomia sono condizioni necessarie ma non sufficienti, in quanto possono garantire l'imparzialità in senso oggettivo o funzionale, consistente nel rispetto delle regole che presidono all'esercizio della funzione giurisdizionale, ma non quella in senso soggettivo o comportamentale, che costituisce una qualità personale del magistrato, venendo a essere determinata dalla sua professionalità ma anche dal rispetto dei principi deontologici e da una vocazione di natura interna. In questo senso, l'imparzialità non è un risultato acquisito, ma è una sfida che il magistrato deve compiere anche con se stesso e coltivare nel corso di tutta la carriera.

A questo fine, egli non deve andare alla ricerca del consenso popolare, ma della fiducia dei cittadi-

ni. Come ha sottolineato di recente Luigi Ferrajoli, il primo implica l'adesione o la condivisione nel merito, mentre la seconda si manifesta «nella correttezza, nella soggezione alla legge, nel rispetto delle garanzie e nell'indipendenza dei magistrati»⁴. Non bisogna quindi cadere nella tentazione, proposta nella direttiva del Ministro Castelli sulla «dicitura da apporre nelle aule d'udienza», del 29 novembre 2002, e ripresa almeno in parte nell'intervento per l'inaugurazione dell'anno giudiziario (25 gennaio 2024) presso la Corte di cassazione dell'attuale Vicepresidente del Csm Fabio Pinelli, di dare un'interpretazione dell'art. 101 Cost. volta a mettere in contraddizione il primo e il secondo comma e, quindi, a considerare la fiducia dei cittadini non come doveroso controllo dell'opinione pubblica, ma come fonte di legittimazione del potere giudiziario prevalente sulla soggezione alla legge. Vi è in queste prese di posizione il rischio che l'amministrazione della giustizia in nome del popolo venga intesa come conformità alla volontà popolare, quindi all'orientamento della maggioranza politica. Ora, il primo comma dell'art. 101 sancisce non la derivazione della magistratura dal popolo, ma la non subalternità dell'esercizio della funzione giurisdizionale a qualsiasi potere, neppure a quello esercitato da corpo elettorale, e la soggezione alla legge del secondo comma ne stabilisce l'indipendenza quale fondamentale strumento di tutela dei diritti dei cittadini.

3. Imparzialità e impegno politico e sociale

La partecipazione dei magistrati ad attività di tipo politico e sociale impone un bilanciamento tra l'imparzialità in senso soggettivo, che deve anche «apparire» tale, con la tutela dei diritti costituzionali che spettano ai magistrati in quanto cittadini ed elettori. Ciò impone il rigetto della concezione antistorica, dominante fino alla metà degli anni sessanta del secolo scorso, della magistratura come corpo burocratico asettico, che si isola completamente dal contesto sociale e politico. La riproposizione della concezione montesquiviana della magistratura come «*bouche de la loi*» è non solo superata nei fatti, ma si pone anche in contraddizione con la configurazione del potere giudiziario nelle democrazie costituzionali⁵. Ciò è

2. Cfr. Corte cost., n. 135/1975, p. 6 del *considerato in diritto*.

3. Queste le parole di saggezza di un magistrato a riposo riportate da P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Salani, Milano, 2008, p. 269.

4. Cfr. L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2024, p. 246.

5. Vds. gli importanti contributi in C.N. Tate e T. Vallinder (a cura di), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.

particolarmente vero in Italia, dove alla magistratura è stato attribuito il ruolo di “portiere” della Corte costituzionale, che implica nella decisione di sollevare la questione di legittimità per non manifesta infondatezza il ricorso a un giudizio di valore, e si è affermato il ricorso da parte del giudice all’interpretazione conforme alla Costituzione. La concezione conservatrice è pericolosa in quanto, nell’esercizio della funzione giurisdizionale, può condurre a un formalismo esasperato, non in grado di considerare adeguatamente e con spirito equitativo le circostanze concrete e la personalità di chi è parte nel giudizio, dando vita a decisioni formalmente corrette, ma sostanzialmente abnormi. Inoltre, in Italia ha mascherato per almeno vent’anni dopo l’entrata in vigore della Costituzione la soggezione spontanea di gran parte della magistratura al potere politico e agli uomini più ricchi e potenti. Quindi non solo i magistrati possono partecipare alla vita politica e sociale, ma è un bene che abbiano la consapevolezza del contesto reale e dell’influenza che questo esercita sui comportamenti giuridicamente rilevanti.

Lo svolgimento di attività esterne all’esercizio della funzione giurisdizionale può assumere diverse forme che pongono la questione della tutela dell’imparzialità.

La modalità che pone meno problemi è l’espressione pubblica di opinioni politico-culturali. Essa ha un fondamento costituzionale nel diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero sancito dall’art. 21 Cost. In materia vi è un orientamento giurisprudenziale consolidato, seguito anche dalla sezione disciplinare del Csm, secondo il quale l’imparzialità non viene pregiudicata da una mera opinione politico-ideologica, ma solo dall’esistenza di un interesse personale, diretto e concreto, anche di tipo non patrimoniale, del magistrato nel procedimento. La stessa avversione politica verso l’indagato o l’imputato può rilevare ed essere causa legittimante della ricusazione solo se diventa personale e risulta incompatibile con la logica che è posta a presidio del comportamento imparziale del magistrato. Quindi, l’ostilità politica o culturale mette in causa l’imparzialità quando si manifesta all’interno delle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale, come si verifica quando il magistrato faccia dichiarazioni critiche nei confronti di una parte nel corso di un giudizio di sua competenza. Cosa diversa è l’esistenza di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero esterna alla funzione che il magistrato deve esercitare con modalità e con un linguaggio consoni al suo ruolo, evitando espressioni

ingiuriose o che possano pregiudicarne il prestigio.

Altra modalità di partecipazione alla politica è rappresentata dall’appartenenza del magistrato a un’associazione interna alla magistratura. Anche qui vi è una copertura costituzionale: la libertà di associazione è sancita dall’art. 18 Cost., che la esclude solo per le associazioni che commettono reati e proibisce quelle segrete e quelle che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare. L’associazionismo dei magistrati esiste in vari ordinamenti democratici, come in Francia e in Spagna, e anche a livello sovranazionale. In Italia si afferma fin dall’inizio del Novecento con la costituzione, nel 1909, della Associazione generale tra i magistrati d’Italia, poi autoscioltasi nel 1925 per non essere trasformata in sindacato fascista prima che la legge n. 563 del 1926 stabilisse il divieto di associazione tra i magistrati. Non vi è dubbio che l’associazionismo svolga una funzione politica, anche se incentrata sull’organizzazione e sul funzionamento della giustizia, sui rapporti tra giustizia e società e sul ruolo della magistratura⁶. Recentemente il Ministro Crosetto ha evocato una segnalazione anonima che faceva riferimento a riunioni tra magistrati, i quali si sarebbero proposti di operare per la caduta del Governo. Non è una novità: nel 2003 un uomo politico richiese la ricusazione di un giudice ritenuto membro di una associazione politicamente “ostile” alla sua parte politica. La questione era di particolare gravità, in quanto avrebbe potuto coinvolgere qualsiasi magistrato appartenente alla medesima associazione e quindi inaugurare una deriva verso la possibilità dell’imputato di scegliere magistrati politicamente “amici” o che non avessero mai aderito a un’associazione o ad orientamenti politico-ideali diversi dai suoi. La Corte di cassazione bocciò la richiesta, in quanto il motivo di ricusazione era qualificato come di natura ideologica e affermò che «la condotta processuale del giudice può venire eventualmente in considerazione, ove si concretizzi in comportamenti ispirati a comprovata malafede e dolosa scorrettezza, solo in quanto possa costituire dimostrazione di un’inimicizia estranea e anteriore al processo»⁷.

Questione più complessa e delicata è l’esercizio, da parte del magistrato, dei diritti fondamentali di natura politica ex artt. 2, 18 e 49 Cost. Com’è noto, l’art. 3, comma 1, lett. h del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 ha dato attuazione alla facoltà riconosciuta al legislatore dall’art. 98, comma 3, Cost. di «stabilire limitazioni al diritto d’isciversi ai partiti politici» anche per i magistrati. Lo ha fatto ampliando l’ambito del divieto che riguarda non solo l’iscrizione, ma anche

6. Sull’associazionismo nella magistratura italiana rinvio a M. Volpi, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020 (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Volpi_2.pdf).

7. Cass., sez. VI, 3 aprile 2003, n. 37315.

«la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici», estensione che è stata giustificata dalla Corte costituzionale al fine di evitare che sia condizionata l'indipendenza e l'imparzialità e compromessa l'immagine del magistrato legato «ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni»⁸. La stessa Corte ha precisato che l'illecito disciplinare si configura solo se si tratti «di un coinvolgimento non già occasionale, bensì rivelatore di uno schieramento stabile ed organico del magistrato con una delle parti politiche in gioco»⁹. Ne deriva che non è affatto vietata la partecipazione a iniziative di un partito che abbia carattere di occasionalità e sporadicità. Ancora meno è vietata la presenza a riunioni o a pubbliche manifestazioni di associazioni politico-culturali e svolgenti attività sociale, come ha fatto nel 2018 la giudice Iolanda Apostolico.

Vi è, poi, la questione dell'accesso dei magistrati a cariche politiche, elettive o meno, che è garantito dall'art. 51, comma 1, Cost. «secondo i requisiti stabiliti dalla legge». Per un lungo periodo di tempo, i limiti territoriali e temporali previsti hanno riguardato l'eleggibilità in Parlamento, mentre la limitazione dell'accesso alle cariche regionali e locali era subordinata al collocamento in aspettativa non retribuita per cariche relative al territorio in cui il magistrato esercitava la funzione giurisdizionale, che però non costituiva un obbligo al di fuori di esso, con la conseguenza che un magistrato poteva svolgere contemporaneamente funzioni politico-amministrative e giudiziarie, purché in territori diversi. Dal 2010, in successive delibere, il Csm ha messo l'accento sulla necessità di un intervento del legislatore statale più rigoroso e volto ad evitare situazioni che potevano suscitare dubbi sulla imparzialità dei magistrati coinvolti. Alla fine è intervenuta la legge 17 giugno 2022, n. 71, che ha previsto una regolamentazione uniforme per l'accesso a tutte le cariche elettive nazionali, regionali e locali, e ha stabilito il collocamento in aspettativa obbligatoria per l'accesso agli incarichi di governo a tutti i livelli, condizione nella quale il magistrato deve trovarsi nei tre anni precedenti all'assunzione dell'incarico che riguardi un territorio rientrando nella competenza dell'ufficio giudiziario nel quale prestava servizio. Inoltre, la legge contiene disposizioni che limitano il ricollocamento in ruolo dei magistrati non eletti, che non possono esercitare le funzioni di gip, gup, pm e assumere incarichi direttivi e semidirettivi, e soprattutto quello dei magistrati eletti che sono ricollocati fuori ruolo presso il Ministero della giustizia, la Presidenza del Consiglio o altri ministeri, oppure in alternativa sono

assegnati a funzioni non giurisdizionali, né giudicanti né requirenti. La disciplina è quindi divenuta per vari aspetti piuttosto rigida, prestandosi, per quanto concerne il ricollocamento in ruolo, a possibili rilievi di legittimità costituzionale in riferimento al diritto alla conservazione del posto di lavoro previsto dall'art. 51, comma 3, Cost., anche se si potrebbe sostenere che, nell'ipotesi di incarichi politici duraturi e continuativi, il diritto in questione sarebbe soddisfatto dalla equivalenza della diversa funzione pubblica attribuita sotto i profili della retribuzione e del prestigio professionale. In ogni caso, l'accesso dei magistrati a incarichi politici non è stato tale da ingenerare dubbi sull'imparzialità della magistratura, anche perché è stato decrescente nel corso del tempo fino alla situazione attuale che vede tra i magistrati solo due eletti in Parlamento, uno parlamentare europeo e uno presidente di regione.

Molto più significativo è stato il collocamento fuori ruolo che ha riguardato un numero elevato di magistrati, dando vita al fenomeno delle “carriere parallele”. L'imparzialità viene in gioco per gli incarichi che implicano lo svolgimento di funzioni non attinenti alla giurisdizione e, in particolare, per quelli di diretta collaborazione con i ministri o altri titolari di cariche politiche. Il Csm ha approvato varie circolari tendenti a limitare il collocamento fuori ruolo e a stabilire parametri di valutazione più rigorosi. La legge n. 71 del 2022 ha stabilito varie restrizioni, come la riduzione a sette anni della durata massima del collocamento fuori ruolo, il requisito dell'esercizio delle funzioni giudicanti da almeno dieci anni, la riduzione in sede di attuazione della delega legislativa del numero massimo dei magistrati collocabili fuori ruolo rispetto ai duecento previsti dalla normativa vigente. Secondo la mia opinione, maturata nel corso dell'esperienza compiuta quale membro laico del Csm, sarebbe opportuno rafforzare la facoltà del Consiglio di negare il collocamento fuori ruolo quando non corrisponda agli interessi dell'amministrazione della giustizia e possa rappresentare un rischio per l'immagine di imparzialità del magistrato.

4. Imparzialità vs carrierismo

Il problema di fondo della magistratura italiana, che ha avuto conseguenze negative sul funzionamento del Csm, è quello della tendenza a un ripiegamento burocratico e corporativo che mette a rischio l'indipendenza e l'imparzialità. In particolare, in

8. Cfr. Corte cost., n. 224/2009, punto 2 del *considerato in diritto*.

9. Cfr. Corte cost., n. 170/2018, punto 5 del *considerato in diritto*.

tale contesto si è sviluppato il fenomeno del carrierismo, che, com'è stato recentemente sottolineato, è «incompatibile con l'indipendenza interna dei magistrati e con la logica della giurisdizione»¹⁰. La manifestazione più eclatante del carrierismo è stata la formazione di cordate in rapporto diretto, più che con la politica, con singoli uomini di potere e interessi politici e affaristici, le quali hanno assunto carattere trasversale rispetto alle associazioni della magistratura. Il «correntismo» di cui molto si è parlato non è la causa, ma piuttosto l'effetto del corporativismo carrieristico, il quale ha determinato l'offuscamento delle originarie ragioni politico-ideali delle associazioni tendendo a trasformarle in soggetti sindacali. La risposta non può essere certo la cancellazione del pluralismo, che contribuirebbe a favorire le tentazioni regressive, ma deve essere il recupero da parte delle associazioni della funzione di politica della giustizia, e su questo terreno devono misurarsi i gruppi consiliari senza avere la pretesa di imporre un voto di componente sulle delibere del Csm attinenti alle persone e, quindi, tutelando l'imparzialità nell'esercizio del mandato.

Più in generale, l'imparzialità assume un ruolo centrale in una fase critica della storia della magistratura italiana. Le negatività interne la rendono più esposta e vulnerabile alla ricorrente campagna che le rivolge l'accusa di operare come un potere politico che ha invaso il campo spettante ai partiti e agli organi costituzionali di indirizzo politico. Inutile dire che questa gravissima accusa è priva di un riscontro obiettivo, perché tale non può essere considerato l'esercizio doveroso dell'azione penale nei confronti di uomini politici per reati di corruzione, concussione e contro la pubblica amministrazione. Ovviamente, ciò non significa che non vi siano stati singoli casi di debordamento, specie nell'esercizio della funzione requirente, che vanno specificamente sottoposti a critica. Sicuramente vi è stata una sovraesposizione della magistratura dovuta alla debolezza e, talvolta, anche alla richiesta di supplenza della politica. La risposta deve venire dal corpo sano della magistratura e dalla eliminazione delle zone d'ombra. Per fare ciò, è necessario porre al centro dell'esercizio della funzione giurisdizionale la professionalità e l'etica che costituiscono l'essenza del principio di imparzialità.

10. Cfr. L. Ferrajoli, *Giustizia e politica*, op. cit., p. 253.

Il giudice deve guardare il mondo con gli occhiali dell'imparzialità perché è attraverso l'imparzialità che il mondo guarda il giudice

di *Francesco Petrelli*

Il nesso fra la qualità di giudice e l'imparzialità è imprescindibile e su di esso si fondano la credibilità e la legittimazione della magistratura. L'imparzialità non può risolversi nella sola qualità del giudizio e della decisione. Non può, infatti, prescindere da ciò che un giudice risulta essere all'interno della collettività nella quale esercita la propria funzione in virtù delle proprie azioni e manifestazioni di pensiero. L'imparzialità del giudice è, pertanto, soprattutto garanzia di indipendenza dell'intera giurisdizione.

1. Che il giudice debba essere imparziale sembra quasi un'ovvietà, proprio perché l'imparzialità finisce con il qualificare l'idea stessa di giudice¹. La rappresentazione sociale del giudice e quella della sua imparzialità stanno e cadono insieme. Nessuno affiderebbe il giudizio a un magistrato che fosse in qualche modo coinvolto nei fatti². È tuttavia possibile «che l'imparzialità venga intesa come una qualità non tanto dell'attività svolta dal soggetto per decidere la controversia, ma proprio come una qualità del soggetto stesso: per le sue origini, per le sue idee, ad esempio, per la sua formazione culturale o per la sua storia personale...»³. Non vi è dubbio, infatti, che l'equidistanza del giudice dall'oggetto della causa non esaurisca il requisito dell'imparzialità, potendosi dubitare della sussistenza di tale qualità in un giudice che, ad esem-

pio, abbia pubblicamente espresso avversione per questa o quella ideologia politica o per la fede religiosa professata dall'imputato.

Si risponde, tuttavia, a chi sostiene l'opportunità di assumere quale canone dell'imparzialità gli eventuali comportamenti pubblici posti in essere da parte dei giudici, che non importa, in fondo, che il giudice appaia esteriormente imparziale perché è la sua decisione a essere garanzia dell'imparzialità del giudizio. È infatti sull'esito corretto o meno di quest'ultimo che deve concentrarsi l'attenzione del pubblico e dei destinatari della decisione, non sui comportamenti e sugli atteggiamenti del giudice.

Si dice, cioè, che sarebbe inutile e in qualche modo pericoloso concentrarsi sull'esteriorità del giudicante, sulla sua storia personale o sulla pubblica

1. N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia*, n. 8/1971, p. 268 (ripubblicato in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 1/2004); P. Gaeta, *Poteri e garanzie (la magistratura)*, in *Enc. dir.*, voce "Potere e Costituzione", Giuffrè, Milano, 2023, p. 843, dove in particolare si sottolinea come l'imparzialità, nel corso dei lavori preparatori della Costituzione, «non fu esaminata come garanzia del processo e della correlativa decisione, ma come "connotato" di *status* di ogni singolo magistrato».

2. Diverso il tema della terzietà del giudice, che pure ha fondamento, come l'imparzialità, nell'art. 111 Cost.; ma, mentre l'imparzialità è inerente alla posizione del giudice rispetto all'oggetto del processo, la terzietà riguarda la sua collocazione «sul piano ordinamentale»; *cf.* P. Ferrua, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 51.

3. Si tratterebbe della cd. imparzialità "soggettiva", da contrapporsi alla cd. imparzialità "oggettiva"; *cf.* sul punto F. Biondi e N. Zanon, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019 (V ed.), cap. 4 - «L'imparzialità del giudice», pp. 191-220.

postura assunta in determinate occasioni, anziché sul prodotto della sua prestazione professionale, ovvero sui contenuti della sua decisione. Simili valutazioni potrebbero trasformarsi in insidiosi strumenti di controllo incidenti sull'indipendenza del magistrato.

Secondo questa prospettiva, l'imparzialità del giudice si dovrebbe pertanto risolvere più concretamente e più semplicemente nell'imparzialità della sentenza. Se la motivazione offre adeguata risposta e appare intrinsecamente giusta, inutile soffermarsi sui comportamenti pubblici, sul credo ideologico, religioso o sulle simpatie politiche del suo autore. Insomma, la questione dell'imparzialità viene trasferita interamente dal soggetto all'oggetto del giudizio. Ne conseguirebbe una sostanziale indifferenza per i comportamenti pubblici del giudice, il quale non sarebbe niente affatto tenuto a sorvegliare i propri comportamenti e le proprie esternazioni pubbliche.

Sembra essere speculare a tale visione la recente giurisprudenza del Csm che tratta dell'utilizzo dei *social network* da parte di un magistrato, escludendo l'esistenza di ogni limite all'espressione del pensiero. Si è affermato, infatti, in sede disciplinare che i magistrati «non possono avere nessuna limitazione ulteriore rispetto a quelle valide per tutti gli altri consociati» e che neppure può pretendersi «un maggior livello di sobrietà nella manifestazione del pensiero» perché una simile pretesa collocerebbe il magistrato «in una posizione deteriore rispetto agli altri cittadini»⁴. Una pretesa che, secondo lo stesso Csm, consentirebbe di «passare da un controllo del comportamento del magistrato a un controllo del provvedimento giurisdizionale»⁵.

2. La prospettiva del giudizio disciplinare sembra impermeabile a ogni declinazione deontologica che sia più aperta alla prudenza e alla sobrietà dell'agire pubblico del giudice. Si tratta di una prospettiva chiusa in se stessa che – condizionata dal profilo sanzionatorio – finisce con il rifiutare in maniera radicale ogni necessario rapporto con la percezione e il giudizio della comunità all'interno della quale la giurisdizione si esercita. In questo assetto, l'imparzialità finisce innaturalmente con l'essere intesa come un limite alla libertà di espressione e come un rischio per l'indipendenza della giurisdizione, piuttosto che una virtù del giudice e un indispensabile requisito della sua legittimazione esterna.

Il bilanciamento fra i diversi diritti tutelati dalla Costituzione, che è stato sviluppato sul piano disciplinare, non deve infatti necessariamente proiettarsi sul piano processuale, nell'ambito del quale il valore costituzionale dell'imparzialità illumina la scena non solo in senso soggettivo, quale tutela dell'imputato, ma soprattutto come valore dotato di una rilevanza oggettiva, quale requisito intrinseco della giurisdizione. Colta in questa luce, l'imparzialità impone un bilanciamento diverso nel quale le manifestazioni esteriori del giudice non possono non subire una diversa declinazione.

D'altronde, è quella stessa decisione della Corte costituzionale citata dal Csm in quel provvedimento (la sentenza n. 100/1981) a ricordarci che, sebbene «i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni cittadino (...) deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale». Ricorda, in proposito, la Corte che i magistrati «debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità». E ciò proprio perché il prestigio della magistratura «si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa».

Occorre dunque ricordare che il giudice deve guardare il mondo con gli occhiali dell'imparzialità e della terzietà perché è attraverso tali occhiali che il mondo guarda il giudice. Il mondo, infatti, non valuta il giudice solo per via delle sue decisioni, ma anche per le modalità con le quali esercita la propria giurisdizione e, ovviamente, anche attraverso la sua complessiva postura all'interno della collettività nella quale opera.

L'esito di un giudizio, la decisione, non può considerarsi come un prodotto astratto, non associato necessariamente a tutti i fattori umani di cui è il risultato. Se ci convinciamo della parzialità di un giudice per il modo in cui ha in passato manifestato il suo pensiero politico o un suo credo religioso, o per il modo in cui ha condotto un dibattito, non ci rassicura il fatto che la sua decisione sia stata confermata dal giudice in appello. Resteremo dell'idea che

4. Regole differenti sono, ad esempio, imposte nei confronti di speciali categorie di cittadini: lo stesso avvocato, ai sensi dell'art. 9 del codice deontologico forense, «anche al di fuori dell'attività professionale, deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro, nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense»; «equilibrio e misura» sono richiesti al difensore nei rapporti con gli organi di informazione dall'art. 18 dello stesso codice; analoghi criteri sono previsti dall'art. 6 del codice etico di Anm, mentre mancano del tutto linee-guida che limitino o, almeno, orientino l'uso dei *social* da parte dei magistrati.

5. Csm, sez. disciplinare, sent. n. 6/2026 (proc. n. 78/2021 RG).

non si sia voluto smentire o meno un giudice discusso. Insomma, il dubbio della parzialità inficia l'intera catena delle legittimazioni. Diviene un pericolo per l'immagine stessa della giurisdizione.

3. Il discorso, a questo punto, non può tuttavia che spostarsi sul giudizio. È infatti nel giudizio che l'imparzialità del giudice e la parità delle parti risultano inevitabilmente legati fra di loro. È proprio l'imparzialità del giudice a essere difatti posta a tutela del delicato equilibrio della parità dell'accusa e della difesa. D'altronde, le parole "parte" e "parità" hanno una medesima antica radice, "paris": pari è il numero che può essere diviso in parti uguali e "pari" erano detti gli individui che avevano eguale dignità. Se il giudice, quindi, non è imparziale, le parti soffrono di una dannosa disuguaglianza. Il giudizio penderà in maniera asimmetrica a favore di una delle due parti. Ecco, allora, che la questione diviene più complessa perché fra il giudice e la decisione c'è sempre di mezzo un giudizio. Ed è per questo che anche sull'agire del giudice all'interno di quel giudizio si deve ancora appuntare la nostra attenzione. Perché, evidentemente, è nel modo in cui il giudice ammette una prova, interviene nell'assunzione di un testimone, commenta una richiesta della parte che si disvela il suo atteggiamento mentale, che si può cogliere una sua prevenzione o un suo pregiudizio. Essendo il giudizio questione complessa ed essendovi un nesso tanto profondo quanto evidente fra metodo e risultato, non ci si può illudere che la decisione finale sia l'unico specchio dell'imparzialità. E ciò è tanto più vero se si considera come l'imparzialità debba essere considerata come «una caratteristica della funzione giurisdizionale obiettivamente intesa, la quale viene così a manifestarsi, prima ancora che come un diritto delle parti, come un modo di essere della giurisdizione»⁶.

4. Si pone, allora, un'ulteriore e differente prospettiva nella quale l'imparzialità deve appartenere tanto al giudice che al processo, quali garanti dell'imparzialità della decisione. Nessun giudizio è infatti frutto di un'operazione matematica e siamo portati tanto più ad accettare l'esito del giudizio quanto più l'autore sia apparso imparziale nel corso del processo, quanto più abbia correttamente applicato le regole del contraddittorio e si sia mostrato equo ed equilibrato nei confronti delle richieste delle parti. Risulta ovvio, tuttavia, che se il giudice deve essere e apparire imparziale nel giudizio, lo debba essere

anche al di fuori di esso, nella sua vita di relazione esterna, nel suo agire pubblico, nella vita associativa e nei suoi rapporti con la politica, nel manifestare pubblicamente le proprie opinioni. Sarebbe piuttosto impensabile che un giudice, dopo essersi manifestato di parte fuori dell'aula, possa divenire o possa apparire imparziale una volta indossata la toga, anche laddove il suo *aplomb* processuale risulti formalmente inappuntabile. L'identità del soggetto pubblico non è, infatti, soltanto una funzione e un ruolo, ma una somma di relazioni e il riflesso del suo inevitabile, molteplice agire nel mondo.

5. Molto si è detto a proposito dell'apparire imparziale del giudice, nel giudizio e fuori dal giudizio, e si è anche affermato che il giudice che non manifesta le proprie idee sarebbe più pericoloso di quello che non le nasconde, in quanto dissimulerebbe la propria parzialità. D'altronde, occorre riconoscere che la famosa moglie di Cesare, che doveva apparire illibata, non lo era affatto. Ma il discorso posto in questi termini risulta davvero fuorviante perché ovviamente vi è una distinzione fra l'apparire e il sembrare. L'apparire consiste infatti nella manifestazione esterna del proprio autentico essere. Il sembrare, al contrario, significa il rappresentare all'esterno ciò che non si è: il dissimulare dunque la propria parzialità con un comportamento apparentemente imparziale. Si tratta di accedere a un livello comportamentale e psicologico della questione che si sottrae a qualsivoglia sindacato e che sposta il discorso verso una evidente *fallacia naturalistica*, dove il dover essere si va a confondere con l'essere.

Dobbiamo invece fermarci a osservare il livello dei comportamenti deontologicamente corretti che soddisfino le esigenze della giustizia, sia come fatto relativo al singolo giudizio che come dispositivo collettivo che rinsalda la convivenza civile ed evita pericolose disgregazioni all'interno delle istituzioni. Non è dunque pensabile che il magistrato non sia chiamato, dato il livello della sua responsabilità, né a sorvegliare la propria comunicazione esterna né a limitare i propri comportamenti esteriori. Il potere diffuso dei giudici è di tale rilievo da doversi circondare di ovvie cautele in merito alle quali a nulla vale invocare il diritto di eguaglianza rispetto a ogni altro comune cittadino, in quanto il giudice non è tale.

6. L'imparzialità, dunque, non può essere trasferita dall'agire del giudice, così come si dispiega fuori e dentro le aule, al prodotto del suo lavoro. Il

6. F. Biondi e N. Zanon, *Il sistema costituzionale*, op. cit.; cfr. Corte cost., nn. 155/1996 e 283/2000.

sospetto di parzialità, indotto dall'agire esterno del giudice, introduce infatti un *vulnus* nella giurisdizione stessa e finisce con l'inficiare la percezione della correttezza della decisione e dell'intero sistema che la sostiene. Non si può arbitrariamente dissolvere il legame che tiene unito il giudice e il suo agire esterno

al processo e alla decisione. Insomma, a ben vedere, l'imparzialità è una chiave di volta della giurisdizione dalla cui tenuta dipende non solo la legittimazione del giudice e del suo giudizio, ma anche la sua stessa indipendenza⁷.

7. «D'altronde, a sua volta, l'imparzialità può concepirsi concettualmente solo se riferita, *ante omnia*, ad un giusdicente, sciolto da ogni vincolo di dipendenza; e l'indipendenza del (singolo) giudice, a sua volta, presuppone concettualmente la sua appartenenza ad un potere capace di autoregolamentarsi, cioè autonomo, a sua volta assoggettato soltanto alla legge»: P. Gaeta, *Poteri e garanzie*, *op. cit.*, p. 851.

Libertà di espressione e imparzialità del magistrato. A partire da un caso recente

di *Giovanni Maria Flick*

L'imparzialità del magistrato si misura non dalla partecipazione a una manifestazione, ma dall'esercizio della funzione e dai provvedimenti.

1. Se guardo al tema che costituisce l'oggetto del presente fascicolo, sono spinto a ritornare indietro, al periodo decennale trascorso dal 1964 al 1975 come magistrato, e poi ai dodici anni e sei mesi di impegno istituzionale, prima come Ministro della giustizia e, poi, come membro della Corte costituzionale.

In entrambi i periodi non ho mai partecipato a manifestazioni che potessero avere, o anche solo ingenerare, connotazione politica, qualunque fosse il loro significato. Per questo, non avrei partecipato alla manifestazione di Catania come la giudice Apostolico.

Quell'abitudine si è talmente radicata che mi ha condizionato anche successivamente, perché ritenevo anche come "ex" che il riserbo del magistrato e la necessità di apparire imparziale, oltre a esserlo, sconsigliassero di farsi trovare in situazioni connotate dal rischio di condividere, o anche solo assistere, alla manifestazione di posizioni o comportamenti che non condividevo. Ne sono tuttora soddisfatto e convinto.

Non mi sono per questo sentito limitato come cittadino. Ho interpretato con particolare rigore lo spirito delle prescrizioni che l'articolo 98 della Costituzione dà al cittadino magistrato, consentendo limiti di iscrizione a partiti politici alla pari di militari, poliotti e diplomatici.

Non ho titolo per esaminare posizioni altrui e non mi sento di giudicarle in questi termini. Non mi pare che in questa vicenda si sia violata alcuna norma disciplinare. Quanto alla deontologia, peraltro raramente applicata, la valutazione è rimessa alla sensibilità del singolo ed è estranea alla prospettiva giuridica.

La partecipazione alla manifestazione, per come essa sembra essersi verificata, non compromette l'immagine di imparzialità del provvedimento, anche e soprattutto per il tempo (cinque anni) trascorso tra essa e il procedimento di cui si discute dal 2023.

Come si può utilizzare la partecipazione di cinque anni prima a una manifestazione con un'accusa di parzialità? Come potrebbe un giurista motivare un'affermazione simile?

Intanto c'è differenza tra una manifestazione convocata da associazioni e una di partito. Partecipare a una manifestazione civile può voler dire aderire a campagne per i diritti politici e le libertà di tutti, non di una parte. Infatti le norme disciplinari vigenti per i magistrati – sulla base dell'art. 97 e del suo ovvio raccordo con gli artt. 18 e 21 della Costituzione – vietano l'iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa all'attività dei partiti, nonché ogni altro comportamento connesso che leda l'imparzialità del magistrato anche sotto il profilo di apparenza.

2. A questo proposito si è molto evocata, in questi giorni, l'immagine della moglie di Cesare, in modo semplicistico e frettoloso.

L'imparzialità apparente della moglie di Cesare attraverso comportamenti non cauti non può essere oggetto di illecito disciplinare. Tutto il percorso dell'illecito disciplinare è caratterizzato proprio da una ricerca e da un recupero della dimensione della legalità attraverso la tipizzazione dell'illecito: sia quello penale, sia quello disciplinare. Al di là di quelli, c'è

il problema della responsabilità deontologica, che è profondamente diversa. Nel codice deontologico non è lo Stato – attraverso una legge o attraverso una norma secondaria per l'individuazione rispettivamente dell'illecito penale o di quello disciplinare e, quindi, delle rispettive procedure di accertamento e sanzioni – ma è l'associazione e la corporazione a cui appartiene un soggetto a valutare e adottare eventualmente le sanzioni di tipo deontologico associativo.

Non credo che l'imparzialità nella vita sociale, nelle sue manifestazioni possa essere considerata di per sé elemento di illecito disciplinare. Per essa ciascuno risponde di fronte alla propria coscienza e di fronte ai propri colleghi.

La responsabilità del magistrato si articola in tre cerchi concentrici. Al centro, il più rilevante è quello della responsabilità penale, che vale per il magistrato come per tutti gli altri cittadini; essa richiede un tasso di rigore e di certezza essenziali. Più largo è il secondo cerchio concentrico dell'illecito disciplinare; individuare, magari proprio dal vivaio della responsabilità deontologica, i comportamenti i quali non ledono interessi oggetto di tutela penale, ma sono lesivi della funzionalità e quindi della professionalità della persona che svolge un certo compito.

In un tempo lontano e sotto la minaccia del fuoco amico, ho cercato di tipizzare gli illeciti disciplinari nel 1996 (con il primo Governo Prodi). Soltanto dieci anni dopo, nel 2006, si è prevista una tipizzazione che continuava a mantenere nell'illecito disciplinare una sorta di "clausola residuale" per la partecipazione a manifestazioni di opinioni nell'ambito di manifestazioni pubbliche; una clausola cancellata, giustamente, subito dopo.

Vi è tuttora una certa confusione tra la responsabilità deontologica e quella disciplinare per fatti relativi a profili attinenti a un provvedimento del magistrato, in cui l'imparzialità deve essere ed è garantita dalla incompatibilità, dall'astensione, dalla ricusazione. Non c'è un illecito disciplinare per la moglie di Cesare. Ci sarà semmai un divorzio, ma non si può ipotizzare un'ipotesi di responsabilità disciplinare. La chiave per fissare la responsabilità disciplinare è il provvedimento, il momento in cui il giudice e il pubblico ministero esercitano la loro funzione.

La "non apparenza di imparzialità" conduce su un terreno ambiguo, scivoloso e pericoloso. A ciò si aggiunge che, nel caso di specie – ma non voglio entrare nel merito, perché non mi compete, della vicenda che ha dato occasione a questo dibattito – la presunta parzialità del provvedimento si desume da un comportamento che non solo è estraneo alla funzione, ma risale a cinque anni prima. Poi si rafforza questo discorso con il riferimento agli orientamenti dei familiari del magistrato.

Non entro nel campo ampio (forse eccessivo) cui ha dato spazio l'informazione politico-giudiziarica sulla vicenda. Ad esempio, si è detto da alcuni e contestato da altri che il magistrato deve dimostrare, nell'ambito del discorso della tutela dei diritti, la sua "predilezione" in particolare per la tutela dei diritti sociali e cioè per la tutela dei diritti dei deboli. No! Il giudice deve applicare sempre gli articoli 2 e 3 della Costituzione: l'art. 2, che parla di diritti inviolabili e di doveri inderogabili; l'art. 3, che non parla di eguaglianza solo formale, ma soprattutto di pari dignità sociale. Questo principio si traduce ovviamente nell'attenzione particolare ai soggetti fragili: ai migranti, ai detenuti, agli anziani, ai bambini, ai disoccupati, agli ebrei; e può tradursi in decisioni della Corte costituzionale in contrasto con leggi emanate dalla maggioranza.

Tutto questo quadro va tenuto presente, ma esula dai profili di dovere e di responsabilità. Anche la Corte costituzionale ha dovuto ricorrere a delle "acrobazie giuridico-comunicative" per poter risolvere certe contraddizioni apparenti: ad esempio, dire "il giudice ha il diritto di tutti gli altri cittadini, non uno di meno". Però la legge autorizzata dalla Costituzione dice che il giudice non può iscriversi a partiti politici o svolgere in essi attività di partecipazione sistematica o continuativa.

3. Insomma, è difficile individuare un taglio netto che finisce per sconfinare nel rischio dell'ipocrisia, quando chiediamo un'apparenza di imparzialità formale anche nella vita sociale, che non sappiamo dove comincia e dove finisce. Questo discorso si collega a una tematica di più ampia portata. La politica ha creato le condizioni per un suo apparente disinteresse dalle vicende della giustizia, lasciando che si confrontassero e si scontrassero tra di loro le forze della magistratura e dell'avvocatura in una battaglia di carattere prevalentemente tecnico.

Penso a come è stato ridotto il codice di procedura penale Vassalli. Oggi è un tessuto logoro, pieno di buchi, che si continua a cercare di rammendare in singoli pezzi; che tira avanti con estrema fatica; che è diventato una specie di *mix* tra il vecchio rito e il nuovo di tipo accusatorio.

La politica ha capito che non aveva interesse per intervenire sotto questo aspetto e ha lasciato che si confrontassero e scontrassero tra di loro magistrati e avvocati; salvo reagire pesantemente di fronte a specifici interventi del magistrato ritenuti "in danno o a favore" dell'una o dell'altra parte politica.

Nella sua seconda investitura del febbraio 2022, il Capo dello Stato non ha più ringraziato – come in precedenza – la magistratura per la sua capacità, per la sua dedizione, per lo sforzo compiuto di fronte alla

grande crisi della criminalità terroristica e organizzata. Ha chiesto ai magistrati di rimuovere tutte le cause della sfiducia che si erano accumulate con “vizi privati e pubbliche virtù”; di abbandonare certe situazioni di personalismo del magistrato, che viene visto dall’opinione pubblica e osannato dai *media* come “il cavaliere bianco” che difende la Giustizia e scrive le pagine della Storia.

La deontologia è fondamentale proprio perché rimane fuori dalla responsabilità istituzionale e disciplinare sino a che alcuni suoi aspetti non vengano tipizzati e normativizzati. Perché, allora, si domandano da parte di alcuni esponenti della politica le dimissioni del magistrato?

Il discorso a questo punto potrebbe allargarsi ancor più, per affrontare ad esempio il tema delle porte girevoli tra politica e giustizia. Sono porte che hanno girato, spesso troppo frequentemente, nell’uno e nell’altro senso; ma non si può negare a nessuno il diritto di candidarsi. La Corte costituzionale continua a dire che il magistrato ha, in tema di manifestazione del pensiero, tutti i diritti che hanno i cittadini.

Il tema dell’imparzialità deve forse restringersi all’esercizio della funzione e al provvedimento. Al di fuori di essi, è difficile ipotizzare un’apparenza di parzialità. Occorre dunque verificare che il provvedimento sia motivato, che sia applicata la legge, che al giudice non sia contestabile né una mancata astensione né un possibile abuso o interesse personale: tutti elementi in cui può cogliersi una parzialità.

Non è la mera partecipazione a una manifestazione che rende sospetto di parzialità, ma, se mai, la manifestazione di assenso o dissenso in un procedimento in corso.

Rileva anche il fine della manifestazione. Quella di Catania, cui si riferisce questa vicenda, chiedeva il rispetto di diritti civili fondamentali, riconosciuti dalla Costituzione. È insensato ipotizzare che ciò si riverberi negativamente sull’imparzialità del magistrato. Anzi: difendere principi umanitari è un dovere civile per tutti.

Non vedo perché e come – secondo qualche autorevole opinione politica – la giudice avrebbe dovuto astenersi dal trattare ricorsi in materia di immigrazione cinque anni dopo quella manifestazione. Davvero parliamo di un obbligo attuale di astensione per aver partecipato cinque anni prima a una manifestazione sui diritti civili? Non lo vedo proprio.

Il richiamo e le invocazioni di iniziative come ispezioni e azioni disciplinari mi sembrano ipotesi cariche di eccessiva enfasi e fuori dalla realtà. C’è una distanza insormontabile tra un comportamento che si ritiene sintomatico di non imparzialità – e ho i miei dubbi che nella specie esso lo sia, visto che era una

manifestazione sui diritti civili – e un illecito disciplinare. O vogliamo avviare ispezioni anche su Emergency e gli *scout*, che promossero quella manifestazione?

4. Dal punto di vista istituzionale, mi piacerebbe che le critiche e gli elogi, entrambi sempre legittimi, si coordinassero con la verifica del giudice superiore sul provvedimento. Un singolo provvedimento, giusto o sbagliato che sia, non vuol comunque dire che la magistratura combatte il governo.

Si parla di riscrivere i rapporti tra la politica e la magistratura; non mi paiono questi il momento e l’occasione più opportuni per discuterne. Occorre ritrovare un equilibrio, ma evitando polemiche e strumentalizzazioni su un singolo provvedimento. La realtà è che la magistratura ha assunto, soprattutto per inerzia della politica su molti temi, un ruolo che non è più di accertamento di fatti e responsabilità, ma di attore di sistema nei confronti di un fenomeno.

L’attacco politico e mediatico ad essa si collega, in qualche modo, ad altre dirompenti iniziative politico-istituzionali di riforma del nostro sistema costituzionale in tema di rafforzamento del Presidente del Consiglio e di indebolimento degli altri organi costituzionali, nonché in tema di ampliamento esasperato dell’autonomia regionale.

Invece di continuare a fare lo *screening* ideologico e/o personale dei giudici, dovremmo concentrarci su come un giudice lavora e motiva i provvedimenti. Ma la tendenza a quel tipo di *screening* c’è. Negli Usa l’intelligenza artificiale viene usata con applicazioni sofisticate per ricostruire vita, abitudini, pensiero, patrimonio dei giudici attraverso servizi offerti sul mercato. Gli avvocati se ne servono per impostare la difesa delle controversie su base predittiva: so che giudice ho di fronte e valuto se andare a giudizio o fare una transazione.

Non si tratta di sapere chi è il giudice secondo quanto avviene abitualmente a livello personale tra gli addetti ai lavori. Una cosa è la trasparenza totale, altra è utilizzare una massa sterminata di dati per profilare il giudice. Chi reclamizza questi servizi, dice: “Noi non guardiamo la legge o i fatti; ci interessa il lavoro di ricerca a tappeto sulla vita precedente del giudice”.

La Francia ha introdotto una legge che punisce con pene fino a cinque anni di reclusione chi riutilizza i dati di identità del magistrato per valutare, analizzare o predire pratiche professionali reali o supposte. Ciò significa che non puoi profilare il giudice per valutare come deciderà e censurare le sue decisioni alla luce della sua vita precedente, sia professionale che personale.

Mi preoccupa un mondo in cui si passa il pettine sulla vita del giudice. Ci porta fuori dalla civiltà giuridica. L'impatto del digitale sulla giustizia è vorticoso. Non si tratta di digitalizzare un fascicolo, ma di arrivare a una giustizia robotica.

Qualcuno comincia a sostenere che in fondo una giustizia robotica, più prevedibile, garantisce forse meglio la certezza del diritto. Io, tuttavia, continuo a

non credere che un algoritmo salverà il mondo. Molti anni fa sono entrato nel mondo del diritto con la convinzione che la certezza fosse fondamentale. Ora ne sto uscendo con la convinzione che il principio fondamentale di quel mondo è il ragionevole dubbio, per evitare gli estremi opposti del radicalismo dogmatico o del dubbio fine a se stesso e non ragionevole.

Per una concezione “piena” dell'imparzialità

di Luciano Violante

Nella crisi della capacità regolatoria della legge e nella moltiplicazione dei conflitti politici, dei quali è parte anche la crisi dei confini fra politica e giurisdizione, l'imparzialità diventa il fondamento di una moderna legittimazione del giudice, come condizione e garanzia che gli consente di essere pienamente credibile e degno di fiducia nella società in cui vive.

1. Nello Stato liberale e nel regime fascista la sovranità, secondo i canoni ottocenteschi, apparteneva alla politica e alla legge. La giurisdizione era applicazione pedissequa della legge nel quadro dei valori propri della classe dirigente dell'epoca. La legge aveva l'attributo della neutralità. La magistratura era organizzata in base a rigidi criteri gerarchici, selezionata attraverso procedure di cooptazione, subordinata, sul piano sostanziale e formale, al potere politico.

L'ordinamento repubblicano, frutto di una lotta di Liberazione contro il regime precedente, si ispira a principi opposti, propri della cultura repubblicana¹, innova profondamente nel rapporto tra Stato e cittadini, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, costituisce la giurisdizione come potere dello Stato.

A fondamento di questo radicale *revirement* c'è certamente la nuova cultura politica democratica, la sensibilità ai diritti civili, il timore dell'eccesso di concentrazione di poteri in un'unica istituzione, il cd. “complesso del tiranno”. Non solo. C'è un ulteriore decisivo fattore strategico: la particolare condizione politica dell'Italia, che condizionò la definizione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale.

In Assemblea costituente si fronteggiavano due schieramenti, uno filoamericano e l'altro filosovietico. Le prime elezioni politiche repubblicane non

avrebbero avuto ad oggetto solo il governo, ma l'intero sistema. Diritti civili, rapporti tra Stato e cittadini, economia, libertà religiosa avrebbero recepito contenuti e discipline assolutamente diversi a seconda del vincitore, filoamericano o filosovietico. I due schieramenti, pur avendo una *koinè* comune – la partecipazione, in forme diverse, alla lotta di Liberazione – si ispiravano a referenti internazionali contrapposti: gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica. Nessuno si fidava sino in fondo dell'altro; nessuno, soprattutto, si fidava del *senior partner* dell'avversario: come avrebbe influito l'Unione Sovietica sul blocco social-comunista in caso di vittoria nelle elezioni politiche? Come avrebbero influito gli Stati Uniti sul blocco occidentale in caso di vittoria di quest'ultimo?

Quale sarebbe stata la reazione degli Usa in caso di una vittoria dei filosovietici, che avrebbe sconvolto gli equilibri di Yalta?

Ciascuno temeva che l'avversario, in caso di vittoria, potesse approfittare del proprio potere nelle istituzioni, Parlamento, Governo, Magistratura, per schiacciare il perdente. Derivarono due conseguenze.

La prima conseguenza fu la marginalizzazione di Parlamento e Governo, il cui funzionamento non può non essere regolato da norme rigide, non negoziabili, a favore dei partiti le cui relazioni sono guidate dai principi della convenienza, della negoziazione e del consenso. Nessuno aveva interesse a costruire regole

1. L. Violante, *La democrazia ha bisogno di cittadini democratici*, in *Questione giustizia online*, 9 gennaio 2024 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-democrazia-ha-bisogno-di-cittadini-democratici).

rigide che potessero essere utilizzate dall'avversario, qualora questi avesse governato. Conseguentemente, non fu fissata nessuna regola per la stabilità dei governi; solo il consenso dei partiti avrebbe potuto far funzionare la Repubblica².

La seconda conseguenza della reciproca sfiducia tra i due blocchi politici fu il *favor jurisdictionis* attraverso la costituzione della magistratura ordinaria come potere terzo e non governabile dall'esterno: «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» del quale fanno parte giudici «soggetti soltanto alla legge», titolari dell'accusa indipendenti (per evitare che i vincitori delle elezioni politiche potessero indirizzare l'azione penale contro gli avversari perdenti), l'obbligatorietà dell'azione penale (perché i vincitori non potessero salvaguardare se stessi).

Tra le scelte costituzionali frutto di questo *favor*, quella costituzionalmente più rilevante, anche se poco studiata, è la clausola della immodificabilità della forma repubblicana dello Stato, fissata nell'art. 139 della Costituzione. È una disposizione totalmente politica, che colloca il giuridico in «una zona primaria dell'ordinamento»³, quale la forma dello Stato. Una eventuale scelta antirepubblicana troverebbe, pertanto, un insuperabile ostacolo giuridico nella Costituzione⁴ e nella giurisdizione costituzionale. La scelta non fu pacifica; tanto durante la discussione sulla norma quanto successivamente, si manifestarono forti divergenze circa il carattere solo politico o anche giuridico di quella clausola. Leopoldo Elia trovò un raffinato punto di conciliazione tra le due visioni: «Per impostare con esattezza il problema bisogna rifarsi a concezioni giuridiche, le quali, pur non uscendo dal campo del diritto positivo, sappiano guardare oltre le norme scritte, e, con più viva consapevolezza della realtà storica, si propongano di identificare in una zona più profonda e più remota, i caratteri fondamentali che distinguono tutto un ordinamento; è necessario ricorrere cioè alle recenti ricerche sui concetti di Costituzione e di regime politico»⁵. «Non si esclude naturalmente», continuò il futuro

presidente della Corte costituzionale, «che possa essere mutata per via pacifica o anche apparentemente legale (mediante gli organi e le procedure stabilite dalla Costituzione) la forma repubblicana di governo; si esclude soltanto che si resti nel quadro della vigente Costituzione, che l'atto di revisione possa impuntarsi alla fonte giuridica degli atti precedenti, che resti immutato il tipo di Stato: ci troveremmo sempre dinanzi ad una instaurazione di fatto»⁶.

2. Il fattore determinante della *montée en puissance* dei giudici fu costituito da un'altra innovazione: il circuito tra giudici e Corte costituzionale per verificare la correttezza costituzionale delle leggi approvate dal Parlamento. Si poneva fine al dogma della sovranità della legge quale atto di chiusura dell'intero ordinamento, e si affermava una nuova teoria dello Stato. La legge approvata dal Parlamento, investito della sovranità popolare, può essere messa in discussione e annullata da un circuito che vede le magistrature, ordinaria, amministrativa e contabile, come soggetti attivi e la Corte costituzionale come giudice finale e inappellabile della conformità alla Costituzione della norma approvata dal Parlamento.

La stabilità dell'ordinamento passa quindi dalle mani del Parlamento a quelle dei giudici, dalla politica alla giurisdizione. È un positivo limite alle eventuali prevaricazioni delle maggioranze parlamentari. Ma è un limite non esente da rischi. La giurisprudenza costituzionale ha a volte acquisito un carattere sostanzialmente rappresentativo che non deriva dal basso, ma procede dall'alto verso il basso, separando il diritto soggettivo dal diritto oggettivo, alla luce della realtà sociale. Lo stesso processo si è verificato nella magistratura ordinaria. È la conseguenza inevitabile dell'abbandono da parte della politica (partiti, istituzioni rappresentative, associazionismo politico) delle proprie specifiche responsabilità costituzionali.

A questi abbandoni, nella storia politica delle istituzioni, segue spesso il collasso costituzionale, come

2. «Questo sistema (...) è stato strutturalmente predisposto sulla premessa di un contrappeso reciproco di poteri e quindi di un funzionamento complesso, lento e raro, sì come quello di uno stato che non avesse da compiere che pochi e infrequenti atti sia normativi che esecutivi, perché non tenuto ad adempiere un'azione di mediazione delle forze sociali, e tanto meno... un'azione continua di *reformatio*, di propulsione del corpo sociale (...): così Giuseppe Dossetti si esprime nel 1951, solo tre anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Cfr. *Id.*, *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno – Relazione al III Convegno nazionale di studi UGCI, 12 novembre 1951*, in E. Balboni (a cura di), *Non abbiate paura dello Stato*, Vita e Pensiero, Milano, 2014, p. 32.

3. C. Pinelli, *La scelta per la Repubblica*, in L. Violante (a cura di), *Ricomporre le parti: fratture e continuità nella storia delle istituzioni repubblicane*, numero speciale de *Il Politico*, 2019, pp. 25 ss.

4. Così L. Elia, *Possibilità di un mutamento istituzionale in Italia* [1949], in Aa.Vv., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 12, cit. da C. Pinelli, *La scelta*, op. cit.

5. L. Elia, op. ult. cit., p. 12.

6. *Ibid.*

nel 1992-1993. In questi casi, un altro potere si incarica di esercitare in via di fatto le funzioni di indirizzo politico. Quando quel potere è la giurisdizione, come è avvenuto in Italia, il diritto oggettivo è destinato a eclissarsi in favore di un diritto spesso ispirato, come la politica, dai principi di convenienza, non potendo più fare affidamento sul principio di stretta legalità.

3. Una ulteriore espressione della prevalenza del giuridico si trova nel primo comma dell'art. 24 della Costituzione («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»), che rende giustiziabile ogni denuncia di qualsiasi pretesa lesione di diritti o di interessi legittimi. Non c'è alcun giudizio di bilanciamento tra i costi sociali e finanziari di una così vasta tutela attribuita anche a violazioni insignificanti. Prevale la garanzia formale.

Questa espansione del giudiziario ha posto delicati problemi al potere politico, che ha tentato, senza successo, di assicurarsi una sfera di impermeabilità – l'art. 7, comma 1, cpa: «*non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*». Ma la Corte costituzionale ha ridimensionato la portata della norma. Con sentenza n. 81/2012, nel riconoscere la natura politica della decisione dell'atto di nomina di un assessore da parte del presidente di una giunta regionale, la Corte si è auto-attribuita anche il potere di sindacare l'atto politico: «*Gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate*».

Tuttavia, una democrazia non può fare a meno di uno spazio di attività soggetto alla sola responsabilità politica⁷.

4. Il sistema ha funzionato sino a quando i partiti sono stati in grado di adempiere alle responsabilità af-

fidate loro dalla Costituzione, in pratica sino a tutti gli anni settanta. Quando hanno perso questa capacità, attraverso un declino che comincia con l'assassinio di Aldo Moro, culmina con la caduta del Muro di Berlino, prosegue con alterne vicende nei decenni successivi, l'intero ordinamento ha perso il proprio centro di gravità. Hanno prevalso l'instabilità, lo scontro fine a se stesso, la mancanza di rispetto reciproco, l'assenza di una visione per il futuro del Paese. Nel vuoto, si è progressivamente imposto il terzo potere. Si è verificato un fenomeno tipico delle democrazie contemporanee, dove ordinamento giuridico e ordinamento politico sono confinanti: ad ogni arretramento dell'uno corrisponde un avanzamento dell'altro. È espressione della sovranità della politica la definizione del confine tra i due ordinamenti. Il Parlamento ha il potere di indicare i confini del giuridico attraverso la definizione delle regole per il funzionamento dell'amministrazione della giustizia. I magistrati, applicando quelle regole anche al potere politico, dal quale sono indipendenti, stabiliscono indirettamente anche lo statuto della politica. La determinazione del confine tra politica e giurisdizione è un esercizio proprio della sovranità della politica⁸. Quando la politica non esercita questa funzione, come accadde in Italia, con alterne vicende, a partire dai processi di "Mani pulite", il confine scompare, la confusione tra diritto e politica prevale, il diritto si scioglie in un contenitore di opzioni politiche prive di coerenza.

In questi casi le funzioni di indirizzo finiscono inevitabilmente per essere svolte dai magistrati, che non possono non decidere, come invece possono fare le istituzioni politiche.

5. Alla luce della fragilità del quadro storico e costituzionale, l'imparzialità del giudice diventa il terreno principale per la sua legittimazione. Col tempo si è aggiunta una ulteriore motivazione. La legislazione è diventata liquida, confusa, contraddittoria, più espressione di ambizioni che di regolazioni. Il conflitto tra le parti politiche è permanente e sempre più aggressivo. La giustizia diventa uno dei terreni del conflitto per la sovranità; nella incertezza delle leggi, nel succedersi di riforme prive di organicità, nel manifestarsi di fatti di cronaca che attirano l'attenzione dell'opinione pubblica e dei responsabili politici, il magistrato è chiamato a intervenire come risolutore imparziale, ma sottoposto costantemente all'occhio

7. Risponde a questo criterio la legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 2, che ha introdotto per i reati ministeriali l'autorizzazione a procedere di una delle due Camere. L'autorizzazione è negata, *con decisione insindacabile*, qualora l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo (art. 9, comma 3).

8. B. De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 8 ss.

critico dell'una o dell'altra parte politica, pronta ad accusarlo di parzialità quando la pronuncia è insoddisfacente. Alcuni ritengono che il magistrato sia innanzitutto un cittadino e, quindi, non può essere costretto a rinunciare all'esercizio di alcuni diritti fondamentali, la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di riunione, innanzitutto. Conseguentemente, dovrebbe essere giudicato solo sulla base degli atti che compie nell'esercizio delle sue funzioni. Altri ritengono che per i poteri che egli esercita nei confronti della reputazione, della riservatezza, del patrimonio e della libertà personale di altri cittadini, debba necessariamente rinunciare, anche fuori del servizio, a comportamenti che lo farebbero apparire come collocato su uno dei fronti in conflitto e quindi inattendibile nelle sue decisioni. Il contesto è difficile. Una parte significativa del mondo politico, indipendentemente dalle collocazioni partitiche, sembra ritenere che la legittimità ottenuta attraverso il voto debba comportare una sorta di insindacabilità generale. Questa parte del mondo politico contesta il fondamento stesso delle indagini giudiziarie che possano indurre nella società processi di delegittimazione nei confronti di coloro che sono stati investiti dal consenso politico. È una pretesa sbagliata perché legittimità formale e legittimazione sociale sono entità distinte, che poggiano su presupposti diversi: la prima si fonda sulla correttezza del procedimento che ha portato all'elezione; la seconda sulla credibilità della persona eletta.

6. Nel 1999, con la legge costituzionale n. 2, l'imparzialità è entrata nell'ordinamento costituzionale. Il nuovo articolo 111 Cost. prescrive, tra l'altro: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale» (c.vo aggiunto). Questa norma introduce per la prima volta il dovere costituzionale di imparzialità. Il significato è evidente. Il cittadino accusato deve avere ragione di ritenere che chi lo giudicherà non abbia mai tenuto comportamenti che denotino propensione per una parte o per una determinata posizione ideale in conflitto palese con altre. Questa clausola ha, per ragioni logiche, una portata generale perché una eventuale parzialità extrafunzionale non può che riverberarsi sulla credibilità nell'esercizio delle funzioni, tanto più che la norma parla di giudice imparziale, non di funzioni esercitate in modo imparziale, e impegna quindi il giudice sia nell'esercizio delle funzioni sia nella vita privata e pubblica.

L'art. 1 del successivo decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 riprende il tema, ma lo limita all'e-

sercizio delle funzioni, stabilendo che il magistrato «*esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità*». Il principio della imparzialità limitato all'esercizio delle funzioni è ripreso anche nel cd. "codice etico" approvato dall'Anm nel 2010: «*Nell'esercizio delle funzioni (il magistrato) opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà e impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme. Assicura inoltre che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità*».

7. Forse le parole più chiare sul tema sono state pronunciate dalle sezioni unite civili della Cassazione, con una decisione del 1998⁹: «*l'esercizio della funzione giurisdizionale impone al giudice il dovere non soltanto di "essere" imparziale, ma anche di "apparire" tale; gli impone non soltanto di essere esente da ogni "parzialità", ma anche di essere "al di sopra di ogni sospetto di parzialità". Mentre l'essere imparziale si declina in relazione al concreto processo, l'apparire imparziale costituisce, invece, un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, indispensabile per legittimare, presso la pubblica opinione, l'esercizio della giurisdizione come funzione sovrana: l'essere magistrato implica una "immagine pubblica di imparzialità"*».

Anche in base a questa sentenza, l'imparzialità riguarda la credibilità complessiva del magistrato e la fiducia della quale egli deve godere; pertanto, non può essere confinata nell'esercizio delle funzioni. Infatti, comportamenti nella vita privata o pubblica non adeguati all'"onore" (art. 54 Cost.) mettono in dubbio il rapporto di fiducia con i cittadini, violano il principio di imparzialità e rischiano di ferire anche l'indipendenza che nell'imparzialità trova il suo fondamento. Al grave carico di responsabilità e di discrezionalità che oggi pesa sul magistrato devono corrispondere comportamenti istituzionalmente adeguati, dovunque tenuti; l'imparzialità diventa fondamento dell'indipendenza proprio perché a un alto livello di potere deve corrispondere un altrettanto elevato livello di consapevolezza. Nella crisi della capacità regolatoria della legge e nella moltiplicazione dei conflitti politici, l'imparzialità diventa il fondamento di una moderna legittimazione, come condizione e garanzia che consente al giudice di essere pienamente credibile e degno di fiducia nella società in cui vive.

9. Cass. civ., sez. unite, sent. 14 maggio 1998, n. 8906.

8. Intendo aggiungere un secondo argomento, che riguarda la salvaguardia dell'unità politica attraverso processi di integrazione tra società e Stato, attivati dai cittadini e da chi esercita pubbliche funzioni. Le costituzioni sono figlie della storia; la partecipazione di parti di popolo e di parti delle classi dirigenti alla lotta di Liberazione portò a tradurre in principi costituzionali quello che era già avvenuto nella società. La nostra democrazia non si sarebbe esaurita nell'equilibrio tra i poteri; ai cittadini, pubblici funzionari o privati, la Costituzione chiedeva di non essere spettatori, ma protagonisti della crescita della democrazia, con specifici diritti e specifici doveri nei confronti della società e delle istituzioni.

Quei diritti e quei doveri hanno fondamenti *pre-politici*. Il fondamento *pre-politico* del riconoscimento dei diritti fondamentali trae origine dal personalismo cattolico, più che dalla tradizione illuministica. Il fondamento *pre-politico* dei doveri sta, invece, nella solidarietà propria della concezione repubblicana. L'intreccio tra i diritti e i doveri costituzionali è costruito in modo tale da favorire l'integrazione tra i cittadini e le istituzioni e, quindi, l'unità politica. La Costituzione distingue tra i doveri del comune cittadino e quelli del cittadino incaricato di funzioni pubbliche¹⁰. Per l'art. 4, «Ogni cittadino ha il dovere di svolgere secondo le proprie possibilità e la propria scelta un'attività o una funzione che concorra al progresso

materiale o spirituale della società». L'art. 54 stabilisce l'obbligo di fedeltà alla Repubblica e fissa un modello di etica pubblica: «i cittadini cui siano affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore». Si tratta delle due dimensioni nelle quali si articola la cittadinanza repubblicana: la partecipazione al progresso della società e il dovere di adempiere correttamente alle funzioni pubbliche. Al funzionario pubblico è richiesto di adempiere ai propri compiti «con disciplina e onore» non per ragioni retoriche, ma perché deve concorrere all'integrazione tra società e istituzioni. La disciplina è il complesso di comportamenti che si connette all'onore. E l'onore va inteso come la reputazione della quale chi riveste pubbliche funzioni – funzionario, magistrato, politico – deve rendersi meritevole per favorire l'integrazione tra istituzioni e società. Al contrario, il funzionario pubblico corrotto o fazioso, il dirigente politico senza onore, superficiale o incapace, il magistrato immeritevole di fiducia, il cittadino disinteressato alla cosa pubblica diventano fattori di disintegrazione dell'unità politica del Paese.

Una concezione “piena” dell'imparzialità, non dimezzata, è infine necessaria per l'inscindibilità della reputazione professionale dalla reputazione sociale del magistrato e risponde al suo dovere costituzionale di favorire l'integrazione tra società e istituzioni, presupposto per l'unità politica della Repubblica.

10. L. Violante, *La democrazia*, op. cit.

Giudici imparziali solo se consapevoli della loro funzione contromaggioritaria

di *Donatella Stasio*

Il dibattito sull'imparzialità del giudice è impregnato del pregiudizio verso le correnti progressiste, ritenute "politicizzate", a differenza di quelle di centrodestra, ritenute "apolitiche", sebbene la storia smentisca questa narrazione, che sconta l'idea di una magistratura allineata alle scelte di governo. L'imparzialità è un dovere tanto quanto la consapevolezza della funzione contromaggioritaria propria degli organi di garanzia. Che non è "opposizione giudiziaria", ma sana dinamica istituzionale di una democrazia costituzionale.

1. Premessa / 2. Il collateralismo / 3. L'indipendenza / 4. Apparire imparziali / 5. Misurare l'imparzialità / 6. I giudici non appartengono a nessuno

1. Premessa

Nel 2006 andai a Parigi per un *reportage* sulla giustizia francese, rimasi più di un mese e incontrai moltissimi magistrati e vertici giudiziari. Una mattina avevo appuntamento con uno di loro in un caffè del VII *arrondissement*. Era un giudice di corte d'appello. Quando arrivò, si presentò dicendo, senza alcuna enfasi: "Buongiorno, io sono un giudice comunista". Rimasi colpita da quell'insolita presentazione e perciò gli domandai se in Francia fosse usuale che i giudici dichiarassero le proprie idee politiche ai rispettivi interlocutori. Lui mi spiegò che riteneva normale, oltre che corretto, far conoscere il proprio orientamento culturale e persino politico nell'affrontare temi di politica giudiziaria, ed era convinto che questa trasparenza non compromettesse affatto la sua imparzialità. Del resto tanti giudici francesi non facevano, e non fanno, mistero dei loro diversi orientamenti "correntizi".

Già, perché anche in Francia, e non solo in Francia, i magistrati aderiscono alle "vituperate" correnti, demonizzate in Italia da una politica ipocrita che le usa come clava contro la loro imparzialità. Non vale

per tutti: se sei di Magistratura democratica o di Area non puoi essere imparziale perché sei di sinistra, e quindi per definizione sei un estremista, comunque un "politicizzato"; se sei di Unicost e di Magistratura indipendente, invece, sei per definizione imparziale e affidabile, equilibrato e moderato, perché queste doti vengono associate alla politica di centrodestra (*sic*). Un approccio viziato dal pregiudizio e, tuttavia, consolidato.

Dopo la nota vicenda dell'Hotel Champagne e nonostante le risultanze processuali, Luca Palamara è diventato un martire della libertà e della correttezza, Unicost (la sua corrente di appartenenza) ne è uscita distrutta, ma Mi (che dalle risultanze processuali partecipava a quello che Palamara ha definito il "sistema") si è addirittura rafforzata, e non solo numericamente. La narrazione pseudogarantista mediatica e politica di quella vicenda ha sentenziato infatti, in barba alle risultanze processuali, che i veri responsabili del "sistema" sono gli altri, i "sinistri", quelli che non c'erano ma che non potevano non sapere e, anzi, certamente facevano e fanno peggio. Paradossi del garantismo *double face*.

2. Il collateralismo

Così come oggi piace alla destra definirsi “afascista”, durante il ventennio piaceva che i giudici fossero apolitici, ovvero che non facessero politica né in favore del Governo e del fascismo né, soprattutto, contro il Governo e il fascismo, secondo quanto spiegò l'allora Guardasigilli Alfredo Rocco di fronte al Parlamento. Dovevano, però, interpretare e farsi carico dello spirito del tempo fascista, e questo faceva la stragrande maggioranza dei magistrati, che peraltro inneggiava al duce quale «redentore della Patria» e «apostolo della nuova gente italiana». Apolitici, appunto. La realtà era quella di un corpo di magistrati pienamente allineati al regime, anche per effetto delle continue intimidazioni che subivano, e di una giurisprudenza conformista, che interpretava la legge proprio in modo adesivo allo “spirito politico” del tempo e all'indirizzo del Governo. Insomma, un vero e proprio collateralismo, soprattutto ai piani alti della Cassazione.

Ci volle un Ministro di provata fede liberale come Vincenzo Arangio Ruiz, nel 1944, cioè all'indomani della caduta del fascismo e prima ancora della Liberazione, per voltare pagina, rimuovendo il divieto imposto ai magistrati di esprimere liberamente il proprio pensiero, di svolgere attività politica e persino di iscriversi ai partiti politici. Che siano iscritti o meno ai partiti, ragionava Arangio Ruiz, un giudice non può non avere le sue opinioni e le sue relazioni, «tanto più efficaci quanto più nascoste».

Negli anni cinquanta del secolo scorso, Piero Calamandrei denunciava – in un libretto famoso, dal titolo «Dieci anni dopo» – il «disfattismo costituzionale» della maggioranza di governo che, aggiungeva, poteva continuare a far affidamento su una magistratura, soprattutto di Cassazione, ancora in larga parte conservatrice rispetto alla legislazione fascista rimasta in vigore. Scriveva Calamandrei: «La giurisprudenza, anche se i giudici non se ne accorgono, è fortemente influenzata dal clima politico generale: quando nell'aria si respira il disfattismo costituzionale, è difficile che i giudici riescano ad assumere su di sé il compito faticoso e spesso pericoloso, di difendere la Costituzione contro gli arbitrii del governo. A consigliare alla magistratura questa prudenza, in momenti in cui liberamente circolano liste di proscrizione contro i magistrati sospetti di “criptocomunismo”, può aver contribuito anche, in questi anni, la mancata attuazione delle norme costituzionali sul Csm, che avrebbe dovuto dare ad essa quella piena indipendenza dal potere esecutivo che finora essa organicamente non ha». Era, quella, imparzialità?

3. L'indipendenza

Dalla fase del collateralismo si è fortunatamente passati a quella dell'indipendenza. Oggi la Cassazione è senz'altro il fronte più avanzato della magistratura ordinaria a tutela dei diritti fondamentali. Un traguardo importante per una democrazia costituzionale. Eppure, gli attacchi delle destre di governo ai giudici, e alla loro non imparzialità, sono un *refrain* costante. Naturalmente, l'attacco non è mai alla magistratura in quanto tale, ma “ai pochi giudici politicizzati” rispetto ai “tanti che lavorano in silenzio lontano dai riflettori mediatici e dalla politica”. E quei “pochi” sono sempre quelli “di sinistra”, che pronunciano decisioni politicamente sgradite, non allineati alle politiche di governo, spesso additati con nome e cognome solo per metterli alla pubblica gogna, forse dossierati, chissà, raccontati dai numerosi *media* variamente cortigiani con numero di scarpa, colore dei calzini, taglio dei capelli, giornali acquistati e per altre amenità; corteggiati mediaticamente per motivi di *audience* e subito dopo non solo manipolati nelle loro parole, ma anche strapazzati per aver parlato, spiegato, risposto a domande, perché a parlare si fa peccato visto che un giudice, si sa, deve “parlare solo con le sentenze”. La loro vita è spiata nei minimi particolari per l'ansia di trovare qualcosa che ne provi l'inaffidabilità, la partigianeria, persino una qualche stranezza mentale, tutto fa brodo per sentenziare che “non sono imparziali”, “fanno politica con le decisioni”, “sono troppo sotto i riflettori”. Quei giudici pensano, si confrontano, decidono. *Ergo*: vanno silenziati, perché “se la sono cercata”, espressione che piace tanto anche ai liberali di oggi. I quali delegittimano senza scrupolo, dimenticando o fingendo di dimenticare, l'ABC della democrazia costituzionale, che vuole giudici, e in generale organi di garanzia, non solo indipendenti e imparziali ma anche consapevoli della loro funzione “contromaggioritaria”, ovvero di limite ai poteri delle maggioranze, espressione che però viene travisata strumentalmente dalle destre e, purtroppo, anche dalla stampa – non solo da quella cortigiana – e che perciò diventa “opposizione giudiziaria”, “contraltare del potere”, funzione “controgovernativa”, “antagonismo”, e hai voglia a spiegare e rispiegare che non è questo, è un'altra cosa: non c'è verso, non c'è voglia di capire né di ascoltare che il sistema di pesi e di contrappesi funziona così ed è un aspetto cruciale della democrazia costituzionale. Ma intanto il gioco è fatto: nell'opinione pubblica si insinua e poi si consolida l'immagine di una magistratura sovversiva, che va normalizzata. Siamo di fronte a una nuova forma di maccartismo, accettato o subito, sintomatico della fragilità della nostra democrazia costituzionale.

4. Apparire imparziali

Da un lato, dunque, ci sono le “toghe rosse”, gli agitatori, gli estremisti, i comunisti. Dall’altro lato i conservatori, i saggi, i moderati, fedeli alla legge, capaci di interpretarla con equilibrio e imparzialità, silenti e riservati, quelli che, politicamente parlando, si collocano nel centrodestra. E ci sarebbe da chiedersi quante volte questi sedicenti moderati, aspiranti al quietismo assoluto, siano stati “condizionati” nel loro giudizio – oltre che dallo “spirito politico del tempo” – anche dall’esigenza di “apparire” moderati, magari anche a costo di rinunciare a una giustizia (più) giusta o alla tutela (più) effettiva di un diritto, per paura di “apparire” troppo vicini ai giudici “politizzati” e quindi di subire il medesimo trattamento. È l’altra faccia dell’apparire imparziali, un dovere di tutti i giudici, certo, che però può portare anche a queste distorsioni, soprattutto nei momenti storici di cui parlava Calamandrei (ovvero quando nell’aria tira il vento del disfattismo costituzionale e circolano liste di proscrizione di magistrati comunisti). Più in generale, la vulgata che la partigianeria della magistratura si collocherebbe solo a sinistra è una caricatura della storia.

Cominciamo a chiamare, allora, le cose con il loro vero nome. Anche perché farlo non significa affatto gettare un’ombra sull’imparzialità dei giudici. Personalmente, non ho mai dubitato di Piero Luigi Vigna, Margherita Cassano, Antonello Mura, Antonio Patrono, Marcello Maddalena, Maurizio Laudi, Paolo Borsellino, solo per citare alcuni nomi di bravi magistrati, aderenti a Mi, che ho conosciuto personalmente e che, pur avendo fatto in prima persona, quasi tutti, attività associativa nelle correnti di centrodestra, hanno sempre dimostrato professionalità, terzietà e imparzialità nel giudicare, al pari di tanti loro colleghi di Md e di Area. La stessa cosa ho avuto già modo di dire di Alfredo Mantovano: è stata Giorgia Meloni a volerlo come suo braccio destro alla Presidenza del Consiglio (dunque per un incarico politico di natura fortemente fiduciaria) mentre sedeva come giudice di cassazione, dove era tornato dopo una lunghissima militanza politica in Alleanza nazionale, in Parlamento e al Governo. Chi, più di Mantovano, può vantare un profilo politico così marcato, anche su posizioni fortemente ideologiche (pensiamo a quelle in materia di famiglia e di religione). Ho conosciuto Mantovano quando era parlamentare e sottosegretario, ma non ho mai pensato, fino a prova contraria, che una volta tornato a fare il giudice lo facesse in modo partigiano a causa della sua appartenenza a Mi o, peggio, della sua militanza politica. Né mi risulta che sia mai stato attaccato per questo dai colleghi o dagli attuali avversari politici.

5. Misurare l’imparzialità

E allora bisogna chiedersi perché lo stesso metro – che poi è il metro della civiltà, del rispetto, del vero garantismo – non venga usato anche per i giudici delle correnti di sinistra, ovviamente sempre fino a prova contraria sulla loro imparzialità e indipendenza. Il presupposto è lo stesso: l’imparzialità non si misura sulla base dell’appartenenza a una corrente né a un orientamento culturale e persino politico (tanti i magistrati che dopo un’esperienza politico-parlamentare sono tornati a fare i giudici in maniera impeccabile, tanto che, giustamente a mio parere, non è cambiata la legge sull’accesso delle toghe in politica e sul loro rientro in magistratura); non può certo essere stabilita con il metro del pregiudizio e neppure della correttezza giuridica delle decisioni adottate, soggette agli ordinari rimedi processuali. L’imparzialità, oltre a essere “il” dovere principale di chi sceglie di fare il giudice, fa parte della cultura del magistrato e della sua visione della giurisprudenza come mezzo di tutela dei diritti fondamentali. I “giudici democratici” hanno una visione più dinamica della giurisprudenza, che si forma anche attraverso l’interpretazione evolutiva, conforme a Costituzione e al diritto internazionale; i “giudici moderati” hanno una visione più statica, legata alla lettera della legge, oltre la quale ritengono di non potersi spingere. Ma questa interpretazione “originalista”, come pure viene chiamata – e rivendicata persino rispetto alla Costituzione – è stata abbandonata cinquant’anni fa, con il Congresso di Gardone dell’Anm, che si concluse con una mozione, votata all’unanimità da tutte le correnti, sul ruolo del giudice, che «deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un’applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione».

Da lì, da quel Congresso – era il 1965 – emerge quindi una nuova figura di giudice, che si apre all’esterno, esce dalla Torre d’avorio, si confronta con le criticità del Paese e le grandi questioni sociali, proponendosi come interlocutore primario nel dibattito politico, sociale, culturale. Lo ricorda bene Gabriella Luccioli, all’epoca magistrata venticinquenne chiamata a fare da ufficio stampa del Congresso. Nel suo libro «*Diario di una giudice*» ricorda che a Gardone fu esaltato il valore supremo dell’indipendenza come fonte di legittimazione del compito di giudicare e del potere di tutelare i diritti dei cittadini. Un’indipendenza da vivere non più come sacerdotale isolamento dalla società civile, ma come elemento essenziale e irrinunciabile della giurisdizione.

A parlare, in quell'occasione, furono tutte le correnti dell'Anm, proiettate verso una nuova costruzione del ruolo della magistratura come garante dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, in particolare dei più deboli, e come soggetto impegnato anche a promuovere e attuare i principi costituzionali, con la consapevolezza della valenza politica dell'attività giudiziaria e della collocazione del giudice nella società.

All'epoca, Mantovano aveva 7 anni, Carlo Nordio 18 e Giorgia Meloni non era ancora nata. Il che non li giustifica, visti i ruoli che ricoprono, quando rilanciano il modello di giudice "bocca della legge". A meno di voler riportare in auge il modello di magistratura dei tempi del fascismo.

Certo, anch'io, come ogni cittadino, temo giudici che non siano imparziali e indipendenti, preda di un delirio di onnipotenza, imprudenti e sciatti. Temo soprattutto quei giudici che non interpretano fino in fondo il proprio ruolo in funzione di garanzia dei diritti delle persone. L'effettiva imparzialità, però, si coltiva anche attraverso la libertà delle idee e il rifiuto del conformismo. Se ci pensiamo, vale anche per noi giornalisti. Quando raccontiamo i fatti, ovviamente li interpretiamo, ma non li manipoliamo (o almeno non dovremmo). Il che non ci impedisce di avere, ciascuno, le proprie idee politiche e anche di prendere posizione.

Personalmente, ho e voglio continuare ad avere fiducia nei giudici qualunque sia il giornale che comprano, la religione che professano o che non professano, l'orientamento sessuale in cui si riconoscono, il colore della pelle, le idee che esprimono pubblicamente, alla luce del sole. Temo invece il giudice narcisista e burocrate, quello che dice di non avere idee politiche, che si considera solo "bocca della legge". Come Calamandrei, apprezzo «i giudici con l'anima», uomini e donne sociali, calati nella realtà e consapevoli degli effetti delle loro decisioni, costretti a notti insonni per il peso dell'immane responsabilità del giudicare.

6. I giudici non appartengono a nessuno

In questo senso, i giudici non appartengono a nessuno se non alla Costituzione. Perciò si resta di stucco nel sentire la Presidente del Consiglio rivendicare, ad esempio, «le stesse prerogative della sinistra» nella scelta dei giudici costituzionali spettanti al Parlamento. Ammesso, e non concesso, che la sinistra – quando era maggioranza di governo – abbia davvero esercitato quel dovere istituzionale come se fosse una prerogativa fare il pieno di giudici costituzionali di nomina parlamentare, le parole della *premier* sono gravi perché, anziché prendere le distanze da una prassi che – se fosse vera, ma non lo è – sarebbe assolutamente inaccettabile sul piano istituzionale, la fa propria, la rivendica, la sbandiera. E così, proprio come Trump, sembra marciare a passo deciso verso la nomina dei "suoi" giudici, rivelando una concezione privatistica delle istituzioni e delle donne e degli uomini che le rappresentano. Allora sì che la Corte costituzionale sarà considerata un attore politico. Come del resto i giudici ordinari, se dovesse mai passare la riforma sulla separazione delle carriere e su un Csm più «equilibrato politicamente» (*sic*). Con tanti saluti allo Stato di diritto. Quei giudici – che Meloni, come già fa Trump, potrà chiamare "i miei giudici" – saranno e appariranno mai imparziali? Nonostante il gravissimo strappo istituzionale, che non potrebbe lasciare indifferenti le più alte cariche istituzionali, forse sì, potrebbero ancora essere e apparire imparziali, a condizione che continuino a esistere una Corte costituzionale pluralista, capace di far cambiare pelle anche ai giudici più connotati politicamente, e un Csm indipendente dalla politica, vero presidio dell'indipendenza dei giudici. E sempre che, sulla cultura privatistica delle istituzioni, prevalga la cultura costituzionale del pluralismo delle voci, dell'indipendenza degli organi di garanzia, e dell'intima imparzialità dei giudici.

Imparzialità apolitica. La restaurazione giudiziaria in atto tra “politica” e neo-tecnicismo

di Massimo Donini

Non si possono normalizzare la pubblica accusa e anche il giudice penale senza trasformare gli stessi caratteri della cultura dei giuristi in generale. La peggiore imparzialità che potrebbe verificarsi è quella di un giudice burocrate, ma anche di un interprete in generale che non può “fare politica”, perché non gli è neppure assicurata la dimensione giuridico-costituzionale della critica del diritto implicita nel controllo di legittimità (anche europea) delle leggi ordinarie e della interpretazione conforme.

Un controllo, deciso sempre più dall’alto e comunque sottomesso al dominio della volontà maggioritaria sulla gestione dei valori costituzionali. Si prospetta così, nel segno dell’efficientismo del diritto, un ruolo del giudice come esecutore di massime delle giurisdizioni superiori, ispirato a un neo-tecnicismo acritico.

1. Premesse scontate sulla imparzialità / 2. Il clima di una restaurazione politico-giudiziaria / 3. Il livello “costituzionale” dello scontro in atto / 4. La nuova imparzialità

1. Premesse scontate sulla imparzialità

Essere imparziale è un dovere di essenza del giudicare sul piano sostanziale. Apparire imparziale è invece solo un dovere di comportamento esterno, formale. Insuperabile il primo; meno rilevante il secondo in termini di identità professionale.

Ciò premesso, abbiamo già tracciato il primo confine su che cosa è davvero importante e qualificante l’attività professionale del giudice. Se poi egli frequenta “prostitute e pubblicani”, oppure rivoluzionari di destra o di sinistra, o soggetti con precedenti penali, giusto per intenderci, ciò resta inopportuno per la specifica veste pubblica del suo ufficio, ma non è decisivo per valutare il suo *ius dicere*. Resta libero di farlo, ma può essere censurato, in qualche caso.

C’è, peraltro, un aspetto di forte interferenza tra l’essere e l’apparire, che riguarda le opinioni politiche e i comportamenti economici del magistrato e del

giudice, che sono in grado di condizionare e travolgere in modo diretto e profondo i giudizi espressi nel processo.

Credo che sia soprattutto su tali momenti di interferenza che debba vertere il dibattito avviato da *Questione giustizia*.

Perché il magistrato, che condivide i diritti fondamentali di tutti, ha tuttavia accettato uno statuto speciale, che non è quello dell’esponente di un gruppo ideologico, ma non è neppure del tutto ideologicamente neutro. Certo, è possibile sostenere che anche il diritto sia una ideologia e che dunque le posizioni ufficiali della Corte suprema di cassazione o della Corte costituzionale siano espressione di quella ideologia. A prescindere da questa critica, comunque, il magistrato ha tutti i diritti di dissentire dalle posizioni ufficiali di quegli organi. Non può agire disprezzandoli o senza argomentare, ma può dissentire argomentando.

E allora, in che cosa consiste lo “statuto speciale” del modo di pensare del magistrato e del giudice, in particolare?

Se si entra a far parte della Chiesa cattolica come esponente religioso, oppure di un partito politico o di una qualche associazione ideologicamente caratterizzata, come suoi rappresentanti, si accettano alcuni limiti “naturali” al proprio pensiero espresso in pubblico. Perché esistono linee di pensiero ufficiali su molte questioni disputabili.

Esempio. Come un sacerdote non può esprimere in pubblico una visione del mondo contrastante con i dogmi della sua chiesa, così un magistrato – il parallelo non è casuale – non può esprimere in pubblico una visione della lotta politica che segua programmi antidemocratici come metodo. Un libero pensatore può farlo, se non incita in pubblico alla violenza. Tuttavia, il magistrato può argomentare in modo irreprensibile sul perché perseguire o non perseguire i comportamenti ideologicamente ispirati alla violenza di alcuni gruppi politici alla luce della normativa vigente: per esempio, restando a vicende recentissime, la questione della rilevanza penale del saluto fascista da parte di un gruppo di milleduecento persone in una riunione pubblica, in merito all’applicazione o meno della legge Scelba o della legge Mancino in riferimento a condotte di espressione usuale per movimenti o formazioni che la legge vieta di ricostituire.

Il tema è delicatissimo e l’esempio fatto non ci esime dal ricordare che il principio di offensività ammette i reati di pericolo astratto e la persecuzione di comportamenti che esprimano in gruppo e pubblicamente ideologie antidemocratiche. Ma tant’è: nei discorsi “tecnici” si annidano molte insidie politiche e spesso si ammette che, pure restando un mero tecnico, il magistrato le coltivi solo in quel recinto argomentativo.

Il valore della imparzialità del giudice è, oggi, di nuovo attuale per una ragione del tutto specifica: la messa in discussione della libertà del magistrato e del giudice di manifestare la propria visione “politica” al di fuori dei provvedimenti giudiziari o giurisdizionali, e il rapporto di questa libertà negata con il divieto di inserire surrettiziamente dentro a quei provvedimenti la visione politica che si professa.

Il provvedimento deve o escluderla o celarla, dovendo restare tecnico. Il tecnicismo giuridico è di nuovo tornato a essere un modello culturale: ce ne siamo accorti?

Si pone al riguardo come preliminare una definizione di che cosa si intende per “politica” vietata o permessa. Prima di chiarire questo profilo centrale, dobbiamo inquadrare il nostro discorso nel clima di fondo della discussione pubblica odierna. Così anche un lettore dell’anno 2030 o 2040, se avrà ancora in-

teresse a questi temi, potrà capire perché scriviamo cose inimmaginabili nella discussione degli anni novanta (per non parlare degli anni settanta) del secolo trascorso e forse troppo poco “funzionali” per il dibattito o la prassi giudiziaria dei prossimi anni.

2. Il clima di una restaurazione politico-giudiziaria

L’attuale governo di destra-centro, garantista con determinati tipi d’autore, e punitivista con altri, mal sopporta i giudici schierati, o che criticano in forma associata provvedimenti legislativi o disegni di legge. Si preferisce un giudice, se non burocrate, comunque tecnico-giuridico che si attesti su questioni qualificatorie delle fattispecie che è tenuto ad applicare, senza troppo discutere. Ma se è “critico” in chiave restauratrice, conservatrice o reazionaria, quel magistrato non subirà censure.

Questo è il clima dei rapporti fra politica e magistratura, aggravato da una sempre rinviata resa dei conti con le procure onnivore e onnipotenti, responsabili in alcuni casi di una gestione politica dell’esercizio dell’azione penale, spesso infruttuosa ma pregiudizievole, verso parlamentari, sindaci, imprenditori e amministratori, contro le quali il Ministro della giustizia si pronuncia di frequente.

La burocratizzazione della magistratura è da tempo in atto.

Il magistrato teme per la carriera anche un mero richiamo. Non ha più il coraggio di essere sottoposto “solo” alla legge, ma anche a ispezioni e contestazioni di addebiti disciplinari. Il magistrato penale, sicuramente colpevole di troppe politicizzazioni in passato, “deve” ora essere normalizzato.

La separazione delle carriere è sempre in attesa di essere varata (domanda: ma lo sarà mai?); sono in corso di avanzata elaborazione parlamentare l’abolizione della improcedibilità dell’appello per superamento dei termini di fase (un pasticcio da molti criticato a ragione) e il ritorno a una prescrizione solo sostanziale, secondo la “riforma Orlando” del 2017; la riforma delle intercettazioni e dei diritti di garanzia (interrogatorio previo) della persona sottoposta a misure cautelari, dei limiti alla pubblicazione delle notizie di reato e del contenuto delle ordinanze cautelari; una riforma annunciata dei reati contro la p.a., insieme all’abrogazione secca del reato di abuso di ufficio e alla modifica del reato di traffico di influenze illecite.

È dunque in atto un disegno che, accanto ad alcune riforme processuali valutabili anche positivamente in astratto (prescrizione, intercettazioni, diritti dell’indagato da sottoporre a misure cautelari, separazione delle carriere a seconda di come venisse attuata) e ad

altre più meditate, affidate a commissioni di studio lontane dai riflettori populistici, le inserisce in realtà in un contesto complessivo di regolarizzazione e contenimento dell'azione delle procure della Repubblica, in un clima generale di "garantismo penale" a corrente alternata: garanzia di condanne e carcere per certi tipi d'autore (numerose i provvedimenti "urgenti" di marca populista), garanzia di maggiore impunità o protezione per altri, meno perseguibili oppure condonati da varie misure di sanatoria anche penale. Del resto, quando si potrebbe amnistiare, ma non si può per il vincolo del *quorum* costituzionale, si preferisce abrogare i delitti, o mandarli in prescrizione. Un penale "duro" per alcuni, ed estremamente (o finalmente?) "liberale" per altri.

Non è poi così sorprendente quello che accade. Né per la caratterizzazione espressiva del tipo di governo in carica, né per la logica reazione alla gestione del penale da parte di alcune procure negli anni passati, se non in generale dopo Tangentopoli. Solo un governo di destra-centro avrebbe potuto attuare questa reazione, non certo la sinistra, da sempre sedotta dal giustizialismo penale e ancora incapace di una politica della giustizia libera da quel passato. Peccato che ciò avvenga, come detto, secondo un "disegno" complessivamente reazionario rispetto a modelli di democrazia interna al potere giudiziario e alle sue grandi (e sempre più temute) capacità di intervento nel controllo sui poteri pubblici e privati, la cui gestione ha però rivelato eccessi di lesione processuale dei diritti fondamentali, inaccettabili nel bilanciamento politico complessivo degli interessi.

3. Il livello "costituzionale" dello scontro in atto

La vera novità è un'altra.

Si tratta del livello costituzionale dello scontro e del regolamento di conti in atto. È su un terreno di assoluta parresia che occorre, a mio avviso, discutere dell'imparzialità "politica" del giudice. Il mio discorso riguarda la questione penale, ma ci sono altrettanti risvolti civilistici del tema. Dopo la vicenda Apostolico, attraverso vari interventi sui *media* di diversi esponenti dell'esecutivo, e la persistente, minacciosa presenza di azioni penali che riguardano personaggi della classe politica, si percepisce che è sempre forte il timore che i governi possano cadere o entrare in crisi per mano giudiziaria. Il controllo di legalità o di etica pubblica mediante l'azione penale è oggi sempre meno una peculiarità italiana, come ci appariva ancora alcuni anni fa: ma rimane, ed è fenomeno internazionale, l'immanente e pervasiva presenza di questo controllo, e di una contrastante reazione politica alle

iniziative della magistratura. Altri poteri, del resto, agiscono nella sfera pubblica: l'estensione dell'azione penale all'area di parenti o affini del politico, contro ogni logica di personalità della responsabilità penale, dà corpo a un riflesso massmediatico raccapricciante delle notizie di reato. È come scoprire ogni mese un nuovo *virus* della macchina del fango.

Si comincia a percepire sempre meglio che lo scontro in atto non può essere ricondotto a un semplice contesto di lotta politica contingente: non perché i protagonisti siano consapevoli di questo livello più alto (non si vuole nobilitarne la levatura), ma perché una lettura in termini di cronaca quotidiana resterebbe in superficie. Infatti, il piano della discussione si sposta "logicamente" dalla legge ordinaria a quella costituzionale. Non trattiamo ora di riforme costituzionali del premierato, ma anche soltanto dei diffusi proclami secondo i quali il modello costituzionale della Carta del 1948 non sarebbe più adeguato al tempo presente. Mi chiedo se ciò sia vero. Certo l'obbligatorietà dell'azione penale, per esempio, è del tutto superata nei fatti, ben al di là delle politiche di qualche esecutivo di breve o media durata. A ragione di ciò, questo giudizio deve tenere presente che non ci si può riferire solo alla Costituzione originaria, che per vari aspetti non esiste più: è, piuttosto, la norma fondamentale, come è stata più volte reinterpretata e direi sovrainterpretata nei decenni, che dobbiamo tenere fissa davanti. Allora si potrà comprendere che il livello costituzionale dello scontro non riguarda, se non in parte, una normativa del passato. Nella dialettica tra i poteri dello Stato è in discussione la riscrittura di un testo il cui contenuto è in buona parte cambiato in via ermeneutica o applicativa (praseologica).

Orbene, in tale clima politico-giuridico i rischi maggiori sono quelli di una revisione del modello costituzionale della legge penale, ma non solo di essa: da un lato, l'idea che il giudice non deve criticare "né in pubblico né in sentenza" le leggi votate dal Parlamento in nome di una sua lettura della Carta fondamentale; dall'altro, la problematica della possibile occupazione della Corte costituzionale secondo un disegno politico di maggioranza, sì da condizionare la sua azione e la sua giurisprudenza in una direzione "maggioritaria".

Già nella prima posizione è contenuto un attacco diretto al modello costituzionale: la sua riduzione a regola "disponibile" politicamente da parte della volontà della maggioranza.

Solo una concezione maggioritaria della giurisprudenza e della cultura costituzionale può permettersi di prefigurare un magistrato che debba prioritariamente sottomettersi alla legge del Parlamento prima che a quella della Costituzione. L'idea è che

spetta alla “politica”, vale a dire innanzitutto ai partiti della maggioranza, condizionare e orientare il pensiero giuridico, sia esso quello dei magistrati ordinari, sia quello da sottintendere ai testi costituzionali, almeno nelle questioni più scottanti e attuali che la “democrazia maggioritaria” è stata legittimata a dirimere dal voto elettorale.

Il giudice, invece, ha un mandato diretto a essere soggetto anche alla legge superiore nella tutela dei diritti fondamentali.

Il livello dello scontro è, dunque, tra una visione politico-maggioritaria della Carta fondamentale e una sua concezione sovralegislativa classica. Una visione politico-maggioritaria, che sembra essere vicina a modelli americani di politicizzazione della scelta dei giudici, intende dominare, o ammettere come legittimamente condizionabile, la formazione e l’orientamento della Corte ben oltre l’equilibrio nella sua composizione, realizzato con sapienza dai Costituenti attraverso il meccanismo di cui all’art. 135 Cost.

Nella vita ordinaria del diritto non ci sono lacerazioni politiche e richieste di prese di posizione: il magistrato resta organo che applica le leggi. Eppure, non sono isolati o insignificanti i casi di un impegno diretto nella lotta per un diritto migliore. Giuste o sbagliate che siano le posizioni “progressiste” assunte, sono questi i casi che occupano la polemica in corso.

4. La nuova imparzialità

C’è peraltro anche un livello giuridico-costituzionale del neo-tecnicismo, che riguarda proprio il costume giudiziario.

La nuova “imparzialità” sostenuta dai neoconservatori è un attacco diretto al modello costituzionale, non solo originario, ma vigente.

Non è certo ammesso che il magistrato professi posizioni di partito o di chiesa nei provvedimenti, né è opportuno che ostenti in pubblico le sue legittime opzioni di fede politica o di critica delle leggi in forme di contestazione violenta o aggressiva.

È questo un limite “naturale” alla posizione istituzionale del magistrato. Ben altro è in discussione, sotto l’apparente conferma dei vincoli ora ricordati. L’interprete giudicante non può “fare politica”, perché non gli è neppure assicurata la dimensione giuridico-costituzionale della critica del diritto implicita

nel controllo di legittimità delle leggi ordinarie. Non dovrebbe neppure arrischiarsi in una interpretazione conforme, rivendicata oggi dai vertici delle magistrature e concessa con molte limitazioni ai giudici di merito. Eppure si tratta di una “politica dell’interpretazione”, intrinseca all’ermeneutica giuridica post-costituzionale, senza la quale in diritto penale saremmo ancora al codice Rocco.

D’altro canto, l’attenzione della politica dei partiti si rivolge perfino alla vita privata del magistrato, per sindacare la sua posizione non allineata. Sono schemi da Stato di polizia, inusitati e impensabili fino all’altro ieri. Esattamente per questo viene vista come disfunzionale al ruolo giudicante una critica costituzionale delle leggi. È imparziale e terzo il magistrato acritico ed esecutore.

Noi sappiamo, invece, che la Costituzione *vigente* impone un modello di interprete critico, educato a una rilettura costituzionalmente orientata delle leggi attraverso i diritti fondamentali, da qualunque maggioranza governativa provengano: è questa l’educazione a un *controllo* di costituzionalità diffuso, anche se rimane accentrato il *giudizio* di illegittimità. Si tratta di un modello che ha estensione europea, essendo imposto anche un dovere di lettura delle leggi conforme al diritto Ue e Cedu.

Discostarsene implicherebbe una manovra di restaurazione giudiziaria. La nostra preoccupazione è che non si tratti dell’eccesso contingente del movimento di riforma dei poteri “smisurati” delle procure della Repubblica, come li ha definiti il Ministro della giustizia, ma di un disegno revanscista più ampio e sistematico: un neo-tecnicismo acritico e burocrattizzato. Sarebbe esattamente un modello antitetico a tutto l’approccio costituzionalistico al diritto penale sviluppatosi in Italia sin dagli anni settanta del secolo scorso. Il che esige una attenta riflessione.

Non credo che la restaurazione qui descritta, ma ancora in fase di attuazione cangiante, abbia una dignità culturale capace di resistere al modello della Costituzione vigente. Sono tuttavia persuaso che occorra vigilare e resistere a questi indirizzi, la cui modestia culturale conserva il fascino dell’utilità a logiche di puro dominio.

Una destra liberale non dovrebbe restarne avvinta, ma questa aggettivazione, come molte altre, del resto, rimane ambigua o contraddittoria nel confronto tra lessico e prassi.

Imparzialità o normalizzazione?

di Geminello Preterossi

L'indiscutibile ricerca dell'imparzialità, per quanto riguarda la magistratura, non può giustificare un esercizio omissivo del controllo di legalità. La magistratura batta un colpo, quando la democrazia è in pericolo (e il caso più insidioso è quando è sfidata dall'interno delle istituzioni), poi dovrà essere la vigilanza democratica di tutti a fornire le necessarie risposte politiche. Un rilancio, all'altezza del presente, del progetto etico-politico della nostra Costituzione dovrebbe vedere partecipe anche la magistratura.

1. Il concetto di imparzialità rinvia a quello di neutralità: i loro significati appaiono, in generale, come abbastanza ovvi (chi giudica, e il contenuto del giudicato, non possono essere di parte). Ma cosa significa ciò, nel profondo? Superiorità rispetto alle parti? Fuga dal contenuto per ripararsi nell'astrazione formale? Ignorare presupposti, contenuti, implicazioni di quanto si giudica? Non rischia di delineare, una tale declinazione dell'imparzialità, una connotazione di neutralità apparentemente pura, ma in realtà ambigua, perché si spinge fino all'indifferenza rispetto all'oggetto e al contesto? Ed è davvero così "neutrale" un atteggiamento del genere? La lotta contro il formalismo (non la "forma"!)) si è nutrita, nella fase politicamente espansiva del costituzionalismo democratico, di precise ragioni di politica del diritto, *in primis* della necessità di operare un disvelamento del carattere ideologico e strumentale di un uso politico della neutralità volto a sterilizzare le implicazioni dei principi costituzionali e dell'irruzione del fatto, della materialità sociale nell'ordinamento (*cf.* art. 3 Cost., comma 2). Sotto il velo della neutralità può nascondersi la refrattarietà di un ordine sociale gerarchico alla piena compenetrazione tra costituzionalismo democratico e giurisdizione.

2. Qual è il rapporto tra imparzialità e neutralità? La neutralità è una caratteristica richiesta a determi-

nate decisioni, che pertiene ai loro contenuti normativi; ma "neutri" devono essere, o poter essere considerati, anche i "poteri" chiamati a prenderle. Neutralità come non politicità, potremmo dire. O perlomeno come non compromissione con punti di vista particolari, polemici, legittimi nell'arena della società civile e nella dialettica democratica, ma non congrui nell'ambito di esercizio di determinate funzioni istituzionali, chiamate a risolvere questioni, o a decidere casi (come nel caso della giurisdizione), in una modalità il più possibile scevra da partigianerie, aderendo solo a quanto le forme giuridiche e l'interesse comune prescrivono¹. L'imparzialità rimanda più direttamente ai "soggetti", all'atteggiamento e persino ai tratti di personalità che sono richiesti da una peculiare posizione di terzietà. "Imparziale" significa terzo, impermeabile rispetto alla pressione degli interessi, alle istanze e ai punti di vista di parte: presuppone un dispositivo di immunizzazione del decisore. "Neutrale" sembra indicare prevalentemente una sorta di indifferenza (nella misura del possibile), di non coinvolgimento rispetto al particolarismo di determinati contenuti. Ma è evidente che entrambi i termini-concetto rinviano a un'area semantica comune e sono, pertanto, affini. Ma quella neutralità quale "quasi indifferenza" come va intesa, più nel dettaglio?

Come si accennava, certo non nel senso di un'indifferenza "assoluta" rispetto al merito delle questioni,

1. Sulla strutturale, tragica complessità della funzione giudicante, *cf.* il recente saggio di A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Milano, 2023.

vuoto contenutistico e assiologico coperto dall'ossequio alla procedura. La "forma", volta a garantire una posizione strutturale di superiorità rispetto alle parti da cui deriverebbero certezza del diritto e garanzia dei diritti dei convenuti, assicurate dalla ritualizzazione procedurale agganciata piramidalmente al "terzo", non è funzionale alla fuga dal contenuto sociale, ma a garantire un modo di trattarlo "istituzionalizzato", che si struttura a livelli diversi di politicità o di garanzia procedurale. Tale complessa articolazione tra forma, rito e verticalità, che è premessa della costruzione dello Stato di diritto, con le sue garanzie di certezza sanzionatoria *erga omnes*, presuppone il paradigma dell'istituzionalizzazione statalistica moderna, la cui assenza in chiave monopolistica (Stato mondiale) sull'arena internazionale spiega il suo carattere anarchico, che rende non credibile, *rebus sic stantibus*, l'ipotesi di una piena giuridificazione delle relazioni internazionali nella forma della *civitas maxima*.

Ancora: tale forma di terzietà implica un atteggiamento notarile, passivo, che si limita a prendere atto, oppure una neutralità attiva, una certa dinamica ricerca di soluzioni neutre? Questa domanda vale per l'attività della magistratura ordinaria, ma ancora di più per quel peculiare organo giudicante, a cavallo tra diritto e politica, che è la Corte costituzionale, nonché per il ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica. Nella misura in cui la neutralità di cui stiamo parlando deve portare a una decisione, e non impedirla, si ha qui un senso positivo, e in qualche modo attivo, della nozione di "potere neutro".

Carl Schmitt ha distinto, con la consueta, tagliente acutezza, tra varie tipologie di neutralità², individuando due grandi aree semantiche: una negativa (che impedisce la decisione), l'altra positiva (che ad essa conduce). Nell'ambito di quest'ultima, si segnalano: la neutralità nel senso dell'obiettività e della concretezza sulla base di una norma riconosciuta. Fin dal lavoro giovanile *Gesetz und Urteil*, Schmitt, pur individuando chiaramente l'elemento discrezionale implicito nel momento decidente, realizzativo del diritto nel caso concreto, ha individuato nel vincolo alla norma il tratto caratteristico della decisione giurisdizionale: una visione realistica ma in fondo tradizionale, che tenda a separare chiaramente giurisdizione e politica, decisione giudiziaria e decisione sull'eccezione (il motivo fondamentale per il quale non è opportuno, a suo giudizio, che a custodire la costituzione sia una corte, per quanto di specie particolare); la neutralità come esternità (ad esempio, dello straniero che esercita una funzione di protettorato), che assicura il

massimo dell'estraneità ai conflitti interni, e quindi di terzietà "strutturale".

Il perfetto "neutrale" in tale senso è Ponzio Pilato. Ma "lavarsene le mani" può comportare la più grande delle ingiustizie, tanto che l'attitudine pilatesca è divenuta un paradigma non di neutralità efficace, ma di rinuncia e, in sostanza, fallimento del potere rispetto a una questione di giustizia non sterilizzabile attraverso una neutralizzazione estrinseca. Gli altri due significati di neutralità attiva si collocano ai due antipodi del "tecnico" (che decide neutralmente sulla base di una competenza) e della "decisione statale", la cui natura è politico-istituzionale, perciò interventista, ma neutrale rispetto agli interessi frazionali, per garantire e promuovere l'unità dello Stato, neutralizzando contrasti interni distruttivi. Hegelianamente, facendo un passo oltre Schmitt, tale passaggio può costituire non solo una relativizzazione via forza, che si impone plebiscitariamente, ma anche un superamento contenutistico, che individua una soluzione superiore ed effettivamente generale. In ogni caso, stiamo parlando del potere "neutro" di un'istanza apicale terza, politica ma non partigiana, come il Capo dello Stato, la cui neutralità non è meramente notarile, perché implica un'attività moderatrice e di impulso autorevole, a tutela dell'indirizzo fondamentale dell'unità politico-costituzionale. Ma dove si colloca la distinzione tra indirizzo e moderazione, decisione politica e impulso ad agire convergendo con la volontà del Presidente? Si può individuare e difendere tale limite, purché il potere neutro non pretenda di arrogarsi il potere di indirizzo politico, sostituendosi alla rappresentanza in generale e alla maggioranza di governo in particolare, ponendo veti di natura politica e proponendosi come punto di riferimento di una sorta di maggioranza "presidenziale" o di "partito del Presidente". Si tratta, in ogni caso, di un equilibrio delicatissimo, soprattutto quando sono in gioco questioni controverse e il sistema politico-istituzionale vive fasi di travaglio e instabilità.

3. Per quanto riguarda il tratto soggettivo implicato dalla posizione di imparzialità del giudice, è evidente che vi sono elementi psicologici e formativi che contribuiscono a forgiarla. L'imparzialità è cioè anche un problema di cultura e di indole della persona che si trova investita di una funzione giudicante. Ciò vuol dire che, ai fini della selezione per attribuire tale delicato ruolo, non sarebbe male riuscire a tener conto di tali tratti, e soprattutto che si tornasse a valorizzare una formazione culturale complessa (e non

2. Cfr. C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 191.

meramente tecnicistica, parcellizzata e nozionistica) per formare, scegliere, valutare e promuovere i magistrati. Tanto l'inquirente quanto il giudicante devono saper giudicare, valutare, ponderare, vedere i nessi, ciò che significa collocare in un contesto complesso, che deve essere decifrato, e inserire questa cognizione articolata, profonda del caso nella trama, il più possibile obiettivamente ricostruita, degli enunciati normativi. Un lavoro che implica solida cultura umanistica, storica e filosofica alle spalle, consapevolezza della natura teoretico-pratica della giurisprudenza (un sapere che si fa prassi, che guida la prassi e ha un'incidenza diretta nella vita delle persone, e proprio perciò ha bisogno di quadri teorico-critici solidi), coscienza della funzione sociale della scienza del diritto e dell'impatto storico-politico delle sue scelte. Il sistema giuridico, che pure ambisce alla neutralità (o a un certo suo grado), con le decisioni che è chiamato ad assumere inevitabilmente sancisce o sposta rapporti di forza, legittima o sanziona, interviene nella realtà sociale, nel mondo umano, cioè prodotto dagli uomini a partire da se stessi, dalla loro volontà, introducendovi qualcosa di nuovo, determinando un effetto non spontaneo. Una nozione molto vicina a quella di «seconda natura» di cui ragionava Hegel nel § 4 dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, quale «terreno dello spirituale» che è, significativamente, il medesimo terreno del *Recht*, inteso in senso ampio, come «idea del diritto» che si traduce in *ethos*, storia, *Verfassung*, non come mero dato legalistico.

Le cose stanno diversamente nel caso del civile (soprattutto quando sono in gioco questioni bioetiche, come si è detto), e anche del costituzionale, soprattutto se è chiamato a intervenire su situazioni non normate dal legislatore. In questi casi, la considerazione ermeneuticamente espansiva del giudizio, la sua funzione di raccordo tra istanze sociali e sistema istituzionale, la conseguente valorizzazione della piena cognizione dei contesti sociali e delle spinte a “dire il diritto” che in esso si manifestano, conducono alla legittimazione di un vero e proprio creazionismo giudiziario giustificato in nome del *non liquet*³. Siamo proprio così sicuri che, se si palesa un'istanza rivendicativa, automaticamente il giudice sia chiamato a rispondere, e tendenzialmente in chiave di espansione della sfera dei diritti, anche in assenza di intervento legislativo, ciò che rischia di mettere in questione quell'autonomia della scelta che appartiene precisamente all'indirizzo politico? Insomma, il fatto che il legislatore non intervenga sarà pure legato a pigrizia, mancanza di coraggio, e soprattutto alla difficoltà di individuare compromessi alti in Parla-

mento sulla scia di un dibattito aperto e approfondito (come invece accadeva negli anni settanta e ancora, in parte, negli anni ottanta), ma resta un dato di fatto obiettivamente “selettivo” di interessi e istanze valoriali che, sia frutto di una *impasse* o di una scelta consapevole, costituisce un limite politico-democratico insormontabile.

Abbiamo dunque una sorta di sistema idraulico-compensativo: al crescere dell'interventismo in tema di nuovi diritti, bioetica, etc., non solo corrisponde una normalizzazione del penale, ma si accompagna una crescente cautela sui temi sociali (sanità, scuola, lavoro, previdenza e assistenza, dove nell'ultimo trentennio, e in particolare dalla crisi del 2008, è accaduto di tutto, in direzione demolitiva). A naso, precisamente quello che l'*establishment* neoliberale auspicava: espansionismo dei diritti in chiave individualistica, contrazione di quelli sociali e collettivi, ridimensionamento del controllo di legalità, soprattutto in merito all'intreccio tra finanza, poteri criminali e poteri pubblici, e ai grandi affari che tale triangolazione gestisce su scala globale (traffico di armi e droga, trattamento illegale di rifiuti tossici, appalti legati a grandi eventi e grandi opere, il tutto convogliato in vettori finanziari con funzioni di ripulitura e speculazione, etc.). C'è da chiedersi, amaramente, se sia lo stesso disegno inscritto nella Costituzione. Ma anche da un punto di vista strettamente teorico-giuridico, siamo proprio sicuri che quella neutralità ostentata e irrigidita del penale sia così neutra e garantistica, o non nasconda un'opzione a favore di equilibri indicibili, da *arcana imperii*, che evidentemente si ritiene debbano essere sottratti, anche in uno Stato costituzionale, al controllo di legalità, e un intento rieducativo, minatorio verso magistrati che non si sono ancora rassegnati alla palude, e non si concepiscono come meri burocrati (o “*manager*” che devono assicurare mera efficienza quantitativa bagattellare, rassicurante e innocua)?

Magistrati del genere sono destinati ad applicare il principio di legalità (che è anche costituzionale e non solo legislativo, ricordiamolo) solo entro la soglia – che, evidentemente, secondo certe tendenze normalizzanti, dovrebbe essere interiorizzata fino a divenire un *habitus* psicologico – della criminalità organizzata, pensata come corpo rigidamente separato dai poteri formalmente legali: un corpo composto soprattutto da manovalanza, esibibile quando necessario al cittadino che chiede sicurezza per rassicurarlo, e da “colonnelli” e capi, questi ultimi sacrificabili solo quando inevitabile, se non più protetti da “apparati” pronti a garantirne la latitanza, sulla base di cinici accordi di convivenza e calcoli il cui prezzo è una scia

3. Sul tema, si vedano le lucide osservazioni di M. Luciani nel suo recente *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023.

di assassini e il proseguimento indisturbato delle loro attività direttivo-criminali. Il tutto mentre colletti bianchi e poteri costituiti collusi dovrebbero essere il più possibile immunizzati, protetti dalle interferenze della sfera penale: è questo il garantismo che si ha in mente, quando si parla di “giustizia giusta”? Chi potrebbe essere contro un processo “giusto” (in un certo senso, una qualificazione superflua, tautologica, perché un processo in un ordinamento che pretende di essere “costituzionale” non può certo essere ingiusto)? Il problema è la retorica garantista, assai pelosa, che serve a proteggere classi di cittadini sulla base della loro appartenenza sociale e del loro rapporto di intrinseca colleganza a certi poteri. Ovvero, la negazione anche sul terreno penale dello Stato sociale democratico, così come delineato dagli artt. 1 e 3 della nostra Costituzione. Le implicazioni in termini di politica giudiziaria sono conseguenti: di fronte ai grandi fatti che hanno segnato la storia della Repubblica, i quali obiettivamente rivestono una grande valenza politica, ci si deve arrestare.

4. A volte, guardandosi intorno, vedendo certe speculazioni edilizie, o ragionando su certi fatti di cronaca amministrativa, politica, istituzionale, o leggendo di determinate vicende finanziarie, confesso che mi è sorta spontanea la domanda: ma la magistratura che fa? Una domanda che anni fa era meno frequente, e comunque non riguardava il complesso della magistratura come potere tra i poteri. Basti pensare all'esempio del contrasto al consumo abusivo del territorio, e ricordarci il fondamentale ruolo svolto da certe inchieste, anche con il sostegno di un'opinione pubblica più attenta o forse meno rassegnata, e sulla spinta di un associazionismo attivo e intelligente, che si mobilitava a tutela del patrimonio artistico e ambientale (una spinta civile che portò, tra l'altro, all'approvazione della “legge Galasso”). Oggi spesso, girando per le nostre città, pare di assistere a delle notizie di reato a cielo aperto, se solo si hanno occhi per vedere. Spero che la maggioranza dei magistrati non pensi che è meglio inabissarsi in un rassicurante tran tran, magari coperto da un cieco efficientismo senza qualità. Esistono molte eccezioni a questo tran tran, per fortuna, ma non paiono in sintonia con lo spirito del tempo che si vuole imporre, in generale. Intendiamoci, la palude c'è sempre stata, anche ai tempi dei pretori d'assalto, o della lotta al terrorismo, alla mafia, al malaffare. Ma nella magistratura come nella società civile esisteva, palesemente, una dialettica viva, e il coraggio dell'iniziativa, che non fa girare la testa dall'altra parte. La scelta di tornare a potenziare il potere dei capi degli uffici ha forse inciso su tale attitudine? O è un problema anche di cultura, di mentalità generale, di rassegnazione di fronte a chiari

messaggi che sono arrivati, dopo la stagione di attivismo giudiziario, che naturalmente ha avuto anche le sue ambivalenze e i suoi eccessi? Forse, conseguiti determinati risultati politici, quella stagione doveva chiudersi? Non sarà che, siccome alcuni di quelli che allora erano all'opposizione – tanto in politica quanto nella magistratura – ora sono *establishment*, si è determinata una nuova saldatura che muove dal vertice e arriva in basso, nel senso della normalizzazione?

Personalmente ho sempre ritenuto che pensare di poter risolvere problemi politici generali per via giudiziaria fosse illusorio. Ma non ho mai avuto dubbi sul fatto che l'autonomia che ha consentito a Falcone, Borsellino, Caponnetto, Chinnici, Galli, Alessandrini, etc. di fare fino in fondo il proprio dovere fosse un valore preziosissimo, che implicava non un ruolo politico di parte, o corporativo, che sarebbe stato censurabile, ma una funzione di presidio civile che la magistratura in uno Stato democratico non può non svolgere, soprattutto a fronte di fenomeni politico-criminali di inaudita gravità. Oggi, ma è da tempo così, nella costruzione del discorso pubblico, si tende a monumentalizzare questi esempi, ma per archivarli e seguire ben altre strade. Forse non è un caso che i nomi che ho fatto, che rappresentano una certa tipologia di magistrato, erano soli, cioè privi di protezioni politiche e corporative, già allora. Esauritasi la delega cinicamente conferita loro da uno Stato che non era in grado di difendersi (dal terrorismo come dalla mafia), sono stati disinnescati. Forse non è un caso se oggi, a fronte di risultanze processuali, del lavoro di commissioni parlamentari, di dichiarazioni (anche recenti) dalla evidente rilevanza di esponenti delle istituzioni e degli apparati di sicurezza, di testimonianze dalla portata dirompente prima non disponibili, insomma di elementi significativi e obiettivamente nuovi che riguardano vicende fondamentali che hanno segnato la nostra storia e sulle quali, palesemente, non tutto è stato chiarito (per utilizzare un eufemismo), la scelta sia quella dell'imbarazzato silenzio e dell'immobilismo. Basta nominare i delitti Moro e Pasolini, e la vicenda di Emanuela Orlandi (ma a naso ci sarebbe molto da approfondire su molti altri fatti eclatanti che hanno segnato la lunga strategia della tensione italiana, che giunge fino alle stragi del 1992/93, e sulla striscia di sangue che segue il caso Moro, presumibilmente funzionale a cementare la falsa verità “contrattata” che è stata ammannita agli italiani per anni, e che da tempo palesemente non regge più: infatti, sia detto per inciso, gli ex-terroristi a lungo ciarlieri in passato si sono fatti singolarmente silenti). Il fatto che siano già stati celebrati dei processi non è sufficiente a stendere una coltre di silenzio definitiva, che rischia di essere omertosa. A fronte di rilevanti elementi di novità, e di delitti efferati che non vanno

certo in prescrizione, di vicende gravissime che hanno inciso sulla storia e la coscienza del Paese, come si può rimanere inerti? È vero che una risposta piena potrà venire solo da una scelta di verità della politica, delle istituzioni (ad esempio, sull'immane depistaggio su Borsellino, un'enorità *accertata* con cui chiaramente non si vuole fare i conti). Ma la pervicace volontà di rinserrarsi in *arcana imperii* che non sono certo compatibili con lo Stato costituzionale va subita senza reagire? Non si può che aderire a questa logica da *bunker* assediato, da presidiare a dispetto delle opacità, che è una delle ragioni che impedisce un discorso di verità sul Paese, sulla sostituzione del vincolo esterno al vincolo interno (cioè al patto con noi stessi), sul fallimento dell'ultimo trentennio? Farlo non sarebbe solo connivenza e viltà. Sarebbe rinuncia a esistere politicamente, rassegnazione a una democrazia di mera facciata.

Davvero certe "verità processuali", che ormai fanno acqua da tutte le parti, devono rimanere sigillate per sempre? Davvero pensiamo sia possibile sancire una separazione (non una distinzione) tra verità giudiziaria e verità storica tale che la prima sia del tutto sganciata dalla realtà storica, e quest'ultima ricondotta a un mero genere letterario, a una narrazione come un'altra, che ognuno sceglie sulla base di preferenze o convincimenti soggettivi, che non hanno alcuna portata realistica? Invece l'effettività esiste: il diritto come ordinamento si fonda nel suo complesso su di essa (Kelsen *docet*), la storia come *Wirklichkeit*, realtà effettuale, non è un raccontino istituzionalmente irrilevante da esibire in un *talk show*, in competizione con altre "maschere", così da alimentare una generale, evidentemente funzionale confusione. È chiaro che gli strumenti della storiografia e dell'analisi politico-istituzionale da una parte, e quelli dell'accertamento giurisdizionale dei fatti dall'altra, sono diversi (anche se il paragone tra storico e giudice è un classico), ma l'oggetto è lo stesso. Se i processi non hanno più a che fare con la realtà storica e politica, di cosa parlano, a cosa servono? Per difendere se stessi, per non dare fastidio alle istituzioni? Non ci si rende conto dell'immane caduta di credibilità che questo atteggiamento di rumoroso silenzio, di passiva indifferenza, di indispettita, talvolta isterica negazione aprioristica della necessità di approfondimento produce nella cittadinanza? La fuga dalla ricerca della verità rischia di enfatizzare un senso soffocante di opacità, che genera sfiducia e defezione dalla democrazia. Tutto ciò a me pare fare *pendant* con l'idea che non sia possibile alcuna alternativa, che l'agenda politica e socio-economica sia preconstituita dal "pilota automatico", tanto che partecipare, impegnarsi, persino votare sembra sempre più inutile a vasti strati della cittadinanza, in

particolare tra quei ceti popolari che maggiormente si sentono tagliati fuori.

Il rapporto tra giurisdizione e storia è sempre stato al contempo stretto e problematico (anche perché, di fatto, implica il nesso giustizia-politica). Ma una cosa è ribadire la necessaria distinzione tra l'accertabile con irrefutabile certezza in un contesto processuale penale (dove è richiesta una sorta di prova aggiuntiva di realtà, composta al contempo dell'oggettività inequivoca dell'azione e della sua piena riferibilità al soggetto in questione), e una verità storico-politica, che si fonda sì su elementi di fatto, documentali, oltre che su interpretazioni, tali da configurare un credibile contesto di condotte reali, il cui statuto non assurge però necessariamente al livello "penale". Altra cosa è sostenere che le due strade siano così rigidamente separate, da scindere la stessa effettualità, e le relative condotte in essa operanti, in qualche modo sdoppiandola in una fattispecie storico-narrativa (di cui il diritto dovrebbe disinteressarsi) e in una penal-garantistica (che dovrebbe disinteressarsi della sostanza storico-politica della comunità di riferimento, così come del contesto e delle circostanze relativi ai fatti sottoposti a esame giurisdizionale). Portata all'estremo, tale tesi significherebbe che quella storica è mera *fiction*, che non riguarda né esibisce fatti: un esito post-modernista, che perde di vista il riferimento razionale alla realtà. Sull'altro lato, quello della verità giudiziaria, il rischio è pure la perdita della realtà, della sua complessità, oltre che della funzione di rammendo sociale cui il potere giudiziario è chiamato a contribuire, in nome qui di uno sminuzzamento formalistico dei fatti e di una frantumazione acritica dei contesti, di un interdetto a tener conto di quella complessità e a ricostruirla, che conduce la giurisdizione a un'ottusa afasia su fatti rilevanti, a ignorare e rimuovere la realtà storica di una collettività organizzata e dei suoi attori. L'esito di quest'altro eccesso ermeneutico che può derivare da un approccio di rigida separazione formalistica tra storia e giurisdizione (che vale sempre, o solo per il penale?) può condurre a una forzatura altrettanto pericolosa, per il sistema giudiziario, di quella implicita nella politicizzazione della giurisdizione (non quella oggettiva, cioè frutto della natura politica dell'oggetto in questione, che è in qualche modo inevitabile, perché insita nella "materia" del caso, ma quella soggettiva, dovuta a un'azione giudiziaria non serena perché non indipendente): la forzatura per cui la problematicità della qualificazione giuridico-penalistica dei fatti sarebbe tale, implicando *standard* specifici assai alti, da richiedere l'eliminazione di fatti accertati e rilevanti dalla stessa ricostruzione giudiziaria, se non immediatamente e aprioristicamente qualificabili

penalmente. Che è come dire che i magistrati (inquirenti e giudicanti) non devono farsi troppe domande e devono espungere tutto ciò che complica il quadro, evitando di sporgersi sulla dimensione storica ed etico-politica; soprattutto, che non devono cercare di rispondere a certe domande, che assillano la coscienza civile di un Paese. Ma una sentenza non può, per un malinteso garantismo formalista, abolire i fatti, fare come se non fossero esistiti, tanto più quando sono storicamente, socialmente, istituzionalmente eclatanti. Sarebbe negazionismo storico-politico per via giudiziaria: un approccio per nulla neutro. Salvo ritenere che compito della magistratura, e soprattutto dei suoi vertici, non sia solo quello di garantire un controllo formale di legittimità e di svolgere una funzione armonizzante di natura nomofilattica, ma anche quello di preservare determinati equilibri da *arcana imperii*. Ma di quale Stato, poi? Non certo di quello costituzionale e democratico. Una Suprema Corte che si ponesse, anche solo in determinati casi “eccezionali”, come il velo giudiziario del “volto di Gorgone” (sempre Kelsen) di un potere legittimato dalla ragion di Stato, enterebbe in rotta di collisione con lo Stato costituzionale “preso sul serio”.

Non si creda di cavarsela affermando che di certe cose se ne deve occupare la storia, come si trattasse di mere narrazioni ideologiche o di *querelles* storiografiche relative ai Sumeri. Non si tratta qui archeologia, ma di storia viva e sanguinante. Certo, ribadiamo, occorrerebbe un’assunzione di responsabilità da parte delle istituzioni politiche. Ma nell’Italia fondata sul sacrificio umano di Aldo Moro, usato come capro espiatorio, esibito come “colpevole”, pavido ed egoista, durante il sequestro (somma ingiustizia, mostruosa, i cui autori sono incusabili) e poi santificato come vittima, nell’Italia che replica lo stesso schema sacrificale con Falcone e Borsellino, e che si ritrova poi a scegliere di sostituire al vincolo interno, cioè alla Costituzione repubblicana, il vincolo esterno (che ci ha messo nelle mani di “disciplinatori” orientati ai propri interessi, affossandoci), nell’Italia che non è in grado di fare un discorso di verità con se stessa sulla sua storia repubblicana, e di fare i conti con il fallimento della strategia “tecnocratica” imposta nell’ultimo trentennio, è difficile immaginare un sussulto di coraggio e dignità. Eppure solo questo scatto, che speriamo possa compiersi un giorno per una spinta incontenibile dal basso, e che trovi anche una nuova classe dirigente adeguata, in grado di raccogliarlo, potrebbe far entrare nelle finestre di certi Palazzi un’aria più pura, disperdendo il “puzzo” del compromesso regressivo che stiamo vivendo. Solo se saremo in grado di ritrovare con realismo, o forse addirittura di ricostruire da capo, la strada ardua che

conduce fuori da questo guado, ritroveremo “la bellezza del fresco profumo della libertà”. Certo, bisogna sapere che oggi è tutto più difficile, rispetto alla stagione costituente, perché allora c’era un’energia etico-culturale poderosa che aspettava solo di dispiegarsi, mentre oggi la natura anarchica e opaca del potere globale dell’Occidente si è dispiegata in tutta la sua potenza nichilistica e impotente, fiaccandoci, consegnandoci all’apatia.

5. Personalmente ritengo sia giusto circoscrivere le potenzialità del diritto, soprattutto penale, riconoscere i limiti. È saggio non pretendere di risolvere i problemi di sistema di un ordinamento per via giudiziaria. Ma esiste una questione generale di legittimazione, di politica del diritto in generale e di politica giudiziaria in particolare, che non può essere scansata, soprattutto in una democrazia moderna, che vive di una fondazione dal basso, cioè di un riconoscimento minimale diffuso da parte dei consociati. La ricerca dell’imparzialità, in sé giustissima (anche come attitudine psicologica, come *ethos* personale), non può giustificare un esercizio omissivo del controllo di legalità. Insomma, l’imparzialità non può essere una copertura d’altre operazioni (anche perché così si delegittima l’imparzialità stessa, come *telos*). Scansare lo sguardo da quanto ci turba non ne elimina la pericolosità. E se lo si fa con convinzione e compiacimento c’è qualcosa di opaco dietro il velo di questa presunta, ostentata neutralità. La magistratura batta un colpo, quando la democrazia è in pericolo (e il caso più insidioso è quando è sfidata dall’interno delle istituzioni), poi dovrà essere la vigilanza democratica di tutti a fornire le necessarie risposte politiche.

Destoricizzazione della cultura (anche giuridica), spoliticizzazione delle istituzioni e della società, naturalizzazione dell’economia sono dispositivi ideologici tipicamente neoliberali, cioè di quella peculiare ideologia che nega se stessa, la propria polemicità, e pretende di essere l’ultima visione dell’umanità pacificata, dominante da più di un trentennio. Una visione totalizzante che ha prodotto anomia globale e un vero e proprio processo di decivilizzazione politica, culturale e persino estetica dell’Occidente. Aderire acriticamente a una concezione della giurisdizione assimilabile a tali impostazioni significa consegnarsi, come giuristi (teorici e operatori del diritto) alla visione del mondo dei poteri forti globali, la cui natura non è certo democratica né costituzionale, ma finanziaria, tecnocratica e repressivo-militare: essi configurano obiettivamente un assetto reazionario anti-politico, magari alla bisogna travestito da perbenismo *woke*, da pseudo-progressismo globalista e da umanitarismo strumentale e bellicista.

In un quadro del genere, ritengo non casuale che si tenda a riesumare visioni di presunta neutralità e apoliticità, di fatto astoriche e profondamente ideologiche, nella misura in cui spacciano come neutrale ciò che non è. Uno strumento privilegiato per difendere legalmente l'ordine costituito dei privilegi, del diritto del più forte, è sempre stato infatti quello di nascondersi dietro astrattezza, tecnicità e formalità. Questa consapevolezza non è certo appannaggio dei soli marxisti, ma anche di storici non formalisti che hanno compreso appieno la natura materiale dello Stato costituzionale del secondo Novecento, che è la forma d'ordine pluralista, inclusiva e partecipativa dello Stato delle masse (altrimenti condannato alla nazionalizzazione passiva delle masse medesime nelle forme dei regimi autoritari di matrice "fascista"). Mi riferisco in particolare alla scuola fiorentina fondata da Paolo Grossi, e in particolare, per quello che riguarda l'ambito costituzionale, a Maurizio Fioravanti. Attualmente quell'ordine costituito dei privilegi è rappresentato, *in primis*, dalla nuova costituzione economica di Maastricht, che

si è sovrapposta a quella lavorista e partecipativa stabilita, come progetto da realizzare, nella nostra Costituzione del 1948, ed espressiva della costituzione materiale antifascista e socialmente avanzata che la sosteneva. Nell'ultimo ventennio il "popolo", per ben due volte, ha salvato la Costituzione, benché inattuata in molte parti, da interventi manipolatori, evidentemente in virtù di un'affezione istintiva e del sospetto che ci si volesse liberare anche della sua normatività formale, fattasi ingombrante in una fase di crisi egemonica del neoliberalismo ed emergenzialismo permanente, cui si è aggiunto oggi un vero e proprio neo-bellicismo. Si tratta di capire se questo "miracolo" sia replicabile nella temperie attuale, e soprattutto se sia possibile un passo ulteriore, cioè quello di riattivare un nuovo vincolo interno, un "noi" in grado di rilanciare, all'altezza del presente, il progetto etico-politico della Costituente. Anche per la magistratura, potersi riagganciare a tale energia trasformatrice insita nel patto costituzionale, contro la regressione contemporanea, sarebbe un balsamo vivificante.

Il dilemma del giudice che non deve produrre diritto, ma che non può non produrlo: il costituzionalismo e le ragioni di Creonte

di Ilenia Massa Pinto

L'avvento dello Stato costituzionale di diritto ha comportato una *trasformazione* nel conflitto tra politica e magistratura? Che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» significa senz'altro che devono *essere e apparire* imparziali, ossia che non devono avere *pre-giudizi*. Tuttavia, il confine tra un *pre-giudizio* e un'idea politico-morale che (può) trova(re) qualche appiglio testuale in documenti *costituzionali* (nazionali, sovranazionali e internazionali) è, date le caratteristiche di questi ultimi e dei diritti in essi coinvolti, assai labile. E infatti qui sta il punto: anche il diritto costituzionale deve essere interpretato. Se non si prende sul serio questa ovvia constatazione non si può uscire dal campo di battaglia, perché da qui discendono tutte le altre questioni, più o meno sensazionali e clamorose, che riempiono le cronache quotidiane.

1. «I giuristi fanno i conti da due secoli con un dilemma: un problema abbastanza complicato e importante da poter essere chiamato (...) *contraddizione fondamentale*. In due parole, si tratta di questo: da un lato, molti giuristi condividono (qualche versione de) la dottrina della separazione dei poteri, e in particolare la tesi che al giudice spetti solo applicare il diritto creato dal legislatore; dall'altro, gli stessi giuristi, o almeno gran parte di essi, condividono anche (qualche versione de) la teoria giusrealista dell'interpretazione, e specialmente la tesi che anche il giudice più fedele alla legge non possa, in qualche senso, non creare diritto. La *contraddizione fondamentale* che alberga nel cuore della cultura giuridica contemporanea consiste appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo»¹.

La questione del conflitto tra politica e magistratura si manifesta ciclicamente nel nostro Paese con sintomi diversi, a livelli diversi e con toni diversi. Di recente il conflitto si è riaperto in occasione della volontà, da parte della maggioranza in carica, di realizzare riforme preannunciate da tempo e accompagnate spesso da toni di revanscismo politico. Abuso d'ufficio, immigrazione, intercettazioni, custodia cautelare, separazione delle carriere, prescrizione, esternalizzazioni... sono solo alcuni dei più recenti campi di battaglia.

Le parole pronunciate il 25 gennaio scorso dal Vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura, Fabio Pinelli, in occasione della cerimonia per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario² – dirette alla ricerca della «fonte di legittimazione della fun-

1. M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su «*Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*» (Padova, 22-23 ottobre 2004), 1° gennaio 2005, p. 1 (www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/aic200410/barberis.pdf).

2. Intervento all'assemblea generale della Corte di cassazione, 25 gennaio 2024 (www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Intervento_Pinelli_inaugurazione_anno_giudiziario_2024.pdf).

zione giurisdizionale (...) in una moderna liberaldemocrazia del XXI secolo» attraverso «il superamento del principio della sottoposizione del giudice solo alla legge»³ – rivelano ambiguità (dal punto di vista della politica) e ipocrisia (dal punto di vista del diritto). Rispetto a questo secondo profilo, sorprende che espressioni di questo genere – che non esiterei a definire sovversive – possano ora scandalizzare i giuristi, specie costituzionalisti, che hanno da decenni contribuito alle dilaganti tendenze autodistruttive del sistema⁴ con atteggiamenti di vera e propria *idolatria costituzionale*, dove il riferimento alla Costituzione e al costituzionalismo, qualunque concetto possa veicolare oggi questa parola, si riduce spesso a un vago quanto logoro *mantra* che ci sta progressivamente allontanando da quel saggio timore che caratterizza gli «antichi», i quali «preferirono celare la scienza della giustizia nelle favole, piuttosto che lasciarla esposta alle dispute»⁵.

La *giustizia*, dunque. La positivizzazione di alcuni principi materiali di giustizia nei testi costituzionali non avrebbe dovuto necessariamente implicare – di per sé – ciò che invece è effettivamente accaduto, ossia «un mutamento del *metodo* della scienza giuridica», in Italia avviatosi tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, in non casuale coincidenza con la crisi del sistema politico. A partire da quel tornante storico «la *razionalità politica* che sino allora era stata assicurata dal confronto parlamentare tra partiti molto robusti e fortemente insediati va smarrendosi e si fa strada l'idea che si possa sostituirla

con una *razionalità costituzionale* non intermediata dalla legge, ma direttamente attinta dall'interprete della Costituzione, specie importando i paradigmi della filosofia dei valori. Di qui, al di là delle soggettive intenzioni di chi ha aperto la strada, si dipartono le ancillari idee che le norme a fattispecie abbiano un'utilità limitata; che il loro testo si possa comunque torcere e distorcere a piacimento, quel tanto che è richiesto dal valore costituzionale di volta in volta da inverare; che la soluzione delle controversie giuridiche debba essere più «giusta» (corrispondente al valore) che «corretta» (corrispondente alla legge); che per perseguire questo obiettivo si debba seguire in forma estrema il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione»⁶. Questi esiti non sarebbero stati tuttavia necessariamente obbligatori. Tutt'altro: «lo Stato costituzionale di diritto, pur non costituendone la «semplice» e «naturale» evoluzione, nasce pur sempre dallo Stato di diritto e ne eredita la maggior parte degli istituti e delle istituzioni. Più in particolare, la legalità costituzionale non si sostituisce, ma si sovrappone, alla legalità legale, con la quale deve dunque convivere»⁷. L'esausto ritornello che va ripetendo la denuncia della marginalizzazione dei Parlamenti rivela oggi un atteggiamento schizofrenico, specie da parte dei costituzionalisti: la crisi della legge, della rappresentanza, del Parlamento e della politica – di cui tanto soffriamo da decenni – sono anche la conseguenza di un non adeguato sostegno, da parte della dottrina, al loro difficilissimo dover essere. Decenni di retoriche favorevoli a una via tutta impolitica nella

3. *Ivi*, p. 2.

4. Sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Il costituzionalismo è vittima o carnefice delle attuali tendenze autodistruttive del sistema? Primi pensieri intorno all'eclissi del dualismo tra principio di causalità e principio d'imputazione*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2021, pp. 1-15 (www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/Fasc3-2021-1.-Massa-Pinto.pdf).

5. T. Hobbes, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1646), *Prefazione ai lettori*, Editori Riuniti, Roma, 2012, p. 15. Questa citazione dell'opera di Hobbes, e le altre che seguono nel testo, non possono in alcun modo essere considerate come legate esclusivamente alla stagione dell'assolutismo: tutt'altro. Come è stato magistralmente illustrato da tempo, la grandezza epocale di Hobbes sta «nell'assoluta e per certi versi disarmante radicalità con cui egli si colloca nel Moderno, inaugurandolo col suo gesto filosofico-politico»: C. Galli, *Ordine e contingenza. Linee di lettura del «Leviatano»*, in Aa.Vv., *Percorsi della libertà. Scritti in onore di Nicola Matteucci*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 81-106, ora in C. Galli, *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 38-71 (citazione: p. 39). Vds. anche, dello stesso A.: *Modernità. Categorie e profili critici*, Il Mulino, Bologna, 1988; e *La «macchina» della modernità. Metafisica e contingenza nel moderno pensiero politico*, in *Id.* (a cura di), *Logiche e crisi della modernità*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 83-141; *Sovranità*, Il Mulino, Bologna, 2019. Proprio in merito alle riflessioni che seguono nel testo, sarebbe dunque indispensabile per il costituzionalismo contemporaneo rileggere Hobbes non come il teorico dello Stato assoluto, ma come il teorico «della forma assoluta della sovranità», di cui anche il costituzionalismo contemporaneo non può fare a meno – così M.L. Lanzillo, *La politica della paura all'ombra del Leviatano*, in *Id.* e R. Laudani (a cura di), *Figure del potere. Saggi in onore di Carlo Galli*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 106. Sull'attualità delle categorie hobbesiane, oltre la stagione dell'assolutismo, cfr. M. Dogliani, *L'idea di rappresentanza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 537-572, part. p. 543; M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, pp. 1643-1668, part. p. 1653; *Id.*, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 36-38; O. Chessa, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Mimesis, Milano-Udine, 2019, che si prefigge proprio di «mostrare perché il diritto pubblico contemporaneo, e specialmente il diritto costituzionale, presuppongono ancora oggi il Leviatano statale, con la gran parte dei corollari che già furono messi bene in luce nell'opera hobbesiana» (p. 11). E sia consentito da ultimo anche il rinvio a I. Massa Pinto, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questione giustizia online*, 3 agosto 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/volete-la-liberta-eccola).

6. M. Luciani, *Ogni cosa, op. cit.*, pp. 107-108.

7. *Ivi*, p. 109.

“amministrazione” dei diritti – una sorta di neoistituzionalismo per via per lo più giudiziaria – hanno alimentato l’idea che esiste una società di individui dotati di diritti pre-scritti nella cultura, nella coscienza diffusa, il cui soddisfacimento attraverso questa via non ha conseguenze sulla tenuta dell’intero sistema.

Perché ora dovrebbero scandalizzare le parole del vicepresidente del Csm quando fonda la legittimazione del magistrato sul «rapporto di fiducia con i cittadini perché la legittimazione della funzione (...) non risiede nell’attribuzione formale di essa, bensì nella rispondenza della funzione alle aspettative collettive»⁸? Non è forse questo il compito assegnato alla giurisdizione, specie costituzionale (ma non solo), di farsi interprete della “coscienza sociale”, e dunque di svolgere un compito sostanzialmente rappresentativo, e dunque di esercitare la funzione di indirizzo politico⁹? E tutti i discorsi in merito alle esigenze del caso concreto dei (neo)costituzionalisti¹⁰ non hanno offerto teorie al «magistrato consapevole del potere che esercita, capace di ascoltare, sensibile alle ricadute della vicenda giudiziaria sulla vita delle persone», che non deve essere «magistrato burocrate [di cui il] cittadino diffida perché ne avverte l’assenza di cura»¹¹?

Il riferimento al processo di costituzionalizzazione di alcuni principi materiali di giustizia (ma anche di internazionalizzazione/globalizzazione – laddove spesso i due fenomeni si sovrappongono e si intrecciano attraverso approcci di *global constitutionalism*, di *multilevel constitutionalism* e di *constitutional*

*pluralism*¹²) conduce alla provocatoria questione se il costituzionalismo abbia contribuito a questo cambiamento di paradigma o se ne sia stato anch’esso vittima. Insomma: il costituzionalismo serba necessariamente in sé una serpe?

L’indebolimento dell’efficacia del comando sovrano – che si è realizzato attraverso diverse modalità, e spesso attraverso pretesi argomenti tecnico/giuridici ricondotti poi alla Costituzione e al costituzionalismo – contiene un rischio micidiale: fino a che punto l’obbligazione politica è in grado di reggere in quanto tale? Nel campo dell’ingegneria strutturale si parla di *tensione ammissibile* quando ci si riferisce al punto massimo di sforzo a cui si può sottoporre un edificio prima che crolli¹³. Ecco, la tensione ammissibile dell’edificio costituzionale non può essere determinata sulla base di sofisticati calcoli di ingegneria strutturale, ma deve essere oggetto di saggezza politica, di quella *φρόνησις* aristotelica che deve guidare le scelte di coloro che hanno responsabilità pubbliche e intorno alla quale è indispensabile ricostruire fiducia nell’interesse del sistema complessivo. La storia, antica e moderna, dimostra che i periodi di autoritarismo hanno fatto sempre seguito ai periodi di incertezza, di disordine, di debolezza.

Cosa significa allora che lo Stato costituzionale di diritto non può sbarazzarsi con leggerezza degli istituti e delle istituzioni dello Stato di diritto, e che questi devono essere oggetto di massima cura da parte di tutti, nell’interesse del sistema complessivo? Significa «che l’intero ordinamento deve funzionare come

8. Intervento del vicepresidente del Csm, cit. (nota 2), p. 5.

9. Rispetto al ruolo della Corte costituzionale segnarono una svolta decisiva nella direzione indicata nel testo i lavori di A. Barbera, *Commento all’art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, e quelli pubblicati in N. Occhicupo (a cura di), *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978, e in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982. Critico nei confronti della Corte quale interprete della coscienza sociale, N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017 (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2017_Zanon.pdf).

10. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 183: «Le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono invalidarla».

11. Intervento del vicepresidente del Csm, cit., p. 6.

12. In argomento, la letteratura è assai ampia. Con posizioni differenti, cfr. almeno: G.F. Ferrari, *I diritti nel costituzionalismo globale: luci e ombre*, Mucchi, Modena, 2023; G. De Burca e J.H.H. Weiler (a cura di), *The worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; Associazione italiana dei costituzionalisti (a cura di), *Costituzionalismo e globalizzazione*, atti del XXVII Convegno annuale dell’AIC (Salerno, 22-24 novembre 2012), Jovene, Napoli, 2014; G. Halmai, *Perspectives on Global Constitutionalism. The Use of Foreign and International Law*, Eleven, L’Aia, 2014; A. O’Donoghue, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014; G. Bongiovanni, *Global Constitutionalism and Theory of Law: A Preliminary Analysis*, in *Soft Power (Rivista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho)*, n. 2/2014, pp. 171-192; I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n. 3/2015, pp. 541-562; N. Walker, *Constitutional Pluralism Revisited*, in *European Law Journal*, vol. 22, n. 3/2016, pp. 333-355; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, Modena, 2017; *Id.*, *Per una Costituzione della Terra. L’umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022; M. La Torre, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2017, pp. 31-44.

13. Lo spiegano molto bene M. Levy e M. Salvadori, *Perché gli edifici cadono*, Bompiani, Milano, 1997, dove si racconta l’aneddoto dell’Empire State Building che, nel 1945, resistette al crollo sebbene colpito per errore da un aereo statunitense.

macchina generatrice di certezza; che la realizzazione delle esigenze (soggettivamente valutate) di giustizia materiale connesse al singolo rapporto giuridico non può valere il sacrificio della legalità e della certezza; che tanto l'attuazione quanto l'applicazione dei principi costituzionali devono avvenire senza sacrificio di certezza o almeno assicurando degli interventi remediali adeguati quando questo non è possibile»¹⁴.

Mai come oggi torna utile l'insegnamento hobbesiano, che non può in alcun modo considerarsi solo legato alla stagione dell'assolutismo: «Raccontano infatti che Issione, invitato a banchetto da Giove, si invaghì di Giunone e cercò di sedurla. Ma al posto della dea, gli si offrì una nuvola che aveva ricevuto il suo aspetto; e ne nacquero i centauri, di natura in parte umana ed in parte equina, una stirpe inquieta e pugnace. Mutati i nomi, è come se avessero detto che i privati, chiamati a consiglio sulle supreme questioni della repubblica, desiderarono sottomettere al loro giudizio la giustizia, sorella e sposa del potere supremo, ma, abbracciando una sua immagine, falsa e vuota, come se fosse una nuvola, hanno generato i dogmi biforchi dei filosofi morali, in parte retti e belli, in parte stolti e brutali, causa di ogni lotta e di ogni strage. Poiché simili opinioni nascono ogni giorno, se qualcuno disperdesse quelle nubi, e mostrasse, in base a ragioni fermissime, che non vi sono dottrine autentiche del giusto e dell'ingiusto, del bene e del male, eccetto le leggi istituite in ciascuno Stato; e che nessuno deve ricercare se un'azione sarà giusta o ingiusta, buona o cattiva, eccetto chi ha ricevuto dallo Stato l'incarico di interpretare le sue leggi; costui non solo indicherebbe la via regia della pace, ma anche i sentieri oscuri e tenebrosi della sedizione. E non si può immaginare nulla di più utile»¹⁵.

2. Che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, comma 2, Cost.) significa senz'altro che i giudici devono *essere e apparire* imparziali, ossia che non devono avere *pre-giudizi*, nel senso "maturo" di cui è stato detto¹⁶. Tuttavia, porre la questione in termini di giudici con o senza «pre-giudizi» non mi sembra sempre risolutivo: in fondo, il confine tra un pre-giudizio e un'idea politico-morale che (può) tro-

va(re) qualche appiglio testuale in documenti costituzionali (nazionali e sovranazionali e internazionali) è assai labile, perché – date le caratteristiche di tali documenti – è assai labile il confine tra argomentazioni di carattere sostanzialmente politico-morale e argomentazioni propriamente giuridiche, specie quando sono coinvolti i diritti. E infatti qui sta il punto, ovviamente: il diritto, anche il diritto costituzionale, deve essere interpretato. Se non si prende sul serio questa ovvia constatazione non si può uscire dal campo di battaglia, perché da questo dato discendono tutte le altre questioni, più o meno sensazionali e clamorose, che riempiono le cronache quotidiane.

Dunque il tema è l'interpretazione. Tema affrontato ormai in modo così sofisticato da studiosi di filosofia analitica, di semiotica, di teorie del significato... che il povero giurista non è in grado di padroneggiare, né tanto meno è in grado di sostenere con estrema certezza se la sua specifica attività abbia caratteristiche peculiari date dall'oggetto che le è proprio¹⁷. E tuttavia il riconoscimento e la consapevolezza di un dato non controverso sarebbero già utili per fissare qualche punto fermo rispetto al conflitto che ci interroga. Il dato è che l'interpretazione del diritto (scritto) è una indefettibile attività intellettuale che consiste nel passaggio da un enunciato contenuto in un documento normativo al (*rectius*, a un) suo significato. Dal significante a (un suo) significato. A questo passaggio fa riferimento l'art. 12 delle «*Disposizioni sulla legge in generale*» quando si riferisce all'attività dell'«attribuire senso» alla legge. Non se ne può fare a meno: chiunque abbia a che fare con regole deve svolgere questa attività.

E questa attività intellettuale di attribuzione di senso a testi normativi è diversamente concepita dalle teorie (o dottrine) che l'hanno descritta (o prescritta), sulla base delle rispettive concezioni attraverso le quali ciascuna, a sua volta, affronta le presupposte controversie epistemologiche: l'interpretazione è attività di conoscenza o di decisione? Esiste una sola interpretazione vera o corretta, o ne esistono (solo) alcune, o ne esistono infinite? È evidente che le risposte a queste domande hanno ripercussioni formidabili sul ruolo dell'interprete all'interno di un ordinamento, e

14. M. Luciani, *Ogni cosa*, op. cit., pp. 58-59.

15. T. Hobbes, *De Cive (Prefazione ai lettori)*, op. cit., p. 16.

16. N. Rossi, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*, in *Questione giustizia online*, 10 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria), ora in questo fascicolo. Anche il Ministro della giustizia (cfr., ad esempio, C. Cerasa, «*L'opposizione giudiziaria esiste*». *Intervista a Carlo Nordio*, *Il Foglio*, 20 dicembre 2023 – www.ilfoglio.it/politica/2023/12/20/news/-l-opposizione-giudiziaria-esiste-intervista-a-carlo-nordio-6031113/) auspica, del resto, giudici senza pre-giudizi.

17. Per tutti i riferimenti, cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, cont. da P. Schlesinger (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1-368.

del giudice in particolare. La tesi della non biunivocità nella relazione tra disposizione e norma, tra significante e significato – per la quale da una disposizione si possono ricavare più significati “veri” tra loro alternativi attraverso il ricorso a diversi argomenti interpretativi – è considerata ormai un dato acquisito, sebbene esistano essenziali differenze a seconda che si riconosca che questa pluralità di significati alternativi sia contenuta in numero limitato – la cornice dei possibili significati tollerati dal testo dell’enunciato – o sia da considerarsi in numero illimitato¹⁸.

In quest’ultimo caso, il diritto scritto non avrebbe alcuna efficacia vincolante e tutto il diritto si ridurrebbe a ciò che si dice nei tribunali. Tale esito è evidentemente inaccettabile, almeno negli ordinamenti a diritto scritto, appunto. La scrittura è lo strumento attraverso il quale storicamente i gruppi *esclusi* hanno preteso di fissare le conquiste ottenute, spesso a seguito di cruenti eventi rivoluzionari, come sintomo di diffidenza nei confronti delle caste aristocratiche tradizionalmente depositarie del sapere (tramandato, per lo più, per via orale). C’è dunque un drammatico equivoco oggi: è il rispetto della legge scritta – è Creonte, non Antigone! – a rappresentare le esigenze progressiste di emancipazione dei deboli. Le leggi scritte, «le leggi dell’eteroregolazione, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di autorità, costituiscono in realtà lo strumento della progettazione e dell’emancipazione individuale e politico-sociale. Le leggi non scritte, le leggi dell’autoregolazione, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di libertà, costituiscono in realtà lo strumento della conservazione e del predominio degli interessi consolidati: “se la legge scritta è democratica, la tradizione non scritta è aristocratica” (J. De Romilly)»¹⁹.

Se la legge scritta è un vincolo per l’interprete, è evidente che più i segni linguistici “chiudono” le possibilità interpretative, minore sarà lo spazio dell’in-

terprete. Se è vero infatti che ogni tentativo di limitare l’attività interpretativa come attività intellettuale attraverso divieti legislativi è destinato a tradursi in non auspicabili strumenti esterni di disciplinamento, è altresì vero che una “manutenzione del libro delle leggi” ridurrebbe le velleità azzecagarbugliesche dell’interprete e si porrebbe al servizio del bene della certezza del diritto, intesa soprattutto come prevedibilità²⁰. L’espressione «“manutenzione del libro delle leggi” (...) è capace di suscitare una veramente degna e salutare emozione politico-morale nei confronti di un’attività che potrebbe apparire specialistica e arida: il “libro delle leggi” evoca infatti la trascendenza della Legge, con la quale le leggi della città non possono non misurarsi. Questa espressione (...) combina il richiamo al diritto come a una scrittura da custodirsi come preziosa (perché costitutiva della *polis*) con il termine “manutenzione” (...): un termine che richiama non i libri sacri, ma la civiltà delle macchine nelle cui fabbriche la cura e l’aggiustamento degli impianti erano compito di un’aristocrazia operaia. L’espressione, nel suo insieme, fa dunque riferimento ad un’attività nobile per l’oggetto, ma insieme “umile”, nella misura in cui evoca più l’operosità del servitore che la sontuosità del sovrano»²¹.

Che molta strada debba essere ancora percorsa sotto questo profilo prima di realizzare l’obiettivo di fare della produzione legislativa l’attività di trasformazione della politica in «articoli di legge, comprensibili ed esatti come assiomi di aritmetica elementare»²², è esperienza quotidiana di tutti coloro che hanno a che fare con regole. La Corte costituzionale, ancora nella sentenza n. 110 del 2023, ha dichiarato incostituzionale per violazione dell’art. 3 Cost. una disposizione legislativa regionale ritenuta «radicalmente oscura», poiché impediva all’interprete d’identificare financo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili, con ragionevole certezza, alla fattispecie normativa astratta.

18. Che il cognitivismo, come teoria (descrittiva) dell’interpretazione, abbia già da tempo rivelato la sua fallacia è stato dimostrato dagli studi fondamentali di A. Ross, *On Law and Justice* (1952), trad. it.: *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965, da H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it.: *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, e da H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. it.: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002.

19. M. Luciani, *Ogni cosa*, op. cit., p. 64.

20. Ha insistito su questo punto, da ultimo M. Luciani, op. ult. cit., pp. 19 ss., part. pp. 53-54: «Ogni colpo inferto alla certezza e all’affidamento deve essere (...) inteso come una violazione – oltre che dei principi dello Stato di diritto – dello stesso patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani, patto radicato nella volontà di unirsi per costituire un sovrano (di qui l’idea del *pactum unionis*) o quantomeno per assoggettarvisi (di qui l’apparentemente alternativa idea del *pactum subiectionis*). Se questo è vero, la certezza non può essere trattata (al modo della dottrina e della giurisprudenza prevalenti) come uno dei tanti valori (principi) che nello Stato costituzionale di diritto si contendono il campo, ora tra loro armonizzandosi, ora tra loro confliggendo, così destinandosi al reciproco bilanciamento. Si tratta, semmai, della *prospettiva* dalla quale il giuoco dei valori sociali, tradottisi in principi costituzionali, dovrebbe essere sempre riguardato, in ragione di quel raccordo pace-sicurezza-statalità del quale il principio di certezza è manifestazione giuridica».

21. M. Dogliani, *L’ordinamento giuridico strapazzato (Introduzione)*, in Id. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1.

22. P. Calamandrei, *Introduzione a F. Ruffini, Diritti di libertà* (1926), La Nuova Italia, Firenze, 1946 (II ed.), p. XI.

L'argomentazione della Corte è particolarmente illuminante:

«deve (...) ritenersi che disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pongano in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost. L'esigenza di rispetto di standard minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, va certo assicurata con particolare rigore nella materia penale, dove è in gioco la libertà personale del consociato, nonché più in generale allorché la legge conferisca all'autorità pubblica il potere di limitare i suoi diritti fondamentali, come nella materia delle misure di prevenzione. Ma sarebbe errato ritenere che tale esigenza non sussista affatto rispetto alle norme che regolano la generalità dei rapporti tra la pubblica amministrazione e i cittadini, ovvero i rapporti reciproci tra questi ultimi. Anche in questi ambiti, ciascun consociato ha un'ovvia aspettativa a che la legge definisca *ex ante*, e in maniera ragionevolmente affidabile, i limiti entro i quali i suoi diritti e interessi legittimi potranno trovare tutela, sì da poter compiere su quelle basi le proprie libere scelte d'azione. Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.»

E tuttavia, nonostante queste innegabili difficoltà, l'interprete deve esercitare la sua funzione nella consapevolezza che la sua prestazione di giustizia nei confronti del singolo caso ha ripercussioni sul sistema complessivo: questo è il punto. Sebbene infatti la teoria cognitiva (come teoria *descrittiva* dell'interpretazione) sia considerata ormai «un cane morto»²³, dal momento che sono venute meno le sue premesse epistemologiche, essa può continuare a considerarsi come dottrina *morale*, in forza della quale «l'interprete deve comportarsi “come se” un'interpretazione esatta, così definibile in quanto si dimostri inattaccabile da tutte le altre ipotizzabili, possa essere raggiun-

ta; e dunque non deve arrestarsi, nell'ascrivere significati agli enunciati, finché non si sia convinto che non esiste interpretazione migliore di quella che ritiene di dover pronunciare»²⁴. La stessa Corte, nella sentenza sopra citata, riconosce che «ogni enunciato normativo, beninteso, presenta margini più o meno ampi di incertezza circa il suo ambito di applicazione, senza che ciò comporti la sua illegittimità costituzionale». E tuttavia afferma che «compito essenziale della giurisprudenza è quello di dipanare gradualmente, attraverso gli strumenti dell'esegesi normativa, i dubbi interpretativi che ciascuna disposizione inevitabilmente solleva, nel costante confronto con la concretezza dei casi in cui essa è suscettibile di trovare applicazione; ciò che contribuisce a rendere più uniforme e prevedibile la legge per i consociati». Questa «lotta con l'angelo»²⁵ fonda la legittimazione stessa della funzione giurisdizionale perché è funzionale alla sopravvivenza di un sistema in cui vige la «pretesa di configurare la decisione giudiziaria sempre e solo come applicazione di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del “piccolo uomo”, che fisicamente la pronuncia. Qui sta il nodo. È la pretesa di de-soggettivizzare l'applicazione del diritto che non può essere aggirata»²⁶. Questo significa, in ultima analisi, la disposizione costituzionale di cui all'art. 101, comma 1, della Costituzione: «La giustizia è amministrata in nome del popolo», il quale, a sua volta, esercita il suo potere sovrano attraverso la forma rappresentativa (art. 1, comma 2).

3. Certo, come anticipato, queste conclusioni si complicano quando gli enunciati da interpretare sono documenti costituzionali: questi hanno amplificato il dilemma dei giuristi, a causa degli enunciati indeterminati o altamente sottodeterminati che li caratterizzano, sia a livello statale, ma oggi, per la sempre maggiore rilevanza che hanno in sede giurisdizionale, anche a livello sovranazionale e internazionale. È dunque comprensibile (sebbene non condivisibile) che (a maggior ragione) nell'interpretazione costituzionale si siano diffuse dottrine (normative) che sono state ricondotte al giusliberismo, sebbene i suoi sostenitori tendano a rifiutare un tale accostamento²⁷.

23. M. Barberis, *Separazione*, op. cit., nota 25.

24. M. Dogliani, *Interpretazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3187.

25. *Ivi*, p. 3188.

26. *Ivi*, p. 3187.

27. M. Barberis, *Separazione*, op. cit., nota 29, riconduce al giusliberismo A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, n. 4/1991, pp. 639-658, e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. cit.

Con l'avvento delle costituzioni novecentesche si sarebbe cioè verificata una *trasformazione* qualitativa: il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale avrebbe comportato la possibilità di agganciare sempre a qualche appiglio testuale (e, talvolta, neppure a questo) la pretesa di giustizia del caso concreto. Il costituzionalismo (o un certo modo d'intenderlo) avrebbe liberato ogni potenzialità espansiva del valore della giustizia nel suo conflitto con la legalità. La necessità di adeguare l'ordinamento a valori considerati suoi fondativi è alla base di un profondo processo di *trasformazione*²⁸, nel quale la *iurisdictio* ha assunto il ruolo di protagonista²⁹.

La caratteristica delle costituzioni pluralistiche e conflittuali postbelliche è quella di essere ricche di enunciati indeterminati. L'ammonimento di Kelsen, coerente con la sua dottrina del primato del Parlamento, non è stato dunque seguito³⁰. Ne comprendiamo le ragioni: «La esperienza storica dimostra come, a volte, la possibilità della nascita e le garanzie di vitalità di molte costituzioni sono affidate precisamente alla decisione di lasciare in sospeso la disciplina di punti intorno ai quali non riesce possibile raggiungere un accordo, o di adoperare formule imprecise, suscettibili di interpretazioni diverse, con l'intesa di lasciare ai successivi spostamenti delle forze ed alle evoluzioni delle idee politiche il compito di definire ciò che rimase incompiuto o di far valere uno fra i vari significati attribuibili ad una stessa disposizione»³¹. La vaghezza è, dunque, per le costituzioni pluralistico-conflittuali, una condizione di nascita e al contempo una garanzia di vitalità.

La ragione che spiega la vaghezza e la genericità degli enunciati costituzionali risiede dunque nel fatto che i costituenti hanno differito e lasciato aperte molte questioni: infatti il compromesso tra le parti costituenti si è potuto realizzare, in quanto compromesso, solo su alcuni generici – e pur sempre fondamentali – contenuti: «le costituzioni pluraliste, esito di compromessi nel senso più alto e nobile della parola (...) [sono] (o comunque [devono] essere intese come) costituzioni “parziali”. Parziali perché compromissorie. Parziali perché in un compromesso entra solo ciò che le parti costituenti possono compromettere. Proprio i principi etico-politici più propri, più identitari, più proiettati sul futuro, e nel lungo periodo, delle singole parti costituenti è possibile, e molto probabile, che non entrino a far parte del compromesso complessivo. Se valesse il contrario, vorrebbe dire che la costituzione non è propriamente un compromesso, ma un atto (complessivamente unilaterale) che instaura una democrazia “protetta”, che pretende delle abiure, delle sconfessioni, che identifica l'orizzonte della politica con quello della sua attuazione: un orizzonte chiuso e omologato. Così non è»³².

Alla luce di questa considerazione essenziale, si deve riconoscere che molti contenuti materiali sono rimasti fuori del compromesso: o perché non furono neanche presi in considerazione dalle parti che in quel momento storico addivennero al compromesso, o perché – benché presi in considerazione – non vi entrarono, perché non vi poterono entrare, o vi entrarono solo parzialmente, pena l'impossibilità di addivenire a un compromesso³³. Rispetto a questi

28. Cfr. M. Fioravanti, *Stato costituzionale in trasformazione*, Mucchi, Modena, 2021.

29. In Italia, un passaggio cruciale in questo processo fu segnato dalla mozione finale del Congresso dell'Anm tenuto a Gardone nel 1965, nella quale si stabiliva che il giudice ordinario avrebbe dovuto: «1. Applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto controverso. 2. Rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino a essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale. 3. Interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale» (Anm, *XII Congresso nazionale Brescia-Gardone, 25-28 settembre 1965, Atti e commenti*, Arti grafiche Jasillo, Roma, 1966, pp. 309-310). Da ultimo, ricostruisce questo percorso di trasformazione G. Bisogni, *Della geometria giuridica ovvero del “posto” dei giudici nello «Stato costituzionale del presente»*, in M. Gregorio e B. Sordi (a cura di), *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive. Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti – Firenze, 10 marzo 2023*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 189 ss., commentando M. Fioravanti, *Il cerchio e l'ellisse. Il fondamento dello Stato costituzionale*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

30. «[L]a costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile» – H. Kelsen, *La giustizia costituzionale* (1928), Giuffrè, Milano, 1981, p. 190.

31. C. Mortati, *La Costituente* (1945), in *Id.*, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 304-305 («Esempi di disposizioni lacunose, di formule dilatorie, di commistioni di sistemi diversi sono facilmente rinvenibili nelle costituzioni moderne»).

32. M. Dogliani, *Introduzione*, in M. Cavino e C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1.

33. Cfr. C. Mortati, voce “Costituzione (dottrine generali)”, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 147: «È da riconoscere che effettivamente nelle costituzioni le quali si formano nei periodi di passaggio da un tipo di Stato ad un altro, come risultato di compromessi tra forze politiche eterogenee e fra loro contrastanti, perché portatrici di valori irriducibili l'uno all'altro nei loro nuclei fondamentali, si realizza un equilibrio instabile che toglie alla costituzione la possibilità di raccogliere sotto di sé, in modo anche solo relativamente unitario, tutto l'insieme dei rapporti sociali. L'esame delle costituzioni appartenenti a siffatto tipo “compromissorio” mostra come in esse, o viene

contenuti, che oggi costituiscono oggetto di forti tensioni politiche, proprio perché sono “senza Costituzione”, vige «la norma di chiusura delle costituzioni», ossia «il divieto di evocare contro la costituzione ciò che è rimasto fuori del compromesso costituente. L’area del “non decidibile”, per usare l’espressione di Luigi Ferrajoli, è in realtà doppia: quella risultante dai divieti costituzionali espliciti e quella risultante dai principi politici soggettivi (delle parti costituenti) che sono rimasti estranei al compromesso costituente, e che è vietato porre a base di decisioni (ad opera dei loro portatori o dei loro avversari) volte a rinnegare e a rovesciare il compromesso medesimo». Questo significa che ciò che è rimasto fuori deve restare nell’area del “non decidibile”? No, ma significa che «quei principi – che per brevità chiameremo identitari – restano obiettivi praticabili nelle forme e nei limiti della costituzione, come obiettivi politici che, se perseguiti con metodo democratico, possono portare fino alla revisione della costituzione stessa. Limite oltre il quale sta la possibilità di un nuovo esercizio di potere costituente: potere illegittimo dal punto di vista della costituzione vigente, e in nome di questa da contrastare con tutti i mezzi giuridici e politici che essa consente. Un potere, dal punto di vista del diritto costituzionale, contemplabile solo come ipotesi storico-politica (fatto salvo il diritto di resistenza)». Da qui deriva ancora l’imprescindibile insegnamento kelseniano: «la povera legge, esito di un procedimento che si conclude con un nudo voto, che non deve essere motivata, che non è valida in virtù di alcun principio materiale, di alcun argomento, ma solo di una conta, di un semplice numero, è ancora lo strumento irrinunciabile per risolvere i conflitti politici, e particolarmente quelli che nella (parte materiale della) costituzione non hanno trovato composizione»³⁴.

Se dunque le «formule imprecise» richiedono ulteriori attività di concretizzazione/svolgimento/determinazione/ponderazione, tale attività deve essere guidata da un «principio metagiuridico» che Mortati,

a proposito dell’atteggiamento che le forze politiche in conflitto devono adottare durante la fase costituente, definisce come il principio che assume la funzione di contenere l’azione delle forze politiche, impedendo ad essa di trascendere fino al punto di incidere sui valori assunti quali supremi e assoluti. Questo principio metagiuridico – che impone alle parti di mettere in campo ogni sforzo per non rompere l’armistizio – non può che valere anche man mano che ci si allontana dal momento costituente: le costituzioni conflittuali non possono che presupporre la validità di una norma implicita che impone alle parti, sia in sede di attuazione sia in sede di interpretazione delle disposizioni costituzionali, di comportarsi *come se* fossero fratelli (proprio perché nella realtà non lo sono)³⁵. È proprio qui che entra in gioco il principio di fraternità nello Stato costituzionale per principi, un principio di fraternità che presuppone il conflitto e che si presenta come strumento di pacificazione, come norma strutturale per far convivere gli altri principi, al loro servizio. In questa prospettiva, il principio di fraternità è il principio che serve al fine di presumere, ma di non rendere distruttivo, il conflitto e, dunque, al fine di realizzare oggi quegli armistizi che costituiscono altrettante risposte alle domande che vengono continuamente rivolte alla costituzione.

Se così è, da tale principio non possono non discendere i seguenti corollari: 1. la necessità che siano le concrete parti politiche protagoniste dei conflitti – e di cui gli organi politico-rappresentativi sono i massimi arbitri – e non soggetti terzi, quali sono invece gli organi giurisdizionali, ivi comprese le corti costituzionali, nazionali e sovranazionali, a realizzare gli armistizi – eventualmente attraverso il ricorso alla categoria delle «leggi permissive» o «*praeter constitutionem*», nell’ipotesi di domande rivolte alla costituzione in riferimento alle quali i costituenti non decisero alcunché³⁶ –, ossia soluzioni a maggioranza semplice, per essere sempre reversibili³⁷; 1.a. la necessità che le concrete parti politiche protagoniste dei

omessa la disciplina di quei rapporti sociali in ordine ai quali non si è raggiunto alcun accordo, o se ne dà una solo apparente, ricorrendosi a forme di compromesso che lo Schmitt ha chiamato “dilatatorie”, oppure si accolgono (senza poterle armonizzare, ma solo giustapponendole) disposizioni fra loro eterogenee, corrispondenti alle ideologie di uno o dell’altro dei gruppi che hanno partecipato alla loro formazione. È chiaro come tali costituzioni riescano a realizzare un ordine in sé non equilibrato, esposto com’è al giuoco delle forze contrastanti, tendente a rompersi in favore di quelle fra esse che, di volta in volta, riescano a prevalere, così che le divergenze fra i loro precetti e la concreta loro attuazione, fra costituzione “formale” e costituzione “reale”, divengono frequenti e gravi».

34. M. Dogliani, *Introduzione*, cit., pp. 2-3.

35. Ho approfondito tale questione in *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 129 ss.

36. Approfondimenti sul punto in I. Massa Pinto, *Leggi «permissive» e leggi «accanto» nella lezione di Leopoldo Elia: l’intervento normativo nelle materie eticamente sensibili*, in M. Dogliani (a cura di), *La lezione di Leopoldo Elia*, ESI, Napoli, 2011, pp. 265 ss.

37. In questa prospettiva – di recupero di un ruolo centrale della politica e dei Parlamenti – avrebbe dovuto essere letta anche la recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei casi *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, No. 19-1392, Vol. 597 U.S. (2022) e *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, No. 20-843, Vol. 597 U.S. (2022).

conflitti realizzino gli armistizi rispettando il principio secondo il quale coloro che detengono provvisoriamente la maggioranza non possono pretendere maggiori vantaggi – che il mero peso politico assicurarebbe loro – se una soluzione più vantaggiosa per la controparte li soddisferebbe comunque (adattamento del secondo principio di giustizia di Rawls)³⁸; 2. la necessità che gli organi giurisdizionali, ivi comprese le corti costituzionali, che non sono nell'arena politica, consentano ai soggetti del conflitto di realizzare la fraternità conflittuale per addivenire all'armistizio, e ricorrano, a tal fine, agli strumenti a ciò deputati (tra i quali, in primo luogo, si vuole indicare in questa sede la preferenza che dovrebbe essere accordata al ricorso agli argomenti letterale e originalista nell'interpretazione della Costituzione,

per lasciare al legislatore le decisioni sulle scelte politiche fondamentali che sono rimaste fuori dal compromesso del 1947: il che è come dire che le corti devono consentire che esistano materie da disciplinare «*praeter constitutionem*»³⁹); 2.a. gli organi giurisdizionali, in sede di controllo di costituzionalità delle leggi che realizzano gli armistizi, devono limitarsi a verificare il rispetto, da parte dei protagonisti politici, del dovere di comprendere le ragioni dell'Altro nel senso indicato *sub 1.a.*: ciò comporta che, in sede di controllo della ragionevolezza del bilanciamento compiuto dalle parti politiche, le corti devono verificare che lo svantaggio subito dalle minoranze sia accettabile, in quanto il legislatore ha fatto ricorso al “mezzo più mite” per limitare i diritti bilanciandoli con altri interessi di rilievo costituzionale⁴⁰.

38. J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), trad. it.: *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 101-102.

39. Sul punto vds., in particolare, C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè e I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss.

40. Per maggiori approfondimenti sul punto, si rinvia ancora al mio *Costituzione e fraternità*, *op. cit.*, pp. 162 ss.; sul punto, *cfr.* altresì le interessanti considerazioni di F. Viola, *Ragionevolezza, cooperazione e regola d'oro*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 115.

Per una magistratura non corriva al senso comune

di *Andrea Fabozzi*

“Cantare nel coro” vuol dire cedere alla compiacenza che porta a sorvolare sulla parzialità del *dato* (sia esso il fatto giornalistico, o quello su cui il magistrato fonda il proprio convincimento nella decisione di un caso): un monito alla coscienza in difesa dell’indipendenza dal senso comune, meno tangibile e diretto dei poteri “forti”, pena la perdita, per il magistrato, di quella funzione anti-maggioritaria che è connaturata ad ogni organo di garanzia.

Circa trent’anni fa, avevo cominciato da poco a fare il giornalista, mi persi nella notte cercando una stazione di rifornimento in aperta campagna. Un pubblico ministero mi aveva dato un appuntamento segreto per passarmi delle carte. Non riuscivo a trovare il posto, erano viaggi fatti ancora di ingombranti mappe stradali e telefoni a gettone, ma alla fine, con enorme ritardo e fatica, arrivai dalla mia fonte e il passaggio di documenti andò a buon fine. Avrei scoperto poi che si trattava di atti non più riservati perché già noti alle parti. Potevo procurarmeli assai più facilmente, insomma, ma ero alla prime armi e probabilmente non avevo capito bene come funzionavano quelle cose. In ogni caso, la scena di quei fogli passati di mano alla svelta, sotto la luce al neon del distributore, l’ho ancora in testa e certamente deve aver condizionato parecchio la mia scrittura, l’indomani. Feci un pezzo schiacciato sulle ragioni dell’accusa, la mia fonte, in definitiva neanche con chissà quali notizie, visto che era roba già in circolazione. Si trattava però di una storia in quei giorni su tutte le prime pagine, cantava nel coro e al giornale per il quale avevo cominciato a scrivere andò benissimo.

C’è un particolare aspetto dell’indipendenza della magistratura sul quale voglio concentrarmi: l’indipendenza – necessaria – dall’opinione pubblica. Mi interessa perché è un aspetto della più generale questione che chiama talvolta in causa la mia categoria professionale, i giornalisti. Probabilmente non è l’aspetto centrale del problema, posto che l’indipendenza della

magistratura – condizione evidentemente indispensabile per l’uguaglianza dei cittadini davanti alla legge – è soggetta a più penetranti minacce. Che sono innanzitutto e da sempre quelle del potere economico e politico. Minacce assai più concentrate, dunque, di quella che può essere rappresentata dall’insidia di voler accondiscendere al senso comune. Minacce, quelle, più facili da individuare perché rivolte dall’esterno della magistratura o meglio dall’esterno dello stesso soggetto, giudice o pm, che può esserne l’obiettivo. La seduzione dell’opinione pubblica, la tendenza a volerla compiacere possono, invece, diventare una trappola nella quale magistrati e magistrati rischiano di infilarsi in qualche modo da sole e da soli.

È utile riprendere la polemica di qualche mese fa, rumorosamente sollevata dal Ministro della difesa in carica – tanto scomposta che lo stesso Ministro è successivamente e silenziosamente battuto in ritirata. Crosetto, come si ricorderà, ha pensato di scorgere nel pubblico richiamo (dal palco di un congresso) alla «funzione anti-maggioritaria della magistratura», una sorta di sedizioso richiamo alle armi contro il governo delle toghe (rosse). Non si sa se il Ministro si sia scandalizzato perché non a conoscenza del fatto che la funzione anti-maggioritaria è connaturata ad ogni organo di garanzia, che se non la esercitasse tradirebbe il suo mandato, oppure se la sua sia stata una polemica montata ad arte nel momento in cui più di un esponente del Governo e del sottogoverno incappava in vicende giudiziarie. Conta che l’occasione sia valsa alla

magistratura per rivendicare in maniera più o meno unitaria la propria indipendenza. Dal potere esecutivo, naturalmente. Ma proprio la difesa della funzione anti-maggioritaria a me sembra che richiami la necessità, non colta, di tenere alta la guardia dell'indipendenza anche nei confronti del più diffuso e meno visibile potere dell'opinione pubblica corrente.

Il nostro Paese ha conosciuto più di una stagione in cui le indagini sono state condotte a furor di popolo. La più recente, quella di "Tangentopoli", può già contare su una discreta memorialistica autocritica prodotta sia da magistrati che da giornalisti (quella meno recente dell'antiterrorismo e delle leggi speciali - va detto - assai meno, pur essendo stata molto più indagata sul piano storico). Su scala più ridotta, la tentazione di muoversi nel solco di quello che i mezzi di informazione rendono popolare non è però venuta mai meno. Dentro questo solco, la stampa perde totalmente la sua funzione critica e di sorveglianza del potere - perché nel momento in cui indaga, manda a processo, condanna, la magistratura è un potere. Sono io quella notte che prendo quelle carte in mezzo alla campagna, carte dove si parlava inevitabilmente di politici presunti corrotti, e non mi faccio troppe domande sull'attendibilità delle accuse quando ne scrivo.

Per essere esercitata coerentemente, la funzione anti-maggioritaria non può essere dismessa nei confronti dell'opinione pubblica prevalente o preva-

lentemente rappresentata dai *media*. Troppo spesso accade il contrario. Recenti iniziative delle procure contro la registrazione anagrafica dei figli dei genitori dello stesso sesso, contro le organizzazioni non governative che si occupano del salvataggio in mare, contro ragazze e ragazzi che cercano di richiamare l'attenzione sul cambiamento climatico, in generale contro i movimenti di lotta per i diritti (lavoratori della logistica, occupanti di immobili abbandonati), ma anche sentenze esemplari in casi di omicidi seguiti con particolare rilievo ed enfasi dalla stampa - trent'anni sono pochi! - confermano il rischio di una magistratura corriva al senso comune. Che certamente non approva la gestazione per altri, teme l'invasione dei migranti, vuole il pugno duro contro i blocchi stradali (non quelli dei trattori, curiosamente), non sopporta ritardi nelle consegne e non ha simpatie per i centri sociali - per non parlare della minaccia anarchica che scalza posizioni nella scaletta dei telegiornali. Il cerchio si chiude quando al governo c'è una maggioranza che, programmaticamente, accarezza le paure e le indirizza verso una risposta di tipo penale. Potere politico e potere del senso comune finiscono con l'avvicinarsi assai. Il populismo penale è una sfida anche all'indipendenza della magistratura, che dovrebbe temere la popolarità quanto qualsiasi altra minaccia alla sua autonomia.

L'imparzialità degli antichi e l'imparzialità dei moderni

di Gaetano Quagliariello

L'imparzialità del giudice riposa oggi sul recupero di un corretto rapporto fra i poteri dello Stato, in cui la politica torni a fare buon uso delle prerogative attribuite dalla Costituzione, legiferando in modo adeguato e non delegando ai giudici la risoluzione dei problemi di sua competenza, e il potere giudiziario applichi le leggi contando sulla garanzia dell'autonomia e indipendenza, con la soggezione alla legge che impedisce che tali guarentigie diventino, per via interpretativa, arbitrio.

Sono d'accordo con le premesse fissate da Nello Rossi nell'articolo dal quale questo dibattito scaturisce. Con la stessa franchezza: non condivido la declinazione che di quelle premesse egli ci propone. Per l'essenziale: io ritengo che un magistrato che sia imparziale – e che così ambisca ad apparire – debba assumersi, al contempo, non soltanto gli obblighi di Cesare (come ritiene Rossi), ma anche quelli di sua moglie. Lo deve non a quanti possono dubitare di sue presunte parzialità, ma alla peculiare delicatezza della risorsa pubblica che ha l'onore e l'onere di dover gestire.

Oggi, però, un discorso sull'imparzialità dei magistrati non può limitarsi a rinvangare questa differente sensibilità. Come si usa dire: “abbiamo già dato”. Su quel terreno, è difficile fare passi avanti. Il tentativo di intendersi deve, perciò, individuare un'altra strada. Propongo, per questo, di derubricare quel dissenso originario a “sovrastruttura” e provare a trovare un accordo su qualcosa di più profondo che, a mio avviso, col tempo è divenuto anche più urgente. In altri termini: metterei da parte “l'imparzialità degli antichi” e mi concentrerei invece sulla “imparzialità dei moderni”.

Per identificare l'oggetto del possibile “connubio”, vorrei partire dalla mia “ragione sociale”, che è anche quella che spesso e volentieri in questi anni ha alimentato – in particolare, da parte della politica – le più forti invettive contro la presunta imparzialità dei giudici. Mi auto-denunzio: sono un garantista.

Sono uno di quelli che ritiene che il garantismo, correttamente inteso, postuli da un lato il rispetto della legge; dall'altro, la pretesa che il perseguimento delle violazioni e l'esercizio del potere punitivo dello Stato avvengano secondo quanto previsto dalla legge. Per questo sono pronto a sottoscrivere la seguente dichiarazione: il garantismo, se non vuole scadere in giustificazionismo, consiste essenzialmente nell'applicazione del principio di legalità all'amministrazione della giustizia.

Il primato della legge, d'altra parte, è anche il principio che salvaguarda la sostanza della sovranità popolare. In una democrazia parlamentare (e perciò rappresentativa), la massima espressione della sovranità risiede, infatti, nella scelta da parte dei cittadini dei delegati all'esercizio del potere legislativo. Questa constatazione d'ordine generale, calata nel momento storico contingente, evidenzia però un problema, che la selezione della classe politico-parlamentare sta rendendo sempre più difficile da gestire. Mi riferisco alla qualità della legislazione e alla deriva che ormai sembra attanagliare l'esercizio stesso del potere legislativo (che, sia detto per inciso e senza troppo congetturare, per la gran parte viene oggi garantito dal potere esecutivo). Se si pone mente al campionario delle leggi partorite negli ultimi anni, infatti, ci si rende conto di un progressivo decadimento in termini di qualità, puntualità, tassatività: da un lato, ci si è lasciati andare a leggi-bandiera soggette alla più assoluta discrezionalità interpretativa; dall'altro, si

è pensato di poter rispondere agli allarmi e, spesso, alle mode del momento attraverso norme penali segnaltiche assai poco meditate, sempre meno generali, sempre meno astratte, spesso superflue e dunque inevitabilmente dannose. Ci si basa più sulla rassegna stampa che sull'esigenza di rendere funzionale l'ordinamento.

Lo scadimento della legislazione, dunque, sembra sempre più il risultato perverso del combinato disposto tra sciattezza e iperattivismo. E, paradossalmente, a ciò fa da contraltare la difficoltà che a volte il legislatore mostra per non sapere (o non volere) intervenire su questioni che un tempo erano confinate nel regno del costume e/o della consuetudine, ma che oggi richiedono norme oggettive (si pensi, ad esempio, a tutte le questioni che hanno a che fare con il confine tra la vita e la morte).

Insomma: si legifera in modo sciatto laddove se ne potrebbe fare a meno, mentre si evita di assumere iniziative laddove, invece, sarebbe dovuto, ancor più che necessario. E se una legge sciatta rivela incapacità, la mancanza di un'iniziativa legislativa a volte svela l'ipocrisia di chi, per tirarsi fuori da un campo minato, preferisce lasciar fare ai giudici. Si potrebbe da tutto ciò desumere che la politica, mentre chiede a gran voce ai magistrati di non uscire dai propri ranghi anche al fine di non apparire imparziali, è essa stessa incapace di definire i rispettivi confini e, ancor più, di presidiare il proprio territorio di competenza.

Per l'imperizia o per l'inerzia da parte dei politici, in casi sempre più frequenti, il giudice resta perciò solo sulla scena, chiamato a recitare a soggetto. E, in un ordinamento che non ammette il *non liquet*, egli deve necessariamente "inventare" la regola del caso concreto. Il rischio che questa risenta della sua impostazione ideologica è nei fatti, e la circostanza che ciò avvenga per inconsapevolezza, colpa o dolo, in fondo, poco importa. Il risultato, in ogni caso, è che per via interpretativa si possono dilatare oltre misura le maglie superando il dettato di norme ideologicamente

non gradite ovvero si possono crearne di nuove, esercitando un potere che spetterebbe ad altri.

Qui risiede la radice dell'"imparzialità dei moderni," la cui impressione tra i cittadini è amplificata dal fatto che, di fronte ai ricorrenti conflitti tra giustizia e politica, quest'ultima pensi sempre di risolvere tutto additando gli episodi di sconfinamento del potere giudiziario – che esistono, sia chiaro, e in qualche caso risultano vieppiù offensivi –, senza mai fare autocritica ed esercitarsi in un ravvedimento operoso.

La nuova imparzialità, dunque, giunge a riproporre l'antico problema del rapporto tra i poteri dello Stato. Esso oggi appare compromesso per due ragioni concorrenti: per il cattivo uso che la politica ha fatto delle prerogative che i Costituenti le avevano attribuito in quanto espressione diretta della sovranità; per l'essersi spezzato il circuito che, attraverso la soggezione alla legge, riconduce il sistema alla fonte stessa della sovranità. Nessuno ignora come, in parte, lo scivolamento verso lo spirito del *common law* debba ritenersi una deriva che trascende i confini del nostro Paese, per certi versi difficilmente contenibile. Ma sulle cause di questo logoramento i legislatori non hanno mai fatto seria autocritica e i giudici non hanno mai riflettuto su come essa incida sul loro apparire – e non soltanto essere – imparziali.

E pure, in teoria, il metodo da seguire per edificare un nuovo rapporto tra i poteri dello Stato sarebbe semplice: la politica fa le leggi, possibilmente le fa bene e possibilmente dà il buon esempio ed è la prima a rispettarle (perché l'etica pubblica è importante); il potere giudiziario le applica contando sull'autonomia e sull'indipendenza che l'ordinamento gli garantisce; la soggezione alla legge impedisce che, per via interpretativa, l'autonomia e l'indipendenza diventino arbitrio. Avremo così legislatori più apprezzati e giudici che sono (e appaiono) più imparziali. Nei sistemi politici i poteri si tengono vicendevolmente (principio di leale collaborazione). Questo vale anche per la reputazione delle guarnigioni che dovrebbero presidiarli.

Imparzialità

di Anna Finocchiaro

Fermo restando che la professionalità resta la cifra dell'imparzialità del giudice, il conflitto fra magistratura e politica su temi di rilievo rimanda a un'incompiuta diffusione della cultura dei diritti fondamentali nella sfera della politica.

Tutti i cittadini hanno diritto all'agire imparziale del magistrato, giudicante o requirente che sia, e l'imparzialità è presupposto dell'autorevolezza e, prima ancora, della credibilità della giurisdizione.

L'indipendenza della magistratura è finalizzata a un esercizio della giurisdizione libero da condizionamenti di ogni potere, politico, economico o mediatico che sia, e, in questo senso, è prerogativa essenziale per l'esercizio imparziale della giurisdizione medesima. In altre parole (seppure superfluo, è necessario ricordarlo nel dibattito confuso dell'oggi), la magistratura è indipendente perché questo crisma, insieme ad altri che diremo, è presidio costituzionale circa un esercizio imparziale del potere di perseguire e di giudicare.

Dunque, autonomia e indipendenza non insidiano né tolgono alcunché agli altri poteri: il potere giudiziario si origina come indipendente e autonomo perché ha come funzione l'imparziale applicazione della legge al caso concreto. Altrimenti non comprenderemmo perché la Costituzione provveda a sancire l'inamovibilità dei magistrati, il loro differenziarsi solo per funzione, l'assenza di relazione gerarchica tra gli uffici.

L'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali completa il quadro dei riferimenti costituzionali orientati a presidio di imparzialità.

Se dunque questo è il fine, come rafforzare "dall'interno" l'imparzialità del magistrato?

Sicuramente la professionalità è cifra dell'agire imparziale: conoscenza della norma e del sistema giuridico e padronanza degli strumenti d'interpretazione sono essenziali.

Ma qual è il profilo specifico che rende così aspro, spesso, il conflitto tra magistratura e politica su temi

di rilievo come l'immigrazione, ad esempio, o i diritti cd. personalissimi?

La questione, a mio avviso, risiede nel fatto che l'attività di interpretazione tradizionalmente – ma potremmo dire, a questo punto, storicamente – veniva riferita esclusivamente alla legge ordinaria vigente al tempo, e la soggezione alla legge a quella si riferiva.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, e delle fonti sovranazionali di diritto primario, quell'attività interpretativa necessita di una nuova configurazione e si articola con altri strumenti. Tralascio la lunga storia della relazione tra Corte costituzionale e giudice ordinario e, in particolare, tra Corte costituzionale e Corte di cassazione, ma di certo l'arresto attuale, che ha sanato i conflitti registrati in quella relazione, consiste della necessità che il giudice ordinario non possa prescindere da un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma applicata, ponendo a ulteriore riferimento del giudicare non solo la Carta, ma anche le fonti sovranazionali applicabili. Dunque, l'attività interpretativa, non più limitata alla mutevole (anche in ragione delle mutevoli maggioranze parlamentari) legge ordinaria, non può che incontrare lo "zoccolo duro" dei principi costituzionali (e sovranazionali di uguale forza) e del quadro di riferimento valoriale che essi determinano.

È questo il "di più" che viene avvertito come "eccesso", come "smarginamento", come esercizio di discrezionalità "politica" al posto di una doverosa imparzialità? A mio avviso, questa è, in molti casi, una chiave di lettura possibile, che però rimanda a una questione più generale e più importante, e cioè la incompiutezza del processo di piena, generale e condivisa, inequivoca assunzione dei principi costituzionali e sovranazionali in materia di diritti fondamentali.

La questione può essere spiegata storicamente, poiché la Repubblica costituzionale è relativamente giovane, ma la radice essenziale sta nella natura sostanzialmente “eretica” della Costituzione. Non voglio riferirmi alla conclamata potenza eretica nei confronti, ad esempio (e ovviamente), del fascismo e del suo complessivo ordinamento valoriale, quanto piuttosto alla sua perduranza nella nostra società democratica, che tuttora registra ineguaglianza e mortificazione di diritti fondamentali. Perché di questo consiste, particolarmente, quella eresia: l’art. 3 della Costituzione dovrebbe costringere a riordinare interi assetti economici e sociali.

Il riferimento alla gerarchia di principi definiti dalla Costituzione è dunque, in sé, “disturbante” rispetto all’esercizio del potere politico, che si muove sul terreno dei rapporti di forza sia pure democraticamente determinati e della discrezionalità nella scelta delle politiche, specie quelle che direttamente impattano su sentimenti di insicurezza, addirittura di paura, diffusi tra i consociati, o che incidono su relazioni personali o familiari.

Mi pare di poter dire, allora, che la tensione tra magistratura e politica abbia una radice che andrebbe ancora esplorata. Torna alla mente l’ostilità, esplicita e sottintesa, che accompagnò in Costituente il dibattito sulla previsione della Corte costituzionale e che rivisse, con analoghe argomentazioni e vivacità, nella discussione che portò, nel 1953, all’approvazione della legge n. 87 («*Norme sulla composizione e il funzionamento della Corte Costituzionale*»). Si tratta, pertanto, di questione politica generale, direi strutturale rispetto al sistema democratico costituzionale.

La questione è dunque più seria di quanto ordinariamente non si valuti e questo dovrebbe condurre la magistratura a un regime di comportamento accet-

tato e diffuso, capace di misurarsi sull’altezza della questione. Allo stesso modo, dovrebbe condurre la politica a misurarsi sull’identico registro, giacché immutabile è il quadro di riferimento costituzionale con riguardo a quelli che vengono definiti “principi supremi”, come indubitabilmente sono almeno i principi fondamentali.

In questo senso, poiché il magistrato è naturalmente un cittadino, c’è certo da sperare che sia tra i più avvertiti e che sia partecipante responsabile alle sorti della Repubblica, in piena aderenza alle caratteristiche che la Costituzione considera crismi della cittadinanza. Avrà perciò una sua visione del mondo e una sua opinione sui fatti, andrà a votare e sceglierà, non può essergli inibita la libertà di partecipazione al dibattito pubblico e di espressione (anche perché continuerebbe ad avere proprie idee e visioni anche se non le espone). Ma il punto è come lo farà, con quale chiarezza di argomentazioni, con quale disponibilità a capire e confrontarsi con le ragioni degli altri, con quale misura ed equilibrio. Non può appartenergli la faziosità, l’urlo e l’invettiva, l’individuazione di avversari e, tanto meno, di nemici. Non dovrà tornare alla giurisdizione dopo avere svolto funzioni politiche.

Mi permetto di dire che dovrà accettare le critiche al suo operato come necessario corollario dello svolgimento di una funzione pubblica così rilevante come l’esercizio della giurisdizione: per lui parleranno i suoi provvedimenti, su di essi si esprimeranno altri giudici. È il prezzo ordinario da pagare per chi eserciti una funzione pubblica.

Ma grandemente, da cittadina, dubiterei del modello di giudice che si pretende privo di alcuna opinione o convinzione. Quella non è imparzialità, è ipocrisia o, ancora peggio, adattamento conformista all’aria che tira, da qualunque quadrante arrivi il vento.

Il pubblico ministero “parte imparziale”?

di Giovanni Canzio

Al pubblico ministero non si addice la veste di “parte imparziale” (un ossimoro!), ma non gli è estraneo il dovere di «*agire e apparire agire liberi da qualsiasi influenza esterna indebita sui procedimenti giudiziari*», con speciale riguardo agli effetti perversi del populismo penale e del processo mediatico. All’esito di una rilettura della garanzia di *indipendenza* dell’organo, seguono alcune riflessioni critiche sul progetto di separazione delle carriere dei magistrati.

1. Intersezioni. Imparzialità e indipendenza del pubblico ministero / 2. Le buone ragioni dell’indipendenza del pubblico ministero / 3. Aporie. Il processo mediatico e il populismo penale / 4. Il dovere e la responsabilità del pubblico ministero di «*agire e apparire agire liberi*» / 5. Eterogenesi dei fini. La separazione delle carriere

1. Intersezioni. Imparzialità e indipendenza del pubblico ministero

Nel breve e fulminante saggio intitolato «*Il pubblico ministero è parte*»¹, Giacomo Matteotti affermava con particolare vigore che il pubblico ministero, nel sistema processuale penale e nell’esercizio dei poteri assegnatigli, in particolare, dagli artt. 1 e 179 del “nuovo” codice di procedura penale “Finocchiaro Aprile” del 1913, andava decisamente considerato nella sostanza come *parte*: questa, intesa come colui che può far valere o contro il quale è fatta valere la pretesa penale.

La tesi era sostenuta dal giurista in aperto dissenso con l’opposta annotazione recata in proposito nella «*Relazione al Re*», per la quale quella del pubblico ministero sarebbe, viceversa, una posizione «*più nobile e imparziale al di sopra delle parti*».

Una *parte imparziale*, dunque, secondo il pensiero del legislatore dell’epoca. In realtà un ossimoro, a ben vedere, e però ancora oggi tralaticciamente ripetuto².

Osservava Matteotti che indubbiamente il pubblico ministero dispone dell’azione penale per fini superiori di giustizia, per il rispetto e l’osservanza della legge e per un interesse collettivo, pubblico e generale, cioè dello Stato; difende gli interessi della collettività offesa da un reato e può, se del caso, alla luce delle prove raccolte, chiedere l’assoluzione dell’imputato o l’esenzione della pena in suo favore. Ma tutto ciò non rileva ai fini dell’attribuzione della qualità di parte, perché sottende soltanto che il contrasto fra il pubblico ministero e l’imputato è *essenzialmente potenziale*: esso può, ma non deve necessariamente sussistere.

1. Vds. *Rivista penale*, 1919, XC, pp. 346 ss. Cfr., volendo, G. Canzio, *Giacomo Matteotti. Il giurista*, in *Sistema penale*, 11 gennaio 2024 (www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1704467759_canzio-matteotti.pdf).

2. Secondo l’art. 13 del codice etico dell’Associazione nazionale magistrati, dedicato alla condotta del pubblico ministero, «*Il pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo*».

Ad avviso del giurista polesano, le norme di procedura confermavano la qualità di parte del pubblico ministero, nella veste di *organo della collettività persecutrice*, ribadendo che: «*La divisione dei poteri su cui si fondano i moderni regimi costituzionali e la divisione delle funzioni, fra le quali anche la “funzione persecutiva” assegnata “agli organi esecutivi dello Stato”, permettono codesto apparente assurdo di uno Stato che è giudice e parte nel tempo stesso; fino a quando almeno sembreranno sufficienti quelle garanzie d’indipendenza di cui sono circondati gli organi di giustizia... organi sempre più autonomi*».

Il pensiero di Matteotti sulla figura del pubblico ministero, pur senza volere trarne conclusioni sopra le righe, apriva fin dai primi anni del Novecento scenari inediti e di attuale modernità in tema di disciplinamento dei due diversi organi statuali di giustizia, il pubblico ministero e il giudice.

Si pensi innanzitutto al riconoscimento della condizione di piena parità delle parti davanti al giudice (questo sì, davvero) *terzo e imparziale*, in funzione del corretto equilibrio del rapporto fra accusa e difesa secondo i principi di quello che oggi si qualifica come il «giusto processo» ex art. 111, comma 2, Cost. Come pure all’aspro dibattito aperto intorno alla lettura politica delle differenti forme ordinamentali: da un lato, l’unità della magistratura inquirente e giudicante, attratti pur nella diversità delle funzioni nella comune cultura della giurisdizione secondo l’ispirazione dei Costituenti; dall’altro, la separazione fra pubblico ministero e giudice, non più e non solo riguardo alle funzioni, bensì anche alle carriere, invocandosi in tale direzione la necessaria modifica della legge fondamentale³.

Se appare logicamente contraddittorio pretendere che l’azione del pubblico ministero sia improntata ai caratteri della *imparzialità* e della *terzietà*, come prefigurati per l’attività del giudice, neppure può dirsi, tuttavia, che all’opera del pubblico ministero risulti affatto estraneo il precetto valido per ogni magistrato di «*agire e apparire agire liberi da qualsiasi influenza esterna indebita sui procedimenti giudiziari*» (precetto dettato dall’art. 60 della raccomandazione

n. 12, adottata il 17 novembre 2010 dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa – «*(...) sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*»).

Al pubblico ministero non s’addice dunque l’attributo di “*parte imparziale*”. E però, al conseguimento dell’obiettivo valoriale espresso con la formula sopra richiamata ben può soccorrere una rinnovata lettura e declinazione delle forme e dei contenuti del principio di *indipendenza* del pubblico ministero: un nodo nevralgico nei rapporti fra i poteri dello Stato e un cardine fondamentale dello Stato di diritto⁴.

2. Le buone ragioni dell’indipendenza del pubblico ministero

Che il pubblico ministero sia un organo di giustizia che agisce «*nella dimensione della legalità e della solidarietà costituzionale*»⁵ e che, a tal fine, debba godere, come ogni altro magistrato, di uno statuto di autonomia e indipendenza da ogni altro potere dello Stato non è revocabile in dubbio. Ma la conquista recente di tale statuto non va data affatto per scontata e irreversibile, una volta per tutte, considerato che un analogo modello non viene riconosciuto dagli ordinamenti giudiziari della quasi totalità dei Paesi dell’Europa continentale e, in special modo, da tutti i Paesi di *common law*, nei quali il radicale sistema accusatorio del processo accentua i caratteri di dipendenza o comunque di stretto collegamento del pubblico ministero con il potere esecutivo.

In una operazione ri-costruttiva delle ragioni di un principio che, dopo 160 anni dall’Unità nazionale e ad oltre 70 anni dalla Costituzione, ne giustifichi l’attualità, sembra utile procedere a un breve *excursus* storico del lungo e travagliato percorso istituzionale.

Nello Statuto albertino del 4 marzo 1848, la magistratura era direttamente dipendente dal Re, capo del potere esecutivo (art. 68: «*La giustizia emana dal Re ed è amministrata in Suo nome dai giudici che Egli istituisce*»), mentre il pubblico ministero, gerarchicamente sottoposto al Ministro della giustizia, non

3. Circa il ruolo del pubblico ministero *cfr.*, da ultimo, le articolate riflessioni di L. Salvato, *La figura del pubblico ministero secondo Alessandro Pizzorusso, alla luce dell’evoluzione dell’ordinamento e le ricadute sulla configurazione del C.S.M.*, in *Questione giustizia online*, 18 dicembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/pm-pizzorusso). *Cfr.* anche N. Rossi, *Separare le carriere di giudici e pubblici ministeri o riscrivere i rapporti tra poteri?*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2023 (www.sistemapenale.it/it/opinioni/rossi-separare-le-carriere-di-giudici-e-pubblici-ministeri-o-riscrivere-i-rapporti-tra-poteri); G. Azzariti, *La separazione delle carriere dei magistrati*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2023, pp. 5-13 (www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2023_2_13_Azzariti.pdf). La letteratura sul tema, com’è noto, è vastissima. Per un dibattito a più voci su «*Il pubblico ministero nella giurisdizione*», si segnalano i contributi di vari Autori – magistrati, avvocati e accademici – in questa *Rivista trimestrale*, fascicolo monografico n. 1/2018 (www.questionegiustizia.it/rivista/2018-1.php).

4. *Cfr.*, volendo, G. Canzio, *L’indipendenza della Magistratura nel XXI secolo*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 193.

5. L. Salvato, *La figura del pubblico ministero*, *op. cit.*

veniva neppure menzionato. Il controllo della magistratura restò affidato dal primo ordinamento giudiziario dello Stato unitario – rd 6 dicembre 1865, n. 2626, (“Cortese”) – al Ministro della giustizia, mantenendo distinte le carriere della magistratura, giudicante e requirente. Al di là di qualche timida spinta verso tendenze più liberali con le leggi nn. 511/1907 e 438/1908 (“Orlando”) e con il rd 14 dicembre 1921, n. 1978 (“Rodinò”), il potere giudiziario, ancor prima dell’avvento del fascismo, godeva dunque di un’indipendenza piuttosto debole.

Il regime fascista allestì nel corso del ventennio, dal primo rd n. 2768/1923 (“Oviglio”) fino al rd n. 12/1941 (“Grandi”), un assetto ordinamentale centripeto e rigidamente limitativo dell’indipendenza della magistratura, articolata secondo una struttura gerarchico-piramidale.

Il decreto Oviglio definì «*funzionari dell’ordine giudiziario*», indifferentemente, «*gli uditori, i conciliatori, i vice-pretori, i pretori, i vice-pretori anche onorari, i giudici di ogni grado dei Tribunali e delle Corti, i membri del pubblico ministero ed i funzionari di ogni grado delle cancellerie e segreterie giudiziarie*». Il decreto Grandi rese ancora più stretti i rapporti di subordinazione del pubblico ministero all’esecutivo, perché non era possibile tollerare «*organismi indipendenti dallo Stato medesimo, o autarchie, o caste sottratte al potere sovrano unitario, supremo regolatore di ogni funzione*» («*Relazione al Re*», p. 40), secondo un disegno totalitario e una sempre più netta gerarchizzazione del sistema giudiziario, al cui vertice era posto lo stesso Ministro della giustizia.

Alla caduta del regime autoritario, i primi governi di liberazione nazionale si preoccuparono di adottare una disciplina transitoria che recuperasse un certo grado di indipendenza e autonomia del sistema giudiziario. In particolare, la novità più rilevante del rd.lgs. 31 maggio 1946, n. 511 sulle *guarentigie della magistratura* riguardò proprio la figura del pubblico ministero, definito per la prima volta organo *indipendente*, titolare principale dell’azione penale, preposto all’esatta osservanza della legge e alla regolare amministrazione della giustizia, nei confronti del quale il Ministro aveva solo un’azione di vigilanza.

Insediatasi il 25 giugno 1946 l’Assemblea costituente, Piero Calamandrei, eletto presidente del rinnovato Cnf e chiamato a far parte della Commissione dei 75 presieduta da Umberto Terracini, alla quale era rimesso il compito di occuparsi dell’ordinamento costituzionale della Repubblica, elaborò la «*Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale*», contenente n. 26 basi di discussione. Venivano in essa illustrati i capisaldi della nuova concezione dell’ordinamento, tra i quali l’estensione anche ai pubblici ministeri dell’indipendenza dall’esecutivo.

All’esito di un serrato dibattito fra le diverse posizioni culturali e ideologiche, prevalse nell’Assemblea il progetto di Calamandrei, che rivendicava l’autonomia del potere giudiziario e l’indipendenza dell’intera magistratura, sia giudicante che requirente, nel perseguimento del comune fine di giustizia e di garanzia dei diritti dei cittadini.

Del titolo IV della Costituzione del 1948, rubricato «*La Magistratura*», due sono le norme-chiave che segnano la netta cesura col regime fascista e il passaggio allo Stato di diritto, al fine di assicurare, insieme con l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, l’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti della persona: gli artt. 104 e 101.

L’art. 104, comma 1, definisce l’intera magistratura «*ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*» e ne affida il comune presidio a un organo di governo autonomo, il Csm. Secondo l’art. 101, i giudici amministrano la giustizia «*in nome del popolo*» (comma 1) e «*sono soggetti soltanto alla legge*» (comma 2), vincolo, questo, rafforzato dalla prescrizione dell’art. 111, comma 6, per il quale «*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*».

L’esercizio della giurisdizione viene affidato in via esclusiva ai magistrati, funzionari dello Stato non elettivi, la cui opera, siccome soggetta solo alla legge e alla ragione, si vuole sottratta alle mutevoli logiche e ai condizionamenti delle maggioranze politiche e del consenso popolare. Una concezione, questa, ben distante da quella giacobina, per la quale anche il magistrato dev’essere espressione della volontà del popolo: un’eccezione al principio di partecipazione democratica, rispondente alla precisa volontà di liberare i magistrati dai vincoli che la stringevano all’esecutivo e al potere politico.

Sicché l’Assemblea costituente decise che pure il pubblico ministero dovesse appartenere all’unico ordine giudiziario, sulla base di una comune cultura della giurisdizione, e fruire della medesima garanzia di indipendenza dei giudici, anche in considerazione della lettura del principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.) in funzione dell’eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

3. Aporie. Il processo mediatico e il populismo penale

Negli ultimi decenni, accanto al potere d’intervento del giudice-interprete, nel compito di co-formazione o parziale creazione della regola adeguata al caso concreto, è andato crescendo, anche e soprattutto, il potere d’inchiesta del pubblico ministero. Questi, avvalendosi nella fase investigativa dei moderni strumenti tecnologici e informatici e del sempre più

diffuso utilizzo dei *media* e dei *social network*, appare talora svolgere un'opera anticipatrice e di supplenza nella *governance* dell'economia, della politica e delle relazioni umane e sociali, ponendosi così al centro del quotidiano dibattito pubblico sulla giustizia.

D'altra parte, la postmodernità ha reso complicato il rapporto fra la categoria del tempo e la funzione di giustizia, determinando una seria frattura del paradigma classico di *jus dicere*⁶. Poiché la giurisdizione si muove lungo scansioni e cadenze dialettiche mirate agli obiettivi di equità, qualità, autorevolezza e stabilità della decisione, è evidente il disallineamento del linguaggio giudiziario e della sua comunicazione rispetto al comune agire quotidiano, che appare orientato intorno all'essere e al vivere compressi dalla perenne connessione a *internet*, schiacciati dalla contingente istantaneità digitale del *presente continuo* e del *tutto accade ora*⁷.

Nella morsa di questa contraddizione fra i tempi lunghi e le soluzioni incerte del giusto processo e le contrapposte, legittime e pressanti ansie di legalità e sicurezza dei cittadini e delle vittime, s'annida il nucleo del conflitto fra l'attesa di giustizia e il diritto applicato, con il conseguente privilegio accordato ai pur provvisori esiti delle indagini, alla preventiva privazione della libertà personale e alla gogna mediatica che colpisce da subito l'indagato (e non solo), quasi in funzione di una presunzione di colpevolezza e di un'anticipata esecuzione della pena.

Sicché, anche laddove l'inchiesta e l'ipotesi di accusa formulata dal pubblico ministero venga smentita a distanza di tempo (spesso di troppo lungo tempo dalle indagini, già di per sé lunghe) all'esito della verifica dibattimentale dinanzi al giudice terzo e imparziale, la tardiva decisione risulta ormai irrilevante, talora addirittura *impopolare*, senza che si avvii alcuna riflessione sulla complessità dei fatti e delle prove, sui principi del diritto penale di fattispecie, sulle regole di garanzia del processo e sulla funzione di controllo delle impugnazioni.

Inoltre, la credibilità del sistema è messa in crisi dalla circostanza che non di rado è lo stesso pubblico ministero, forte di un indebito intreccio di relazioni con gli organi della stampa e dei *media*, a comunicare e valorizzare l'ipotesi accusatoria e il suo operato attraverso tali organi, o nel contesto di *social network* e *talk show*, relazionandosi direttamente con il popolo e con la politica, persino con l'esecutivo. "Porte girevoli" invero censurabili, queste, grazie alle quali il pubblico ministero, al di là e fuori del suo ruolo istituzionale, viene ad assumere l'impropria e spesso inadeguata veste di prevalente – se non esclusivo – *storyteller* dei casi e delle questioni di giustizia, di cui si fa rappresentante o addirittura promotore di revisioni legislative *ad hoc*, anziché operare nel contesto storico-spaziale e secondo le regole del procedimento o del processo.

Bias cognitivi e aporie nella presa di decisione sono ascrivibili – com'è noto – anche a variabili attinenti alla sfera ideologica, valoriale o morale; di conseguenza, l'impatto della comunicazione mediatica sull'opinione pubblica può incidere negativamente, dall'esterno, sulla coerenza logica della rappresentazione dei fatti e della costruzione mentale della *storia*⁸, la cui verifica dovrebbe essere invece sottoposta al confronto dialettico fra le parti e alla valutazione del giudice.

Ci si riferisce, insomma, alla inesorabile macchina del rito mediatico, causa e prodotto, insieme, del fenomeno che prende il nome di «*populismo penale*»⁹.

La descrizione della macrofisica e della microfisica del sistema mass-mediatico e dell'agire dei suoi protagonisti – l'indagato, la vittima, i terzi, il pubblico ministero, l'avvocato, il giudice – ne rimarca inesorabilmente i connotati di anomia, atopia e acronia, propri di quella «*giustizia senza processo*» illustrata da Lewis Carroll nel suo più celebre romanzo¹⁰. Sicché, appare inevitabile che alla degradazione del tessuto complessivo della procedura possa talora accompagnarsi la scarsa tenuta del precetto, comune a ogni

6. Cfr., volendo, G. Canzio, *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 7 e 275.

7. D. Rushkoff, *Presente continuo. Quando tutto accade ora*, Codice Edizioni, Torino, 2014.

8. R. Rumiati e C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 225.

9. Per l'analisi del fenomeno cfr., da ultimo: V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Il Mulino, Bologna, 2022; V. Roppo, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Baldini e Castoldi, Milano, 2022; E. Bruti Liberati, *Delitti in prima pagina. La giustizia nella società dell'informazione*, Raffaello Cortina, Milano, 2022; E. Amodio, *A furor di popolo*, Donzelli, Roma, 2019. Va anche ricordato il passo de *I promessi sposi*, edizione critica della Ventisettana, a cura di D. Martinelli, Casa del Manzoni, Milano, 2022, cap. XXXII, p. 596, in cui A. Manzoni afferma: «*L'ira agogna a punire e ama meglio di attribuire i mali ad una nequizia umana, contra cui possa sfogare la sua tormentosa attività, che riconoscerli da una causa colla quale non vi sia altro da fare che rassegnarsi*»; il passo è citato nel saggio introduttivo (*La minaccia nascosta*) di A. Prospero, curatore della recente edizione della *Storia della colonna infame*, Einaudi, Torino, 2023, p. XLIV, n. 50.

10. L. Carroll, *Le avventure di Alice nel paese delle meraviglie*, Marsilio, Venezia, 2002. Cfr. B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Adelphi, Milano, 2016.

magistrato – perciò anche al pubblico ministero –, di «*agire e apparire agire liberi*» da ogni condizionamento o influenza esterna indebita.

4. Il dovere e la responsabilità del pubblico ministero di «*agire e apparire agire liberi*»

Come evitare, allora, il rischio che il principio dell'indipendenza del pubblico ministero non sembri una formula vuota di contenuti e non venga considerato come l'ingiustificato privilegio di una casta? E che l'asse della legittimazione della magistratura inquirente si sposti dal perimetro dello Stato di diritto sul terreno del consenso popolare, agevolando il diffondersi del deprecabile fenomeno del cd. *populismo giudiziario*? Che fare perché valga concretamente anche per il pubblico ministero la prescrizione comune a ogni magistrato di «*agire e apparire agire liberi*» da ogni condizionamento o influenza esterna indebita, secondo una formula pure contraddittoriamente ascritta all'area della imparzialità con riguardo a un organo che riveste la qualità di *parte*?

Orbene, l'indipendenza della magistratura inquirente da ogni altro potere e dalla stessa volontà popolare dovrebbe essere declinata secondo un nuovo modello ordinamentale e deontologico che ne arricchisca lo statuto in termini radicalmente più impegnativi, nel confronto con la nuova dimensione del magistrato europeo e con le garanzie di effettività della tutela dei diritti della persona e della presunzione d'innocenza in uno Stato di diritto.

Laddove sembra destinato a crescere il *terribile e odioso* potere d'inchiesta, dovrebbe crescere proporzionalmente il perimetro dei doveri e della responsabilità di colui che l'esercita, così da effettivamente *agire e apparire agire liberi*. In termini, pertanto, di arricchimento dell'equilibrio e della maturità professionale, delle doti di ragionevolezza, proporzionalità, trasparenza, efficacia e qualità degli atti, di capacità di ascolto e di rispetto della dignità delle persone, di sobrietà e riserbo anche nei comportamenti extrafunzionali e nei rapporti coi *media*, di etica del limite e del dubbio.

Dando così il giusto peso all'area dei doveri e della responsabilità, l'esercizio dell'attività d'inchiesta verrebbe meglio inteso come *servizio* anziché come *potere*.

Quali i possibili rimedi contro il rischio di una deriva ideologica, etica e valoriale?

Per un verso, si fa appello agli anticorpi culturali di una più intensa vigilanza dei protagonisti del processo e di una «*ecologia*» dell'informazione e della comunicazione, per il profilo della deontologia e della responsabilità della professione. Nella prospettiva della comunicazione in ambito giudiziario, l'ENCJ nel rapporto «*Public Confidence and the Image of Justice*», discusso a Lisbona il 1° giugno 2018, e il Csm con la delibera dell'11 luglio 2018, recante «*Linee guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale*»¹¹, suggeriscono di implementare l'efficacia della *performance* comunicativa degli uffici giudiziari in termini di oggettività, chiarezza, comprensibilità e tempestività. Vengono elencati, in particolare, una serie di doveri professionali nei confronti delle persone, attinenti al rispetto della vita privata, della sicurezza e della dignità dell'imputato e dei suoi familiari, dei testimoni, dei terzi, della vittima e delle persone vulnerabili, delle garanzie della difesa e della presunzione di non colpevolezza, del diritto dell'imputato e delle altre parti di non apprendere dalla stampa o dai *media* quanto dovrebbe essere loro comunicato in via formale, nonché gli specifici doveri di chiarezza nella distinzione di ruoli tra magistratura inquirente e giudicante, e di rispetto da parte del pubblico ministero delle decisioni giudiziarie, contrastandole non nella comunicazione pubblica bensì nelle sedi processuali proprie.

Per altro verso, sul terreno del processo penale, i recenti interventi di riforma prendono l'avvio dal dato inconfutabile della irragionevole durata del processo italiano, che presenta tempi di definizione di molto superiori alla media europea. Si è preso atto del controverso rapporto fra il fattore tempo e la funzione di giustizia, pretendendo un cambio di passo nella rapidità, trasparenza e comprensibilità dei provvedimenti ai fini della verifica della rispondenza del sistema giudiziario alla *Rule of Law* e ai principi dello Stato di diritto.

Invero, l'eccessiva durata dei giudizi, oltre a determinare uno squilibrato rapporto fra pubblico ministero e giudice fin dentro le indagini, reca un serio pregiudizio sia alle garanzie delle persone coinvolte – indagato, imputato, vittima, terzi – sia all'interesse dell'ordinamento all'efficace accertamento e alla persecuzione dei reati, determinando una seria frattura della tradizione giuridica occidentale e una deriva dei valori anche etici del giusto processo. Va dunque rovesciato il paradigma per il quale, nel contrasto fra i tempi lunghi e le soluzioni incerte della giurisdizione e le legittime e pressanti aspettative di sicurezza

11. Cfr., volendo, G. Canzio, *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari vs. il processo mediatico*, in *Diritto penale e processo*, n. 12/2018, p. 1537.

e legalità dei cittadini, sarebbero le scadenze asfittiche del processo a giustificare il cedimento di questo e il privilegio accordato ai pur provvisori esiti delle indagini, ridando respiro, per contro, ai momenti della ricostruzione probatoria del fatto, della verifica dell'ipotesi di accusa e dell'accertamento della verità in tempi ragionevoli, e nel rispetto delle garanzie dinanzi al giudice terzo e imparziale.

Di qui il delinarsi dei possibili antidoti alla ipertrofia dell'inchiesta sulla base di un più razionale assetto istituzionale dei "poteri" nel suo svolgersi, che oggi risulta affidato alle linee della riforma del processo penale di cui alla legge delega 27 settembre 2021, n. 134 e al conseguente d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150, nonché al contestuale rafforzamento della presunzione di innocenza con il d.lgs 8 novembre 2021, n. 188.

Su questi presupposti culturali si snoda la logica ricostruttiva del "modello Cartabia" per riportare in equilibrio – seppure ancora parziale – i rapporti fra pm e giudice dentro le indagini preliminari, attraverso una serie di interventi sul rito diretti ad aprire già in taluni momenti tipici di quella fase, assurta oggi a indiscusso baricentro mediatico del processo, talune «*finestre di giurisdizione*»¹².

Che si tratti di una riforma di impronta liberale è dimostrato dalla portata innovativa e anche etica del pressoché contemporaneo d.lgs 8 novembre 2021, n. 188, recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato. Il testo della direttiva, nei vari *considerando* (in particolare, dal n. 17 al n. 20), presenta significative aperture all'effettivo recepimento delle concrete garanzie per il rispetto di tale diritto dell'imputato e della dignità delle persone¹³.

Va tuttavia rimarcato che tanto le linee-guida della delibera Csm 11 luglio 2018, coerenti con le indicazioni degli organismi europei, quanto le specifiche prescrizioni del d.lgs n. 188/2021 sul rafforzamento

della presunzione di innocenza stentano faticosamente a decollare. Ad esse si frappongono ingiustificate resistenze culturali e corporative, insieme con obiettive difficoltà pratiche di organizzazione dei servizi da parte degli uffici competenti¹⁴.

Sicché è dato purtroppo assistere a frequenti episodi di illegittima diffusione di dati sensibili, lesivi della dignità e riservatezza e della presunzione di innocenza della persona, e di persistente violazione del dovere di garantire la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento o addirittura dei terzi estranei.

La sterilizzazione o, almeno, la mitigazione di siffatti deprecabili episodi, con la puntuale repressione di eventuali violazioni della relativa garanzia, potrebbe contribuire, seppure in tempi non brevi, a un più responsabile e critico approccio sia dei *media* che dell'opinione pubblica alle gravi distorsioni causate dal fenomeno del cd. populismo giudiziario¹⁵.

5. Eterogenesi dei fini. La separazione delle carriere

Mette conto, a questo punto, di svolgere alcune considerazioni critiche in replica al pur legittimo e autorevole disegno legislativo di separazione delle carriere (oltre che delle funzioni) dei giudici e dei pubblici ministeri.

Il progetto, che prevede la sostanziale destrutturazione di larga parte del vigente modello costituzionale sull'ordinamento della magistratura, sul sistema di governo autonomo e sull'obbligatorietà dell'azione penale, sembra potenzialmente destinato a determinare, di riflesso, una più spiccata autoreferenzialità (anche nei rapporti con la narrazione mediatica e con l'opinione pubblica) e un ancora più accentuato distacco – o indifferenza – della pubblica accusa rispetto alle sorti del processo e all'accertamento della verità.

12. Già con la sent. n. 26889 del 2016, *Scurato*, riguardante l'utilizzo a fini intercettativi del captatore informatico ("trojan") nei procedimenti per i delitti di criminalità organizzata, le sezioni unite della Corte di cassazione avvertivano circa «*l'esigenza che, nei rispetto dei canoni di proporzione e ragionevolezza a fronte della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione, pure provvisoria, del fatto come inquadabile in un contesto di criminalità organizzata, risulti ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari che ne sorreggano, per un verso, la corretta formulazione da parte del pubblico ministero e, per altro verso, la successiva, rigorosa, verifica dei presupposti da parte del giudice chiamato ad autorizzare le relative operazioni intercettative; fermo restando il sindacato di legittimità della Corte di cassazione in ordine all'effettiva sussistenza di tali presupposti (...)*».

13. Il d.lgs n. 188/2021, commentato da A. Spataro - F. Resta - V.A. Stella, in *Giustizia insieme*, 14 dicembre 2021, nonostante i rilievi critici di esponenti della stampa o dei *media* (che hanno accusato il decreto di preconstituire addirittura una sorta di "bavaglio" all'informazione), ha trovato puntuale attuazione nelle linee-guida impartite dai procuratori della Repubblica ai magistrati dell'ufficio e alla polizia giudiziaria.

14. Merita, viceversa, di essere segnalata – in termini senz'altro positivi – la pregevole delibera sull'uso dei mezzi di comunicazione elettronica e dei *social media* da parte dei magistrati amministrativi, adottata il 18 marzo 2021 dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, in coerenza con i codici etici e con le linee di indirizzo dell'ENCJ, che ne suggeriscono un uso prudente, discreto e sobrio.

15. *Cfr.*, da ultimo, G. Giostra, *La norma Costa non evita la gogna e mina il controllo democratico*, intervista di V. Stella, *Il Dubbio*, 29 dicembre 2023 (www.ildubbio.news/interviste/la-norma-costa-non-evita-la-gogna-e-mina-il-controllo-democratico-plddi69i).

L'organo di giustizia sarebbe naturalmente sollecitato ad assumere il ruolo di incontrastato vertice della polizia giudiziaria, con la disponibilità di rilevanti risorse di personale e tecnologiche e con la funzione di dirigere indagini finalizzate al raggiungimento di obiettivi concreti e immediati, che potrebbero pure apparire sconnessi dalla lontana nel tempo e imprevedibile opera del giudice – terzo e imparziale – di ricostruzione probatoria dei fatti e della verità nel contraddittorio fra le parti.

Sembra evidente il rischio che, per una paradossale eterogenesi dei fini, prevalgano viepiù logiche di chiusura corporativa, opposte alla linea, tracciata dalla Costituzione, dell'attrazione ordinamentale del pubblico ministero nel sistema e nella cultura della giurisdizione.

In poche parole, con il distacco del pubblico ministero dal perimetro della giurisdizione si viene prospettando la costituzione di un secondo e autonomo potere giudiziario, indipendente da ogni altro potere dello Stato e dallo stesso potere pertinente alla giurisdizione in senso stretto, sulla base di un eccentrico e inedito modello nel panorama della giustizia internazionale, nel quale non è dato rinvenire il riconoscimento di un così largo statuto di autonomia e indipendenza a favore di un pubblico ministero "separato" dal giudice e dalla giurisdizione. Con l'effetto collaterale (certamente non auspicato dai promotori dell'iniziativa riformatrice) di legittimare, con l'ulteriore frammentazione dei poteri dello Stato, l'obiettivo rafforzamento, oltre ogni ragionevole limite, della sfera di influenza nel sistema di giustizia dell'organo di accusa, al quale, munito di ampie risorse investigative e di forti garanzie di autonomia e indipendenza, resta attribuito il ruolo di titolare esclusivo dell'inchiesta e dell'azione penale.

La smisurata implementazione della figura e dei poteri di quest'organo di giustizia potrebbe, a questo punto, rendere inefficace – nelle dinamiche dei

comportamenti concreti, pure extrafunzionali – il formale appello perché osservi anch'egli il precetto, preminente e valido per ogni magistrato, di «*agire e apparire agire liberi*» da ogni condizionamento o influenza esterna indebita.

Un duro colpo, dunque, al delicato equilibrio dell'architettura costituzionale disegnata nel titolo IV sulla magistratura, nei termini approvati dai Costituenti e fortemente voluti, in particolare, da Piero Calamandrei, allora presidente del ricostituito Consiglio nazionale forense, nonché alle reali esigenze di tutela dei diritti della persona.

En fin, un risultato certo non esaltante per il complessivo assetto delle garanzie della difesa a fronte della inedita ampiezza dei poteri del magistrato inquirente.

Anziché proporre interventi destinati a esaltare viepiù la logica di separatezza e autoreferenzialità dell'ufficio del pubblico ministero e a rivelarsi, inoltre, compressivi dell'indipendenza interna dei singoli magistrati di quell'ufficio, meriterebbe attenzione, viceversa, la proposta alternativa di aprire ulteriori, ancora più pregnanti finestre di controllo di legalità del giudice – *terzo e imparziale* – fin nei momenti topici delle indagini preliminari, non soltanto, quindi, molto più tardi e spesso infruttuosamente nel giudizio.

Come pure andrebbe perseguito con determinazione il valore della condivisione della missione di giustizia e dell'organizzazione della giurisdizione da parte della magistratura e dell'avvocatura, che, nel reciproco riconoscimento dei rispettivi ruoli e funzioni, ne accrescerebbe l'autorevolezza e ne rafforzerebbe l'indipendenza rispetto al potere politico (essendo l'una sinergicamente custode e garante dell'indipendenza dell'altra), insieme con l'idea di una comune cultura della giurisdizione che dovrebbe virtuosamente contaminare i pur differenti *mestieri* del giudice, del pubblico ministero e dell'avvocato.

Il più debole dei poteri

di Giovanni Salvi

Sono molte le occasioni in cui l'imparzialità del pubblico ministero viene messa in discussione. Essa si lega alla terzietà del giudice e si caratterizza per la particolare forza del principio – che discende dal rapporto con i valori costituzionali di eguaglianza dinanzi alla legge e di tutela dei diritti – alla cui attuazione è mirata. Tema centrale è quello della responsabilità, nel senso di *accountability*. Se il pm risolve questo problema all'interno del circuito della giurisdizione, attraverso il controllo del giudice sulle scelte di azione/non azione, restano profili di grande rilievo che sfuggono o, strutturalmente, non sono sottoposti a tale controllo. Queste scelte si legano alla prevedibilità dell'agire giudiziario, fondamentale per assicurare l'eguaglianza dinanzi alla legge. La complessità delle scelte del pm, sin da quelle interpretative nell'ambiente multilivello della giurisdizione, costituisce una sfida all'imparzialità e rende assai incerta l'antica definizione della giurisdizione come “il più debole dei poteri”.

1. Manifestare il proprio pensiero / 2. Diverse accezioni dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni. Le scelte del pubblico ministero / 3. Imparzialità e prevedibilità dell'agire giudiziario / 4. La contestazione come luogo in cui si compendia la consapevolezza del limite / 5. Il più debole dei poteri? / 6. Conclusioni

1. Manifestare il proprio pensiero

Essere e apparire imparziali. Cosa significa per il pubblico ministero?

Le polemiche più aspre, che mettono in dubbio l'imparzialità del pubblico ministero, nascono spesso dal rapporto con l'informazione, dipenda ciò da dichiarazioni o scritti del magistrato o da comportamenti della vita privata o pubblica, che rivelerebbero orientamenti politici, così da incidere sull'esercizio delle sue attività giudiziarie.

Il magistrato, giudice o pubblico ministero, ha il diritto di esprimere le proprie opinioni. Tuttavia, ciò

avviene nello svolgimento di una funzione pubblica particolarmente delicata. Il codice etico dei magistrati, adottato dall'Anm in esecuzione delle previsioni di legge¹, all'art. 6 indica con precisione i criteri cui il pubblico ministero deve attenersi nei rapporti con gli organi di informazione. Anche le fonti europee attribuiscono rilievo agli oneri che gravano sul magistrato, per la possibilità che le manifestazioni pubbliche di pensiero incidano sulla sua imparzialità. Su questi aspetti si rinvia alla «*Guida alla comunicazione*» edita dalla Scuola superiore della magistratura, di imminente uscita.

Non si tratta solo di apparenza, ma di sostanza. Il discrimine tra i due aspetti non è facilmente marca-

1. Il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 prevede, all'art. 54 («Codice di comportamento»), che per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria adottano un codice etico a cui devono aderire gli appartenenti alla magistratura interessata. In caso di inerzia, il codice è adottato dall'organo di autogoverno. L'adozione di un codice di comportamento era già prevista dall'ultimo comma dell'art. 58-bis d.lgs 3 febbraio 1993, n. 29, introdotto nell'originario testo normativo sul pubblico impiego con il d.lgs 23 dicembre 1993, e abrogato dalla normativa sopra richiamata.

bile². Si può fondatamente obiettare che la pubblica espressione delle proprie opinioni – ad esempio, nel dibattito politico – sia in realtà garanzia di maggiore consapevolezza della propria intrinseca soggettività. Chi crede, di se stesso, di essere indipendente e del tutto imparziale, spesso non è consapevole che quella percezione è adesione supina a valori che ritiene naturali, non politici. Una grave fallacia epistemica. La consapevolezza dell'ineliminabile coinvolgimento soggettivo nel giudizio, che ha in sé una componente empatica, può forse meglio consentirne il governo nell'atto del giudicare e anche ricostruire nella motivazione ciò che incide nel profondo nelle scelte ermeneutiche. D'altra parte, a tanto porta – ed è discorso assai lungo – la complessità crescente dell'atto del giudicare (e delle scelte che lo precedono), in dipendenza della rete delle fonti e del peso che nell'interpretazione grava per l'attuazione di valori costituzionali.

Questi aspetti sono stati molto arati negli anni passati³, anche se spesso in maniera solo bassamente polemica. Su di essi credo che i moniti a modalità di espressione coerenti con il proprio ruolo, descritti dalle fonti sopra indicate, siano sufficienti a delineare diritti e doveri del magistrato quale cittadino che esprime le proprie convinzioni.

L'irrompere della comunicazione in rete non modifica questo approccio, se non nel senso della necessità che il magistrato sia consapevole delle caratteristiche specifiche di queste forme di comunicazione: essa è immediata ma non cancellabile, resta in rete per sempre; nasce spesso come privata, rivolta a ristrette cerchie di amici, ma perde immediatamente questa caratteristica, per la sua facile trasmissibilità; è costituita da testi, ma al tempo stesso da immagini, la cui forza espressiva è assai più forte dei primi e prescinde da contesti e argomentazioni.

Del tutto diverso è il tema della comunicazione istituzionale. Comunicare è un dovere sia per il pub-

blico ministero che per il giudice. L'attenzione del legislatore si è concentrata sul rapporto tra il pubblico ministero e i mezzi di informazione, trascurando del tutto sia la necessità – la doverosità – dell'informazione sia la sua efficacia, che muta nelle varie fasi del processo. La Procura generale della Cassazione ha preso, sul punto dell'attuazione della riforma del 2022, una posizione chiara e netta, alla quale rinvio⁴.

2. Diverse accezioni dell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni. Le scelte del pubblico ministero

Tuttavia, gli aspetti di più difficile gestione dell'imparzialità e della sua immagine emergono quando dalla comunicazione, intenzionale o nei fatti, si passa alle modalità di esercizio della funzione.

Si consumano, qui, molti equivoci. Si dubita da taluno, ad esempio, dell'imparzialità sotto specie di terzietà del giudice quando dirige il dibattimento, utilizzando i poteri che gli sono assegnati dalla legge e che, peraltro, derivano dalle caratteristiche intrinseche del processo *adversarial*, nel quale – almeno in teoria – le regole hanno un ruolo essenziale, ad esempio nell'esame e nel controesame. Se il ruolo del giudice di direzione dell'udienza è connaturato all'idea stessa del processo che si svolge nel contraddittorio tra le parti, regolato e rispettoso delle regole, uno spazio per la perdita di terzietà del giudice potrebbe invece riscontrarsi nell'espansione dei poteri di integrazione della prova, fino alla ricerca da parte del giudice di una "sua" verità.

"Imparzialità" non è termine univoco. Essa si declina in modi molto diversi a seconda della funzione svolta e anche della specifica sede in cui si manifesta. Ogni pubblico ufficiale deve agire in maniera imparziale, anche quando assume deliberazioni di carattere discrezionale. Discrezionalità, infatti, non è abuso;

2. Su questi aspetti, si veda la magistrale ricostruzione di Enrico Scoditti, *Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione*, in *Questione giustizia online*, 22 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione), ora in questo fascicolo. L'ampia ricostruzione dell'Autore ripercorre il difficile dilemma del magistrato-cittadino nel partecipare alla vita pubblica, a partire dalla fondamentale differenza di approccio alla giurisdizione nel sistema statunitense e in quelli continentali, giungendo così alle pronunce della Corte di cassazione in sede disciplinare e a quelle della Corte costituzionale che legano l'imparzialità del magistrato, oggettiva e di apparenza, al tema dell'indipendenza e, dunque, dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

3. Rinvio al nostro scritto, in corso di pubblicazione quale introduzione alla «Guida» della Ssm sulla comunicazione giudiziaria.

4. Il documento può essere consultato sul sito della Procura generale, sotto la voce «Orientamenti per gli Uffici di Procura» con il titolo «Comunicazione istituzionale e presunzione di innocenza». In esso si legge: «Va ribadito, in accordo con gli orientamenti consolidati del Consiglio Consultivo dei Procuratori Europei, che l'informazione della pubblica opinione in una società aperta è un primario interesse della collettività. Tale onere incombe anche sul pubblico ministero. Informare l'opinione pubblica non è un diritto di libertà del magistrato del pubblico ministero o del giudice, ma è un dovere preciso dell'Ufficio.

L'informazione deve certamente essere corretta e imparziale; essa deve essere rispettosa della dignità della persona, come indicato dal Consiglio superiore della magistratura sin dalla delibera in data 11 luglio 2018. L'informazione deve essere anche completa ed efficace. Essa non può essere limitata se non dai principi sopra menzionati, oltre che dal dovere di riserbo per gli atti e le notizie che devono restare segrete o riservate, in quest'ultimo caso quando non vi è un interesse pubblico alla loro conoscenza. Ma al di là di questi limiti, imposti ora anche dalla legge, il pubblico ministero ha il dovere di comunicare».

essa può essere più o meno vincolata, ma è comunque sottoposta al principio di imparzialità.

Tuttavia, l'imparzialità del pubblico ministero ha caratteristiche specifiche, che derivano dal differente ruolo che esso – almeno nel processo *adversarial* quale concretamente e solo in parte realizzato nel nostro ordinamento – svolge nella fase delle indagini e dinanzi al giudice. In entrambe, l'imparzialità è rinforzata dai valori costituzionali coinvolti e alla cui tutela è finalizzata: l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, il principio di soggezione alla legge, la preminenza del principio di non colpevolezza, il pieno dispiegarsi del diritto di difesa che si riflette sugli oneri stabiliti dall'art. 358, ultima parte, cpp.

Onere, quello di svolgere accertamenti anche a favore dell'indagato, che ha un significato generale ed epistemico e che si ricaverebbe comunque da una lettura sistematica del processo, anche se non fosse esplicitamente enunciato. Esso è anche strettamente legato all'imparzialità come dovere del pubblico funzionario: il difensore, infatti, dovrebbe anch'egli ricercare gli elementi che minacciano la propria tesi difensiva (per ovvie ragioni epistemiche analoghe a quelle che riguardano il pubblico ministero, come ogni ricercatore che opera per congetture e confutazioni e per il quale la smentita della ipotesi è più importante della corroborazione, anche per poter formulare sotto-ipotesi che reggano alla falsificazione), ma non ha il dovere di rivelarle alla controparte e al giudice. Questa è la semplice e sostanziale differenza, per la quale il pubblico ministero non è mai "parte" in senso soggettivo. Il difensore non solo non ha dovere di verità, come invece ha il pubblico ministero, ma addirittura – almeno nel nostro ordinamento – ha il dovere di non ostendere le informazioni negative, per onorare il mandato⁵.

Dinanzi al giudice, in udienza, l'imparzialità del pubblico ministero è rafforzata, tanto da legarsi strettamente alla sua autonomia interna, in un ufficio a carattere gerarchico, perché essa è finalizzata a enfatizzare la terzietà, come caratteristica specifica della imparzialità del giudice.

Una discussione a parte meriterebbe il tema di come si disloca l'imparzialità nelle diverse fasi. In quella delle indagini deve prevalere, per ragioni epistemiche e deontologiche, il dovere di svolgere le investigazioni anche a favore dell'indagato, per testare fino in fondo la resistenza dell'ipotesi accusatoria rispetto alla sua possibile falsificazione. Invece, nella fase del giudizio, quando è pieno il contraddittorio, si espande – per le medesime ragioni epistemiche e deontologiche – il dovere di testare fino in fondo l'ipotesi consolidatasi nella contestazione, cercandone innanzitutto le corroborazioni. Al momento di trarre le conclusioni, nelle richieste non può che prevalere, anche per il pm come per il giudice, il dovere di assoluta imparzialità e, dunque, della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

La parziale autonomia, interna ed esterna, del pubblico ministero si lega all'indipendenza ordinamentale dell'organo. Questo tema è stato discusso approfonditamente nella Conferenza dei procuratori e direttori degli uffici del pubblico ministero europei, nell'ambito del Consiglio d'Europa, organizzata dalla Procura generale della Cassazione a Palermo, nel maggio del 2022⁶.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, l'indipendenza è legata al principio di obbligatorietà dell'azione⁷. Poiché quel principio costituisce attuazione del principio di eguaglianza tra i cittadini nel campo specifico della giustizia penale⁸, l'esigenza di indipendenza si è diffusa anche in contesti istituzionali di altri

5. Il difensore non può o, almeno, non potrebbe consapevolmente mentire al giudice o utilizzare prove di cui conosce la falsità. Sugli *escamotage* utilizzati per aggirare questo divieto nel sistema statunitense, molto più rigido dal punto di vista delle regole deontologiche e nel quale all'accusato è riconosciuto il diritto di tacere, ma non quello di mentire – come dovrebbe essere ovvio in un vero sistema *adversarial*... – si vds. il romanzo di A.M. Dershowitz, *The Advocate's Devil*, Grand Central Publishing, New York, 1994 (ed. it.: *Il Demone dell'Avvocato*, Mondadori, Milano, 1995). Grande studioso *liberal*, docente nelle più prestigiose università, divenne famoso al grande pubblico per l'organizzazione della difesa di O.J. Simpson, fatto che riproduce paradossalmente la vicenda narrata, l'anno prima, nel romanzo. Qui, l'accusato di stupro, una volta assolto grazie alle astuzie che gli hanno consentito di mentire, rivolge le sue attenzioni alla figlia minore dell'avvocato...

6. Si rinvia alla relazione introduttiva della sessione sull'indipendenza tenuta da A. Mura, *Aspetti essenziali dell'indipendenza dei procuratori; sua rilevanza rispetto all'indipendenza dei giudici; responsabilità (accountability) del pubblico ministero*, Palermo, 5 maggio 2022 (<https://rm.coe.int/theme-1-mura-it/1680a6a457>). La seduta inaugurale della Conferenza può essere ascoltata integralmente su Radio Radicale. Sulla indipendenza interna del magistrato del pubblico ministero, nella prospettiva qui discussa, rinvio a P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici di procura*, in *Questione giustizia online*, 18 dicembre 2019 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-organizzazione-degli-uffici-di-procura-18-12-2019.php).

7. Legame affermato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 84 del 1979, ove si statuiva che «l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero (...) è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale». Temi ripresi dalla sentenza n. 88 del 1991, per tanti aspetti decisiva nel delineare il ruolo del pubblico ministero e del giudice nel processo riformato.

8. Altro legame, quello con il perseguimento dell'eguaglianza dinanzi alla legge, affermato dalla Corte in alcune decisioni, tra cui le sentt. nn. 190/1970 e 96/1975.

Paesi, nei quali non solo non esiste l'obbligatorietà dell'azione, ma un tale principio verrebbe visto come una limitazione delle facoltà del ministero pubblico.

Negli Stati Uniti, ad esempio, il funzionamento del sistema giudiziario nel suo complesso si radica nel *non detto* dell'efficacia deflazionistica di un processo nelle mani del pubblico ministero, e ad alto rischio per l'imputato che non accetti il patteggiamento. Questa flessibilità si basa appunto sul carattere non obbligatorio della decisione di agire da parte del *prosecutor*, che valuta legittimamente anche ragioni di opportunità; il giudice può, in casi eccezionali, valutare il carattere discriminatorio delle scelte del *prosecutor*, ma non le scelte di opportunità. Il bilanciamento verso forme di egual trattamento, poi, si basa essenzialmente sull'esistenza di regole deontologiche condivise tra i vari attori della giurisdizione. Ciò attenua, senza eliminarla, la dipendenza interna del *prosecutor* da una catena gerarchica che culmina nel potere esecutivo, cioè nell'*Attorney General*, procuratore generale e ministro della giustizia allo stesso tempo.

Difficile, dunque, fare paralleli, come invece purtroppo si è fatto con larghezza nel periodo successivo all'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1989. Penso a quanto ci si sgolò per far comprendere che i riti differenziati non avrebbero mai potuto funzionare senza una chiara *consecutio*, costituita dall'alta probabilità della condanna, in caso di giudizio ordinario. Seguirono alti lai sulla irrinunciabilità della prescrizione più breve possibile, anche per il concomitante interesse di imputati che rivestivano cariche pubbliche, in pieno conflitto di interessi, innanzitutto Silvio Berlusconi. La conseguenza fu che, invece del 90% di riti differenziati, necessario per far funzionare il dibattito, la proporzione fu invertita, con le conseguenze odierne... La cronaca sembra oggi ripetersi.

In un sistema istituzionale quale quello statunitense, fortemente condizionato dall'ideologia protestante – calvinista (ognuno ha quel che merita – *to deserve* è il verbo principale della giustizia penale), il ruolo delle regole non scritte è (o forse ormai era... anche gli USA si sono *meritati* il loro Trump) determinante.

In Europa, l'esigenza di un pubblico ministero non soggetto a direttive ministeriali, e dunque – almeno di fatto – indipendente, si è negli ultimi anni diffusa, così da far ritenere che l'indipendenza interna ed esterna, nel momento delle deliberazioni, sia

un requisito di una giustizia eguale. Questa esigenza emerse con forza nelle relazioni dei rappresentanti di Paesi con sistemi istituzionali assai diversi, nella Conferenza di Palermo del maggio 2022. Credo che proprio questa diffusione sia tra le cause della evidenziazione della terzietà come requisito tipico del giudice e che lo differenzia dal pubblico ministero, anche quando a questo sono riconosciuti i requisiti di indipendenza e imparzialità (nel senso debole della “parte imparziale”). Si vedano sul punto le decisioni delle Corti europee in tema di garanzie⁹.

Molto interessante è l'esperienza del Procuratore europeo (EPPO). La scelta operata circa l'attribuzione delle decisioni sull'esercizio dell'azione ha dovuto tenere conto della diversità dei sistemi processuali e ordinamentali coinvolti. L'esigenza di imparzialità in queste scelte è enfatizzata – in un organismo che risponde contemporaneamente agli organi europei e alle nazioni che compongono l'Unione – perché ogni sospetto di scelte adottate sotto la pressione di interessi di parte metterebbe a rischio l'esistenza stessa di EPPO.

Da qui il ruolo di un organo collegiale e indipendente, che ha l'ultima parola sulle scelte più significative dei procuratori europei nazionali e dei procuratori europei delegati.

Nel nostro quadro istituzionale, è sempre più evidente che il pubblico ministero compie necessariamente una serie di scelte discrezionali, innanzitutto nell'organizzazione dell'ufficio e delle strutture serventi, dalle quali discendono conseguenze molto significative sull'effettività della sua iniziativa. Anche nel procedimento e, poi, nel ruolo svolto in udienza, molte sono le scelte che devono essere compiute e che non discendono dalla meccanica applicazione della legge. Anche questi aspetti sono da tempo trattati, non certo per mettere in discussione imparzialità e indipendenza del pm da direttive governative o legislative, ma per mettere in rilievo la necessità della responsabilità dell'ufficio, nel senso di *render conto*¹⁰. Ogni tanto l'acqua calda viene riscoperta e rozzaamente utilizzata per trarne conseguenze politiche. Eppure, è necessario tener salda la distinzione tra il circuito di controllo giudiziario, che è connesso alla legalità e obbligatorietà dell'azione, dal controllo di responsabilità, che non può non avere il suo centro nell'organo di governo autonomo.

9. Ad esempio, la sentenza della Corte di Lussemburgo [GS] nel caso *Prokuratúra*, C-746/18, 2 marzo 2021.

10. *Questione giustizia* ha dedicato molto spazio a questo tema. Segnalo un importante scritto del suo Direttore, Nello Rossi: *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 16-31 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/933/2-2021_qg_rossi.pdf). Si vedano anche i nostri *Organizzazione del pubblico ministero* e *Procura generale presso la Corte di cassazione*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 5/2011, pp. 187-207, e *Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 32-37 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/934/2-2021_qg_salvi.pdf).

La discrezionalità nel senso appena descritto è esacerbata dalle difficili condizioni in cui versa il processo e, dunque, dalla necessità di scelte che, comunque le si voglia definire, di priorità o di postergazione, comportano significativi riflessi sulla effettività dell'azione in un numero davvero grande di fatti-reato.

Queste scelte, oltre a implicare necessarie misure volte ad assicurare che chi le compie sia responsabile, nel senso che ne risponda, comportano che l'organo del pubblico ministero non può essere letto interamente come neutrale applicatore della legge.

L'obbligatorietà dell'azione ha in passato costituito la legittimazione delle scelte del pubblico ministero e del conseguente controllo, operato dal giudice. Le sempre più complesse opzioni che il pubblico ministero compie, nell'organizzazione dell'ufficio e nell'interpretazione delle norme, rende questa soluzione non sufficiente. Essa vale nel singolo procedimento e quando si giunge all'effettivo interpellato del giudice, ad esempio con una richiesta di archiviazione; quando il reato è prescritto, l'interpellato non risolve il controllo sul non esercizio dell'azione. Questo aspetto è enfatizzato quando la sproporzione tra risorse (tra cui la disponibilità di udienze del giudice) e necessità è talmente grande da portare alla prescrizione, prima dell'esercizio dell'azione, di un gran numero di fatti-reato.

Questo comporta il tema della responsabilità, nel senso di *accountability*, concetto estraneo alla nostra cultura e quindi anche al nostro dizionario. Ma le scelte di vita/morte del singolo procedimento rischiano anche di colorirsi di parzialità, almeno all'occhio del cittadino che attende giustizia per il suo procedimento. La previsione di indicazioni legislative dei criteri di priorità dovrebbe portare a chiarire l'attribuzione delle responsabilità, ma dubito che questa misura non porti conseguenze di diverso tipo.

Il vero tema dell'imparzialità e della sua percezione, a mio parere, sta però nella prevedibilità dell'agire del pubblico ministero (oltre che della decisione del giudice).

Questi aspetti di carattere ermeneutico, ordinamentale e processuale convergono nel legittimare la percezione del pubblico ministero come mosso da scelte in senso lato "politiche", cioè secondo criteri di opportunità generale.

La pressione dell'opinione pubblica, la visione del processo come un giuoco delle parti in cui vi è chi vince e chi perde, la considerazione di sé del pubblico ministero come controllore di legalità ad ampio spet-

tro sono tutti elementi che possono congiurare nel determinare un aggravamento di quella percezione.

È quindi indispensabile che vi sia, da parte del pubblico ministero, chiarezza sui limiti delle proprie funzioni, perché essa costituisce la base della sua effettiva imparzialità.

3. Imparzialità e prevedibilità dell'agire giudiziario

Il principio di legalità impone innanzitutto la riserva di legge, come riserva di forma e non meramente di fonte. Esso è peraltro, in materia penale, invero dalla determinatezza e precisione del precetto. Sappiamo bene che ciò non avviene, a volte anche per precise scelte del legislatore¹¹, che – incapace di sciogliere nodi politici significativi – ne demanda la soluzione all'interprete.

Questa indeterminazione rende possibile l'estensione del precetto, così che si sfiora a volte l'analogia *in malam partem*.

Su questa strutturale difficoltà si inserisce ora, in maniera sempre più evidente, l'effetto del sistema plurale e multilivello delle fonti, sia di carattere normativo che giurisprudenziale. L'efficacia delle decisioni sistemiche o consolidate delle Corti di Strasburgo o di Lussemburgo, e dunque l'espandersi anche del rinvio pregiudiziale, sono fattori che introducono ulteriori elementi di incertezza. La necessità di adeguare l'interpretazione della norma ai principi diversi delle Carte (costituzionale, Cedu e di quella europea dei diritti) porta poi sempre di più il giudice a motivare, cercando l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Si comprende dunque come, in questo contesto istituzionale e di rapporti tra corti e tra queste e i giudici comuni, l'idea di certezza del diritto lasci il posto a quella della prevedibilità della decisione, come faro cui orientare l'attuazione del diritto.

La difficile prevedibilità della decisione e, per il pubblico ministero, più in generale, dell'agire giudiziario costituisce una delle principali cause di percezione di non imparzialità dell'organo.

La prevedibilità non è confinata nella nomofilachia affermata nel giudizio di legittimità. Essa, come afferma Viganò, si estende dalle prime fasi delle investigazioni fino all'esecuzione della decisione definitiva. «Il principio potrebbe dunque essere

11. Francesco Palazzo affronta con particolare vigore il tema, parlando di «tradimento della legalità» anche da parte del legislatore, per la indeterminazione spesso voluta della legge penale e per la riduzione della riserva di legge a mera fonte. «L'eterno problema della determinatezza della legge penale, condizione fondamentale della auspicata legalità in azione, ha mutato per così dire collocazione concettuale, avendo ormai definitivamente abbandonato il piano linguistico della parola legislativa, per installarsi su quello della interpretazione da parte del giudice» – F. Palazzo, *Legalità tra Law in the Books e Law in Action*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 gennaio 2016 (www.antonioacasella.eu/archiva/Palazzo_2016.pdf).

reformulato come “prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all’applicazione della legge penale”, coprendosi con questo concetto l’intero spettro di eventi che vanno dal primo atto di indagine (o dall’eventuale applicazione di misure cautelari ad opera della polizia) sino all’effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione. Un arco temporale, dunque, che inizia molto prima del processo, e che può concludersi anche molti anni dopo»¹².

Il rafforzamento della nomofilachia è obiettivo fondamentale sia della Corte che della Procura generale, dai loro non coincidenti punti di osservazione. È, tuttavia, molto difficile perseguire la nomofilachia quando si opera in una Corte suprema che decide ogni anno 100.000 ricorsi, caso unico nel panorama delle giurisdizioni. La generalizzata inefficienza del sistema giudiziario penale, per i suoi tempi e per l’incertezza dei suoi risultati, concorre a ostacolare l’uniforme attuazione delle norme. I due aspetti si rincorrono nell’amplificarsi a vicenda. Anche questa relazione è ben nota e dunque non me ne occuperò, se non per ricordare, ancora una volta, che senza interventi radicali è ben difficile che misure palliative possano raggiungere gli effetti sperati.

Se il ruolo nomofilattico della Corte è ben noto, quello operato dalla Procura generale della Cassazione lo è molto meno. L’esperienza degli anni del Covid e i provvedimenti di differente natura con i quali la Procura generale ha affrontato l’emergenza¹³ hanno reso chiaro che l’esigenza di prevedibilità dell’agire è un valore non in contrasto con la struttura non gerarchica dell’ordinamento del pubblico ministero e quella gerarchica impropria, interna all’ufficio.

L’esigenza di uniformità si è imposta immediatamente, sia per la necessità di condividere scelte difficili, che ponevano potenziali temi di responsabilità per gli stessi organi dell’esecuzione penale e dunque per il pubblico ministero, sia per la complessità della valutazione dell’impatto della pandemia sull’interpretazione delle norme.

Questo secondo aspetto è emerso innanzitutto per la qualificazione della colpa medica, rapportata a un evento del tutto nuovo, che metteva in discussione i criteri della responsabilità rispetto alle linee-guida

vigenti. A esito dell’acquisizione delle informazioni utili a individuare la progressione delle conoscenze sulla pandemia e della loro diffusione tra gli operatori sanitari, dell’interlocuzione con le procure generali e con le procure della Repubblica maggiormente interessate, è stato possibile raggiungere “orientamenti” condivisi, sintetizzati in documenti trasmessi a tutti gli uffici del pubblico ministero. Nonostante il carattere non vincolante di questi orientamenti, non a caso non definiti come “direttive”, essi hanno consentito l’esercizio responsabile dei poteri di indagine volti all’esercizio dell’azione, improntati all’uniforme interpretazione della colpa medica, quale *standard* esigibile in relazione alle conoscenze effettivamente disponibili.

Analoghe indicazioni sono emerse in materia di rilevanza dell’insolvenza, determinata dall’emergenza pandemica. La ricerca di un uniforme approccio al nuovo codice della crisi di impresa e, di conseguenza, al ruolo complesso attribuito al pubblico ministero, già in atto al momento dell’esplosione della pandemia, è stata subito convertita nell’esame delle conseguenze della crisi sul concetto di insolvenza. A questo risultato si è giunti attraverso il coinvolgimento dei principali attori, dalle Camere di commercio alla Banca d’Italia, dalla Guardia di Finanza alla Procura nazionale antimafia, all’Accademia. Gli “orientamenti” che ne sono scaturiti si sono rivelati utili anche ai fini dell’individuazione delle griglie da utilizzarsi per la valutazione dell’accesso al credito agevolato.

L’adozione di chiare indicazioni circa il ricorso a misure cautelari e all’esecuzione di quelle definitive, che tenessero conto della particolare situazione sanitaria e che, quindi, dessero attuazione al principio di prevalenza del diritto fondamentale alla salute, da bilanciarsi solo con esigenze cautelari di eccezionale rilievo, ha consentito da un lato di contribuire a diminuire la presenza carceraria, e al tempo stesso di fornire un quadro di riferimento unitario e uniforme agli organi dell’esecuzione.

Il complesso di questi provvedimenti¹⁴ offre una chiara indicazione circa il ruolo che l’art. 6 d.lgs n. 106/2006 può svolgere, anche in tempi non emergenziali, per indirizzare il pubblico ministero verso il

12. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.* Il lavoro è pubblicato anche nel volume curato da C.E. Paliero - S. Moccia - G.A. De Francesco - G. Insolera - M. Pelissero - R. Rampioni - L. Risicato, *La crisi della legalità. Il “sistema vivente delle fonti penali”*, ESI, Napoli, 2016, che raccoglie gli atti del Convegno annuale dell’Associazione dei professori di diritto penale svoltosi presso l’Università “Federico II” di Napoli, il 7 e 8 novembre 2014.

13. I provvedimenti possono essere letti nel sito della Procura generale, sotto la voce «*Orientamenti per le procure della Repubblica*», e riguardano la crisi di impresa, l’adozione e l’esecuzione di misure detentive e restrittive, i criteri di valutazione penale delle scelte dei sanitari, il sequestro penale in rapporto ai poteri dell’AIFA; a questi si aggiungono orientamenti in materie ordinarie, quali la comunicazione del pubblico ministero e i rapporti delle procure con la DNAT.

14. I provvedimenti citati e altri ancora, ad esempio, in materia di intercettazioni o di “segnalazioni di operazioni sospette” (sos), possono essere consultati nel sito: www.procuracassazione.it.

rispetto del proprio ruolo, rifuggendo la tentazione di inseguire esigenze di giustizia sostanziale o – peggio – popolare, riconoscendo quindi la necessità di una rigorosa interpretazione della legge penale.

Non solo, dunque, uniformità tendenziale nell'esercizio dell'azione, ma rispetto della correttezza dell'agire, che si sostanzia innanzitutto nella consapevolezza dei limiti del proprio ruolo.

4. La contestazione come luogo in cui si compendia la consapevolezza del limite

Il luogo rivelatore del corretto agire del pubblico ministero è, a mio parere, la contestazione. Se il principio di legalità si inverte attraverso quelli – che ne discendono – di determinatezza e precisione del precetto, altrettante dev'essere la determinatezza e la precisione della contestazione. Essa deve rispecchiare in maniera concisa, chiara ed esaustiva tutti gli aspetti determinanti per la precisa individuazione degli elementi tipici della fattispecie legale, applicati alla condotta oggetto di accertamento. Contestazioni-lenzuolo così come il loro opposto, la mera riproduzione delle norme incriminatrici, sono rivelatrici di un difetto di prevedibilità, che può a sua volta essere indice di un più grave problema: la ricerca di giustizia sostanziale.

Vi è il rischio che la dilatazione giurisprudenziale, non dunque del solo pubblico ministero, del precetto (attraverso, ad esempio, l'interpretazione di concetti quali il vantaggio patrimoniale, l'utilità, la distrazione, per citarne alcuni) determini l'estensione applicativa della norma penale. Anche queste possibili torsioni possono essere rilevate sin dalla formulazione della contestazione.

Occorre dunque essere consapevoli delle molte implicazioni delle scelte che il pubblico ministero si trova a fare e che condizionano i risultati del suo agire. Dall'interpretazione, resa difficile dalla qualità della legislazione, alla rete delle fonti e fino all'impie-

go di risorse scarse rispetto a obiettivi non modificabili perché imposti dalla legge (obbligatorietà dell'azione), discendono conseguenze che comportano *accountability* e consapevolezza.

5. Il più debole dei poteri?

L'imparzialità oggettiva e soggettiva e le manifestazioni esterne di entrambe si legano al ruolo della giurisdizione. Decisioni sgradite portano all'accusa di partigianeria. Le motivazioni del provvedimento del giudice o dell'iniziativa del pubblico ministero sono dunque irrilevanti: per gli interessati censori e polemisti conta solo la motivazione soggettiva, il *perché* soggettivamente politico, reso manifesto da comportamenti diversi dall'esercizio di atti di giudiziari. A tal proposito, qualcuno ha parlato di volontà contromaggioritaria, intendendo con questo una visione complottista della giurisdizione. Anche questo armamentario di reazione alla decisione sgradita – inaugurato per contrastare le vicissitudini giudiziarie di Silvio Berlusconi – è esportato ormai anche negli Stati Uniti.

Siamo alle radici del costituzionalismo moderno, pur se i critici della giurisdizione ne sono a volte inconsapevoli¹⁵.

Il n. 78 dei «*Federalist Papers*»¹⁶, scritto da Alexander Hamilton con la firma "Publius", è arcinoto per la definizione del giudiziario come «*the Weakest of the Three Departments of Power*», «il più debole dei poteri» (e anche il meno pericoloso, the «*Least Dangerous Branch*»¹⁷).

Questa affermazione, tuttavia, è strettamente legata a una concezione rigorosa della separazione dei poteri.

Questa linea di riflessione era già nelle corde di Hamilton. Nei «*Federalist Papers*», infatti, si sottolinea che solo la separazione dei poteri garantisce la libertà – separazione che deve essere effettiva e che deve impedire commistioni tra poteri¹⁸. L'esperienza

15. Rielaboro qui il testo della relazione inedita, presentata nel Convegno di Padova: «*Autorità Pubbliche e Libertà del cittadino*», 23 ottobre 2021. Un cenno a tale questione è anche in *Discrezionalità*, op. cit.

16. I *Federalist Papers* sono liberamente accessibili sul sito della *Library of Congress* degli Stati Uniti: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>.

17. «Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments».

18. «It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter; I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the Executive. For I agree, that "there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers».

continentale, ben presente ai Costituenti, vedeva infatti proprio nell'esercizio del potere giudiziario, non separato realmente da altri poteri – non necessariamente di uno Stato centrale –, la massima minaccia alle libertà individuali. Tuttavia, nella visione dei Fondatori, il giudiziario può ledere in qualche occasione, prima o poi, «*now and then*»¹⁹, la libertà degli individui quando il potere è male amministrato, ma non potrà mai costituire una minaccia per l'esistenza e la libertà di agire degli altri poteri: esso, infatti, è privo della «Spada» («*the Sword*») e della «Volontà» («*the Will*»), cioè non può usare la forza per eseguire le proprie decisioni ed è privo della potestà di porre i presupposti del suo agire, compito che spetta solo al legislatore.

Ma, ammonisce Hamilton richiamando “il molto celebrato” Montesquieu, ciò avviene se è davvero rispettata la divisione dei poteri, e non solo in senso formale.

Naturalmente, qualunque tentativo di traslazione al tempo presente, ai sistemi costituzionali continentali e alle nostre recenti vicende sarebbe fuorviante. Basti pensare che, nel sistema cui si riferivano i Costituenti, non esisteva la figura del pubblico ministero e larga parte delle funzioni oggi svolte da un organo autonomo, variamente inserito nei contesti istituzionali, era svolta dall'esecutivo, al quale pure apparteneva l'*Attorney general*, istituito con il *Judiciary Act* del 1789. Il pubblico ministero poi, anche nel nostro ordinamento, è stato a lungo considerato dipendente dal Ministro o, comunque, dalle sue istruzioni anche nei casi specifici, quando non addirittura articolazione dell'esecutivo. Quindi, un'autorità giudiziaria in grado di dare esecuzione ai propri provvedimenti attraverso la diretta disponibilità di corpi di polizia autorizzati all'uso della forza non può ritenersi del tutto priva

della Spada. Tuttavia, il senso profondo di quella riflessione è molto attuale per i suoi aspetti di principio, se ben se ne intende il rapporto con il complesso delle istituzioni nel cui contesto essi si inseriscono.

La previsione nella Costituzione del potere giudiziario, con al vertice la Corte Suprema, non pose particolari questioni teoriche o politiche. Fu anche abbastanza chiaro che le corti avrebbero dovuto avere il potere di annullare o disapplicare le leggi, quando in contrasto con la Costituzione: ciò discendeva infatti, come corollario, dalla previsione di una norma superiore e vincolante.

I problemi sorsero però quando fu proposta l'introduzione nella Costituzione del complesso di emendamenti noto come *Bill of Rights*. La previsione costituzionale di diritti individuali e collettivi rendeva azionabili i diritti e, al contempo, controllabili le leggi o gli atti amministrativi, per la sovraordinazione della Costituzione alla legge federale o statale.

Ma ciò, ci si chiese, non rende la Corte il vero legislatore? A queste preoccupazioni risponde innanzitutto Jefferson, che scrive a Madison: «tra gli argomenti a favore della dichiarazione dei diritti ne hai ommesso uno che ha per me grande importanza, il controllo legale che tale dichiarazione mette nelle mani del giudiziario»²⁰.

Madison, peraltro, è preoccupato della tirannia che può essere esercitata dal corpo elettorale²¹, più che da uno dei tre poteri sugli altri. È qui *in nuce*, con grande chiarezza, quanto mezzo secolo dopo Tocqueville renderà universalmente noto.

Cito queste lontane note perché esse fanno emergere un aspetto del problema della *judicial review* che è oggi di assoluta attualità, e che si lega strettamente alla crisi della classica concezione della separazione dei poteri²².

19. *Federalist Papers*, n. 78.

20. Thomas Jefferson a James Madison, 15 marzo 1789: «In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning and integrity».

La ricostruzione della nascita del *Bill* e del dibattito interno ai Federalisti è ben più complessa di quanto possa fare un non studioso, ma solo curioso, del costituzionalismo americano, quale chi scrive... Rinvio, oltre che a B. Ackerman, *We the People. Foundations*, vol. 1, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), a A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, Random House, New York, 2005, e, in particolare, al suo *The Bill of Rights*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1998.

21. «In our government it is, perhaps, less necessary to guard against the abuse in the executive department than any other; because it is not the stronger branch of the system, but the weaker: It therefore must be levelled against the legislative, for it is the most powerful, and most likely to be abused, because it is under the least controul; hence, so far as a declaration of rights can tend to prevent the exercise of undue power, it cannot be doubted but such declaration is proper. But I confess that I do conceive, that in a government modified like this of the United States, the great danger lies rather in the abuse of the community than in the legislative body. The prescriptions in favor of liberty, ought to be levelled against that quarter where the greatest danger lies, namely, that which possesses the highest prerogative of power: But this [is] not found in either the executive or legislative departments of government, but in the body of the people, operating by the majority against the minority» – J. Madison, *Defense of the Bill of Rights in Congress*, 8 giugno 1789.

22. Infatti, il dibattito si accese intorno ai limiti del controllo giurisdizionale quando si trattò di approvare i dieci emendamenti che costituiscono il *Bill of Rights* e a seguito delle prime applicazioni del principio di prevalenza della Costituzione sulla legislazione, anche per i complessi profili attinenti ai rapporti tra legislazione nazionale e federale. Se per Jefferson solo la previsione in Costituzione delle garanzie dà corpo alla tutela delle libertà individuali, divenne chiaro che la giurisdizione per principi metteva nelle mani del giudice un

Jefferson, nel frattempo divenuto Presidente degli Stati Uniti, rimediò progressivamente le sue affermazioni sulla prevalenza della Costituzione, interpretata e attuata da un potere giudiziario indipendente²³. Egli si chiese in seguito se la Costituzione non potesse divenire «docile creta nelle mani dei giudici, che essi possono torcere e plasmare a loro piacimento» (trad. mia)²⁴, fino ad affermare che l'infinita gratitudine della società dovrebbe andare a un singolo fine: «impedire ai giudici di usurpare il legislativo»²⁵.

L'accusa al giudiziario e, in particolare, alle corti supreme di invadere la sfera del legislativo accompagna l'intera storia delle corti, con vari tentativi di influire sul loro funzionamento attraverso la modificazione dei sistemi di nomina e del numero dei giudici²⁶.

In anni a noi vicini, la questione si concentrò sugli strumenti di conformazione che i giudici andavano applicando, di cui è esempio davvero importante la vicenda del sovraffollamento delle carceri della California. In una storica sentenza, la Corte Suprema confermò la decisione della Corte d'appello dello Stato, disponendo la liberazione di 46.000 detenuti.

La motivazione e le opinioni dissenzienti, soprattutto quella di Scalia, danno conto della radicale diversità delle visioni, a partire dai principi in giuoco e dall'interpretazione della Carta²⁷.

Il ruolo del controllo giudiziario per principi emerse con chiarezza nella polemica cui diede origine, agli inizi degli anni sessanta, uno studioso di Yale, il quale affermò che il ruolo attivo dei giudici era in violazione della separazione dei poteri e che esso si basava sulla non corretta interpretazione della questione della tirannia della maggioranza. In realtà, affermava Alexander Bickel, quella impostazione poneva la *counter-majoritarian difficulty*, cioè il ribaltamento della volontà della maggioranza, legittimamente espressa dal legislativo e dall'esecutivo²⁸. La controversia, così definita, fu oggetto di vivaci polemiche, perché ad alcuni sembrò la scoperta dell'acqua calda, visto che essa andava avanti da più di 170 anni²⁹; vi fu chi parlò di "ossessione" e chi invece affermò che il vero problema era la *majoritarian difficulty*, cioè la quadratura del cerchio, costituita dal coniugare un sistema giudiziario elettivo con il costituzionalismo³⁰.

potere assai ampio. I primi anni della Corte furono subito segnati dalle polemiche sul ruolo effettivo che il giudiziario avrebbe dovuto svolgere, fino allo spartiacque di *Marbury v. Madison* (1803), nella quale la Corte decise disapplicando una legge federale, per conflitto con la Costituzione, aprendo la via al controllo di costituzionalità con la legittimazione del *judicial review*: «O la Costituzione è una legge superiore prevalente, non modificabile con gli strumenti ordinari, oppure è posta sullo stesso livello della legislazione ordinaria e, come le altre leggi, è alterabile quando il legislatore ha piacere di alterarle. Se la prima parte dell'alternativa è vera, allora una legge contraria alla Costituzione non è legge; se la seconda parte è vera, allora le Costituzioni scritte sono un tentativo assurdo, da parte del popolo, di limitare un potere per sua stessa natura illimitabile».

23. «Nothing in the Constitution has given them [the federal judges] a right to decide for the Executive, more than to the Executive to decide for them (...). The opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional and what not, not only for themselves, in their own sphere of action, but for the Legislature and Executive also in their spheres, would make the Judiciary a despotic branch» – lettera ad Abigail Adams, 11 settembre 1804 (https://tile.loc.gov/storage-services/service/mss/mtj/mtj1/030/030_0802_0803.pdf, p. 6). La corrispondenza citata è liberamente accessibile, oltre che dal *database* della *Library of Congress*, sul sito dei *National Archives* (<https://founders.archives.gov/>).

24. «The Constitution had become "a mere thing of wax in the hands of the judiciary, that they may twist and shape into any form they please"», Thomas Jefferson a Spencer Roane, 6 settembre 1819. La frase va però inserita nel contesto, che ne limita la forza e la pone in realtà come conseguenza delle suggestioni poste dal suo interlocutore nella lettera cui Jefferson rispondeva.

25. «One single object (...) [will merit] the endless gratitude of the society: that of restraining the judges from usurping legislation» – lettera a Edward Livingston, 25 marzo 1825.

26. Il paradossale culmine del contrasto fu in realtà raggiunto nei primi anni di funzionamento della Corte, quando essa ammise la legittimità della citazione in giudizio dello Stato della Georgia da parte di un cittadino di un altro Stato, così annullando la legge che lo impediva. La reazione contro *Chisholm v. Georgia* fu in genere violenta. La Camera della Georgia, però, andò oltre, approvando una proposta di legge che comminava la pena di morte per impiccagione ai funzionari pubblici che avessero dato esecuzione alla sentenza. La legge, approvata, non fu mai promulgata, ma è certamente indicativa del clima dei primi anni di funzionamento della Corte. Cfr. P. Irons, *A People's History of the Supreme Court*, Penguin, Londra, [2000] 2006 (ed. riveduta), pp. 93 ss.

27. Le sentenze, da noi tradotte e brevemente commentate, sono pubblicate su *Questione giustizia: Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico* (leggendo *Three Judges Court – California*, 8 aprile 2009), in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 5/2009, pp. 1-29; «La Costituzione non permette questo torto». *La Corte Suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario*, *ivi*, n. 6/2011, pp. 205-229.

28. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, [1966] 1986. Vds. la bella intervista di Roberto Conti a Guido Calabresi su *Giustizia insieme: Un'intervista impossibile*, 13 settembre 2021, nella quale il tema è attualizzato (www.giustiziainsieme.it/en/le-interviste-di-giustizia-insieme/1925-un-intervista-impossibile-a-guido-calabresi).

29. B. Friedman, *The History of the Counter-Majoritarian Difficulty – Part One: the Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, vol. 73, n. 2/1998, nel quale vi è un'ampia discussione della letteratura in materia. Per tutti, vds. B. Ackerman, *We the People*, *op. cit.*

30. S.P. Croley, *The Majoritarian Difficulty. Elective Judiciaries and the Rule of Law*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 62, n. 2/1995, pp. 689-694 (citato in B. Friedman, *The History*, *op. cit.*).

Ciò che importa ai nostri fini è che si pone così – non per la prima volta – il tema della trasformazione dell’agire giudiziario, derivante dalla percezione da parte del giudice della tutela diretta dei diritti come sua missione *contromaggioritaria*.

Missione che si complica sul piano interpretativo per molte ragioni (l’affermarsi della consapevolezza della rilevanza del linguaggio; il diffondersi dell’ermeneutica del diritto, contrastata dall’originalismo e dal testualismo, etc.), tra cui centrale il moltiplicarsi delle fonti del diritto. Se nell’ambiente di *common law* non poteva far scandalo che anche il precedente e dunque l’interpretazione contribuissero alla *creazione* della norma, appariva invece come una novità il riferimento ad altre fonti, esterne al sistema. Avvenne che la Corte Suprema citasse, nella motivazione su argomenti davvero sensibili (le *affirmative actions*, la pena di morte, le sanzioni penali contro gli omosessuali), sentenze di altri Paesi, tra cui quelle della Corte di Strasburgo. Ammissibilità e scopo di tali riferimenti furono oggetto di una celebre discussione tra i giudici della Corte Suprema Scalia e Breyer, aperta dalla domanda del costituzionalista Dorsen: «*When we talk about the use of foreign court decisions in U.S. law, do we mean them to be authority or persuasive, or merely rhetorical?*»³¹.

È evidente il percorso a ritroso anche del dibattito che animò la politica giudiziaria italiana nelle scorse decadi, tra la politica attraverso i diritti e la loro assolutezza e la rivendicazione del bilanciamento tra diritti e tra questi e i “doveri”, cioè altri diritti o diritti di altri.

6. Conclusioni

Questa lunga digressione ci porta, però, al cuore del nostro tema. Siamo partiti dalla rilevanza che il tema ha sull’imparzialità del giudice (e, da noi, anche

del pubblico ministero) e della sua apparenza esteriore. Interrogarsi oggi sul ruolo contromaggioritario del controllo giudiziario sugli atti del Governo e legislativi ha, però, qualche complicazione in più, almeno nell’ordinamento italiano.

L’insofferenza per la *judicial review* è incistata nell’idea stessa dell’esistenza di valori e di principi che consentono il controllo della libera attività del Legislatore e di quella del Governo, che dalla prima trae legittimazione.

È forse su queste premesse che poggia l’ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari di Taranto rimise nuovamente la questione di legittimità costituzionale della previsione della “immunità penale” per l’ILVA, dopo la prima pronuncia del giudice delle leggi. Il quesito, depurato degli orpelli, è in fondo la domanda su chi alla fine sia competente a tutelare la salute dei cittadini³². È per questa riduzione al quesito centrale che si è scritto che le questioni di costituzionalità denunciavano, in realtà, un conflitto tra poteri³³.

Occorre, però, essere consapevoli che il tema che ha attraversato per oltre duecento anni il rapporto tra poteri si pone oggi in maniera diversa, almeno nel nostro ordinamento e, forse, nell’intera Europa.

Il giudiziario ha anche – almeno in parte – la Spada, perché dispone dell’azione penale, della polizia giudiziaria e dell’autonoma esecuzione delle sue decisioni, e ha anche – almeno in parte – la Volontà, per via della “creatività” dell’interpretazione, cosicché la norma positiva è quella che dalla interpretazione risulta.

È ancora possibile definire il giudiziario come il più debole dei poteri? Qual è la conseguenza della risposta, almeno in parte negativa, sul dovere di imparzialità che grava sul pubblico ministero?

«Si potrebbe dire», con Francesco Palazzo, «che stiamo assistendo a un movimento evolutivo che va dalla democrazia verso i diritti fondamentali (...) così

31. Cfr. N. Dorsen, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 4/2005, p. 519.

32. «Adempiendo alle prescrizioni del Piano, dunque, verrebbe meno il contrasto tra un fatto eventualmente conforme ad una fattispecie incriminatrice (l’inquinamento e/o il disastro ambientale ad es., ma anche la meno grave ipotesi dell’art. 674 c.p.) e l’ordinamento giuridico, poiché a insindacabile giudizio del legislatore l’attuazione del Piano è il miglior mezzo per raggiungere uno scopo comunque meritevole di tutela, quale la prosecuzione dell’attività aziendale, o perché ritenuto prevalente su altri interessi in conflitto, o perché le misure di quel Piano costituiscono, *ex lege*, il giusto contemperamento tra interesse alla produzione e contro-interessi lesi dall’attività di impresa (salute, ambiente, integrità dei luoghi di lavoro ecc.). Tra la regola penale generale che impone di non mettere in pericolo la salute e l’ambiente e quelle, altrettanto generali, che consentono l’attività produttiva, anche se rischiosa, entro i limiti delle autorizzazioni all’esercizio di una certa industria, la soluzione è stata imposta a livello oggettivo, con prevalenza della regola autorizzatoria su quella penale, privando il fatto (tipico) della sua antiggiuridicità»: ordinanza del Gip di Taranto, 8 febbraio 2019. Il 9 ottobre 2019, la Corte costituzionale ha restituito gli atti al giudice remittente, il quale, «considerato che nel frattempo il legislatore è intervenuto due volte (dl n. 34 del 2019 e, successivamente, dl n.101 del 2019, in corso di conversione in legge), dovrà valutare se permangono la rilevanza delle questioni e i dubbi di legittimità costituzionale».

33. V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*. Nota a Corte cost., sent. n. 85/2013, in *Rivista AIC*, n. 3/2013 (www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2013_Onida_3.pdf).

si ricerca la salvaguardia della persona direttamente nella affermazione dei diritti, saltando la mediazione costituita dalla, ormai inadeguata, mediazione della legge democratica». Dunque, «l'asse portante del principio di legalità si è spostato dall'esigenza politica del contenimento del potere del giudice e dell'esaltazione del ruolo monopolistico della fonte legislativa, all'esigenza universale di conoscibilità del precetto e di prevedibilità delle conseguenze della violazione in funzione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona»³⁴.

Il primo fondamento dell'eguaglianza è la prevedibilità della decisione di attuazione del diritto. Se è

vero che la certezza è mito all'origine di una vicenda storica non ripetibile, la prevedibilità è condizione essenziale perché i cittadini si riconoscano uguali dinanzi alla legge.

La prevedibilità si lega indissolubilmente alla centralità del principio di legalità nel diritto penale. Principio che si inverte nella precisione e determinazione descrittiva delle norme incriminatrici, così che il precetto da osservarsi sia chiaramente percepibile dal cittadino, e dalla tendenziale uniformità dell'interpretazione, che abbia nella Corte di cassazione il custode della nomofilachia e nella Procura generale un propulsore della uniformità delle prassi.

34. F. Palazzo, *Legalità*, op. cit.

L'imparzialità del pubblico ministero*

di *Edmondo Bruti Liberati*

In qualunque sistema è pacifico che il pm sia parte. In Italia, si usa dire che è “parte imparziale” – un ossimoro, sì. Ma il tema dell'imparzialità ovunque è visto come nodo centrale nella definizione della figura del pm, sotto il profilo della collocazione istituzionale, della professionalità e della deontologia. Negli ultimi decenni vi è stata una straordinaria proliferazione a livello internazionale di testi che pongono il principio dell'imparzialità del pm. Egli può essere definito “avvocato dell'accusa” solo a patto che si precisi “avvocato della pubblica accusa” e, dunque, con ruolo e doveri radicalmente distinti dall'“avvocato della difesa”. Il pm ha un duplice volto: costruisce e sostiene l'accusa, ma come parte pubblica ha un dovere di verità che lo differenzia radicalmente dall'avvocato difensore.

1. Parte imparziale / 2. Parità delle armi. Processo e verità

1. Parte imparziale

In Italia si usa dire che il pm è “parte imparziale”. Un ossimoro, sì, oggetto di polemiche, talora di sbrigativi atteggiamenti liquidatori. Se a “parte imparziale” si aggiunge il qualificativo di “pubblica”, allora non è più un ossimoro: l'imparzialità è, per la parte pubblica del processo, imperativo che risulta dalle esigenze di posizione istituzionale, di professionalità e deontologia. Un dovere di imparzialità che per il magistrato del pm, per la sua posizione ordinamentale e processuale, si pone su un piano del tutto diverso rispetto al concetto di imparzialità menzionato nell'art. 97 della Costituzione come principio di organizzazione dei pubblici uffici.

In un lavoro di due noti avvocati torinesi, il concetto di ossimoro è rivisitato proprio con riferimento al ruolo del difensore:

«La sua è una “lealtà divisa” vissuta quotidianamente, rispettando tanto lo Stato quanto chi è accusato di averne violato le regole. Può sembrare un os-

simoro che vuol nascondere ambiguità, ma praticare con rigore e dedizione la “lealtà divisa” significa manifestare l'identità forte della professione di avvocato. Questi non può avere perplessità: il suo posto è accanto al cittadino coinvolto nelle strettoie della giustizia, la sua fatica consiste nello studiare e praticare le scelte a questo più favorevoli. Il codice deontologico forense italiano lo guida in questi impegni. L'art. 7 gli impone la fedeltà al cliente: “È dovere dell'avvocato svolgere con fedeltà la propria attività professionale. Costituisce infrazione disciplinare il comportamento dell'avvocato che compia consapevolmente atti contrari all'interesse del proprio assistito”. [...] Quindi nessun imbarazzo: partigiano, zelante per impegno, dedito all'incarico ricevuto, indifferente agli esiti processuali se non per quanto riguarda gli interessi del suo assistito»¹.

Questa “lealtà divisa” segna l'avvocato difensore. Pensare di eludere un tema così delicato sarebbe vano e aprirebbe la strada a uno stravolgimento del ruolo della difesa.

* Per una più ampia trattazione ove il principio di imparzialità è collocato nel quadro di un'analisi del ruolo del pm nell'ordinamento e nel processo, rinvio al mio *Pubblico ministero. Un protagonista controverso della giustizia*, Raffaello Cortina, Milano, 2024.

1. F. Gianaria e A. Mittone, *L'avvocato necessario*, Einaudi, Torino 2007, p. 49.

Quando si abbandona l'idea che proprio sostenendo unilateralmente le ragioni del suo assistito il difensore serve la verità, è fatale che si acuiscano le tensioni interne al ruolo del patrocinatore, proiettato verso i divaricati obiettivi della "fedeltà" al proprio difeso e della "lealtà" verso il giudice e verso la superiore istanza di verità»².

Il bel saggio dei due avvocati torinesi citati è intitolato «*L'avvocato necessario*». In un ordinamento penale democratico l'avvocato è necessario a rappresentare l'istanza di "libertà" contro la pretesa di "autorità" delle istanze che esprimono il legittimo monopolio della forza da parte dello Stato, su cui si regge la civile convivenza.

Nel processo l'avvocato non è solo necessario, ma indispensabile. Con Stuart Mill dobbiamo condividere il principio che anche per il pm è indispensabile confrontarsi con gli argomenti contrari esposti da «persone che ne sono realmente convinte, che li difendono accanitamente e al massimo delle loro possibilità». Per il pm è "indispensabile" il confronto con un avvocato difensore agguerrito, che sia capace di convincerlo dell'infondatezza della tesi di accusa, inducendolo a richiedere l'archiviazione dell'indagine o l'assoluzione all'esito del dibattimento; ma capace anche di stimolarlo ad argomentare la sua tesi nel modo più convincente davanti al giudice, quando il pm rimanga fermo nella sua impostazione di accusa.

Avvocato della difesa, pubblico ministero, giudice.

Pm, "avvocato dell'accusa" si dice, a sottolineare il ruolo diverso di questo magistrato rispetto al giudice. La ulteriore forzatura polemica "avvocato della polizia" è incompatibile con il nostro sistema processuale e con i principi costituzionali. L'espressione è stata usata, tra i primi, da Giovanni Falcone.

Con il nuovo codice di procedura penale, il pubblico ministero può essere soltanto "parte" ed è quindi connaturale al suo ruolo il coordinamento delle indagini e la raccolta degli elementi a sostegno dell'accusa con la collaborazione della polizia giudiziaria. Egli deve, quindi, adattarsi al suo nuovo ruolo di "non giudice" e trasformarsi in una sorta di avvocato della polizia. Sarà difficile, ma bisognerà arrivarci³.

Questa posizione, avanzata quasi come provocazione intellettuale, si inserisce in momento nel quale Falcone propugna un assetto radicalmente diverso del pubblico ministero, incentrato sul ruolo della Direzione nazionale antimafia. Esprimere oggi dissenso nei confronti di questa proposta di Falcone significa che

l'omaggio alla memoria di un grande magistrato è autentico e non di maniera, proprio quando non occulta legittime diversità di visioni. Il contrasto, d'altronde, fu allora netto sul progetto originario di Super-procura. Un documento critico venne diffuso il 29 ottobre da 63 magistrati esperti di criminalità organizzata, tra i quali Paolo Borsellino, Antonino Caponnetto, Giancarlo Caselli, Gerardo D'Ambrosio, Giuliano Turone. In esso si esprime «la convinzione, dettata non da diffidenza o ostilità preconcepita, ma dalla esperienza di anni di indagini, che lo strumento proposto sia inadeguato, pericoloso e controproducente»⁴.

Il pm può essere definito "avvocato dell'accusa" solo a patto che si precisi: "avvocato della pubblica accusa" e, dunque, con ruolo e doveri radicalmente distinti dall'"avvocato della difesa". Il pm ha un duplice volto: costruisce e sostiene l'accusa, ma come parte pubblica ha un dovere di verità che lo differenzia radicalmente dall'avvocato difensore.

L'imparzialità del pm si declina in modi molto diversi a seconda delle fasi dell'indagine e del processo. Il pm deve essere "più imparziale" quando nella fase delle indagini preliminari è "solo", senza il confronto con la difesa. Di qui la regola posta dall'art. 358 cpp: «Il pubblico ministero (...) svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini». Passo dopo passo, un pm professionalmente attrezzato deve sottoporre ad analisi critica la propria ipotesi di accusa. Al processo, nel dibattimento dinanzi al giudice, sarà accentuato il ruolo di parte per poi ritornare all'equilibrio della "parte imparziale" al momento della requisitoria finale, ove il pm si confronterà con il risultato del contraddittorio. E il pm "vincerà la causa" anche quando fosse egli stesso a chiedere e ottenere l'assoluzione.

Che il pm sia parte è pacifico in qualunque sistema, accusatorio, inquisitorio o misto. Ma nessuno in Europa e nel mondo assumerebbe un atteggiamento liquidatorio di fronte al concetto di imparzialità riferito alla "parte" della pubblica accusa. Chi volesse, anche solo per un attimo, allargare lo sguardo oltre i nostri confini nazionali coglierebbe che l'imparzialità è declinata come carattere essenziale della pubblica accusa anche in molti ordinamenti in cui questa funzione è attribuita a figure che non sono magistrati e che non godono neppure di piena garanzia di indipendenza rispetto al potere politico.

Il tema dell'imparzialità ovunque è visto come nodo centrale nella definizione della figura del pm,

2. G. Giostra, *Contraddittorio (principio del)*. II. Diritto processuale penale, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Treccani, Roma, 2001.

3. G. Falcone, *Cose di cosa nostra*, in collaborazione con Marcelle Padovani, Rizzoli, Milano, 1991, p. 164.

4. Testo integrale in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/1992, pp. 262-263.

sotto il profilo della collocazione istituzionale, della professionalità e della deontologia. Non è un caso che negli ultimi decenni vi sia stata una straordinaria proliferazione a livello internazionale di testi che pongono il principio dell'imparzialità del pm (declinata talora con il termine "obiettività" in lingua inglese)⁵.

L'imparzialità come uno dei principi cui i *prosecutors* devono ispirare la loro azione era stata citata nella premessa delle «*Guidelines on the Role of Prosecutors*» approvate dall'VIII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia penale (L'Avana, 27 agosto-7 settembre 1990); il tema è ulteriormente ripreso al punto 13: «Nell'esercizio dei loro doveri, i pubblici ministeri devono svolgere le loro funzioni in modo imparziale» e al punto 14: «I pubblici ministeri non devono iniziare o portare avanti l'azione penale, né compiere ogni sforzo per procedere, quando un'indagine imparziale dimostra che l'accusa è infondata».

Un espresso riferimento alla "imparzialità" del pm si trova nell'art. 124, comma 2 della Costituzione democratica spagnola del 1978: «Il Pubblico Ministero esercita le proprie funzioni tramite organi propri conformemente ai principi di unità di azione e di dipendenza gerarchica e con rispetto, in ogni caso, di quelli di legalità e imparzialità».

A livello di regole di procedura, il principio dell'imparzialità del pm si concretizza nel dovere di indagare, secondo l'espressione francese, "à charge et à décharge" ("a carico e a discarico"), concetto ripreso, come si è detto, nel nostro codice di procedura penale. Con legge del 25 luglio 2013, alla prima frase dell'art. 31 del codice di procedura penale francese («*Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi*», «Il pubblico ministero esercita l'azione pubblica e richiede l'applicazione della legge») è stato aggiunto: «*dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu*», «nel rispetto del principio di imparzialità a cui è tenuto»⁶.

Anche se un legame più o meno diretto con l'esecutivo è previsto nella maggioranza degli ordinamenti democratici, è significativo che tutte le figure di pubblico ministero previste nei tribunali internazionali siano dotate di indipendenza. Si veda l'art. 42 della Convenzione di Roma, del 17 luglio 1998, sul Tribunale penale internazionale: «Il Pubblico Ministero non sollecita né accetta istruzioni da alcuna fonte

esterna». In ordine ai doveri del pubblico ministero, l'art. 54.1 detta: «Il *Prosecutor*, al fine di stabilire la verità, deve estendere l'investigazione su tutti i fatti e le prove rilevanti per accertare se sussiste una penale responsabilità ai termini di questo Statuto e, pertanto, deve accertare parimenti le circostanze a favore e contro l'accusa». Una ripresa quasi testuale del nostro art. 358 cpp sopra citato.

La raccomandazione (2000)¹⁹ del Consiglio d'Europa sul ruolo del pm nel sistema della giustizia penale prevede (punto 24.a) che «nell'esercizio delle loro funzioni i pubblici ministeri devono agire in modo equo, imparziale e obiettivo»; rispettivamente: «*agir de façon équitable, impartiale et objective*» e «*carry out their functions fairly, impartially and objectively*» nelle due versioni ufficiali, francese e inglese.

Nella "Dichiarazione di Bordeaux" su «Giudici e Procuratori in una società democratica», del 2009, il dovere di imparzialità è riferito al pubblico ministero al punto 6: «I Procuratori debbono essere indipendenti ed autonomi nelle loro decisioni e devono esercitare le loro funzioni in modo equo, obiettivo ed imparziale». Sul concetto ritorna la nota esplicativa al punto 27: «L'indipendenza del pubblico ministero non è una prerogativa o un privilegio accordato nell'interesse dei suoi membri, ma una garanzia per una giustizia equa imparziale ed efficace e protegge gli interessi pubblici e privati delle persone»; e, ancora, al punto 33: «La complementarità delle funzioni di Giudice e Procuratore implica che ciascuno sia cosciente che una giustizia imparziale esige l'eguaglianza delle armi tra pubblico ministero e difesa e che il pubblico ministero deve sempre agire nella sua azione con onestà oggettività e imparzialità».

Il dovere di imparzialità del pubblico ministero è citato nel parere n. 9/2014 del Consiglio consultivo dei procuratori europei (CCPE) su «Norme e principi europei concernenti il pubblico ministero», detto "Carta di Roma", all'art. VI: «I Procuratori debbono attenersi al più alto standard etico e professionale, comportandosi sempre con imparzialità ed obiettività».

Il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO) richiama il principio di imparzialità all'art. 5.4: «L'EPPO svolge le indagini in maniera imparziale e raccoglie tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico»⁷.

5. M. Robert, *Quale imparzialità per il pubblico ministero?*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/2005, pp. 401 ss.

6. Sull'iter legislativo di questa modifica, vds. P. Goasdoue, *L'impartialité du ministère public*, L'Harmattan, Parigi, 2018.

7. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO).

Se volessimo allargare lo sguardo agli antipodi, un esplicito riferimento all'imparzialità del pubblico ministero lo troveremmo in Australia, nelle regole deontologiche adottate da «*New South Wales Bar Association Rules*»⁸, che con riferimento al *prosecutor* dettano:

«Regola 62. Il *prosecutor* deve cooperare con la corte per arrivare alla verità, deve operare imparzialmente affinché ogni prova rilevante sia messa chiaramente a disposizione della corte, deve cooperare con la corte nel sottoporre le norme applicabili al caso.

(...)

Regola 66. Il *prosecutor* deve mettere a disposizione della controparte non appena possibile tutto il materiale a sua disposizione o che comunque appare rilevante per la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato; la mancanza di tale completa messa a disposizione danneggia gravemente l'amministrazione della giustizia nel caso specifico e, in generale, la sicurezza di ognuno»⁹.

Una lunga, forse pedante serie di citazioni, per indicare come alcune nostrane posizioni liquidatorie del principio di imparzialità del pm – che si è giunti a definire «quintessenza del fariseismo giuridico»¹⁰ – ignora del tutto il panorama europeo e internazionale.

2. Parità delle armi. Processo e verità

L'obiettivo del processo penale è quello di “stabilire la verità”. A far giustizia di sbrigative posizioni che taluno ha voluto trarre dai principi del processo accusatorio, giova una citazione da un testo del 2001 di Lord Justice Auld (all'epoca, presidente di una Royal Commission sulla riforma del processo penale inglese):

«Il processo penale non è un gioco. È la ricerca della verità secondo la legge, attraverso una procedura accusatoria nella quale l'accusa deve provare la colpevolezza secondo uno standard particolarmente elevato»¹¹.

Il tema dell'accertamento dei fatti, la ricerca della verità processuale ci rimanda al principio del contraddittorio. Paolo Ferrua, in uno scritto pubblicato subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, dopo aver ricordato il significato della verità giudiziale, critica le semplificazioni:

«Si è insistito troppo sul contraddittorio come diritto di difesa, come garanzia individuale; e non si è, con pari forza, evidenziata la sua dimensione pubblicistica di mezzo per l'accertamento della verità, per la corretta ricostruzione dei fatti. Si è così diffusa una dannosa tendenza a concepire il processo accusatorio come pura soluzione di conflitti tra le parti, dominato da una esasperata disponibilità della prova, da una logica di *laissez faire*, pronta a sacrificare le esigenze di giustizia sostanziale»¹².

Con la riscrittura, nel 1999, dell'art. 111 Costituzione si è costituzionalizzato il metodo del contraddittorio, che «costituisce uno strumento, ancor oggi il meno imperfetto, per la ricerca della verità, o, meglio, per ridurre il più possibile lo scarto tra la verità giudiziale e la verità storica»¹³.

La posizione della parte pubblica è radicalmente diversa da quella della parte privata. Per il difensore, ferme le regole procedurali, unico obiettivo e insieme rigoroso obbligo deontologico è la difesa del cliente; per il pm, a livello di regola processuale e di obbligo deontologico, unico obiettivo è la ricerca della verità, anche se contrasti con la sua iniziale tesi accusatoria e si traduca in acquisizioni a favore dell'imputato. Infatti:

«A differenza del processo civile, in cui i contendenti disputano per l'affermazione dei propri interessi, nel processo penale abbiamo un soggetto privato che difende la sua libertà e la sua reputazione ed un soggetto pubblico che non ha interesse in senso proprio a limitare la prima e a macchiare la seconda, ma che deve accertare con obiettività l'esistenza di un fatto penalmente rilevante ed individuarne il responsabile»¹⁴.

Ma non si può ignorare che l'obiettività dell'organo del pm è sempre in tensione con il suo ruolo di accusatore:

8. www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/local/nsw_bar_association_rules.html.

9. Vds. M. Findlay - S. Oggers - S. Yeo, *Australian Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999 (II ed.), pp. 139-140 (t.n.). Nello stesso studio, a p. 138, si rileva un processo in corso di «*development of prosecutorial independence from the executive*», «sviluppo dell'indipendenza del *prosecutor* dall'esecutivo».

10. G. Benedetto, *Non diamoci del tu. La separazione delle carriere*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2022, p. 33.

11. *Id.*, *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, settembre 2001, p. 11 (introduzione, punto 12): «*The criminal process is not a game. It is a search for truth according to law, albeit by an adversarial process in which the prosecution must prove guilt to a heavy standard*» (www.criminal-courts-review.org.uk/auldconts.htm; <https://www.criminal-courts-review.org.uk/chpt1.pdf>).

12. P. Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Id.*, *Studi sul processo penale – Vol. II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino 1992, p. 49.

13. G. Giostra, *Prima lezione*, op. cit., p. 45.

14. *Ivi*, p. 52.

«L'organo inquirente formula un'ipotesi per cercare la verità, ma sovente finisce per cercare la verità della sua ipotesi. Ha un'attenzione selettiva, una visione monoculare, parziale, della realtà. In questi ineludibili termini il pubblico ministero è parte. Il legislatore ordinario è chiamato quindi ad un compito molto difficile: non deve puntare ad una impossibile uguaglianza delle parti, attesa la congenita asimmetria strutturale del sistema penale, ma deve costruire un sistema in cui l'accusa e la difesa abbiano equivalenti opportunità di influire sul convincimento giudiziale e quindi sull'esito finale del processo»¹⁵.

Nel processo di fronte al giudice nel dibattimento, accusa e difesa concorrono nel confronto contraddittorio alla raccolta delle prove. Il riferimento al metodo del contraddittorio come mezzo per la ricerca della verità fonda la peculiare "imparzialità" della parte pubblica pm.

«Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità» (art. 111, comma 2, Costituzione). Con questo passaggio, a seguito delle modifiche introdotte nel 1999, è stato "costituzionalizzato" il principio del contraddittorio, facendo riferimento inoltre al principio della cd. "parità delle armi" tra accusa e difesa.

La dizione è utilizzata nella raccomandazione (2000)¹⁹ del Comitato dei ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa, sul «*Ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale*», al punto 29:

«Il Pubblico ministero vigila sul rispetto del principio dell'uguaglianza delle armi, in particolare trasmettendo alle altre parti – salvo eccezioni previste dalla legge – le informazioni in suo possesso eventualmente suscettibili di incidere su un equo svolgimento del processo».

Ma bisogna andare cauti nel trarre dal nuovo testo costituzionale conseguenze ulteriori rispetto al principio, questo sì fondamentale, dell'assunzione delle prove in contraddittorio in condizioni di parità tra le parti, accusa e difesa. Con il nuovo art. 111 Costituzione viene giustamente valorizzato il ruolo dell'avvocato della difesa. Ma il principio di parità non opera a tutto campo: il pm, nella richiesta al giudice dell'indagine preliminare di emettere una misura cautelare, è tenuto a presentare «gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate» (art. 291 cpp). Ovviamente al difensore è precluso rendere noti elementi a carico dell'imputato:

se, «rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte da lui difesa», incorre nel reato di infedele patrocinio previsto dall'art. 380 cp, con pena della reclusione da uno a tre anni.

Sulla cautela nell'utilizzo del concetto di "parità delle armi" è difficile dire meglio di Paolo Ferrua, uno studioso particolarmente attento al principio del contraddittorio e alle garanzie della difesa:

«Accusa e difesa non sono in posizione simmetrica. (...) La difesa può adoperarsi con ogni mezzo legale per ottenere il proscioglimento dell'imputato, sia o no colpevole, o, comunque, per ottenere la pena più ridotta possibile; e non le è vietato l'uso strumentale delle garanzie per prolungare il corso del processo sino alla prescrizione del reato. Al contrario il pubblico ministero come rappresentante della collettività offesa dal reato persegue la condanna dell'imputato solo in quanto colpevole e a quel criterio devono informare tutte le sue scelte. (...) Di qui una serie di precise conseguenze che mostrano come "parità tra le parti" non significhi eguaglianza né sul piano dei poteri e dei doveri né di fronte alla funzione cognitiva del processo. Il difensore potrebbe essersi imbattuto nelle sue ricerche in prove che mostrano nel modo più eloquente la colpevolezza dell'imputato; non gli è consentito alterarle, ma in nessun caso è impegnato a produrle. Esempio a riguardo la raccolta delle dichiarazioni. Può svolgere colloqui non documentati con i testimoni, congedandosi al termine senza altra formalità. Ma quando anche si orienti per la raccolta verbale delle dichiarazioni, fermo l'obbligo di trascriverle integralmente, deciderà se convenga o no immetterle nel processo, a seconda del loro esito; ed è naturale, perché sarebbe singolare costringere a consegnare al giudice le prove contro colui dal quale viene retribuito. Ben diverso il regime per il pubblico ministero, obbligato ad indagare in ogni direzione, a verbalizzare qualsiasi colloquio, a scoprire tutte le carte prima dell'esercizio dell'azione penale»¹⁶.

Nell'assunzione delle prove in dibattimento dinanzi al giudice, le parti procedono all'esame e al controesame dei testimoni. Ma anche l'applicazione della *cross-examination*, l'esame incrociato nel nostro sistema processuale e istituzionale, deve misurarsi, a differenza che negli Stati Uniti, con il ruolo del Pm, parte pubblica "imparziale". Qui non vale più la "parità delle armi" poiché diversi sono gli obblighi deon-

15. *Ivi*, p. 64.

16. P. Ferrua, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 1/2010, pp. 24-25.

tologici di accusa e difesa. Lo ha sottolineato Gianrico Carofiglio nel suo saggio «*L'arte del dubbio*»:

«A fronte di un teste della difesa che dica sostanzialmente la verità, gli spazi deontologicamente ammissibili per il controesame del pubblico ministero che sia consapevole della veridicità della testimonianza saranno molto circoscritti»¹⁷.

Al contrario, in una speculare circostanza il dovere deontologico del difensore sarà quello, comunque, di seminare il dubbio nella percezione del giudice.

La delicata posizione del pm, parte, ma parte pubblica, “parte imparziale”, rende essenziale che egli abbia sempre come riferimento il valore del metodo del contraddittorio e il rispetto del ruolo del difensore.

17. G. Carofiglio, *L'arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007, p. 192.

Pubblico ministero e imparzialità

di Carmelo Sgroi

Una ricognizione del quadro costituzionale e ordinamentale che riguarda il pubblico ministero porta a individuare i caratteri essenziali che ne definiscono l'imparzialità, con significato specifico e in forma autonoma anche se strettamente collegata all'imparzialità del giudice. Lo statuto di indipendenza, il carattere di imparzialità e la funzione di garanzia del pm, enucleati dall'evoluzione dell'interpretazione costituzionale e convenzionale oltre che da una pluralità di direttive di *soft law*, trovano riflesso anche nell'evoluzione legislativa recente, di ordinamento e processuale, ma appaiono rimessi in discussione dalle proposte di riforma.

1. Premessa. La cornice dei principi costituzionali e sovranazionali / 2. Il significato del canone dell'imparzialità per il pubblico ministero, tra organizzazione e azione e tra merito e legittimità / 2.1. L'organizzazione / 2.2. L'azione / 2.3. La legittimità / 3. Essere e apparire. Le responsabilità / 4. Brevi spunti (critici) di riflessione per il futuro

1. Premessa. La cornice dei principi costituzionali e sovranazionali

Definire l'imparzialità, quando si tratta del giudice, appare almeno a prima vista una operazione relativamente semplice, perché le diverse locuzioni che variamente forniscono la nozione di quel carattere – generalmente, nella dimensione del processo, in forma negativa, cioè come *assenza*: di pregiudizio, di interesse in causa, di aspettative, di partito preso e così via – sono connaturate da sempre all'esercizio della funzione giudicante. Un giudice “parziale” è semplicemente un non-giudice¹. Meno immediato è descrivere il concetto di imparzialità quando lo si riferisca a un organo come il pubblico ministero.

La differenza deriva, oltre che dal dato universalistico dell'attività del giudicare rispetto alla mutevolezza della figura dell'organo requirente, dal carattere cognitivo della funzione giurisdizionale², che si esprime in decisioni, sentenze. Carattere che naturalmente non è storicamente immutabile e che anzi cambia il proprio metodo al variare del modo di essere della funzione di applicazione e di interpretazione del diritto e, con essa, al variare del rapporto tra il giudice e la legge, come nel passaggio dall'esegesi testualistica o del diritto per fattispecie legali alla giurisprudenza per principi e al crescente peso dell'interprete, all'interno dello Stato costituzionale di diritto³, ma che nell'essenza mantiene una direttrice costante, quella dell'esercizio di un compito di tipo conoscitivo,

1. L'imparzialità, per il giudice, è «la somma delle virtù»: N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia*, n. 8, 1971, p. 268.

2. Vds. L. Ferrajoli, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, in Aa.Vv., *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, Ssm, Quaderno n. 8, Roma, 2022, pp. 85-94.

3. Tema sterminato che non può essere qui nemmeno sfiorato, sul quale, da ultimo, E. Scoditti, *Magistrato e cittadino. L'imparzialità dell'interprete in discussione*, in *Questione giustizia online*, 22 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione), ora in questo fascicolo.

argomentato secondo la conformità a un sistema di principi e di norme, precostituiti o ricavati per via di interpretazione del diritto, che il giudice espone nella motivazione⁴ del proprio provvedimento decisorio.

Questi caratteri essenziali sono esplicitati nella formula del giudice «terzo e imparziale» dell'art. 111 Cost. novellato nel 1999, simmetrica alla definizione dell'art. 6.1 della Cedu⁵, in cui l'attributo della terzietà accentua il necessario distinguo concettuale rispetto alla posizione del pubblico ministero, che, se è (e deve essere) imparziale, non è terzo, essendo pur sempre parte, ancorché *sui generis*, nel processo⁶.

La Costituzione menziona l'imparzialità, oltre che nel citato art. 111 con riferimento al solo giudice, anche nell'art. 97, con riferimento all'agire delle pubbliche amministrazioni. Ciò ne esclude l'attinenza con l'ufficio del pubblico ministero, che non è pubblica "amministrazione", sia soggettivamente, sul piano dell'ordinamento, poiché il pm, magistrato, partecipa come tale del potere giudiziario e del relativo assetto (artt. 102, 104, 105, 106, 107), sia obiettivamente, sul piano della funzione, poiché esso, anche quando ha di

mira una determinata conclusione del procedimento e del processo, in attuazione dell'art. 112 Cost., non cura interessi pubblici concreti, di scopo, né pondera esigenze contrapposte in vista della realizzazione di volta in volta di un determinato obiettivo affidato alla cura del potere pubblico, questo essendo il senso della declinazione di imparzialità riguardante l'amministrazione⁷.

In breve, quanto al pubblico ministero, il testo costituzionale, se da un lato tace riguardo all'attributo di imparzialità, dall'altro lato menziona espressamente l'organo requirente con la previsione di una riserva di legge organica di ordinamento giudiziario, nell'art. 107, quarto comma («Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario»), così manifestando sul piano descrittivo la scelta di compromesso, talvolta definita ambigua, del Costituente, che ha lasciato aperta la questione controversa della esatta collocazione e delle caratteristiche del pubblico ministero all'interno del potere giudiziario, in particolare per ciò che concerne l'indipendenza esterna⁸.

4. Motivazione che costituisce lo strumento primo del controllo pubblico sull'attività del giudice e che per questo deve essere chiara, sintetica, quindi comprensibile, secondo una prescrizione di garanzia che ora trova esplicite basi nel sistema processuale. Cfr. ora gli artt. 121 cpc e 46 disp. att. cpc dopo la riforma ex d.lgs n. 149/2022, e il dm 7 agosto 2023, n. 110, riferiti peraltro anche agli atti del pubblico ministero.

5. Anche se la previsione costituzionale definisce un carattere obiettivo della funzione giurisdizionale, mentre la Cedu mette l'accento sul carattere di diritto individuale verso l'autorità, conformemente all'impostazione del sistema convenzionale, necessariamente casistica a fronte della molteplicità di modelli processuali nei singoli ordinamenti. Si tratta ad ogni modo di un distinguo di prospettiva più apparente che reale, poiché il binomio indipendenza/imparzialità della funzione, la prima essendo presupposto della seconda (Corte cost., n. 128/1974) è sì una prerogativa del giudice, e dunque una garanzia a lui intestata, ma lo è in termini strumentali, cioè in vista della tutela di chi alla giustizia si rivolge o è soggetto. Si possono richiamare, sul punto, i pareri del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), per cui, se «l'indipendenza della magistratura è una condizione preliminare dello Stato di diritto», poiché «i giudici sono incaricati delle decisioni finali sulla vita, le libertà, i diritti, i doveri e le proprietà dei cittadini (...) la loro indipendenza non è una prerogativa o un privilegio nell'interesse proprio, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di coloro che cercano e si aspettano giustizia» (parere n. 1/2001) e dunque l'indipendenza, come pre-condizione di imparzialità, «offre una garanzia di uguaglianza dei cittadini» (parere n. 10/2007).

6. Parte pubblica, formale, o neutrale, secondo talune definizioni. Del resto, si è detto che «Il pubblico ministero (...) costituisce probabilmente il soggetto più emblematico e controverso del processo» – F. Ruggieri, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II-1, Giuffrè, Milano, 2008. F. Dal Canto (*Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 95) annota condivisibilmente che, sebbene la Corte costituzionale talvolta richiami terzietà e imparzialità quali sinonimi (come in Corte cost., n. 240/2003), si tratta di due concetti non sovrapponibili: la terzietà può dirsi la «forma più intensa dell'imparzialità», poiché «quest'ultima è tipica di tutti i magistrati, sia che svolgano funzioni giudicanti che requirenti, mentre la prima è riservata al solo giudice, come tratto che caratterizza il suo ruolo all'interno del processo». In questo senso può affermarsi che, «mentre il giudice è terzo e imparziale, il pubblico ministero è imparziale ma non è terzo».

7. Cfr. Corte cost., ord. n. 24/2017, secondo cui la legge non può assegnare alla giurisdizione obiettivi di scopo. Il che ovviamente non esclude che l'art. 97 Cost. sia riferibile anche agli uffici giudiziari, ma per il solo profilo dell'organizzazione degli stessi in vista della migliore attuazione della funzione (tra varie altre, Corte cost., nn. 174/2005, 5/2004, 428/1993, 18/1989, 86/1982), non per l'esercizio della funzione in sé ossia dello *ius dicere* come tale e dei provvedimenti che ne costituiscono l'espressione (Corte cost., nn. 272/2008, 287/2007, 117/2007, 115/2001, tra altre). Né esclude che al parametro dell'art. 97 possa farsi indirettamente richiamo in sede di valutazione caso per caso sulla sussistenza di un conflitto di interessi rilevante ex art. 323 cp e, come tale, idoneo a fondare il dovere, e non la mera facoltà, di astensione del magistrato, sia esso pm o giudice, rispetto all'art. 52, comma 1, cpp e all'art. 73, comma 2, cpc (tra altre, Cass., sez. unite, nn. 25815/2007, 11431/2010, 21853/2012, 33537/2018, 20385/2021 e, da ultimo, 24038/2023).

8. È noto che in sede di Assemblea costituente si sono contrapposte due impostazioni di fondo, una rivolta a inquadrare il pm nell'ambito del potere esecutivo (proposta, in II Sottocommissione, 10 gennaio 1947, dell'On. G. Leone: «Il pubblico ministero dipende dal Ministro della giustizia»), l'altra indirizzata alla piena assimilazione tra pm e giudice (*ibid.*, 13 dicembre 1946, proposta dell'On. P. Calamandrei: «La stessa [dei giudici – ndr] indipendenza hanno i magistrati del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e delle altre funzioni ad essi demandate dalla legge», giacché – seduta del 10 gennaio 1947 – «il pubblico ministero non è un funzionario amministrativo ma un magistrato e deve godere dei requisiti dell'indipendenza e della inamovibilità»). La proposta finale elaborata dalla Commissione, sulla linea di Calamandrei («Il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati») è stata poi modificata dall'Assemblea nella versione definitiva, il 26 novembre 1947.

La riserva dell'art. 107, quarto comma, Cost., secondo un orientamento, quale previsione speciale rispetto alle altre del titolo IV che riguardano la magistratura, avrebbe «decostituzionalizzato» la materia, consentendo quindi al legislatore ampia libertà di manovra quanto alle condizioni di indipendenza del pm, alla sola condizione di un intervento sulla legge di ordinamento, operando per tale via un abbassamento del livello – da costituzionale a ordinario – dell'insieme delle garanzie dell'organo⁹. Sulla scorta di questa premessa, l'analisi ricostruttiva dello statuto del pm e, per quanto qui interessa, della sua caratteristica di imparzialità, sul se e sul come, dovrebbe muovere dall'esame della legislazione di ordinamento (e, secondo alcuni, anche della normativa processuale) per farne derivare quali siano e come si atteggiino i caratteri dell'indipendenza/imparzialità¹⁰.

Per delineare la cornice nella quale collocare la figura del pm appare invece corretto considerare in primo luogo il disegno costituzionale nel suo complesso, al livello dei principi, per trarne, nei limiti del presente documento, le coordinate fondamentali dell'organo quanto allo statuto e al grado di indipendenza del pm, e ciò sulla duplice premessa: (a) della lettura delle norme di legge primaria, siano esse di ordinamento o processuali, alla luce della Costituzione, non viceversa; (b) soprattutto, della qualificazione dell'indipendenza – cui ha principale riguardo la Carta e la sua interpretazione da parte della Corte costituzionale – quale presupposto indispensabile dell'imparzialità, secondo quanto la medesima Corte ha affermato già mezzo secolo fa (Corte cost., n. 128/1974).

Un magistrato “dipendente” – da altri poteri, da direttive politiche, da variabili esigenze contingenti – non potrebbe essere pienamente imparziale, per il solo fatto di farsi veicolo di quei poteri e interessi; mentre è ben possibile che un magistrato indipendente possa, in concreto, essere parziale, cioè mosso nell'agire da ragioni soggettive, o comunque risultare tale, anche in ragione di precedenti attività svolte nella giurisdizione; ma a risolvere questi casi sono deputate le regole endoprocessuali sull'incompatibilità e quelle sull'astensione/ricusazione, che non rilevano per una definizione *costituzionale* di imparzialità dell'organo requirente, collocandosi a valle, quali precipitati e non quali fondamenti della nozione.

In detta prospettiva, il tracciato dell'interpretazione costituzionale risulta complessivamente lineare.

In estrema sintesi, la lettura isolata della riserva di ordinamento posta dall'art. 107 cede il passo a una considerazione di sistema, in cui i capisaldi, per quanto riguarda il pubblico ministero, sono costituiti dal principio di obbligatorietà dell'azione penale – predicato del principio di uguaglianza – e dalla inclusione dell'organo all'interno della giurisdizione. La formula dell'art. 107 delinea già di per sé una regola di “competenza”, che esclude che possa darsi una disciplina dello statuto del pm esterna all'assetto della giurisdizione. Dunque, il pm è inevitabilmente un magistrato, parte integrante del potere giudiziario, unitariamente considerato nelle limitazioni poste, appunto, a tutela dell'imparzialità (come il divieto di iscrizione partitica, art. 98 Cost.) e al quale sono accordate le garanzie funzionali e di stato definite negli artt. 104 (ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere), 105 (per la attribuzione esclusiva al Csm delle condizioni di *status* e della competenza disciplinare), 106 (per l'accesso), 107, commi primo e terzo (quanto all'inamovibilità e alla distinzione solo per diversità di funzioni), onde il corollario della lettura dell'art. 108, sulla indipendenza del pm presso le giurisdizioni speciali, come base dell'argomento *a fortiori*, pena l'irrazionalità di un sistema con un pm “comune” dipendente e uno “speciale” indipendente. È una linea, quella appena detta in poche parole, che attraversa un arco di tempo ampio e che si consolida anche indipendentemente dal modello processuale (penale) di riferimento, segno che si tratta di connotati costitutivi della figura del pm che prescindono in larga parte dallo schema processuale nel quale esso si trova a svolgere la propria funzione. Corte cost., n. 190/1970, afferma che «si deve riconoscere che il pubblico ministero, in via di principio, non può essere considerato come parte in senso stretto. Magistrato appartenente all'ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, egli non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge: persegue, come si usa dire, fini di giustizia»¹¹. E Corte cost., n. 96/1975, richiamando il precedente, sviluppa l'idea nel senso che «il pubblico ministero – anche se non è investito del potere decisorio onde non può qualificarsi giudice in senso stretto – è, comunque, anch'egli un magistrato, come dimostra la collocazione degli articoli della Costituzione che lo riguardano (in particolare da 104 a

9. Legge costituzionalmente necessaria, quindi, ma non a contenuto vincolato. Sul punto, cfr. N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 3 ss., e già A. Pizzorusso, *Problemi costituzionali di una riforma del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1966, IV, p. 89.

10. In questo senso, *op. cit.* alla nota precedente, P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici di procura*, in *Questione giustizia online*, 18 dicembre 2019 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-organizzazione-degli-uffici-di-procura_18-12-2019.php).

11. Senza che questo possa «far confondere la posizione del PM con quella del giudice», *ibid.*

107)» e, pertanto, «nel concetto di “giurisdizione” (...) deve intendersi compresa non solo l’attività decisoria, che è peculiare e propria del giudice, ma anche l’attività di esercizio dell’azione penale, che con la prima si coordina in un rapporto di compenetrazione organica a fine di giustizia e che l’art. 112 della Costituzione, appunto, attribuisce al pubblico ministero».

È consequenziale la definizione del pm come *organo di giustizia*, che agisce nell’interesse oggettivo dell’ordinamento (Corte cost., nn. 1 e 375/1996)¹². Interesse generale all’osservanza della legge, quindi, già enunciato nei precedenti del 1970 e del 1975, che si focalizza nell’attribuzione della titolarità e dell’obbligo di esercizio dell’azione penale, secondo l’art. 112 Cost., quale previsione che risulta la chiave di volta della configurazione costituzionale del pm¹³. Il principio di obbligatorietà è fattore concorrente (Corte cost., n. 84/1979) o costitutivo (Corte cost., n. 420/1995) dell’indipendenza del pm nell’esercizio della funzione, quest’ultima trovando fondamento in quel principio dell’art. 112, definito come il “punto di convergenza” di un complesso di principi di base del sistema costituzionale, in quanto è dal principio di legalità che sor-

ge il dovere di repressione delle violazioni della legge penale, senza differenziazioni, così che l’esigenza imperativa di uguaglianza dei cittadini porta con sé il carattere della doverosità dell’agire affidato all’organo (Corte cost., n. 88/1991)¹⁴, ciò che ricollega pertanto l’obbligatorietà dell’azione sia al principio di legalità sia alla garanzia di una uniforme e *imparziale* applicazione della legge (Corte cost., n. 230/2022)¹⁵; tutto ciò dando conferma della tesi secondo cui è l’uguaglianza il vero fondamento costituzionale dell’imparzialità¹⁶, questa essendo strumentale a quella.

Allargando lo sguardo, l’accennato quadro espresso dall’interprete costituzionale trova rilevanti conferme nelle indicazioni in campo internazionale e sovranazionale, secondo previsioni di indirizzo, di *soft law*, ma talvolta anche di carattere normativo.

Un’ampia serie di atti avvalorano l’affermazione, che esprime un sentire comune nei Paesi in cui ha spazio la *rule of law* e che va oltre il distinguo tra i vari sistemi giuridici, anche quando caratterizzati dalla facoltatività dell’azione penale e nonostante le indiscutibili divergenze di carattere strutturale dei diversi ordinamenti¹⁷.

12. Da ciò l’impossibilità di ammetterne la costituzione nel giudizio incidentale di costituzionalità, nonostante la veste formale di parte del procedimento *a quo*: oltre alle sentenze citate, Corte cost., ord. n. 327/1995.

13. Tanto che è ancora l’art. 112 Cost. e il principio in esso sotteso a fondare la legittimazione dell’organo requirente al promovimento del conflitto costituzionale di attribuzione, perché è in quella norma che risiede la garanzia costituzionale dell’indipendenza del pm (Corte cost., n. 420/1995).

14. L’economia della presente trattazione impone di rinviare, per più ampie considerazioni intorno a questo diritto costituzionale “vivente” e anche alla ricostruzione storica dell’iter evolutivo riguardante il pm, sganciato dal potere esecutivo, all’ampia dottrina in materia, tra cui: R. Romboli, *Il pubblico ministero nell’ordinamento costituzionale e l’esercizio dell’azione penale*, in S. Panizza - A. Pizzorusso - R. Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario forense. Volume I. Antologia di scritti*, Edizioni Plus, Pisa, 2002, p. 307; G. Silvestri, *L’organizzazione del pubblico ministero: rapporti nell’ufficio e tra gli uffici*, in Aa.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell’ordinamento giudiziario*, atti del Convegno (Udine, 22-24 ottobre 2004), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 215-248; N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, nonché all’ampia disamina contenuta in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021 («Pubblico ministero e stato di diritto in Europa», www.questionegiustizia.it/rivista/pubblico-ministero-e-stato-di-diritto-in-europa); in particolare, sul punto in discorso, vds. *ivi* il contributo di G. Tarli Barbieri, *Stato di diritto e funzione requirente in Italia: un unicum europeo?*, pp. 38-53 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/935/2-2021_qg_tarlibarbieri.pdf).

15. È in questa chiave che sembra doversi leggere la pronuncia n. 88/1991 là dove perviene all’affermazione che «il pubblico ministero, *al pari del giudice*, è soggetto soltanto alla legge», il che non implica omologazione o sovrapposizione, ma rimanda al principio di legalità dell’agire dell’organo requirente, così stemperandosi il dilemma circa la riferibilità della disposizione dell’art. 101, secondo comma, Cost. anche al pm, risolto generalmente dalla dottrina in senso negativo, trattandosi di un riferimento testualmente non indicato dalla norma, che è rivolta ai giudici e al loro rapporto immediato con l’applicazione e interpretazione della legge, funzione che è ipotizzabile anche per il pm in taluni ambiti, ma non ne esaurisce la gamma di attività.

16. F. Dal Canto, *Lezioni*, *op. cit.*, p. 92.

17. *Cfr.*, su questo percorso di avvicinamento proprio sul terreno dell’agire del pm, N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 16-31 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/933/2-2021_qg_rossi.pdf); per una panoramica sulla serie di atti citati nel testo (ed altri), vds. A. Mura, *Pubblico ministero in Europa. Modelli, esperienze, prospettive*, *ivi*, pp. 90-94 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/941/2-2021_qg_mura.pdf), il quale, dando atto della estrema varietà di modelli processuali e di ordinamento e anche di concezioni culturali circa l’attività del pubblico ministero nel panorama internazionale, sottolinea come, nonostante tale disomogeneità, vi sia un «nucleo forte» comune, imperniato sul rispetto rigoroso della legge, sulla promozione della sua applicazione e sulla «essenziale imparzialità del pubblico ministero nelle sue scelte e nell’agire concreto, nonostante la sua qualificazione come parte nel processo penale», secondo un valore che determina la corretta interpretazione anche della cd. concezione agonistica del processo, «non essendo sostenibile in alcun ordinamento la legittima promozione dell’azione penale o la sua coltivazione se non in presenza di consistenti elementi d’accusa». Vds., altresì, M. Guglielmi, *Un pubblico ministero “finalmente separato”? Una scelta poco o per nulla consapevole della posta in gioco. E l’Europa ce lo dimostra*, in *Questione giustizia online*, 17 settembre 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/un-pubblico-ministero-finalmente-separato).

Si tratta di indicazioni e raccomandazioni che troviamo espresse, ad esempio, nella cd. Carta di Roma¹⁸, che registra la *transizione* del pm da organo di legalità a «organo di giustizia, promotore dei diritti»¹⁹ che agisce «in nome della società e nell'interesse pubblico per rispettare e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà» previsti nelle Carte dei diritti fondamentali, al fine di garantire un'amministrazione della giustizia equa, imparziale ed efficiente, da cui l'esigenza della piena indipendenza del pm come corollario dell'indipendenza dell'intero potere giudiziario e, al contempo, l'aggancio a una legittimazione democratica dell'organo attraverso l'essere realmente indipendente e il dare conto alla collettività della propria attività; ovvero nel parere n. 13/2018 del Consiglio consultivo dei procuratori (CCPE) su «*Indipendenza, accountability ed etica del pubblico ministero*», del 23 novembre 2018, che rimarca l'esigenza di indipendenza del pm rispetto al potere esecutivo, pena l'incrinatura della legittimità del suo intervento nell'interesse della società e a garanzia del rispetto della legge; o nella raccomandazione n. 19/2000 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che tratteggia la necessaria indipendenza del pm dal potere esecutivo e la correlativa imparzialità in vista della funzione di vigilare, anche qui a nome della società e nell'interesse generale, sull'applicazione della legge; oppure, ancora, nella cd. «Dichiarazione di Bordeaux» su «*Giudici e Procuratori in una società democratica*»²⁰, secondo cui giudici e pm debbono essere *entrambi* indipendenti e imparziali, giacché «Il ruolo distinto, ma complementare dei giudici e dei procuratori è una garanzia necessaria per una giustizia equa, *imparziale ed efficace*».

Anche nella dimensione eurounitaria emerge una conforme linea di indirizzo: in particolare, con la creazione della Procura europea (EPPO), modellata nelle

fonti istitutive²¹, per molti aspetti, sulla configurazione del pm italiano quanto a requisiti di indipendenza nello svolgimento dell'attività oltre che nelle garanzie di stato, tanto da costituire un modello che realizza una occasione di espansione verso altri Paesi dell'idea e dei valori che appunto caratterizzano il pm nell'esperienza italiana²². Si tratta di una nuova dimensione, nazionale ed europea al contempo, di pubblico ministero, che appare fonte di cambiamento su scala più ampia, collocando le garanzie di indipendenza e di imparzialità a un livello sovranazionale, verso un possibile modello europeo dell'ufficio, argine di derivate involutive in atto in alcuni Paesi dell'Unione.

Analogamente, non è senza significato, a testimonianza di un sentire comune nel quadro delle istituzioni di democrazia costituzionale e rispettose della *rule of law*, che anche in ambito propriamente internazionale gli statuti delle corti dispongano prescrizioni di indipendenza piena dell'organo requirente²³.

Si può quindi formulare una prima conclusione di assieme, quella che tiene insieme organo requirente e organo giudicante nella dimensione unitaria del potere giurisdizionale, contrassegnato dal *metodo* dell'imparzialità quale portato della comune indipendenza da qualsiasi condizionamento che non sia il vincolo al rispetto della legge.

Ciò non assimila affatto le due figure né altera i loro rispettivi contorni; le differenze esistono e sono ovvie ed evidenti nella diversificazione del ruolo che ciascuna figura istituzionale riveste *nel processo* (Corte cost., n. 52/1976: «la Costituzione ha distinto gli organi del pubblico ministero da quelli della giurisdizione e, nell'art. 112, ha attribuito al pubblico ministero la titolarità dell'azione penale, che è ben diversa dalla potestà di giudicare») e, d'altra parte, la formula di sintesi del pm quale «organo di giustizia», espressa nella lettura costituzionale sintetizzata, non equivale

18. Parere n. 9/2014 del Consiglio consultivo dei procuratori europei (CCPE).

19. Così già G. Salvi, nell'intervento del 29 gennaio 2021 sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020, p. 208 (www.procuracassa-azione.it/resources/cms/documents/Relazione_definitiva_PDF.pdf).

20. Resa congiuntamente dai rispettivi Consigli consultivi (CCPE e CCJE) il 18 novembre 2009.

21. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, 12 ottobre 2017, part. artt. 6, 7 e 9. Sul punto, L. De Matteis, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 111-116 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/945/2-2021_qg_dematteis.pdf).

22. Così A. Mura, *Pubblico ministero in Europa*, op. cit. Vds. anche il percorso di «avvicinamento» di Eurojust a EPPO di cui trattano G. Michelini, *Esiste un modello europeo di pubblico ministero?* e A. Cluny, *In principio era la Procura europea*, sempre in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, rispettivamente pp. 66-73 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/938/2-2021_qg_michelini.pdf) e 105-110 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/944/2-2021_qg_cluny.pdf).

23. Nel Tribunale penale internazionale, il pubblico ministero «non sollecita né accetta istruzioni da alcuna fonte esterna» (art. 42) e ad esso è fatto carico di estendere la propria indagine su tutte le circostanze, a favore o contro l'ipotesi di accusa (art. 54), disposto quest'ultimo che echeggia l'art. 358 cpp, nell'obiettivo di accertamento della verità giudiziale. Cfr. E. Bruti Liberati, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2018, pp. 14-22 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/482/qg_2018-1_04.pdf).

al ripristino della impostazione di segno inquisitorio del pm quale *duplicato* del giudice nella fase istruttoria, dotato di poteri di decisione cautelare e capace di una acquisizione probatoria direttamente versata al giudice. La formula linguistica non autorizza una implicazione di contenuto di questo genere né entra in frizione con la accresciuta connotazione di parte procedimentale e processuale assegnata al pm²⁴, bensì sta ad esprimere la cornice all'interno della quale occorre che l'attività del requirente si svolga; così, l'irriducibilità del compito dell'uno all'altro dà ragione della sicura impossibilità per il pm di sollevare l'incidente di costituzionalità, effetto specifico dell'assenza in questi di una funzione di giudizio in senso stretto, ossia di un rapporto immediato con il diritto applicabile al fine di adottare una determinazione finale.

Estranea, allora, a un'opzione di tipo ideologico²⁵, come pure a un'astratta e quindi superflua etichetta *in vitro*²⁶, quella locuzione di organo di giustizia, al pari delle varie altre – parte imparziale, parte neutrale, etc. – spese variamente per definire la composita figura, denota il necessario accostamento del pm allo Stato-comunità (alla *Repubblica*, come da specificativo dell'ufficio) in luogo dell'idea di ufficio astretto da vincoli gerarchico-burocratici, appunto in quanto l'alternativa dell'inquadramento della figura del pm *deve* sciogliersi in ragione di quella che è la (sola) configurazione idonea a garantire il binomio indipendenza/imparzialità. Non è neppure un “modello” di pm, storicamente variabile, ciò che quella formula sottintende, ma un connotato dell'agire, un metodo appunto, che è la premessa da cui derivano le conseguenze in ordine alla conformazione organizzativa e all'esercizio del potere di azione nell'ambito del processo.

Nato come controllore del giudice in rapporto di dipendenza dal (e nell'interesse del) potere esecutivo, il pm oggi ha spezzato quel legame e fa parte appieno del contesto della giurisdizione, operando in essa per realizzare null'altro che l'applicazione del diritto.

2. Il significato del canone dell'imparzialità per il pubblico ministero, tra organizzazione e azione e tra merito e legittimità

La cornice ora descritta esprime il modo di agire del magistrato del pubblico ministero in termini generali, ma quel dovere occorre che abbia forme operative e che si eserciti in un contesto normativo, sia processuale che organizzativo, definito e coerente rispetto al carattere di indipendenza e di imparzialità.

Ciò apre a una duplice prospettiva di disamina: da un lato, si tratta di considerare se la regolazione legislativa di ordinamento giudiziario, cui ha riguardo l'art. 107, quarto comma, Cost., sia in linea con la garanzia costituzionale in discorso, intesa non soltanto come tutela per il singolo magistrato, ma come esigenza strumentale al servizio di giustizia, perché rivolta a mantenere l'attività requirente immune da torsioni e da alterazioni del metodo imparziale nel suo esercizio, e questo primo profilo involge il tema, oggetto di ampie oscillazioni nel tempo recente, dell'indipendenza interna e della strutturazione organizzativa della figura dell'ufficio requirente; dall'altro lato, si tratta di valutare se l'impianto della legge processuale avvalorò o contraddica il connotato di imparzialità della figura, di cui si è detto.

2.1. L'organizzazione

Circa il primo aspetto, è nota – e non è necessario ripercorrerla in dettaglio – la parabola legislativa che, muovendo inizialmente dall'impostazione gerarchica “pura” dell'originario art. 70 ord. giud., dopo una serie di temperamenti intermedi²⁷ ha visto l'impianto gerarchico nuovamente proposto dalla “riforma Castelli” (d.lgs n. 106/2006) collocarsi via via su moduli meno verticistici di quanto in essa previsto, in parte in virtù della “legge Mastella” (n. 269/2006), ma soprattutto per effetto dell'attività di normazione secondaria del Csm, con una serie di ri-

24. Diversamente, F. Di Marzio, *Pubblico ministero: organo di giustizia o parte nel processo?*, in *Giustizia civile*, 28 luglio 2021 (www.giustiziacivile.com/arbitrato-e-processo-civile/editoriali/pubblico-ministero-organo-di-giustizia-o-parte-nel-processo).

25. Secondo la critica alla qualificazione detta nel testo di N. Zanon, *Pubblico ministero*, *op. cit.*, cap. II.

26. C. Santoriello (*Il pubblico ministero ed i cento talleri di Kant*, in *Arch. pen.*, n. 2/2021, part. par. 4) contrappone alla classificazione qui espressa i limiti posti dalla strutturazione organizzativa e, soprattutto, i dati di esperienza che segnalano la propensione dell'organo a svolgere una funzione eminentemente di accusa; critica che ha indubbio peso – vds., tuttavia, *infra* nel testo –, ma che è imperniata peraltro sul riferimento a una “terzietà” omologante pm e giudice che, come si è detto, non è ipotizzabile.

27. D.lgs n. 51/1998, circa l'adozione di criteri generali di organizzazione da parte del Csm; dPR n. 449/1988, circa la riformulazione dell'art. 70 ord. giud.; art. 53 cpp, sulla piena autonomia del magistrato del pm in udienza.

soluzioni e di circolari²⁸, segnatamente con quella del 16 novembre 2017 in tema di organizzazione degli uffici di procura, fino a pervenire ora allo sbocco della disciplina primaria posta dalla “riforma Cartabia” (l. n. 71/2022, art. 13), con la quale è giunto a compimento un complesso itinerario che, per sintesi, è stato definito di “tabellarizzazione” dell’organizzazione del pubblico ministero²⁹, secondo una linea quindi di (relativa) assimilazione organizzativa tra pm e giudice. Senza pervenire a una regolazione dell’ufficio pari a quella degli uffici giudicanti, la normativa ha recepito l’impianto e lo spirito delle citate determinazioni consiliari, stemperando la precedente “verticalità” dell’assetto del pm attraverso modalità partecipate e condivise di adozione dei progetti organizzativi e con la indicazione degli obiettivi generali dell’agire dell’ufficio, nell’osservanza del canone fondamentale di legalità (comma 1), vale a dire il corretto, puntuale e *uniforme* esercizio dell’azione penale, l’osservanza delle disposizioni relative all’iscrizione delle notizie di reato e il rispetto delle norme sul giusto processo da parte dell’ufficio (comma 2); all’interno delle linee di principio ora dette, al titolare dell’ufficio è demandata la determinazione delle misure appropriate di uso delle risorse, dei criteri di assegnazione e revoca dei procedimenti e – punto cruciale – dei criteri di priorità di trattazione delle notizie di reato, questi ultimi nel quadro della cornice costituita da criteri generali affidati alle scelte del legislatore (comma 6, lett. b).

Si è parlato, per questa configurazione, di una «gerarchia funzionale»³⁰, nella quale alla direzione di vertice si accompagna, appunto, una funzionalizzazione del ruolo dirigente verso l’applicazione di criteri omogenei, frutto di interlocuzione nel circuito del governo autonomo (con l’indirizzo preventivo e l’approvazione successiva dei progetti da parte del Csm), sorretti dalle istanze di legalità e di uniformi-

tà dell’azione, in una sorta di *pendant* concettuale con la funzione di coordinamento affidata dall’art. 6 d.lgs n. 106/2006 agli uffici requirenti dei distretti e con l’impulso del Procuratore generale della Corte di cassazione: l’una rivolta all’esercizio uniforme – imparziale – dell’attività requirente, oltre che nei singoli procedimenti, nell’ambito della realtà territoriale di riferimento, l’altra mirata a impedire disparità orizzontali e su più vasta scala, lesive dei canoni dell’uguaglianza e del primato della legge. Si potrebbe sintetizzare questa evoluzione come l’emersione del coordinamento e della omogeneità delle prassi in luogo del comando gerarchico.

Indipendentemente dalle possibili notazioni problematiche che ancora possono svolgersi in ordine al sistema così delineato, ai fini del *test* di coerenza con l’esigenza costituzionale dell’imparzialità dell’organo sembra doversi pervenire a un esito di segno positivo, atto a superare i dubbi di conformità a Costituzione della precedente conformazione gerarchica dell’ufficio del pm in quanto tale da intaccare il *minimum* di indipendenza interna imposto dall’assetto sistematico della Carta³¹ e ad assegnare una veste al passo con i tempi alle formule larghe dell’originario impianto dell’ordinamento giudiziario del 1941, segnatamente all’art. 73. L’assetto, formalmente gerarchico, nel senso dell’esistenza di una direzione di vertice, è però indirizzato a scelte organizzative e di uso delle risorse congruenti con le finalità costituzionali – l’azione uniforme, il giusto processo –, così che il potere affidato, risultato di procedimenti di discussione e confronto interno ed esterno, tiene conto delle plurime esigenze, limitazioni e garanzie che lo attorniano, dall’autonomia dei magistrati (art. 107 Cost.) espressa nei meccanismi di assegnazione, revoca e distribuzione degli affari, all’esercizio imparziale dell’attività nel suo complesso (artt. 111 e 112 Cost.). Si tratta quindi di

28. Da quella del 5 luglio 2006 “predittiva” del nuovo corso, a quella del 12 luglio 2007 “rivendicativa” del necessario coinvolgimento dell’organo di autogoverno nella formulazione di criteri di indirizzo per l’organizzazione e ripartizione del lavoro degli uffici requirenti, a quella del 21 luglio 2009 con l’individuazione degli obiettivi centrali di efficienza e di efficacia dell’operato dell’ufficio del pm attraverso il progetto organizzativo, a quella indicata nel testo del 17 novembre 2017, dettagliata e analitica in ordine a tutti gli aspetti che coinvolgono l’assetto dell’ufficio requirente; alla quale ultima hanno fatto seguito, poi, quelle del 16 dicembre 2020 e 16 giugno 2022. Per un esame del contenuto di tali atti e per il dettaglio del percorso di “decostruzione” dello schema del 2006, si rinvia a L. Salvato, *Verso la modifica della circolare sull’organizzazione degli uffici requirenti: intervento introduttivo*, in *Questione giustizia online*, 15 luglio 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/circolare-organizzazione) e, per lo stato dell’arte prima della riforma Cartabia, a P. Gaeta, *L’organizzazione*, op. cit.

29. In un andamento circolare che recupera l’idea dell’art. 7-ter ord. giud., introdotto nel 1998 ed eliminato dalla riforma Castelli. Sul dato odierno, vds. G. Mazzotta, *La procedura tabellare per l’adozione del documento organizzativo delle Procure della Repubblica: un ritorno al passato o un ponte verso il futuro?*, in *Questione giustizia online*, 28 aprile 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-procedura-tabellare), cui si rinvia per alcuni profili critici.

30. L. Salvato, *Verso la modifica*, op. cit.; P. Gaeta, *L’organizzazione degli uffici di procura: note sull’evoluzione dell’indipendenza “interna” del pubblico ministero*, in N. Zanon e F. Biondi (a cura di), *L’indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 165-206.

31. M. Bignami, *L’indipendenza interna del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2018, pp. 79-87 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/490/qg_2018-1_12.pdf).

un modello complessivamente in linea con i principi costituzionali³², che trova eco ad esempio nella giurisprudenza del giudice delle leggi, là dove attribuisce all'ufficio del pm nella sua interezza le garanzie che presidiano l'indipendenza dell'organo (Corte cost., n. 52/1976), e che esclude sia solipsismi di vertice – veicoli per transitare l'assetto delle procure verso forme di lesione dell'indipendenza esterna e di soggezione a poteri altri, di per sé antagoniste dell'imparzialità – sia pure spontaneismi del potere diffuso, privi di coordinamento con le finalità più generali che al potere requirente sono correlate. In particolare, su quest'ultimo aspetto, deve essere sottolineata l'emersione sistematica di una esigenza duplice, polarizzata tra ragioni di uniformità e prevedibilità dell'agire – le quali impongono coordinamento, predefinizione di obiettivi e di regole operative conformi alla legge processuale (art. 1, comma 2, e art. 6 d.lgs n. 106/2006, come novellato dalla riforma del 2022) – e necessità di scelte investigative e di esercizio dell'azione.

L'esigenza della uniformità e prevedibilità si atteggiava in maniera parzialmente diversa rispetto al giudice, perché per quest'ultimo essa si manifesta nell'attività di giudizio e perciò si incentra sui temi del valore e dell'efficacia del precedente, dell'ambito dell'interpretazione giuridica e del limite di estensione della libertà interpretativa, garantita dalla soggezione soltanto alla legge (art. 101 Cost.) ancorché temperata da vincoli giuridici interni al processo³³; per il pm, invece, la focale dell'esigenza di uniformità e uguaglianza si colloca *prima* dell'interpretazione del diritto, nell'*agire* dell'ufficio quanto alle determinazioni che precedono il processo, dunque nell'indagine e nella sua conduzione verso l'opzione tra azione e non-azione, fase anch'essa collocata sotto la copertura di principio dell'art. 112 Cost. (Corte cost., n. 88/1991). Per

il pubblico ministero, i caratteri dell'organizzazione condizionano quindi in maniera più marcata rispetto al giudice i presupposti del suo agire. Caratteristica del pm è quella di svolgere un compito pratico, operativo: acquisire la notizia di reato, valutarne la plausibilità, svolgere l'indagine con la direzione della polizia giudiziaria, formulare domande cautelari e di ricerca della prova soggette alla verifica nelle "finestre" di controllo del giudice per le indagini preliminari, dare infine impulso al processo per ivi svolgere un compito dialettico più strettamente di parte, e questo assieme di attività ne denota la «componente materiale di modificazione della realtà»³⁴; il pm è «più organo dell'azione, che di interpretazione»³⁵, ed è appunto per questo tratto che assume specifica importanza una definizione del modo di operare del pm che ne renda l'agire da subito coerente con le prescrizioni di principio e costituzionali richiamate.

Tale esigenza trova sede anche nell'elaborazione della cd. nomofilachia delle prassi, cioè in quegli strumenti di coordinamento affidati alla Procura generale della Cassazione e alle procure generali dei distretti dall'art. 6 d.lgs n. 106/2006 per realizzare una tendenziale uniformità di approccio all'azione, nell'ottica della prevedibilità dei provvedimenti e della certezza – ancorché relativa – del diritto, a tutela non dell'istituzione, ma dei cittadini³⁶.

Ma, come per il giudice l'evoluzione dell'ordinamento multilivello ne accresce il compito di interpretazione e applicazione del diritto, così per il pubblico ministero le stesse condizioni evolutive – oltre alla persistente ipertrofia della materia penale – ne determinano l'espansione dell'ambito di attività, rendendo recessive le idee di ridimensionamento del ruolo della giurisdizione, rispetto agli altri poteri, ruolo che non è una variabile indipendente ma che è in diretta

32. E anche con linee direttive sovranazionali, si veda ad esempio la raccomandazione del 6 ottobre 2000, n. 19 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sul ruolo del pm nell'ordinamento penale, in cui è indicata la preferenza per un'organizzazione gerarchica ma che non comporti strutture burocratiche inefficienti o paralizzanti e, soprattutto, che sia adeguata al compito di «favorire l'equità, la coerenza e l'efficacia dell'azione del pubblico ministero», anche qui, in sostanza, con una esigenza di rapporto appropriato da mezzo a fine tra struttura statica e attività dinamica.

33. Vale a dire il vincolo al principio di diritto del giudice di legittimità, artt. 384 cpc e 627 cpp; il nesso di coerenza con le pronunce delle sez. unite, artt. 374 cpc e 618 cpp; e, più in generale, il rapporto tra dimensione creativa/evolutiva del diritto giurisprudenziale e fonte legislativa, che sembra mostrare un ripensamento sulla assoluta libertà ermeneutica del giudice rispetto al dato normativo, anche sul versante delle interpretazioni "adeguatrici", costituzionalmente o convenzionalmente: *cfr.*, per questa rimeditazione sul grado di aderenza dell'interpretazione al dato normativo, Corte cost., nn. 5/2024, 93/2022, 102/2021 e Cass., sez. unite, n. 24413/2021; vds. anche l'intervista di Luigi Salvato a Renato Rordorf, *Conversando su diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Giustizia insieme*, 2 febbraio 2021 (www.giustiziainsieme.it/en/le-interviste-di-giustizia-insieme/1518-sei-domande-a-renato-rordorf-intervista-di-luigi-salvato-a-renato-rordorf?hitcount=0).

34. M. Bignami, *L'indipendenza*, *op. cit.*

35. Ancora M. Bignami, *ibid.* Ma, va aggiunto, con un necessario distinguo che concerne l'ufficio requirente di legittimità, su cui *infra* nel testo.

36. Intervento inaugurale dell'Anno giudiziario 2020 del Procuratore generale della Cassazione G. Salvi, 31 gennaio 2020, pp. 7-8 e 59. Per una rassegna dei campi di intervento in cui lo strumento in parola ha trovato fruttuosa applicazione, non si può che rinviare alle relative sezioni degli interventi degli ultimi anni, reperibili sul sito della Procura generale della Cassazione (www.procuracassazione.it).

correlazione con quella stessa accresciuta esigenza di giustiziabilità e di garanzia crescente dei diritti e con la insufficienza dell'appello alla sola legalità formale. La discrezionalità interpretativa del giudice si appaia alla discrezionalità dell'agire del pubblico ministero, e ciò implica inevitabilmente delle scelte e la previsione di criteri che presiedano ad esse.

Entra dunque in gioco il delicato tema del rapporto tra discrezionalità e principio di obbligatorietà dell'azione ex art. 112 Cost., che investe il fondamento della legittimazione dell'azione del pm e la relativa responsabilità.

Senza poter qui affrontare a fondo il complesso tema³⁷, ai fini della riflessione sull'imparzialità del pm, ritengo sia sufficiente constatare che è entrata nel patrimonio comune l'idea dell'impossibilità di un esercizio dell'azione "sempre e comunque", non solo per limitatezza di risorse e squilibrio tra numeri e capacità di gestione degli stessi, quanto soprattutto per l'irragionevolezza di una prospettiva, per così dire, "onnivora". Già Corte cost., n. 88/1991 aveva del resto tracciato questa linea³⁸. Linea che si è allargata, dall'ambito del singolo procedimento, verso un piano di politica generale della giurisdizione, nella necessità di individuare i criteri di priorità dell'esercizio dell'azione, in una prospettiva di obbligatorietà «sostenibile», per usare le parole del Csm³⁹, e ciò si salda concettualmente anche con una nuova e diversa formazione del compito "prognostico" cui è chiamato il pm nel procedimento (vds. *infra*).

Qui è sufficiente dire che la riforma portata dalla legge n. 71/2022 dà base normativa a questa esigenza di selezione cronologica e non numerica, del resto messa in atto da tempo presso tutti gli uffici requirenti del Paese: i criteri in discorso divengono elemento necessario del modulo organizzativo dell'ufficio, soggetto (nuovamente) all'approvazione del Csm e nel quale devono essere individuate e selezionate le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, in relazione a parametri stabiliti per legge – e cioè tenendo conto del carico di affari da trattare, delle specificità territoriali e della criminalità che vi

opera, nonché delle risorse disponibili (art. 1, comma 6, lett. b d.lgs n. 196/2006) –, ma ciò «nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge»; a cascata, è prescritta la conformazione del singolo magistrato dell'ufficio ai criteri posti nel documento di organizzazione (art. 3-bis disp. att. cpp). La inevitabile discrezionalità unanimemente riconosciuta all'agire del PM si incanala su direttrici predefinite, frutto di un dialogo e di una collaborazione istituzionale orizzontale (con il dirigente dell'ufficio giudicante di riferimento, con l'avvocatura, con il consiglio giudiziario) nonché della interlocuzione con l'organo di governo autonomo che ne approva l'adozione all'esito della valutazione delle eventuali osservazioni del Ministro della giustizia. Così, si accentua il tratto di discrezionalità *tecnica* dell'operato del requirente, quale connotato del dovere istituzionale espresso dall'art. 112 Cost., assegnando invece all'istanza parlamentare la discrezionalità – *politica*, appunto – della determinazione della cornice dei criteri generali.

È presto per apprezzare l'innovazione, non essendo ancora adottata la legge-cornice in parola; ma si può azzardare una valutazione, sotto il profilo della riduzione della tensione istituzionale tra giurisdizione e politica, una volta che a quest'ultima sia affidata non solo l'approvazione della legislazione penale, che a essa compete, ma anche l'individuazione dei campi (si può pensare all'ambiente, al codice rosso, ai reati economici, ai delitti di criminalità organizzata, a quelli informatici e così via) e dei livelli (edittali o secondo altro parametro) in cui è necessaria un'iniziativa più tempestiva del pubblico ministero, secondo un disegno che risulta confermare l'analisi in base alla quale, senza indulgere a visioni astratte, ma confrontandosi con la realtà: (a) da un lato, nei contesti delle democrazie costituzionali si assiste a un progressivo avvicinamento tra la figura di pubblico ministero che agisce secondo opportunità, ossia usufruendo di una discrezionalità che è però orientata da linee-guida prestabilite, e la figura dell'organo requirente che si muove bensì in una dimensione di obbligatorietà, ma "temperata e realistica"; (b) dall'altro, la riduzione del

37. Si rinvia necessariamente all'ampia dottrina in materia, tra cui i contributi di: G. Salvi, *Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 32-37 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/934/2-2021_qg_salvi.pdf) e di N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità*, op. cit.; E. Bruti Liberati, *Le scelte del pubblico ministero*, op. cit.

38. Col dire che «azione penale obbligatoria non significa consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del PM di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*», che anzi limite implicito nell'art. 112 è che il processo non abbia luogo quando superfluo, sicché la questione è piuttosto quella del controllo sull'azione e sull'inazione del pm e dell'apprestamento di strumenti e istituti adeguati allo scopo. È amplissima la dottrina sul punto, sovente critica sull'effettiva plausibilità di una obbligatorietà piena, definita perfino da taluni autori una «bugia convenzionale»: E. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione ed irrilevanza del fatto*, in Aa.vv., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, atti del Convegno (Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995), Giuffrè, Milano, 1996, p. 212.

39. Cfr. la delibera 11 maggio 2016: «Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari. Rapporti tra uffici requirenti e uffici giudicanti».

divario tra le due precondizioni – discrezionalità/obbligatorietà – porta a superare i luoghi comuni della totale arbitrarietà dell’iniziativa discrezionale del pm e, in connessione, della necessità di abolire il presidio dell’obbligatorietà, perché – si dice – inutile e superato nei fatti⁴⁰.

D’altra parte, l’accennata linea dell’ordinamento risulta, a ben vedere, congruente con la natura di principio costituzionale dell’obbligatorietà, che, mentre irradia la propria portata e il proprio significato sugli istituti posti dalla legislazione comune, imponendone una lettura armonica ad esso e impedendo l’immisione di istituti e regole di fonte primaria tali da contraddirlo, appunto in quanto principio è suscettibile di una valutazione e composizione con esigenze – in questo caso, della giurisdizione e dei cittadini che vi accedono – anch’esse aventi copertura costituzionale, tra cui ad esempio la durata ragionevole del processo, o la garanzia di diritti fondamentali di libertà individuale, come la libertà personale, la *privacy*, la libertà di comunicazione. Il nucleo duro dell’art. 112, ancora una volta, rimanda all’esigenza – questa non bilanciabile – dell’uguaglianza, ma “uguaglianza” non significa trattamento eguale e indifferenziato di casi tra loro diversi, ed è a questa logica che fisiologicamente la previsione dei criteri di priorità deve rispondere.

2.2. L’azione

L’altra dimensione problematica dell’imparzialità declinata per il pm è quella che si manifesta all’interno del procedimento e del processo, con l’attività e l’azione dell’organo nel suo concreto svolgersi presso il giudice.

Si è accennato sopra al distinguo concettuale tra l’esercizio cognitivo del giudice e la prevalente connotazione pratica dell’attività del pm (di merito), in particolare prima delle – e fino alle – determinazioni sull’azione in giudizio, trattandosi di un’attività in cui, se certamente non mancano aspetti di interpretazione (sulle ipotesi penalmente rilevanti, sulla sussistenza di esimenti, su profili procedimentali), tuttavia, è

apparsa predominante una discrezionalità qualificata da scelte strettamente legate alla dimensione del fatto: se iscrivere oppure no una notizia, e quando; in quale verso indirizzare l’indagine, con quali supporti e mezzi di ricerca della prova; come profilare un’accusa da portare dinanzi al giudice assistita da adeguato materiale investigativo di conferma della stessa. In questi momenti dell’agire si esprime il tasso di discrezionalità assegnato alla funzione dell’organo requirente e, di conseguenza, è l’atteggiarsi delle norme e delle prassi pertinenti che dà la misura del grado di effettiva imparzialità dell’agire del pm.

Il tema eccede la portata della presente riflessione. Tuttavia, è possibile delineare una linea di tendenza dell’ordinamento che vale a ridurre la forbice di quella distinzione pm/giudice e ad avvicinare, invece, da un peculiare punto di vista, il percorso dinamico della funzione requirente a quella del giudizio, così privando quantomeno di sostenibilità talune sottilineature astratte circa l’accento posto esclusivamente sul ruolo di «parte» del pm, rivolte in sostanza a promuovere esiti di separatezza istituzionale e ordinamentale (su cui *infra*, par. 4) in vista del rientro dell’organo nell’alveo di un altro potere, che è generalmente e tradizionalmente l’esecutivo (non essendo invero ipotizzabile una scissione del pm dall’ambito della giurisdizione senza una ricollocazione presso un altro potere istituzionale, quasi si trattasse di una funzione sospesa nel vuoto, o interstiziale).

Si vuol dire, in sintesi, che anche la legge processuale, che definisce il modo imparziale e conforme a diritto di agire per il pubblico ministero, appare *oggi* più che nel passato orientata a pretendere dal pm opzioni e valutazioni – in diritto, non solo in fatto – che possono riconoscersi analoghe, nella struttura e nel loro manifestarsi, a quelle che appartengono all’attività cognitiva del giudice. La riforma recata a numerosi istituti del rito dal d.lgs n. 150/2022, per quanto qui rileva, ha toccato gli accennati snodi nevralgici della discrezionalità valutativa del pm intervenendo, tra l’altro: (a) sulla disciplina dell’iscrizione della notizia di reato, sia quanto ai presupposti sostanziali sia

40. Così N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità*, op. cit., nota 17, e *ivi* riferimenti di dottrina. L’Autore, analizzati i sistemi di *common law* e continentali quanto alla conformazione del pm, e delineati tre profili della discrezionalità (quella nel procedimento e nel processo, quella organizzativa e quella investigativa), sottolinea che rispetto alla distinzione – azione discrezionale *vs* azione obbligatoria – assumono rilievo crescente nell’esperienza giuridica altri fattori costitutivi e, soprattutto, il raccordo con le istituzioni, che (escluse forme regressive di soggezione all’esecutivo) egli individua proprio nell’adozione di linee generali di politica criminale e di priorità dell’azione da parte delle istituzioni dotate di legittimazione democratica, per pervenire – precisa ne *I “criteri di priorità” tra legge cornice e iniziativa delle procure*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, pp. 76-81 (www.questionegiustizia.it/rivista/la-riforma-della-giustizia-penale) – a un’obbligatorietà realistica, esercitata secondo canoni di trasparenza e assunzione di responsabilità sociale e istituzionale per le scelte compiute. Sul tema, per punti di vista diversi, *cfr.* A. Spataro, *La selezione delle priorità nell’esercizio dell’azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134* [analoga, sul punto, alla riforma del 2022 – ndr], in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, pp. 82-95 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/988/4-2021_qg_spataro.pdf) e S. Panizza, *Se l’esercizio dell’azione penale diventa obbligatorio... nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, *ivi*, pp. 105-114 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/991/4-2021_qg_panizza.pdf); vds. altresì S. Lonati, *I criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale: verso un sistema ad azione pilotata legislativamente?*, in *Archivio penale*, n. 1/2023, pp. 1-30.

quanto al tempo, essendo ora sottoposta l'iscrizione a controllo giurisdizionale postumo e con la possibilità di retrodatazione, incidente sui termini di indagine (artt. 335, 335-ter, 335-quater); (b) sul criterio della scelta tra azione e inazione (archiviazione), anche attraverso strumenti di controllo sull'inerzia dell'organo (avocazione, art. 412 cpp) nonché sulla tempestività delle determinazioni conclusive del pm (artt. 415-bis e 415-ter cpp, art. 127 disp. att. cpp).

Le condizioni dell'iscrizione immediata della notizia, più stringenti, esigono ora un apprezzamento circa la rappresentazione di un fatto «determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice» e, quanto all'iscrizione nominativa, esigono che risultino indizi – non semplici sospetti – a carico della persona; e al PM è data la possibilità di un ripensamento *ex post*, con la retrodatazione dell'esordio del termine per l'indagine.

Il criterio di *giudizio* in merito alla scelta tra l'azione e l'inazione, soprattutto, viene ridefinito attraverso un distinguo di carattere prospettico. Non si tratta più della previsione della sostenibilità dell'accusa in giudizio, come da abrogato art. 125 disp. att. cpp, criterio che in definitiva ratificava una scelta di agire imperniata sull'iniziativa “dovuta” al pari della iscrizione da cui aveva origine, ma, ora, della proiezione circa l'idoneità del quadro degli elementi raccolti a sostenere un *esito* di condanna, come da nuova formulazione dell'art. 408 cpp. L'infondatezza della notizia di reato, che tuttora definisce la rubrica dell'art. 408 e che comporta la richiesta di archiviazione, si colloca in una dimensione diversa, giacché il pubblico ministero è tenuto ad assumere un punto di vista cognitivo, anche se di natura prognostica, orientando la propria determinazione verso il risultato, e non l'ingresso, della fase processuale. Il pm deve mettersi nei panni del giudice e in questa mutata prospettiva risiede una rilevante trasformazione del suo ruolo, poiché l'azzardo di proporre una imputazione caduca e di attivare così un processo inutile vede innalzarsi l'asticella del rischio. In tale meccanismo proiettivo, il

canone valutativo fondamentale espresso nella disposizione che il pm è chiamato ad applicare è quello della ragionevolezza, che, da principio di tono costituzionale applicato per la valutazione della costituzionalità intrinseca di una norma, entra nel procedimento penale impegnando l'organo requirente a collocarsi in un segmento processuale avanzato, a mettere le leni del giudice – analogamente a quanto fa il giudice dell'udienza preliminare, *ex art.* 425, comma 3, cpp – e a considerare se l'attività svolta abbia la consistenza necessaria per dire non solo possibile ma probabile un risultato del giudizio nel senso della affermazione di responsabilità. Nell'esercizio di tale operazione prognostica è il sistema a offrire le coordinate di una simile operazione concettuale, poiché in quella valutazione, che il pm è chiamato ad adottare entro i termini di indagine, egli dovrà (ragionevolmente) tener conto anche degli istituti che, nel giudizio, dirottano un possibile esito di condanna in astratto verso soluzioni liberatorie in concreto, connesse cioè a situazioni diverse dalla sola considerazione della fattispecie incriminatrice, come la particolare tenuità del fatto *ex art.* 131-bis cp – che chiama a una considerazione di fattori esterni o successivi alla condotta – e, forse, come l'accesso a istituti quali l'estinzione per remissione implicita della querela in sede di cd. giustizia riparativa o la messa alla prova con effetto estintivo *ex art.* 168-bis cp⁴¹.

Il mutamento di visuale è profondo. Indipendentemente dalla considerazione che se ne voglia dare sul piano teorico e su quello della politica repressiva dei reati⁴², sembra indubbio che l'assetto ora sintetizzato avvicini fortemente il modo di essere del pm a quello del giudice, proprio nel momento essenziale dell'agire del primo, ossia all'atto di assumere la scelta sull'iniziativa penale. Il pm chiede al giudice un giudizio ch'egli stesso deve formulare in forma provvisoria, anticipata, allo stesso modo in cui una parte chiede al giudice una pronuncia facendo valere una posizione soggettiva tutelabile secondo diritto e che sia sostenibile in causa. La regola di valutazione diviene comune

41. Si è detto forse perché tali istituti, sottoposti a condizione, implicano un percorso il cui risultato può anche essere negativo, sicché il pm dovrebbe non solo apprezzare la possibilità di accesso agli stessi – che nella messa alla prova è anche nella sua facoltà attivare –, ma anche la verosimile conclusione favorevole del percorso.

42. Si è osservato, infatti, che la nuova disciplina implica un minor grado di autoreferenzialità del pubblico ministero, che non potrà invocare il principio dell'obbligatorietà per avallare iniziative processuali deboli o insostenibili, in quanto il principio dell'obbligatorietà si svolge entro le coordinate che il legislatore appresta per evitare il giudizio superfluo, con spreco di risorse e di attività dell'apparato giudiziario, coordinate che ora sono dettate dalla normativa in esame, il cui effetto di sistema è anche quello di escludere che «le determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale possano esser giustificate in ragione della funzionalità al perseguimento di risultati di controllo sociale. Infatti la giurisdizione è un sistema di giustizia legale, le cui decisioni devono esser giustificate sempre e soltanto in ragione della loro conformità a un sistema di norme e di valori, che si assume *precostituito* all'intervento del giudice» (c.vo aggiunto): così A. Nappi, *In difesa della riforma Cartabia*, in *Giustizia insieme*, 20 giugno 2023 (www.giustiziainsieme.it/it/aree-tematiche/cartabia-penale). Altri commentatori ravvisano invece nella riforma un obiettivo di pura deflazione processuale, prospettandone anche dubbi di conformità a Costituzione: così R. Aprati, *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, *ivi*, 20 dicembre 2022 (www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-penale/2586-le-nuove-indagini-preliminari-fra-obiettivi-deflattivi-ed-esigenze-di-legalita).

a parte pubblica e giudice e ciò, oltre a profilare un possibile ripensamento sulla persistente esistenza nel sistema di un *favor actionis*⁴³, assimila i caratteri di imparzialità delle due rispettive funzioni all'interno del processo.

Se è così, non solo ne viene rafforzata l'idea tutt'altro che marginale di un'appartenenza comune alla cultura della giurisdizione, ma ne viene meglio definita anche la prescrizione dell'art. 358 cpp, che fonda il dovere del pm di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini. Nell'accennata ottica prognostica, ora imperniata sulla potenziale e ragionevole conclusione dell'*iter* processuale, questa disposizione, riflessa in una corrispondente regola deontologica (art. 13 del codice etico dei magistrati, del 13 novembre 2010⁴⁴) benché non assistita da sanzione processuale per il caso in cui non sia rispettata⁴⁵, acquista una concretezza che spesso in precedenza era stata messa in dubbio, perché considerata quale espressione di paternalismo o di una contraddizione intrinseca, di un pm parte processuale che fa e disfa operando contemporaneamente in due direzioni antitetiche⁴⁶. Proprio nel raccordo con il criterio di scelta tra azione e inazione, la prescrizione in discorso esprime semplicemente la necessità, per un pm che guardi in proiezione oltre la soglia dell'indagine, di sottoporre a *test* di resistenza e di attendibilità l'ipotesi investigativa e accusatoria, così che l'art. 358 si ricollega coerentemente a quanto stabilisce l'art. 326 cpp, essendo evidentemente necessaria quella verifica globale degli elementi per poter corrispondere alla finalità dell'indagine preliminare, che è quella di porre le basi per la determinazione sull'esercizio o meno dell'azione.

Sembra allora che il quadro specifico della odierna disciplina processuale si caratterizzi anch'esso nel

segno di una discrezionalità non già rivolta verso se stessa, ma attenta alla posizione di chi è coinvolto, decantando la presunta contraddizione del pm tra l'essere una parte e il dovere di imparzialità, e rafforzando la natura di organo di giustizia dello stesso, quale ufficio il cui obiettivo è la ricerca della verità (processuale) e l'attuazione della legge, a garanzia di un interesse della collettività intestato a un soggetto pubblico che non potrebbe operare nel procedimento altrimenti che come «parte», dinanzi e presso il giudice, in posizione di monopolio⁴⁷ quanto alla titolarità di tale potere di azione (Corte cost., n. 114/1982).

Essere imparziale equivale semplicemente – ma certo faticosamente, poiché è compito complesso – a rispettare l'assetto descritto, che, sotto altro profilo, avvicina la figura del pm penale alla sua corrispondente funzione nella materia civile, generalmente meno analizzata in dottrina.

È nel campo civile che la definizione del pm come «organo di giustizia» ha trovato inizialmente spazio⁴⁸. Ciò è derivato dall'esame dei casi, definiti in maniera stretta dalle norme processuali (artt. 69-72 cpc), nei quali al pubblico ministero è attribuito un potere – tassativo – di azione o di intervento, in un campo tendenzialmente caratterizzato dalla disponibilità dei diritti e dalla iniziativa privata per la correlativa tutela; azione e intervento, infatti, sono rimessi al pm in settori nei quali si staglia un'opzione legislativa di interesse, in ragione della loro natura: cause in materia di famiglia e di stato delle persone, procedimenti relativi alla protezione di minori o di soggetti deboli a vario titolo.

Senza dover analizzare nel dettaglio la disciplina, frammentata in diversi istituti e norme del codice e di leggi speciali⁴⁹, per ciò che interessa in questa disamina è significativo osservare che, anche nel campo

43. Così, condivisibilmente, A. Nappi, *In difesa, op. cit.*; analogamente, assume coloritura diversa la funzione di «promozione della repressione dei reati» di cui all'art. 73 ord. giud.

44. «Il pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo. Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato».

45. Cass. pen, sez. III, 16 ottobre 2018, n. 47013, rv. 274031.

46. Definiva una bizzarra idea quella del pm che si muove alla ricerca di ogni possibile prova, a carico e a favore, P. Ferrua, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/1995, pp. 428 ss.; per una considerazione accostabile a quella detta nel testo, vds. invece – e prima della riforma del 2022 – C. Santoriello, *Il pubblico ministero, op. cit.*, pp. 13-16.

47. Secondo una opzione convergente e ormai generalizzata anche nei Paesi di *common law*, cfr. il *Rapporto sulle norme europee in materia di indipendenza del sistema giudiziario: Parte II – Il pubblico ministero*, adottato il 17-18 dicembre 2010 dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (cd. «Commissione di Venezia»), punto 12.

48. La formula del pm come «organo di giustizia», «promotore dei diritti», è usata nel documento finale redatto il 28 maggio 2011 all'esito della riunione della Rete dei procuratori generali delle Corti supreme dell'Unione.

49. Senza pretesa di completezza e senza distinguere tra azione e intervento obbligatorio: impugnazioni e opposizioni al matrimonio; adozioni; interdizioni, inabilitazioni, amministrazioni di sostegno; provvedimenti limitativi della potestà familiare e di allontanamento dalla casa familiare a tutela dei minori; provvedimenti riguardanti genitori naturali, quando comportano misure per i figli; ordini di protezione familiare; provvedimenti di rettificazione di attribuzione di sesso; trattamenti sanitari obbligatori; iniziative in materia di crisi d'impresa e

civile, l'«ambiguità» della figura, portatrice di un interesse pubblico e al contempo atteggiata come parte nel processo, ha indotto a fornirne classificazioni tra loro differenti ma unite dalla necessità di comporre quella stessa ambiguità, nella luce della funzione di vigilanza («veglia») all'osservanza della legge attribuitagli dall'art. 73 ord. giud. Così, di volta in volta, il pm è stato descritto bensì tecnicamente come una parte – affidataria, talvolta, di una posizione sostitutiva rispetto al titolare del diritto azionato –, ma funzionalmente un interprete degli interessi pubblici, ovvero una figura avente un ruolo consultivo-collaborativo del giudice, o ancora quale organo prossimo al giudice perché schiettamente giurisdizionale, o ancora quale ufficio intermedio tra giudice e parte, o infine – appunto – quale organo di giustizia⁵⁰.

È interessante constatare il percorso di avvicinamento e di uniformazione della figura nei due ambiti, tradizionalmente separati, della materia penale e di quella civile. Nell'una, l'interesse al rispetto della legalità penale si esprime in una generale obbligatorietà di azione mediante un organo affidatario del potere, alle condizioni e nei limiti detti; nell'altra, gli interessi pubblicistici di rilievo non minore – la continuità imprenditoriale, le relazioni parentali, etc. – trovano un «rappresentante» processuale che se ne fa doverosamente portatore⁵¹; nel rispetto, nell'uno come nell'altro contesto, della regola *ne procedat iudex ex officio*.

La convergenza di obiettivi – non di funzioni – nel segno della comune imparzialità e finalità di attuazione del diritto, tra pm che chiede e giudice che dispone, appare chiara, infine, se si esamina il ruolo del pubblico ministero in sede di legittimità.

2.3. La legittimità

In sede di legittimità, infatti, la comunanza di obiettivi e, con essa, la corrispondenza di metodo nella funzione di applicazione del diritto si manifesta piena. Il pubblico ministero, dinanzi alla Corte di cassazione, sia nella materia penale che in quella civile, assume esattamente il punto di vista della corretta applicazione del diritto, nei termini in cui è affidato al giudice.

Qui, allora, la soggezione alla legge (art. 101 Cost.) si manifesta identica per l'organo requirente e per quello giudicante. L'interpretazione e applicazione esatta – o, se si preferisce, nel quadro della crescita della componente interpretativa nella giurisprudenza per principi, la più esatta possibile – del dato normativo che l'ordinamento giudiziario, nell'art. 65, indica quale compito proprio del giudice di legittimità, si appunta allo stesso modo sul pubblico ministero, nelle sedi in cui è prescritto⁵² o consentito⁵³ il suo intervento, che ha di mira la medesima finalità nomofilattica.

insolvenza; provvedimenti in tema di proprietà industriale; procedimenti elettorali; riconoscimenti di sentenze straniere in tema di *status*; provvedimenti in materia di asilo politico e di *status* di rifugiato; querele di falso; reclami in materia societaria; successioni; misure in tema di associazioni private; curatele processuali.

50. Per queste definizioni, cfr. M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, Zanichelli, Bologna, 1970; V. Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 296 ss.; E. Grasso, *Pubblico ministero. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1991; S. Satta, *Diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1997; F. Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988; F.S. Damiani, *Riflessioni sul ruolo del P.M. nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, n. 2/2019, pp. 353 ss. Per una più recente disamina sul versante dell'esperienza applicativa, con riguardo alla materia familiare, G. Marseglia, *Pubblico ministero e persona: i procedimenti in materia di status, famiglia e minori*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2018, pp. 34-42 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/485/qg_2018-1_07.pdf).

La frequente sottovalutazione dell'incidenza del pm in campo civile, espressa in passato perfino con tesi abolizioniste *tout court*, appare oggi datata e frutto di un'ottica compressa nella dimensione del diritto civile classico, cioè relativo alle materie disponibili/contrattuali e di contenuto principalmente economico. Ma è una visione che – a parte il rilievo che, ad esempio, il pm svolge nelle procedure di insolvenza e crisi di impresa – non può esser seguita oggi, in un contesto di espansione di diritti nuovi e che coinvolgono aspetti di libertà o pretese di contenuto affatto diverso: basti pensare alla delicata questione delle trascrizioni di atti di nascita formati all'estero concernenti minori nati all'interno di relazioni omoaffettive, anche attraverso pratiche di maternità surrogata, in cui si registrano indirizzi divergenti sul territorio nazionale. E basti considerare altresì il ruolo del pm in sede di legittimità, di cui si dice nel testo.

51. Attraverso un «espedito» processuale – per usare le preveggenti parole di C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2000, p. 225 –, vale a dire quello di un «soggetto creato per poter operare a tutela di diritti e interessi rilevanti sul piano pubblicistico (...) in un processo imperniato sulle iniziative delle parti». E in effetti la posizione di parte del pm all'interno del processo, se è necessaria per mettere in atto l'iniziativa che il giudice non ha modo di far partire, non ha a che fare con l'impianto ordinamentale e con i caratteri che sono assegnati al pm secondo la Costituzione. La lettura restrittiva del ruolo del pm solo attraverso ciò che la legge processuale gli consente o impone di fare risulta fuorviante.

52. In tutte le udienze pubbliche, penali o civili, e nelle camere di consiglio cd. partecipate in ambito penale.

53. Nelle adunanze camerale civili. L'assetto diversificato tra i due campi di cui alla presente e alla precedente nota, codificato dall'art. 76 ord. giud. a seguito della riforma Cartabia, deriva da considerazioni di impegno nomofilattico e di opportuna selettività dai casi, possibili in campo civile (nel quale oggi vi sono tre livelli decrescenti di attività, tra udienza, adunanza e cd. rito accelerato) e preclusi in quello penale proprio per la considerazione della espansività del principio di obbligatorietà, che si esprime ad esempio nell'art. 74 ord. giud. con il vincolo alla formulazione di conclusioni, pena l'impossibilità di dare luogo al giudizio.

L'apporto del pm di legittimità è del tutto indipendente anche da quelle che sono state le conclusioni degli uffici requirenti nei gradi precedenti, in sede penale, poiché egli svolge con piena libertà di valutazione, senza vincoli, il compito di proporre alla Corte di cassazione la soluzione legittima, conforme a Costituzione e ai principi, senza avere di mira un determinato risultato concreto che non sia quello della adozione di una sentenza giusta, perché giuridicamente valida⁵⁴.

Vi è dunque complementarità e sintonia di intenti, tra PM e giudice, nella comune direttrice della imparziale attuazione del diritto e, per questo, la locuzione "organo di giustizia" più volte richiamata si adatta specificamente al pm della Cassazione, vale a dire al soggetto che – privo di poteri di impulso processuale – coopera con la Corte facendosi portatore dell'interesse pubblico alla difesa del diritto e della sua unità, sia che si tratti di annullare una decisione viziata per ragioni sostanziali o processuali, sia che occorra prospettare una nuova lettura del dato legislativo. Se il pm nel merito, come si è detto, guarda all'esito possibile del giudizio come prospettiva di condanna, assumendo il punto di vista del giudice sul piano della valutazione del fatto e del diritto che a quel fatto è applicabile, il pm nella legittimità assume il punto di vista del giudice cui accede, in un rapporto dialettico con questi e indipendente dalle posizioni delle parti private coinvolte.

Una finalità "promozionale" di diritti, quella in esame, che si arricchisce e sviluppa nell'ambito di istituti come la proposizione dell'istanza per l'enunciazione del principio di diritto (art. 363 cpc) ovvero con la sollecitazione a una simile enunciazione in caso di inammissibilità sopravvenuta dell'impugnazione in cassazione (art. 618, comma 3, cpp), nei quali è evidente la natura di contributo esclusivamente rivolto all'interpretazione giuridica e all'orientamento futuro della giurisdizione su un determinato tema; o come il nuovo strumento della revocazione delle decisioni passate in giudicato per accertata violazione di una norma della Cedu (art. 391-*quater* cpc), in cui l'attribuzione al Procuratore generale della Cassazione del-

la legittimazione ad attivare detto istituto (art. 397, comma 2, cpc) fa risaltare il riconoscimento al pm di un ruolo attivo nella garanzia di diritti, in questo caso di rango sovranazionale, nell'ottica di una coordinata evoluzione della giurisprudenza in un contesto di costituzionalismo integrato su più livelli; o, ancora, come nella prevista forma "rafforzata" dell'intervento in sede di udienza di trattazione di un rinvio pregiudiziale (art. 363-*bis* cpc), dove è richiesta dalla disposizione una conclusione scritta del pubblico ministero, in relazione al connotato di nomofilachia "preventiva" e di indirizzo che è proprio di questo nuovo istituto. La previsione innovativa della pubblicità delle conclusioni del pm sul sito della Corte, quale contributo di discussione nella comunità dei giuristi (art. 137-*ter* disp. att. cpc), completa l'idea.

Non appare necessario andare oltre⁵⁵ per considerare che, presso il giudice di legittimità, la direzione dell'attività del pubblico ministero è armonica a quella del giudice, tanto da profilare una sostanziale assimilazione alle figure che nelle corti europee svolgono compiti analoghi⁵⁶.

3. Essere e apparire. Le responsabilità

L'insieme dei compiti che sono stati ricordati fin qui definisce anche il confine dell'imparzialità, nel come e nel quando, che il pm deve rispettare esercitando i compiti che la legge gli affida: così, sarà imparziale un magistrato requirente che effettuerà l'iscrizione solo quando saranno raggiunti indizi di reità nei confronti di taluno, che svolgerà le indagini sottoponendo autonomamente a controprova l'ipotesi dell'accusa da formulare, che proporrà il giudizio quando avrà raccolto elementi adeguati perché un giudizio si svolga con probabilità ragionevoli di condanna; e sarà imparziale il pubblico ministero di legittimità che, scevro dagli interessi sottostanti, formulerà alla Cassazione richieste coerenti con la norma applicabile, nell'interpretazione portata fino al suo limite intrinseco. Non si tratta solo dell'osservanza legalistica o formale dei doveri professionali disegnati in astratto,

54. Si intende, sempre in applicazione dei principi e non formalisticamente: è giusta la sentenza che non solo adotta una determinazione finale in cui l'esito è conforme al modello legale regolativo del caso ma che, prima, si fa carico delle possibilità ermeneutiche intorno al diritto applicabile. È ancora una volta il già accennato tema dell'interpretazione e dei suoi limiti ultimi, oltre i quali sta la denuncia di incostituzionalità o di anticonvenzionalità della legge formale.

55. Sia consentito, per economia della trattazione, anche il rinvio a C. Sgroi, *La funzione della Procura generale della Cassazione*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2018 (riferito alla materia civile), pp. 52-69 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/487/qg_2018-1_09.pdf).

56. *Cfr.*, al riguardo, l'intervento del P.g. della Cassazione, Luigi Salvato, nell'inaugurazione dell'Anno giudiziario 2023, p. 18, dove sottolinea che l'apporto dialettico del pm di legittimità risulta omologo a quello espletato dagli avvocati generali nel processo dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione, quale forma di "assistenza" e cooperazione con il giudice nello svolgimento della funzione di quest'ultimo, cioè il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato.

il che è ovvio, ma della declinazione dell'imparzialità in concreto, proprio perché quelle disposizioni che attribuiscono talvolta ampie scelte discrezionali, ambiti di valutazione, possibilità ermeneutiche su tutti gli aspetti di fatto e di diritto che confluiscono nel processo, hanno carattere strumentale ed esigono che ne venga garantita l'applicazione perché sia realizzato, di volta in volta, il fine di imparzialità dell'agire giudiziario. L'imputato o la parte che abbiano conoscenza del rispetto di quelle prescrizioni considereranno di avere ricevuto un giudizio o subito un processo di carattere imparziale.

Accanto all'imparzialità realizzata, è noto, vi è l'imparzialità rappresentata e percepita, e ciò coinvolge il tema della "apparenza" e dei suoi aspetti, in particolare quello della comunicazione, istituzionale o personale, e della manifestazione di opinioni da parte del magistrato.

Il tema è antico e ha visto momenti di particolare tensione istituzionale, legati a stagioni ricorrenti di contrapposizione tra la giurisdizione e altri poteri, e la letteratura in materia è amplissima. Credo sia possibile delimitare la visuale sulla base di una considerazione pratica: quella secondo cui esiste un contesto di previsioni normative e paranormative relativamente recenti, che permette di collocare il tema su terreni regolati, così offrendo un contesto meno contingente, e che permette di identificare le regole di fondo circa l'imparzialità obiettiva che il magistrato, specie quello del pubblico ministero, è tenuto a manifestare nell'esercizio delle sue libertà in ragione della fiducia di cui è accreditato presso cittadini e utenti; fiducia che costituisce, del resto, il fondamento di legittimazione del "terribile" potere che gli è attribuito.

Si possono tracciare schematicamente, e per estrema sintesi, le seguenti acquisizioni.

(a) *Apparire*, per chi eserciti una funzione nel campo della giustizia, è rilevante quanto l'essere, secondo una moltitudine di affermazioni della giurisprudenza, costituzionale e sovranazionale⁵⁷.

Le apparenze hanno importanza, in primo luogo, per la Corte Edu, che, previa distinzione tra una dimensione soggettiva e una oggettiva dell'imparzialità⁵⁸, numerose volte ha indicato l'esigenza di tutela di tale aspetto esterno e obiettivo dell'imparzialità sulla base del reiterato principio secondo il quale occorre non solo che giustizia sia fatta, ma che appaia anche che giustizia sia stata fatta⁵⁹. L'assieme dei principi convenzionali posti negli artt. 6, 9 e 10 della Cedu, nella convergenza tra imparzialità della giurisdizione, libertà di pensiero e di espressione, porta a ricercare punti di equilibrio tra i diritti all'informazione dell'opinione pubblica sulle questioni di interesse generale, inclusa la giustizia, attraverso la stampa⁶⁰ e i *media*, la reputazione da accordare alla giurisdizione e il dovere di riserbo generale dei magistrati, aspetto quest'ultimo che – ferma la libertà di espressione – consente di porre limiti di contenuto e di forma, nell'ottica della bilanciata proporzione con l'esigenza di preservare autorità, indipendenza e imparzialità degli appartenenti all'ordine giudiziario. Detta esigenza comporta, per la Corte europea, che il riserbo dei magistrati permanga anche quando si tratti di critiche o provocazioni di cui sono destinatari⁶¹. *Pendant* del dovere di riserbo è il dovere del sistema di apprestare strumenti di protezione dagli attacchi infondati dei poteri o di singoli, così da rendere legittimo accordare ai magistrati un livello più elevato di tutela rispetto ad altri soggetti, appunto in quanto le accuse di imparzialità

57. L'affermazione va condivisa, a patto di specificare che essa vale in quanto esige che vi sia un nesso di coerenza tra sostanza e apparenza. Il frusto richiamo alla metafora della "moglie di Cesare" potrebbe indurre a pensare che ciò che conta è (solo) l'esteriorità e che l'importante non è assumere un atteggiamento interno e operativo di effettiva imparzialità e garanzia, ma solo di mostrarne segni esteriori o di occultarne la opposta sostanza. Una simile impostazione equivarrebbe a erodere dall'interno la dignità e l'atteggiamento equanime del magistrato verso l'oggetto del proprio mestiere. Sul tema, vds. G. Cataldi, *I giudici, l'imparzialità e la moglie di Cesare*, in *Questione giustizia online*, 20 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-l-imparzialita-e-la-moglie-di-cesare). Vds. anche R. Ionta, *Il dovere di manifestare il non pensiero (il giudice in una stanza)*, in *Giustizia insieme*, 17 ottobre 2023 (www.giustiziainsieme.it/en/gli-attori-della-giustizia/2922-il-dovere-di-manifestare-il-non-pensiero-il-giudice-in-una-stanza).

58. Nella prima, si tratta di stabilire se le convinzioni personali o i comportamenti possano far desumere un pregiudizio rispetto al caso da trattare, e l'imparzialità è *presunta* fino a prova contraria; nella seconda, si guarda all'esistenza di dati e circostanze che, indipendentemente dall'atteggiamento del magistrato, giustificano dubbi sulla sua imparzialità.

59. Corte Edu [GC], 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*; Corte Edu, 31 ottobre 2017, *Kamenos c. Cipro*; 16 ottobre 2018, *Daineliene c. Lituania*. Già Corte Edu, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malta*, aveva affermato che «anche le apparenze possono rivestire importanza, soprattutto in materia penale».

60. Stampa che la Corte definisce il "cane da guardia" della democrazia: Corte Edu, 27 marzo 1996, *Goodwin c. UK* e [GC] 6 maggio 2003, *Perna c. Italia*.

61. Corte Edu, 16 settembre 1999, *Buscemi c. Italia*, e 26 aprile 1995, *Praeger e Oberschlick c. Austria*. In generale, per una amplissima rassegna degli indirizzi della Corte di Strasburgo, peraltro generalmente riferiti all'autorità giudiziaria decidente, si rinvia a M.G. Civinini, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*, in questa *Rivista trimestrale*, speciale monografico «*La Corte di Strasburgo*», a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, aprile 2019, pp. 249-260 (www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/745/qg-speciale_2019-1_41.pdf).

intaccano oltre al singolo la fiducia della collettività nell'istituzione. Su questa linea di tutela *del* magistrato meritano attenzione alcuni indirizzi che, riferiti a contesti di regressione democratica, allargano lo spazio espressivo e critico del magistrato anche verso istituzioni o sistemi dei quali egli fa parte, quando vi sia ragione di una critica politica o giuridica di interesse generale a fronte di intimidazioni (cd. "*chilling effect*") suscettibili di condizionare proprio l'imparzialità e l'indipendenza della giurisdizione, casi in cui la limitazione espressiva – normalmente richiesta in condizioni "fisiologiche" a tutela dell'imparzialità – si trasforma nel suo opposto, in quanto finisce per costituire essa un *vulnus* alla indipendenza del potere giudiziario – Corte Edu [GC], *Baka c. Ungheria*, 23 giugno 2016.

La Corte costituzionale, d'altra parte, ha enucleato i punti fermi della tematica in parola.

Quanto alla libertà espressiva e comunicativa in generale, è arcinota la pronuncia n. 100/1981, punto di riferimento di ogni analisi sul tema: i magistrati – dice la pronuncia – godono degli stessi diritti di libertà dei cittadini, tra cui la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), ma le funzioni da loro esercitate non sono indifferenti per l'ordinamento costituzionale e perciò quelle libertà incontrano limiti, posti o desumibili da altri precetti della Carta. I valori suscettibili di entrare in gioco sono quelli che impegnano i magistrati a un esercizio indipendente e imparziale (artt. 101 e 104) e che, come tali, rilevano non solo nell'esercizio della funzione, ma anche come «regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento, al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza e imparzialità nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, al contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario (...) che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa». L'esito di questo bilanciamento si traduce nella linea prescrittiva della legittima compressione della libertà solo quando di essa si faccia abuso, «esercizio anomalo».

Parallelamente, quanto alla libertà di partecipazione politica, che si raccorda alla libertà di pensiero e di espressione, la Corte costituzionale ha avvalorato la restrizione posta dalla normativa disciplinare (art. 3, comma 1, lett. h, d.lgs n. 109/2006) con il divieto di iscrizione a un partito politico o con il suo equivalente di fatto della partecipazione sistematica e continuativa all'attività partitica. Con due pronunce, nn.

224/2009 e 170/2018, essa ha considerato che detto divieto ha fondamento costituzionale; anche qui, al pieno riconoscimento dei diritti di libertà propri di ogni cittadino, si accompagna la considerazione della rilevanza della funzione svolta, che non è indifferente per l'ordinamento: «la Costituzione consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici (...) in quanto, nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti è un valore di particolare rilievo, che mira a salvaguardare l'indipendente esercizio delle funzioni giudiziarie (...) dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica» (n. 224/2009, c.vo aggiunto). Il valore dell'imparzialità unito alla constatazione della delicatezza della funzione assume rango preminente, in linea con il precedente di Corte cost., n. 100/1981, e si sviluppa nella successiva decisione del 2018: il divieto è ragionevole nel quadro dell'art. 98 Cost. perché esprime il bilanciamento – demandato dalla Costituzione al legislatore – tra la libertà dei magistrati di associarsi in partiti e l'esigenza di assicurarne l'indipendenza e l'imparzialità, anche davanti all'opinione pubblica, al fine di impedire i condizionamenti dell'attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi a un partito o partecipando in misura significativa alla sua attività. È ribadita la doverosità di tutelare i caratteri di indipendenza e di imparzialità in ogni momento e in ogni comportamento di rilievo pubblico dei magistrati, tra cui il legame stabile e organico con un'organizzazione di partito, che comprometterebbe non solo l'indipendenza e l'imparzialità, ma «anche [l']apparenza di queste ultime»⁶² (c.vo aggiunto). Trova così spazio l'idea di speciali *doveri* di chi svolge la professione di magistrato, irriducibile interamente alla sfera dei funzionari pubblici (Corte cost., n. 172/1982), quale modo di espressione della necessaria credibilità dell'agire giudiziario (Corte cost., n. 289/1992), incrinata obiettivamente dalla "doppia fedeltà" del magistrato alla Repubblica e a una organizzazione partitica.

(b) Nella considerazione del quadro regolativo della materia, poi, entrano in gioco previsioni di *soft law* propriamente deontologiche.

Quanto a queste ultime, si tratta del codice deontologico dei magistrati, aggiornato il 13 novembre 2010. Vi si stabilisce, oltre al rispetto dei valori di imparzialità e indipendenza (art. 1), l'obbligo di

62. È da notare il richiamo all'art. 108, comma 2, Cost., inclusivo del pubblico ministero.

particolare cautela nei rapporti con i *media* (art. 6)⁶³, quello di garantire sia dentro che fuori dell'ordine una «immagine di imparzialità e di indipendenza» (art. 8), con l'impegno di assicurare «che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita» (art. 9). Con specifico riguardo al pm, questi «si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo. Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato. Evita di esprimere valutazioni sulle persone delle parti, dei testimoni e dei terzi, che non siano conferenti rispetto alla decisione del giudice, e si astiene da critiche o apprezzamenti sulla professionalità del giudice e dei difensori» (art. 13).

Ampio, poi, è il novero delle raccomandazioni e direttive poste da organismi consultivi in sedi sovranazionali, prive di portata cogente ma vevoli come essenziali punti di riferimento e di orientamento. I pareri e le raccomandazioni del Comitato consultivo dei procuratori europei presso il Consiglio d'Europa hanno specifico rilievo: tra tali atti, la raccomandazione CCPE n. 19/2000, che si è occupata per prima del tema in discorso dal punto di vista dell'esigenza di corretta informazione esterna, cioè nel rapporto PM-pubblico, enucleando il più moderno punto di vista sulla questione, dell'informazione come *dovere* e del riserbo come concomitante obbligo del magistrato; la già citata Dichiarazione di Bordeaux (parere congiunto tra CCPE e CCJE), del 18 novembre 2009⁶⁴; la raccomandazione n. 11/2012 sul ruolo del pm al di fuori dei sistemi di giustizia penale; il parere n. 8 del 9 ottobre 2013, «*Sui rapporti tra il pubblico ministero e i mezzi*

di informazione», che, tra l'altro: (i) impegna gli Stati a realizzare una politica dell'informazione per fare sì che i *media* abbiano accesso a informazioni adeguate, per informare – ancora, si noti, come *dovere* – il pubblico sul lavoro del pm, anche attraverso linee-guida da includere nei codici di comportamento dei procuratori; (ii) esige un rapporto tra pubblico ministero e *media* basato sul rispetto reciproco, la fiducia, la responsabilità e il rispetto per le decisioni giudiziarie; (iii) richiede un impegno reattivo dei pm quanto alle richieste dei *media*, ma anche un approccio cd. proattivo, con iniziative autonome di informazione su eventi giudiziari di rilievo; (iv) individua nella comunicazione dell'ufficio la minimizzazione del rischio che le attività del pm siano personalizzate e che, corrispondentemente, lo siano le critiche dell'opinione pubblica, cosicché le reazioni rispetto a informazioni inesatte o a campagne di stampa scorrette verso i pm dovrebbero, di conseguenza, essere veicolate dal titolare dell'ufficio o da altra autorità di vertice; ancora, il parere n. 9 del 17 dicembre 2014 (cd. «Carta di Roma»), in cui si afferma che «I procuratori godono del diritto alla libertà di espressione e di associazione. Nelle comunicazioni che intercorrono tra i procuratori e i *media* dovrebbero essere rispettati i seguenti principi: la presunzione di innocenza, il diritto alla vita privata e alla dignità, il diritto all'informazione e alla libertà di stampa, il diritto ad un giusto processo, il diritto di difesa, l'integrità, l'efficacia e la riservatezza delle indagini, così come il principio di trasparenza» (punto IX)⁶⁵.

Non mancano, infine, regole di indirizzo poste dall'organo di governo autonomo, tra cui le linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale (delibera

63. «Art. 6 - *Rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa.*

Nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio.

Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni per ragioni del suo ufficio concernenti l'attività del suo ufficio o conosciute per ragioni di esso e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati.

Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa, così come in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione.

Evita di partecipare a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica».

64. Punto 11, secondo cui è interesse della società che i mezzi di comunicazione possano informare il pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario, nel rispetto della presunzione di innocenza e del diritto a un giusto processo, ciò che impegna le autorità giudiziarie al *dovere* di fornire pertinenti informazioni e i magistrati del pm a redigere regole di buone prassi o linee-guida circa i rapporti con i mezzi di informazione.

65. Gli atti citati nel testo sono reperibili sul sito *web* della Procura generale della Cassazione, in testo originale o con traduzione. Di interesse, anche se elaborato nell'ambito del Comitato consultivo dei giudici (CCJE), il parere n. 25/2022 sulla «*Libertà di espressione dei giudici*», su cui vds. E. Bruti Liberati, *La libertà di espressione dei giudici in Europa*, in *Questione giustizia online*, 16 marzo 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-liberta-di-espressione-dei-giudici-in-europa), che fa seguito al *report* sul medesimo oggetto del 19-20 giugno 2015, adottato dalla Commissione di Venezia. Il parere n. 25/2022 afferma che «il giudice fruisce del diritto alla libertà di espressione come ogni altro cittadino. In aggiunta a questa legittimazione individuale del giudice, i principi della democrazia, della separazione dei poteri e del pluralismo esigono che i giudici siano liberi di prendere parte nei dibattiti di interesse pubblico specialmente con riguardo alle materie

Csm, 11 luglio 2018), da coordinare ora con la sopravvenuta regolazione del d.lgs n. 188/2021 (vds. *infra*), in cui sono predicati i valori della trasparenza e della comprensibilità dell'agire giudiziario, e che ha specifico riguardo alle modalità pratiche che definiscono una comunicazione imparziale, equilibrata e misurata («non meno della presentazione di una decisione giurisdizionale») oltre a dettare *alert* di specifica attenzione verso i soggetti coinvolti.

(c) All'estremo di questa rete di prescrizioni o di riferimenti operativi stanno, da un lato, le regole del processo a tutela del segreto investigativo e della riservatezza sugli atti e sui contenuti dell'attività di indagine poste dal codice di rito; dall'altro, la regolazione disciplinare, che individua le violazioni pertinenti al tema della libertà comunicativa dei magistrati. Si tratta delle fattispecie di illecito poste dall'art. 2, comma 1, lett. *u* e *v* del d.lgs n. 109/2006, relative rispettivamente alla violazione del segreto o della riservatezza nel procedimento o nel processo e alle dichiarazioni pubbliche o alle interviste concernenti gli affari giudiziari trattati dal magistrato⁶⁶.

Quella dell'ultima parte della lett. *v*, che richiama le disposizioni del d.lgs n. 106/2006 sull'organizzazione del pubblico ministero, tiene ora conto delle modifiche apportate a quest'ultimo testo dalla disciplina di attuazione della direttiva UE n. 343, del 9 marzo 2016, in tema di presunzione di innocenza (d.lgs n. 188/2021). Le regole poste da detta normativa si imperniano sulla comunicazione con gli organi di informazione affidata al titolare dell'ufficio del pm,

da effettuarsi tramite comunicati stampa o, nei casi rilevanti di pubblico interesse, conferenze stampa, ed è stabilito che la divulgazione di informazioni sui procedimenti penali è permessa solo quando sia strettamente necessaria per l'indagine o altri motivi di interesse generale, con oneri di specificità e sempre con il rispetto della presunzione di innocenza dell'indagato o imputato; parallelamente, è stabilito il divieto per i singoli magistrati dell'ufficio requirente di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie circa l'attività giudiziaria dell'ufficio. A loro volta, queste previsioni debbono tenere conto di eventuali specificità del singolo caso, come le regole in tema di *privacy*⁶⁷.

Questo complessivo reticolo di previsioni appresta un quadro, al contempo di principio e di indicazioni di dettaglio, che dovrebbe decantare il tasso di problematicità della materia. Non mancano di certo aspetti poco nitidi della disciplina⁶⁸ e la necessità di una armonizzazione di esigenze non sempre coincidenti rimane attiva come, per tutte, il disequilibrio tra i vincoli comunicativi della magistratura, specie requirente, rispetto alla libertà di azione non tanto dei *media*, ciò che costituisce un principio di garanzia a sua volta fermo negli indirizzi sovranazionali (vds. Corte Edu, *Sedletska c. Ucraina*, 1° aprile 2021, sul diritto alla confidenzialità delle fonti giornalistiche), ma anche di altri soggetti che a vario titolo hanno accesso ai dati. Tuttavia, la riflessione su questi argomenti non si svolge più in una sorta di vuoto normativo⁶⁹, in particolare per ciò che riguarda i temi della responsabilità – anche disciplinare – e del dovere di

che concernono l'amministrazione della giustizia», che «nell'esercitare la loro libertà di espressione i giudici devono tener conto delle loro specifiche responsabilità e dei loro doveri nella società; devono quindi esercitare *restraint* nell'esprimere i loro punti di vista e opinioni in ogni circostanza in cui, dal punto di vista di un osservatore ragionevole, le loro dichiarazioni potrebbero compromettere l'indipendenza o imparzialità e la dignità del loro ufficio o mettere in crisi l'autorevolezza del potere giudiziario. In particolare, devono evitare commenti sul merito dei casi che stanno trattando. I giudici devono altresì preservare la riservatezza dei procedimenti» e infine che «i giudici devono essere consapevoli dei vantaggi, ma anche dei rischi della comunicazione sui *media*. Al riguardo il sistema giudiziario dovrebbe prevedere una formazione dei giudici per l'intervento sui *media*, che possono essere utilizzati come un eccellente strumento per la sensibilizzazione del pubblico. Nello stesso tempo i giudici devono essere resi coscienti che ogni loro intervento sui *social media* rimane permanente, anche dopo che sia stato cancellato, e può essere liberamente interpretato oppure citato fuori del contesto». Quest'ultimo punto appare di rilievo, dando atto della accresciuta complessità delle relazioni tra informazione e giustizia nella dimensione del *web* e della esplosione di casi di giustizia mediatica.

66. Questo il testo: «(lett. *u*): la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui; (lett. *v*): pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione di quanto disposto dall'articolo 5, commi 1, 2, 2-*bis* e 3, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106».

67. Ad esempio, l'art. 52 d.lgs n. 196/2003, o l'art. 734-*bis* cp.

68. Come l'individuazione in concreto delle ragioni di «pubblico interesse» che ammettono il ricorso alle conferenze stampa, ad esempio; o come la necessità di distinguere tra la comunicazione istituzionale, sia essa relativa all'agire complessivo dell'ufficio ovvero riferita a singoli casi, e il contatto diretto tra magistrato e *media* su questioni «impersonali», cioè non riguardanti questo o quel caso giudiziario, ma anch'esse suscettibili di soddisfare una pretesa conoscitiva della collettività.

69. Come al tempo della pronuncia n. 100/1981 della Corte cost., la cui valenza generale resta ferma ma che guardava alla questione nell'ottica del diritto del magistrato e dei suoi limiti possibili, più che a quella del dovere espressivo della magistratura e del corrispondente diritto all'informazione dei cittadini.

informazione che prende il posto della libertà sostanzialmente negativa su cui in precedenza si imperniava la discussione.

Per il pubblico ministero, più ancora che per il giudice, è oggi richiesta e anzi imposta un'apertura all'informazione, interesse fondamentale della comunità sociale, e di tale informazione sono abbondantemente enucleati i *modi* di realizzazione (correttezza, rispetto della dignità, sobrietà) e i *contenuti* suscettibili di divulgazione (con i limiti del segreto e della riservatezza), appunto perché rilevanti nell'ottica del servizio, non della autopromozione individuale.

Attraverso l'applicazione di volta in volta del quadro indicato, adattato al singolo caso, appare allora possibile per il magistrato del pm evitare di alimentare una pressione mediatica, che tutti conosciamo, originata nella giustizia penale dalla collocazione del baricentro dell'attenzione verso la fase iniziale dell'indagine, ben prima del processo, origine a sua volta del costituirsi del parallelo processo sui *media*, con derivate istanze tra giustizialismo appagato da informazioni magari destinate a essere contraddette in prosieguo e impropria spettacolarizzazione e banalizzazione, in linguaggi narrativi sommari, del difficile compito del rendere giustizia; processo dinanzi al tribunale mediatico che, è stato esattamente notato, rischia di alterare lo svolgimento di quello reale⁷⁰.

Il mutato approccio al tema ha, in definitiva, ricollocato la materia, sempre delicata e complessa, su di un terreno più intelligibile e praticabile: le regole – il come e il quando delle iniziative di divulgazione e informazione – debbono essere applicate alla luce dei principi di trasparenza, chiarezza, imparzialità. La linea direttiva del comunicare guarda al destinatario della comunicazione, non al soggetto che la offre, e vale quindi a svolgere una funzione di garanzia più larga, non autoritaria, relegando ai margini le persistenti ancorché isolate tendenze alla instaurazione di opache relazioni privilegiate e di scambio con i *media*⁷¹, indifferenti al senso di garanzia della comunicazione sull'attività di un ufficio pubblico che amministra giustizia.

Le considerazioni che precedono riguardano, ovviamente, l'espressione comunicativa che attiene

all'attività giudiziaria e alla funzione rivestita, con specifico riguardo al pm. Al di fuori di essa sta lo spazio di libertà del magistrato come cittadino, in cui la garanzia dell'art. 21 Cost. è piena e in cui le indicazioni desumibili dal contesto normativo possono entrare in gioco nella dimensione deontologica, là dove essa si occupa delle relazioni tra il magistrato e la società al di fuori dell'agire giudiziario. In tal caso, l'incidenza di una manifestazione di opinione anche politica rispetto ai valori descritti in tanto potrebbe dirsi esistente, e causalmente incidente in senso pregiudizievole sull'essere imparziale, in quanto si possa istituire un nesso temporale e appunto causale, immediato e diretto, tra opinione e *specific*a vicenda giudiziaria alla cui trattazione è chiamato il magistrato, e ciò conformemente alla giurisprudenza che richiede, per potersi ipotizzare un qualsivoglia "sospetto" in capo al magistrato, che possa dirsi rilevante al fine dell'applicazione degli istituti processuali dell'astensione e ricusazione, la effettiva e non vaga individuazione di un interesse attuale e concreto rispetto all'esito del processo, laddove le convinzioni personali e ideali del magistrato non possono come tali costituire ragione di pericolo di *deficit* dell'imparzialità (che, si ricorda, è presunta, secondo la Corte Edu)⁷². È nota, del resto, l'obiezione secondo cui, essendo il magistrato una persona vivente, che ha relazioni familiari, stipula contratti, subisce illeciti e così via, sarebbe irragionevole pretendere che non abbia ad occuparsi di alcun procedimento in cui quegli stessi argomenti e quelle questioni entrano in gioco, quasi a pretesa di un irrealistico magistrato *empty-headed*.

Quanto fin qui accennato chiama in causa il connesso profilo della responsabilità: disciplinare, nei casi – tipizzati – in cui vi sia violazione delle residuali prescrizioni negative poste dal d.lgs n. 109/2006; deontologica, quando la manifestazione comunicativa risulti non conforme ai canoni e alle clausole generali indicate dalle previsioni del codice etico; professionale, quando al di là delle due precedenti sia ravvisabile una non corretta messa in opera dei meccanismi comunicativi e delle regole di gestione dettate in via secondaria (questo aspetto coinvolge essenzialmente

70. G. Giostra, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in *Leg. pen.*, 17 settembre 2018; *Id.*, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Media laws*, n. 3/2018 (www.astrid-online.it/static/upload/pape/paper1_giostra-2.pdf). Naturalmente il tema potrebbe allargarsi alla considerazione non solo dei *media* "tradizionali", ma anche di tutte le varie forme di circolazione informativa *online*, come i *social* o i *blog*, e le relative varieguate modalità di interazione. È un campo in evoluzione continua e che probabilmente impegnerà gli organi di autogoverno nel dettare linee di comportamento su questo versante, come del resto è avvenuto nell'ambito della giustizia amministrativa, con una delibera del 25 marzo 2021; vds. A. Lollo, *Libertà di manifestazione del pensiero e uso dei social da parte dei magistrati*, in *Consulta online*, 5 settembre 2022 (www.giurcost.org/post/ANDREA%20LOLLO/22209).

71. D. Stasio, *Il dovere di comunicare dei magistrati: la sfida per recuperare fiducia nella giustizia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018 (Ob. 2, *Introduzione*), pp. 213-217 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/563/qg_2018-4_20.pdf).

72. Per tutte, Corte cost., nn. 18/1989 e 81/1995.

i titolari di funzioni direttive). Fermo restando, comunque, che occorre mantenere salda la strutturale differenza tra i primi due tipi di responsabilità, evidente già nella fonte che ne pone le regole: la legge, per il campo disciplinare, in quanto la responsabilità di questo tipo non ha dimensione corporativa interna all'ordine ma esprime un interesse generale al regolare svolgimento della funzione, da cui l'attribuzione al Parlamento del compito di definirne i contorni e inoltre la garanzia di un procedimento strettamente giurisdizionale per l'accertamento e l'applicazione delle sanzioni; l'ordine stesso, invece, per il campo deontologico, quale formulazione di una griglia di prescrizioni di condotta, bensì autorizzata dalla legge (art. 58-bis d.lgs n. 29/1993), ma dichiaratamente priva di efficacia generale⁷³.

In breve. Al conflitto tra posizioni di diritto (individuale) e di limiti dello stesso, che è l'ottica "solitaria" nella quale a lungo è stato collocato il tema in discorso, è emerso nella cultura della giurisdizione un diverso criterio di identificazione dei termini della questione, basato su una coppia di doveri: (a) quello di informazione sull'attività e sul servizio, come dovere di ufficio, il che dovrebbe far abdicare da posizioni di difesa del soggettivismo comunicativo incentrate sulla posizione attiva individuale, *uti cives*, per la inconciliabilità logica e giuridica di una posizione attiva/preensiva quando si tratta di un dovere funzionale, categoria quest'ultima alla quale del resto si attaglia il connotato della discrezionalità, incongruo invece quando si tratti di diritti individuali; (b) quello di riservatezza come prescrizione generale di condotta, strumentale a prevenire incrinature dell'immagine di imparzialità, sul versante dell'apparenza di cui si è detto.

Questo stesso percorso, attento alle esigenze e ai diritti – più che del magistrato – della collettività che alla giustizia guarda o si rivolge, vale al contempo a superare la connessa, anacronistica diatriba sul presunto dovere di silenzio del magistrato⁷⁴. Riserbo e correttezza comunicativa non equivalgono a silen-

zio, in primo luogo; e, a ben vedere, il datato modello del magistrato che "parla solo con i provvedimenti" si colloca in antitesi, ma nella stessa dimensione soggettivistica rispetto alla rivendicazione dell'assoluta libertà di espressione sempre e comunque⁷⁵; una polarità datata e che, secondo la messe di riferimenti che si sono ricordati, è ruscata da tutta la produzione normativa che riguarda il tema in esame.

Il binomio potere/responsabilità indirizza questo secondo polo verso la necessità e doverosità di una comunicazione, una spiegazione; e se questa comunicazione e spiegazione del proprio agire, per il giudice, può anche passare per il veicolo tecnico della motivazione che assiste, per Costituzione, tutti i provvedimenti giurisdizionali⁷⁶, per il pubblico ministero, che normalmente non ha poteri decisori ma ne ha di impulso, di richiesta⁷⁷ al giudice, con impatto sulle persone, il circuito di comunicazione deve essere ricercato altrove.

Per il pubblico ministero, questo "altrove" è definito dall'assieme delle norme – in senso estensivo – fin qui menzionate. Le varie forme di rendicontazione della propria attività attuate in via di prassi, ad esempio, con i bilanci di responsabilità sociale degli uffici giudiziari requirenti, esprimono l'accennata natura della responsabilità intesa come *accountability*, nell'ottica di un doveroso controllo della collettività che vale anche a prevenire abusi o deviazioni nell'esercizio della giurisdizione; e al di là della solennità dell'occasione, potrebbe in fondo assegnarsi analogo funzione, quella del "rendere conto" all'opinione pubblica, alle relazioni e agli interventi inaugurali di apertura dell'anno giudiziario.

A conclusione del discorso, può svolgersi una duplice considerazione che attiene all'esperienza. Al di là della *verve* polemica e della drammatizzazione che da tempo accompagna il dibattito sul tema della manifestazione del pensiero dei magistrati, specie del pubblico ministero, intorno a casi e vicende della dimensione giudiziaria, non è inutile la constatazione

73. Ciò è evidente nel sistema disciplinare tipizzato secondo il principio di legalità, ex d.lgs n. 109/2006. I precetti deontologici mantengono nell'applicazione giurisprudenziale una residua limitata capacità orientativa per definire le sole clausole generali poste dalla normativa primaria.

74. Vds. l'attenta analisi di N. Rossi, *Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018 (Ob. 2), pp. 245-254 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/568/qg_2018-4_25.pdf).

75. L'impianto del d.lgs n. 106/2006, come integrato dal d.lgs n. 188/2021, ha indubbiamente l'impronta di una strutturazione di carattere gerarchico anche sul versante dei doveri comunicativi dell'ufficio. Indipendentemente dal giudizio che se ne voglia dare, resta che la prospettazione di un potere diffuso, su questo versante, non è quella che richiede la disciplina di legge.

76. Da ciò l'esigenza di chiarezza e comprensibilità dei provvedimenti e delle relative motivazioni, di cui in tempi recenti si discute dando anche regolazione giuridica a questo obiettivo di democrazia. La retorica del "magistrato che parla solo con le sentenze" avrebbe qualche residua ragione d'essere se le sentenze e, in genere, l'agire della giurisdizione "parlassero chiaro", ma non è – talvolta non può perfino essere – sempre così.

77. Fanno eccezione le potestà decisorie del P.g. della Cassazione in sede di risoluzione dei conflitti di competenza tra pubblici ministeri e di adozione dei provvedimenti di archiviazione predisciplinare. Ma, appunto, in entrambi i casi tali atti sono sorretti da motivazione in senso proprio.

che il numero delle contestazioni disciplinari formulate con riguardo a violazioni del dovere di riserbo (dichiarazioni, interviste, etc.) si colloca su un livello estremamente modesto. Nel 2022, si tratta del 2,1% del totale delle contestazioni (136) e, nel 2023, dello 0,73% del totale (144), quindi di tre e di un caso, rispettivamente⁷⁸.

Benché si tratti di un dato ristretto alla dimensione disciplinare e, dunque, a vicende che superano la soglia etico-deontologica, nella quale si colloca generalmente la maggioranza dei casi che alimentano il dibattito, esso è comunque indicativo della complessiva limitatezza dei reali episodi di grave trasgressione dei doveri riferiti alla dimensione del comunicare da parte della magistratura.

Di contro, l'accentuazione esponenziale della tematica nel dibattito pubblico potrebbe, più nel fondo, individuare la propria causa in un carattere specifico che riguarda chi eserciti una funzione di giustizia, definito come "eccedenza di significato" di ogni discorso che riguardi il diritto e coloro che lo applicano: riflesso dell'idea del potere diffuso, ciò significa – come è dato constatare nel quotidiano – che ogni comportamento e ogni decisione del singolo magistrato impegna l'intero ordine giudiziario, coinvolge il valore da cui dipende la legittimità della professione, cioè la giustizia; così che l'errore o il negativo comportamento di uno divengono errori e comportamenti negativi della giurisdizione intera, intaccando l'idea di diritto e di giustizia che vive nel senso comune⁷⁹.

4. Brevi spunti (critici) di riflessione per il futuro

A chiusura delle considerazioni svolte, che di certo non esauriscono la complessità del tema, occorre interrogarsi se il percorso che si è cercato di descrivere

– sintetizzabile nella progressiva, crescente integrazione tra ruolo del pm e visione del giudice, nella contemporaneità della distinzione di ruolo processuale in contraddittorio (art. 111 Cost.), ma nella comune appartenenza ordinamentale (artt. 104, comma 1, e 107, comma 3, Cost.) in funzione dell'obiettivo ultimo della giustizia, che non risponde a un interesse né dell'uno né dell'altro ma è rivolto a rendere una verità su fatti e accadimenti, verità scevra da torsioni e inquinamenti indotti dalla *parzialità* dell'uno o dell'altro soggetto pubblico – sia improvvisamente rimesso in discussione e quali ne possano essere le implicazioni.

Il riferimento è alle diverse proposte di riforma costituzionale in corso di discussione.

Le brevissime notazioni che possono farsi, rinviando a più articolate analisi sulla generalità degli interventi riformatori che si propongono⁸⁰, attengono in particolare ai punti nei quali le proposte di revisione costituzionale manifestano unanimemente gli obiettivi di: (a) separare le carriere di pm e giudici, attraverso un ordine giudiziario scisso tra magistratura giudicante e requirente, con accessi separati e duplice organo di autogoverno; (b) «decostituzionalizzare» il principio di obbligatorietà dell'azione penale, affidando alla legge i casi e i modi di detto obbligo; (c) abolire il principio di distinzione dei magistrati soltanto per diversità di funzioni (abrogando l'art. 107, comma 3, Cost.).

Il rilievo critico che qui si esprime e che accomuna i tre punti è quello della frattura che essi apportano al disegno costituzionale nel quale l'organo del pubblico ministero attualmente si colloca e assume i tratti di un organo imparziale sul piano ordinamentale, strutturato in modo da essere prossimo – in quel rapporto di integrazione, non assimilazione, espresso dai precedenti costituzionali – al giudice nella direzione dell'accertamento di verità, non certo nel ruolo svolto nel processo.

78. I dati sono tratti dagli interventi inaugurali degli Anni giudiziari 2023 e 2024 del P.g. della Cassazione.

79. G. Zagrebelsky, *La giustizia come professione*, Einaudi, Torino, 2021, pp. 12-15: «La responsabilità dei giuristi è grande. A loro, in particolare, si dovrebbe applicare il primo precetto della morale kantiana: la tua azione deve essere tale che la sua "massima" possa essere generalizzata, cioè possa valere al di là del tuo caso, per tutti gli altri casi analoghi. Se non puoi dimostrare che è così, vuol dire che la tua è una cattiva azione e che tu non infanghi solo te stesso, ma tradisci l'intera professione alla quale vuoi appartenere».

80. Si tratta delle proposte XIX/Camera, nn. 23, 343, 806, 824 e XIX/Senato, n. 504, il cui testo può leggersi in appendice a N. Rossi, *Oltre la separazione delle carriere di giudici e PM. L'obiettivo è il governo della magistratura e dell'azione penale*, in *Questione giustizia online*, 4 settembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/oltre-separazione-carriere).

Su tali proposte, vds.: N. Rossi, *Separare le carriere di giudici e pubblici ministeri o riscrivere i rapporti tra poteri?*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2023 (www.sistemapenale.it/it/opinioni/rossi-separare-le-carriere-di-giudici-e-pubblici-ministeri-o-riscrivere-i-rapporti-tra-poteri?out=print); V. Zagrebelsky, *Separazione: per che fare?*, in *Giudicedonna*, nn. 3-4/2023 (www.giudicedonna.it/Articoli/Separazione_per_che_fare.pdf).

Non si affronta, anche se indirettamente collegata, l'ulteriore iniziativa di legge ordinaria in tema di pubblicazione degli atti del procedimento (emendamento On. Costa, n. 3.01000, al ddl 1342/C di delegazione europea), relativo alla modifica dell'art. 114 cpp con il divieto di pubblicazione integrale o per estratto dell'ordinanza di custodia cautelare fino al termine delle indagini preliminari, potendo solo notare il regresso della trasparenza comunicativa su un atto di rilievo; vds. le considerazioni critiche di G. Giostra, *La legge anti stampa è un pasticcio giuridico inutile e inapplicabile*, *Domani*, 22 dicembre 2023 (www.editorialedomani.it/idee/commenti/la-legge-anti-stampa-e-un-pasticcio-giuridico-inutile-e-inapplicabile-t1f5p2tb).

Nel disegno riformatore e nelle motivazioni che lo sorreggono, quali espresse nelle relazioni di accompagnamento, è manifestata l'idea che la disarticolazione sul piano organizzativo e strutturale (con il doppio Consiglio superiore e con le connesse varianti di accesso, formazione e gestione), unita alla riproposizione di un assetto verticistico implicita nell'abrogazione del terzo comma dell'art. 107 Cost., che fonda il carattere diffuso del potere giudiziario nella sua totalità, siano implicazioni necessarie della veste di *parte* acquisita dall'organo requirente nell'ambito processuale e della conformazione – si sostiene – del giusto processo delineata dall'art. 111 Cost.; l'allontanamento processuale imporrebbe l'allontanamento ordinamentale.

Ad avviso di chi scrive, si tratta di una impropria sovrapposizione di piani distinti, il cui risultato finisce per essere quello di costituire una frattura netta nel percorso storico che, tra oscillazioni e aggiustamenti, ha condotto il sistema verso la conformazione odierna, che, se non perfetta, esprime però il modo di attuazione del disegno costituzionale della separazione dei poteri e dell'affidamento a quello giudiziario del compito ineliminabile di garanzia dei diritti secondo il parametro dell'uguaglianza.

L'affermazione della pienezza del contraddittorio e della parità delle armi *nel processo*, peraltro predicabile ben prima della riforma dell'art. 111, attiene al modo in cui il modello accusatorio definisce facoltà e poteri dell'una e dell'altra parte, pubblica e privata, contrapposti nella dimensione dialettica ma in cui il pm è orientato dalla tensione per la ricerca di una verità finale e per l'applicazione imparziale del diritto, non difforme da quella che basa il giudizio fattuale e giuridico del giudicante, come si è detto più sopra nel ricordare l'itinerario normativo giunto fino al d.lgs n. 150/2022 e alle mutate caratteristiche della funzione prognostica del pm circa le scelte fondamentali (iscrizione, cautela, richiesta del giudizio) del proprio agire. È questo aspetto che consente di intestare al pm l'esercizio del dovere *ex art. 112 Cost.* quale garanzia della uniformità di risposta dell'ordinamento, ed è sempre per questo che la previsione dei criteri, legislativi e poi gestori, di priorità temporale nell'iniziativa è congruente con il carattere obbligatorio dell'azione, giacché definisce opzioni *interne* alla cornice dell'uguaglianza, nel senso già accennato della necessaria differenziazione là dove i casi (l'importanza del fatto, il rilievo del bene protetto, etc.) legittimino un distinguo tra ciò che è prioritario e ciò che non lo è.

La retrocessione del principio dell'art. 112 al livello della legge è il punto di maggiore crisi di questa garanzia: mentre le opzioni prefigurate dall'assetto vigente all'esito della riforma Cartabia, secondo lo schema "legge-cornice/criteri generali/criteri specifi-

ci", permettono uno scrutinio di conformità rispetto al fondamento costituzionale di tali scelte, passibili quindi di invalidità costituzionale qualora contraddicano la Carta, sul piano della uguaglianza, della ragionevolezza o della lesione di altri interessi di livello costituzionale, la riconduzione dell'obbligo *ex art. 112* ai soli «casi e modi previsti dalla legge» non apporta, come si potrebbe pensare a prima vista, un semplice avallo o un'operazione di *maquillage* al sistema *ex art. 13 l. n. 71/2022*. Al contrario, essa ne erode il fondamento. I criteri di priorità, oggi, riguardano indicazioni operative di organizzazione, il *come* e il *quando*, non il *se* del dovere di accertamento della verità materiale, e il sistema così conformato consente, se vi sia distonia costituzionale, d'invalidare la legge cornice (nel giudizio di costituzionalità) o di correggere in via autonoma la quota di amministrazione organizzativa, cioè i criteri generali approvati dal Csm o quelli specifici dell'ufficio singolo; domani, l'affidamento integrale alla legge formale dei modi e *casi* in cui è obbligatoria l'iniziativa andrebbe ben oltre questo limite, a misura che affiderebbe a una decisione discrezionale dell'organo politico la possibilità di ritagliare ambiti legittimi di inazione, insuscettibili di un qualsiasi controllo e difficilmente sindacabili sul piano del giudizio di costituzionalità della legge, stante la ampia discrezionalità attribuita e stante il venir meno proprio del parametro costituzionale sul quale misurare un simile raffronto (a parte anche la difficoltà di ipotizzare una sede nella quale sollevare la questione, una volta che l'inazione abbia luogo). Da principio intimamente correlato all'art. 3 Cost., l'art. 112 si ridurrebbe a regola di vincolo conformativo per il pm alle determinazioni del potere politico e alle relative variabili nel tempo.

Da obbligatorietà "ragionevole" si passa a una obbligatorietà libera, un ossimoro.

Entra in crisi, in questo modello che viene proposto, l'esigenza essenziale dell'uguaglianza e, assieme, quella della razionalità della legge. Disegnando il pm esclusivamente come parte, cioè guardando solo al ruolo svolto nel contraddittorio processuale, si smarrisce il tratto funzionale e ordinamentale dell'organo di giustizia, piegato a logiche competitive ("l'avvocato dell'accusa") che ne comprimono la visuale, oggi indirizzata a dare un contributo di verità e domani esclusivamente mirata a ottenere la punizione, in esatta controtendenza rispetto al percorso che si è ricordato più sopra. A margine, nonostante il silenzio sul punto, può dirsi anche plausibile l'attrazione dell'intera organizzazione requirente nel cono del potere esecutivo ovvero comunque a una soggezione alla dimensione politica, a un altro potere; anche perché, scisso dal terreno comune della giurisdizione, ma pur sempre delineato come potere, non è dato scorgere la pos-

sibilità di una collocazione aggiuntiva e autonoma nel disegno costituzionale, che non ha caselle vuote nella propria rappresentazione di equilibrio tra i poteri.

Così, ne verrebbe intaccata anche l'indipendenza e l'imparzialità *del giudice*. Il giudice è un potere "passivo", non ha né deve avere capacità di iniziativa processuale, poiché è soggetto alla domanda, del pm o della parte. Restringere secondo criteri discrezionali attribuiti al potere politico l'area della domanda del pm determina un *deficit* di imparzialità per così dire di carattere derivato, in quanto il giudice sarà chiamato a svolgere il proprio esercizio di giustizia solo nei (modi e) "casi" stabiliti dal decisore politico. Una conseguenza ulteriore, questa, di un disegno spesso sorretto da argomenti contingenti, di "appiattimento"

del giudice e di necessità di distanziamento culturale, che sembrano non tenere conto non solo della marginalità dei casi, criticabili, in cui ciò si verifichi, ma anche della ricomprensione di simili evenienze nell'orbita della violazione disciplinarmente rilevante, quale forma (ad esempio, con la tecnica del copia-incolla) di cessione della giurisdizione.

Non senza notare, da ultimo, l'ardua ricollocazione, all'interno del disegno così prospettato, dell'ufficio requirente di legittimità, la cui vocazione istituzionale interamente indirizzata al rispetto della legge e alla corretta applicazione del diritto, non certo a un interesse punitivo "di parte", non sembra armonizzarsi con alcuna delle iniziative di mutamento del volto del pubblico ministero.

Un ossimoro: il pubblico ministero parte imparziale

di *Stefano Musolino*

L'imparzialità è un attributo sacralizzato nel giudice, quanto trascurato per il pubblico ministero. Eppure la discrezionalità insita nella fase delle indagini e la sua qualità di parte pubblica nel contraddittorio processuale impongono una rivisitazione del rapporto tra pubblico ministero e imparzialità.

1. Premessa stipulativa / 2. Spigolature di diritto positivo / 3. L'imparzialità del pubblico ministero quale strumento a tutela della sua indipendenza / 4. Due momenti in cui l'imparzialità è pretesa: l'applicazione dei criteri di priorità e la discrezionalità investigativa del pubblico ministero, anche alla luce dell'art. 358 cpp / 5. Due momenti di potenziale crisi dell'imparzialità: la comunicazione e l'atteggiamento processuale / 6. Brevi conclusioni ed un auspicio

1. Premessa stipulativa

Nel dibattito pubblico, ma anche nella stessa percezione dei ruoli diffusa nella magistratura, l'imparzialità è un requisito indispensabile per il giudice, assai meno per il pubblico ministero. Assecondando questo sentire, può dirsi che il ruolo di parte processuale (sia pure pubblica) del pubblico ministero autorizzi quest'ultimo a una libertà di espressione che è insita nella sua funzione di soggetto portatore di istanze processuali e procedurali, sottoposto dal giudice a controlli e verifiche in ordine ai tempi, ai modi e alle scelte che ne caratterizzano l'operato. Sono, perciò, l'enfasi implicita nella funzione requirante e i controlli a cui è sottoposta quella inquirente che renderebbero meno cogente per il pubblico ministero il requisito dell'imparzialità. Tuttavia, è tempo di sottoporre a verifica questa conclusione, per comprendere se sia il frutto di una stratificazione di percezioni corrispondente al sistema giuridico-organizzativo ovvero ne costituisca una deviazione influenzata da pratiche e modelli culturali che stanno

prendendo il sopravvento, mutando carsicamente lo statuto materiale del pubblico ministero.

2. Spigolature di diritto positivo

In disparte i comuni pre-requisiti di incompatibilità disciplinati agli artt. 18 e 19 ord. giud., la verifica delle norme processuali in tema di astensione e ricusazione, essendo poste a salvaguardia dell'imparzialità dei protagonisti del processo, offre qualche utile spunto di riflessione. Sono ben dieci le norme del codice di procedura penale (artt. 34-44) che regolano le incompatibilità (funzionali e personali) del giudice, insieme alle forme e ai modi per accertarle. Il *dover essere* imparziale del giudice è espresso attraverso le previsioni di obbligatorietà della sua astensione, rafforzate dalla possibilità che siano le parti a sollecitarne una verifica attraverso la sua ricusazione.

A una prima verifica, un simile apparato normativo non si riscontra né per numero, né per rigore pre-cettivo per il pubblico ministero, la cui astensione è

prevista quale ipotesi facoltativa dall'art. 52 cpp, nel caso in cui si evidenzino le medesime «gravi ragioni di convenienza» che costituiscono una delle ipotesi di astensione obbligatoria del giudice (art. 36, comma 1, lett. *h*, cpp).

La possibilità di rendere obbligatoria anche l'astensione del pubblico ministero in siffatti casi era stata presa in considerazione nel corso dei lavori preparatori del codice del 1988, allorché si optò, invece, per la facoltatività, in analogia a quanto già previsto dal codice del 1930, accompagnata dal divieto (implicito) di ricasazione¹. Tuttavia, la distinzione appare meno significativa nella sua pratica applicazione a cagione della indeterminatezza casistica delle «gravi ragioni di convenienza»² che rendono l'obbligo di astensione rimesso alla «percezione della propria imparzialità da parte dello stesso giudicante»³; sicché, in sostanza, la mancanza di elementi oggettivi che descrivano in maniera tassativa l'ipotesi fanno decisamente sfumare la sua natura obbligatoria, essendo questa rimessa al prudente apprezzamento del giudice, al pari di quanto avviene per l'analoga ipotesi facoltativa del pubblico ministero. E poiché la casistica prevista dall'art. 36, comma 1, lett. *h*, cpp non è inclusa nel catalogo di quelle per cui è consentita la ricasazione del giudice⁴, è agevole intendere come sussista un'omogeneità sostanziale tra la posizione di quest'ultimo e quella del pubblico ministero in relazione alle «gravi ragioni di convenienza» che ne giustificano l'astensione.

Tuttavia, a un migliore approfondimento, ci si avvede di come lo statuto di imparzialità del pm non si esaurisca con l'art. 52 cpp, ma sia completato dall'art. 372 cpp, che disciplina le ipotesi di avocazione delle indagini preliminari da parte del procuratore generale anche nei casi in cui il procuratore della Repubblica abbia ommesso di provvedere alla tempestiva sostituzione del pubblico ministero designato che incorra in alcune delle ipotesi descritte all'art. 36, comma 1, lett. *a, b, d, e*, cpp, determinanti l'obbligo di astensione del giudice. Quindi, seppure disciplinato per via patologica, attraverso l'istituto dell'avocazione, lo statuto di imparzialità del pubblico ministero tende a omologarsi sempre di più a quello del giudice. È evidente, infatti, come la previsione dell'avocazione finisca per rendere, sostanzialmente, obbligatoria l'astensione nei casi sopra citati, giacché la sua mancanza costitui-

sce un'ipotesi patologica che giustifica l'intervento del procuratore generale; inoltre, il meccanismo dell'avocazione consente di ricondurre tali casi allo schema della ricasazione, giacché la parte potrà rivolgersi al procuratore generale ogni qualvolta ritenga che il pubblico ministero eserciti le sue funzioni, pur sussistendo una delle ipotesi descritte all'art. 36, comma 1, lett. *a, b, d, e*, cpp.

Sia chiaro, non si tratta di una sovrapposizione delle discipline, ma di una loro tendenziale omologazione. Non vi è dubbio, infatti, che lo statuto di imparzialità del giudice sia retto da previsioni, verifiche e controlli più rigorosi e garantiti rispetto all'analogo statuto del pubblico ministero. Per rendersene conto, basta rammentare che gli atti compiuti dal pubblico ministero che abbia agito in violazione del dovere di astensione non sono nulli, mentre l'art. 42 cpp prevede che, accogliendo l'istanza di astensione o di ricasazione, il giudice dichiari se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricasato conservino efficacia; ed ancora, non vi è dubbio che il procedimento incidentale di ricasazione offra garanzie maggiori rispetto al meccanismo di avocazione avviato dal procuratore generale ex art. 372 cpp. Tuttavia, le differenze sostanziali sono meno rilevanti di quanto possa apparire e finiscono per essere rimesse al concreto atteggiarsi dei protagonisti: alla percezione di sé e del proprio ruolo che caratterizza ciascun pubblico ministero, in relazione alla previsione di cui agli artt. 52/36, comma 1, lett. *h*, cpp; alla concreta trasparenza e garanzia che il procuratore generale vorrà assegnare ai procedimenti di avocazione, avviati ad istanza di parte, nelle ipotesi di cui agli artt. 372/36, comma 1, lett. *a, b, d, e*, cpp.

Va solo accennato, poi, che l'astensione del pubblico ministero – sia che la si ritenga un potere-dovere, sia che la si ritenga un atto dovuto – costituisce un obbligo deontologico la cui violazione può comportare sanzioni disciplinari (art. 2, lett. *c*, d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109).

L'analisi integrata delle ipotesi di astensione evocate dagli artt. 52 e 372 cpp consente poi di individuare, per omissione, quelle per cui è prevista l'astensione del giudice, ma non del pubblico ministero. Queste si sostanziano nell'essersi espresso sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni

1. Aa.Vv., *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Giuffrè, Milano, 2003.

2. In termini, cfr. Cass., sez. I, 11 settembre 2020, n. 30033 (dep. 29 ottobre 2020), Rv. 279732 – 01; Cass., sez. II, 19 giugno 2007, n. 27611 (dep. 12 luglio 2007), Rv. 239215 – 01.

3. Così Cass., sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 44436 (dep. 22 novembre 2022), Rv. 284151 – 02.

4. Le eccezioni di legittimità costituzionale sul punto sono sempre state dichiarate manifestamente infondate dalla Corte di cassazione, anche con alcune delle sentenze sopra citate (Cass., nn. 44436/2022 e 27611/2007).

giudiziarie (art. 36, comma 1, lett. c, cpp) e, all'interno di queste, nell'aver assunto decisioni e/o determinazioni espressive di un pre-giudizio sui fatti per cui si procede o sui temi di prova che li fondano (le ipotesi di cui all'art. 34 cpp). Si tratta di casistiche strettamente dipendenti dalle differenze funzionali tra le due figure che impongono una definizione separata dei profili di incompatibilità. La prima ipotesi coinvolge i rapporti con la stampa, la comunità giuridica e la società civile, consentendo al pubblico ministero una libertà di parola che non incontra un espresso limite nella norma processuale, poiché l'eventuale parzialità così espressa non è incidente sul protagonista del giudizio, ma su uno degli attori che concorre a formare la verità processuale, senza affermarla. La seconda ragione è, invece, di tipo squisitamente funzionale, giacché un pubblico ministero che abbia una migliore e più approfondita conoscenza di una vicenda, avendola istruita e poi verificata nel contraddittorio progressivo con l'imputato, sarà un protagonista più acuto del processo rispetto a un altro che vi si appropria per la prima volta. Si tratta, dunque, di una parzialità dipendente dalla pregressa conoscenza della dinamica probatoria e dall'affinamento delle questioni giuridiche che, liberata da spinte agonistiche e dall'ansia del risultato favorevole all'ipotesi accusatoria, costituisce una qualità che consente al pubblico ministero di essere una parte processuale non già parziale, ma autorevole e affidabile.

In conseguenza, non è incompatibile con le funzioni di pubblico ministero chi abbia svolto nel medesimo procedimento il ruolo di giudice⁵, mentre la questione di legittimità costituzionale della mancata previsione, in siffatti casi, di un obbligo di astensione è stata ritenuta più volte manifestamente infondata dalla Suprema corte⁶.

Sul tema, va segnalata l'ordinanza n. 436/1993 della Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità con la Carta della mancanza di norme che prevedessero la sostituzione, nella fase del dibattimento, del pubblico ministero a cui il gip avesse respinto la richiesta di archiviazione. Il rimettente, infatti, dubitava che in tal modo si determinasse la possibilità di un esercizio di fatto discrezionale dell'azione penale, non consentendosi, attraverso l'invocata sostituzione del pubblico ministero, di esprimere con efficacia una tesi diversa da quella da lui originaria-

mente perorata e dare, così, «concretezza al controllo che il g.i.p. è tenuto a fare sull'esercizio dell'azione penale». Nel dichiarare manifestamente infondata la questione, la Corte evidenziava trattarsi di un profilo eventuale e di mero fatto, relativo all'atteggiamento mantenuto dal pm nel corso del dibattimento, sicché le eventuali condotte patologiche, quand'anche sussistenti, «sfuggono a qualsiasi controllo di legittimità da parte di questa Corte, proprio perché frutto delle più disparate ed imprevedibili scelte che ciascun magistrato del pubblico ministero può in concreto adottare in ordine alle modalità secondo le quali coltivare l'accusa nel corso del dibattimento, restando conseguentemente esclusa qualsiasi possibilità di ricondurre simili aspetti al quadro normativo che il giudice *a quo* pone ad oggetto delle proprie censure».

L'ordinanza ha il pregio di ribadire un dato spesso sottovalutato: anche per il pubblico ministero l'imparzialità è un requisito verso il quale tendere nel quotidiano e concreto esercizio della sua attività giurisdizionale. E a questa conclusione la citata pronuncia della Corte costituzionale ne aggiunge un'altra: l'imparzialità del pubblico ministero è un risultato atteso (del citato atteggiamento di consapevole «tensione verso») che il sistema presuppone quale suo tratto fisiologico, restando relegato alla patologia un approccio viziato da una parzialità figlia di soggettive percezioni.

3. L'imparzialità del pubblico ministero quale strumento a tutela della sua indipendenza

La lettura sistematica delle norme processuali in materia di incompatibilità, tratteggiando la tensione verso l'imparzialità come un atteggiamento atteso sia in capo al giudice, sia in capo al pubblico ministero, la costituisce quale componente essenziale della prestazione professionale del magistrato, a prescindere dalla funzione svolta. Può dirsi, perciò, esistente uno statuto comune dell'imparzialità che caratterizza entrambe le funzioni seppure con modalità esplicative, talvolta, differenti a cagione della loro specificità esplicativa. Si tratta, perciò, di una qualità e caratteristica che accomuna tutti i magistrati quale riflesso della loro autonomia e indipendenza⁷.

5. Cfr. Cass., 13 gennaio 1984, *Savi*, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 215. Nella specie il pretore, che in primo grado era stato estensore della sentenza di condanna, aveva svolto funzioni di pubblico ministero in appello.

6. A partire dagli insegnamenti di Cass., 17 gennaio 1986, *Felisini*, Cass. pen., n. 1431/1987, sotto la vigenza del codice del 1930.

7. Per migliori approfondimenti sul tema, vds. N. Rossi, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*, in *Questione giustizia online*, 10 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria), ora in questo fascicolo.

Per questo, l'analisi dello statuto materiale dell'imparzialità del pubblico ministero nel contesto attuale costituisce l'ennesimo campo di verifica di quanto gli approcci culturali alla professione incidano sulla sua effettiva indipendenza. Si tratta infatti di una garanzia che, pur accomunando pm e giudice, è per il primo più fragile ed esposta alle temerarie politico-mediatiche. In proposito, va rammentato come una lettura dell'ordito costituzionale sul pubblico ministero scivola da ideologismi riveli talune differenze, rispetto al giudice, di cui il pubblico ministero deve essere consapevole, giacché lo onerano a un esercizio responsabile della funzione ispirato al modello d'imparzialità del giudice, quale riflesso della comune appartenenza all'unico ordinamento giudiziario. Scrive, in proposito, Piero Gaeta: «Serve quindi – con grande maturità culturale – spogliarsi dell'idea che lo statuto costituzionale del p.m. sia in tutto assimilabile a quello del giudice o che esso sia esente da ambiguità e contraddizioni, viceversa rilevate con puntualità da giuristi di vera fede democratica. Solo per fare due esempi, di “normativa costituzionale innegabilmente ambigua” sul p.m. parlava Massimo Nobile e di “elementi di contraddittorietà [sul pubblico ministero] insiti nello stesso testo della Costituzione” ha ragionato, sapientemente e in vari saggi, Alessandro Pizzorusso»⁸.

E infatti, la raffinata architettura della Carta fondamentale se, da una parte, avvolge giudice e pubblico ministero nell'unico reticolo degli artt. 104 e 105 Cost. per la garanzia di *status*, dall'altra rinvia la tutela della garanzia funzionale – de-costituzionalizzata per il pm – al comune ordinamento giudiziario, completando così la tutela dell'autonomia e indipendenza degli attori pubblici della giurisdizione. Tuttavia, l'assenza di una tutela costituzionale dei profili funzionali di autonomia e indipendenza del pubblico ministero li rende più fragili ed esposti ai modi di interpretare il ruolo da parte di ciascun magistrato.

Il tema merita di essere verificato, giacché la progressiva separazione delle funzioni di giudice e pubblico ministero è stata portata dalla legge n. 71/2022 (delega di riforma dell'ordinamento giudiziario) al massimo della divaricazione possibile a Costituzione invariata, mentre le annunciate riforme costituzionali

ambiscono a giungere alla separazione delle carriere. Si è così realizzata «una separazione di fatto e nei fatti delle carriere, in attesa di tempi migliori per intervenire con modifiche costituzionali sullo statuto complessivo del pubblico ministero che, secondo il disegno del Costituente, garantisce la sua indipendenza e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge»⁹.

Le citate innovazioni legislative attuate o annunciate stanno influenzando lo stile professionale del pubblico ministero, accentuandone i profili di separazione dal giudice. È come se l'attuato modello di separazione delle funzioni e quello progettato della separazione delle carriere avessero già fatto pedagogia culturale, inquinando la percezione di sé dei magistrati inquirenti, rendendo accettabili comportamenti e stili fortemente caratterizzati da una reclamata parzialità del pubblico ministero, sempre più proteso a percepirsi quale interprete delle esigenze securitarie che vengono dall'opinione pubblica, trovando autorevoli sponde nella politica parlamentare. Ne esce una diversa coscienza del ruolo del pm, in cui i tratti securitari e preventivi risultano più accentuati rispetto al passato perché si innestano in una legislazione¹⁰ e in un dibattito pubblico che spingono in questa direzione. In questo senso, perciò, l'eccessivo protagonismo mediatico da parte di alcuni autorevoli interpreti del ruolo, l'enfasi posta sui criteri di priorità, le accentuate forme di gerarchizzazione interna, giustificate dalla responsabilità “politica” del dirigente per l'efficienza securitario dell'ufficio, l'espandersi di una logica agonistica del ruolo, che individua nell'indagato-imputato (e nella sua difesa tecnica) il “nemico” contro cui si vince o si perde nell'agone processuale, costituiscono piccole slavine sul fronte dell'imparzialità che possono generare una pericolosa valanga. È, infatti, la percezione di sé e del proprio ruolo il primo argine di difesa contro riforme che pretendono di snaturare il ruolo del pubblico ministero, degradandolo a parte processuale impegnata nella difesa dell'operato della polizia giudiziaria e, in conseguenza, co-protagonista ma anche co-responsabile delle politiche perseguite dal governo di turno in materia di sicurezza pubblica. Un pubblico ministero definitivamente separato dal giudice perché culturalmente asimmetrico a lui,

8. P. Gaeta, *Verso una nuova circolare del CSM sull'organizzazione degli Uffici di Procura*, in *Questione giustizia online*, 29 giugno 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/csm-uffici-procura).

9. Per una riflessione sul punto, anche in un'ottica comparata, vds. M. Gugliemi, *Un pubblico ministero “finalmente separato”? Una scelta poco o per nulla consapevole della posta in gioco. E l'Europa ce lo dimostra*, in *Questione giustizia online*, 17 settembre 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/un-pubblico-ministero-finalmente-separato).

10. Orientano in questo senso, ad esempio, le più recenti modifiche in materia di cd. “codice rosso” (l. n. 168/2023), che sollecitano l'adozione urgente di misure cautelari e scelte investigative a protezione delle persone offese, accentuando il ruolo di prevenzione specifica di futuri più gravi reati in capo al pubblico ministero, attraverso una tecnica legislativa che può indurre a scelte cautelari di tipo difensivo e deresponsabilizzante a fronte di prognosi recidivanti non sempre compiutamente prevedibili, ovvero imputabili a forme patologiche che giustificerebbero l'intervento di professionalità, istituzioni e strumenti di contenimento diversi da quelli rinvenibili in sede penale.

ormai trasformato in una parte parziale del procedimento, orientata al perseguimento di obiettivi e risultati (che potranno costituire anche il parametro del giudizio di professionalità) rispetto ai quali la tutela dei diritti coinvolti e il contributo alla ricerca della verità processuale diventeranno accessori secondari, se non proprio scomodi orpelli. Ben si intende, allora, come preoccuparsi dell'imparzialità della parte pubblica significhi anche interrogarsi sull'attuale statuto materiale del pubblico ministero, per essere meglio consapevoli che la posta in gioco è la tutela dei suoi profili di autonomia e indipendenza.

4. Due momenti in cui l'imparzialità è pretesa: l'applicazione dei criteri di priorità e la discrezionalità investigativa del pubblico ministero, anche alla luce dell'art. 358 cpp

Il tema dell'obbligatorietà dell'azione penale è tornato alla ribalta in esito alla cd. "riforma Cartabia", che ha introdotto nella materia i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Poiché sul tema – anche in questa Rivista – sono stati numerosi gli approfondimenti critici¹¹, rinviando a quelli per maggiori dettagli, la questione potrà essere qui affrontata nella più stretta prospettiva che coinvolge l'imparzialità del pubblico ministero, con qualche necessario cenno introduttivo e di contesto.

L'art. 112 della Costituzione prevede che «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». È raro che un precetto costituzionale sia espresso con parole così asciutte e nette da non lasciar spazio a margini interpretativi. Se ne deve, quindi, dedurre che lo scopo del Legislatore costituzionale fosse quello di impedire la degradazione dell'affermazione da precetto immediatamente cogente a mero principio. E infatti, la natura obbligatoria dell'azione penale non ha mai trovato smentite nella giurisprudenza costituzionale. Anzi, con la sentenza n. 84/1979, la Corte costituzionale l'ha individuata quale fulcro che concorre a garantire, insieme all'indipendenza del pm nell'esercizio della sua funzione, anche l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale. Dopo la no-

vella del codice di procedura penale, l'insegnamento è stato ancora ribadito con immutata nettezza. La decisione più nota ed evocata è la sentenza n. 88/1991, in cui la Corte costituzionale evidenzia come la legalità del procedere non sia realizzabile senza un pubblico ministero indipendente da altri poteri, sicché «il principio di obbligatorietà è punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale (...) talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo»¹². È possibile, quindi, parafrasare l'insegnamento del Giudice delle leggi nei termini che seguono: l'indipendenza del pubblico ministero è strumentale a un esercizio imparziale della sua funzione, di cui l'obbligatorietà dell'azione penale è espressione a tutela dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Al contrario, un'interpretazione del ruolo privata del requisito dell'imparzialità ne inquina l'indipendenza e pregiudica il complessivo assetto costituzionale e, con questo, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale. È, quindi, l'obbligatorietà dell'azione penale che fonda e giustifica il regime d'indipendenza di cui gode il pubblico ministero italiano. Come è stato incisivamente scritto, «l'azione penale è obbligatoria perché l'ordinamento vuole che essa sia esercitata in modo indipendente ed imparziale, mentre il pubblico ministero deve essere indipendente ed imparziale, in quanto l'azione penale è obbligatoria»¹³.

Tuttavia, è senza avere troppi scrupoli per le preoccupazioni coeve al mantenimento dei delicati equilibri costituzionali che, sulla legalità del procedere del pubblico ministero, è intervenuto l'art. 1, comma 9, lett. i della legge n. 134/2021. La norma prevede che, nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio, definiti dal dirigente «nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge».

La norma costituisce uno degli strumenti con cui il Legislatore moderno ha tentato di dare una risposta alla reale esigenza deflattiva che incombe sul processo penale, rendendolo bulimico e inefficiente. In sostanza, i criteri di priorità, insieme alle norme sull'improcedibilità previste per i gradi di appello e di cassazione, costituiscono gli strumenti deflattivi

11. Tra i molti, si segnala N. Rossi, *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene il «Parlamento con legge»*, in *Questione giustizia online*, 8 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-criteri-di-esercizio-dell-azione-penale-interviene-il-parlamento-con-legge).

12. Per più ampi riferimenti sul punto, anche in relazione alla compatibilità del principio costituzionale con l'introduzione dei criteri di priorità, si rinvia a: S. Panizza, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio... nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge* e A. Spataro, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134*, entrambi in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, rispettivamente pp. 105-114 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/991/4-2021_qg_panizza.pdf) e pp. 82-95 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/988/4-2021_qg_spataro.pdf).

13. G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 128.

– posti all’inizio e alla fine del procedimento – con cui alla magistratura è stato assegnato il compito di attenuare l’inefficienza dell’ipertrofico sistema penale che il Legislatore continua, imperterrita, ad alimentare, quale anestetico delle paure sociali (quelle reali e quelle mediaticamente indotte)¹⁴. In realtà, una seria depenalizzazione, l’ulteriore ampliamento sia dei reati perseguibili a querela, sia dei casi e modi di archiviazione avrebbero costituito una migliore e più efficiente soluzione al problema, senza intervenire sul delicato settore della modalità di esercizio dell’azione penale, giacché gli interventi in questo campo possono turbare gli equilibri costituzionali sottesi alla sua obbligatorietà e ai conseguenti riflessi sull’imparzialità del pubblico ministero. Diversamente, come ha osservato acutamente Emanuele De Franco, la norma ceta «l’intenzione del legislatore di “subappaltare” agli uffici giudiziari l’impresa della depenalizzazione, in spregio del principio di legalità. Nel d.lgs. n. 150 del 2022 il principio di legalità, dunque, cede il passo alla necessità di soddisfare gli obiettivi di deflazione cui il nostro Paese si è vincolato ottenendo i fondi del PNRR. Una riforma parlamentare organica, orientata ai principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, sarebbe stata forse lo strumento più efficace per addivenire ad una sensibile diminuzione del numero dei processi»¹⁵.

Se il potere del pm è costituzionalmente vincolato – in quanto egli ha l’obbligo di esercitare l’azione penale (sempre e solo) per fatti previsti come reato dalla legge penale –, ogni forma di direzione esterna della sua azione rischia di contraddire i principi di legalità e di eguaglianza propri della giurisdizione penale¹⁶, immettendo nel sistema valutazioni diverse da quelle strettamente giuridiche. E invece, la corrosione della regola dettata dall’art. 112 Cost., la sua tendenziale degradazione da precetto a principio ha innestato il tema delle scelte su quali tipologie di reato perseguire prima (o su cosa abbandonare per strada) e su cosa costituisca emergenza criminale in una

determinata area geografica, affidandone la concreta soluzione al dirigente dell’ufficio. Osserva, sul punto, Piero Gaeta: «il modello gerarchico sembra essere andato in armonia (storica e sistematica) con il progressivo sfilacciamento del principio di obbligatorietà dell’azione. Si tratta di fenomeni che camminano necessariamente assieme, in parallelo. Più lasco diviene il principio di obbligatorietà dell’azione e si trasforma da *regola* in *principio* (per adottare una terminologia alla Dworkin), e maggiormente esso sembra doversi sposare con un modello gerarchico, funzionalmente orientato, dell’ufficio del pubblico ministero»¹⁷.

L’esercizio imparziale dell’azione penale è, perciò, affidato alle scelte discrezionali di un solo soggetto, che le seleziona nel contesto delle ampie indicazioni che verranno dal Legislatore, imponendo il tema della sua imparzialità, giacché questa non è più consubstanziale all’obbligatorietà dell’azione penale¹⁸. Senza rendere trasparente la sua selezione discrezionale, senza sottoporla alle valutazioni collettive dell’ufficio, senza un’esposizione pubblica che ne spieghi le ragioni e una successiva verifica pubblica per rendere conto dell’efficacia di quelle scelte, l’individuazione dei criteri di priorità da parte del procuratore della Repubblica rischia di essere viziata di parzialità già nel metodo, perché questo impedisce una critica e, quindi, una verifica di quelle scelte nel sistema di autogoverno e nella percezione pubblica dell’operato dell’ufficio.

Già prima dell’introduzione delle scelte discrezionali nell’esercizio dell’azione penale, tramite i criteri di priorità, nel corso delle indagini preliminari al pm era ed è ancora riconosciuta la cd. “discrezionalità investigativa”. Nel descriverla, Nello Rossi evidenzia come, sebbene sia destinata a essere esercitata entro un fitto reticolo di regole, limiti e controlli «essa conserv[i] una elasticità e una possibile varietà di forme che in parte la sottraggono a regole predeterminate e ne rimettono il calibrato esercizio alla correttezza e alla capacità professionale degli inquirenti»¹⁹.

14. Sul tema, M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020 (www.sistemapenale.it/it/articolo/donini-populismo-penale-ruolo-del-giurista); G. Giostra, *Processi giusti e processi spettacolo. Un media-evo d’ingiustizia*, *Avvenire*, 12 giugno 2021 (www.avvenire.it/opinioni/pagine/un-mediaevo-dingiustizia).

15. E. De Franco, *La riforma cd. “Cartabia” in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2023, pp. 16-22 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/1088/2_2023_qg_defranco.pdf).

16. V.L. Daga, *Pubblico ministero (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Treccani, Roma, 1991, p. 3; *Relazione annuale sullo stato della giustizia*, in *Quaderni del Csm*, n. 55, 1992, p. 39 (par. 1.6.6., «Il ruolo del pubblico ministero» – www.csm.it/documenti/21768/81517/Quaderno+n.+55/6e5ce75e-ceab-4292-8975-617b2722a70b?version=1.0).

17. P. Gaeta, *L’organizzazione degli uffici di procura*, in *Questione giustizia online*, 18 dicembre 2019 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-organizzazione-degli-uffici-di-procura_18-12-2019.php).

18. Per ulteriori approfondimenti sui modi attraverso cui conciliare la discrezionalità delle scelte con la natura di organo “tecnico” e non “politico” del pubblico ministero, vds. ancora N. Rossi, *I criteri*, op. cit.

19. N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 16-31 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/933/2-2021_qg_rossi.pdf).

Dunque, dentro il perimetro legale costituito dal sistema di regole e controlli, il pubblico ministero esercita pregnanti scelte che orientano significativamente l'esito dell'indagine, a partire dalla gestione delle risorse umane, economiche e tecnologiche a sua disposizione, per finire alla modulazione dei tempi e dei modi delle attività investigative, con particolare riferimento alla selezione dei mezzi di prova a cui ricorrere per raggiungere il risultato dimostrativo. Tuttavia, in questa attività discrezionale il Legislatore indica al pm un parametro che è insieme culturale e funzionale: le indagini devono essere svolte anche in favore dell'indagato (art. 358 cpp). Si tratta di una previsione che esalta l'imparzialità del pubblico ministero quale bussola di orientamento indispensabile delle indagini preliminari. L'indagato non è il nemico da sconfiggere, attraverso un'indagine mossa da una tesi preconstituita che lo vede protagonista di reati, ma è lo sviluppo investigativo che forma e orienta la tesi accusatoria, secondo accertamenti caratterizzata da una ontologica precarietà che deve essere sottoposta a progressive verifiche. Per questo, osserva ancora Nello Rossi, «professionalità e deontologia del pubblico ministero concorrono a definire tale ruolo come di “garanzia” e di “misura”».

La discrezionalità delle scelte – dapprima nell'individuazione dei criteri di priorità, quindi nelle decisioni investigative – pretende un pubblico ministero «capace di fare la tara alle proprie convinzioni ed alla propria “precomprensione” della realtà effettuale e del significato dei dati normativi e [che] interpreta i fatti e le norme impegnandosi a far sì che le sue convinzioni non prevalgano sulla razionale applicazione del diritto nel caso concreto»²⁰; insomma, un pubblico ministero attore del procedimento che, alla stregua del giudice, agisca con consapevole tensione verso l'imparzialità, senza la quale le indagini preliminari risulteranno viziate, con effetti inquinanti che possono seriamente pregiudicare le fasi successive e lo stesso risultato giurisdizionale. Un pubblico ministero poco consapevole della rilevanza, per l'intera giurisdizione, dei modi attraverso cui esercita la sua funzione nel corso delle indagini preliminari potrà concorrere, in maniera talvolta decisiva, a generare un risultato processuale iniquo e ingiusto. È, quindi, la cura della tensione verso l'imparzialità l'atteggiamento atteso in capo al pubblico ministero e al giudice, in quanto requisito funzionale a limitare il rischio di incorrere in provvedimenti ingiustamente afflittivi dei diritti coinvolti nel processo.

Nella complessità del tema e dei suoi approcci, un'analisi delle più recenti scelte legislative su questi

profili evidenzia un'apparente contraddittorietà delle stesse. Mentre, infatti, l'adozione dei criteri di priorità inserisce la discrezionalità delle scelte di politica giudiziaria in un campo dominato dall'obbligatorietà dell'agire, la discrezionalità investigativa è messa in crisi dall'introduzione di previsioni cogenti, che irreggimentano le scelte del pm nelle indagini sui reati in materia di violenza domestica e contro le donne (l. n. 168/2023, cd. “legge Roccella”). La figura del pubblico ministero appare, quindi, “sballottata”: per un verso, si ampliano i suoi poteri in fase di esercizio dell'azione penale; per altro verso, si restringe la sua autonomia valutativa e discrezionale nelle scelte investigative per alcuni reati di particolare allarme sociale. Tuttavia, la dicotomia è solo apparente, giacché è la sfiducia istituzionale il motore comune delle citate scelte legislative, che scaricano sul pubblico ministero responsabilità e obiettivi securitari che non gli competono, trattandolo alla stregua di una forza di polizia giudiziaria. La logica ispiratrice, infatti, è quella del processo penale di scopo, in cui la stessa azione penale è intesa alla stregua di un servizio sociale da ottimizzare, mentre il diritto penale diviene lo strumento delle politiche di annunci che caratterizzano questa stagione, sicché al pm è assegnato l'onere di fungere da capro espiatorio dell'inefficienza del sistema sanzionatorio e della insicurezza sociale percepita.

A tale spinta non sembrano impermeabili le direttive di alcuni dirigenti di uffici di procura, che – a formale garanzia di un esercizio omogeneo dell'azione penale – impongono ai sostituti procuratori procedure investigative e scelte di esercizio dell'azione cautelare pre-costituite, per alcuni reati che impattano sulla percezione di insicurezza sociale. Ne sono esempio le direttive in materia di esercizio indiscriminato dell'azione cautelare reale, in caso di occupazione abusiva di immobili.

Orbene, mentre l'obbligatorietà dell'azione penale costituisce il riflesso dell'imparzialità dell'organo, l'obbligatorietà delle procedure investigative e delle scelte cautelari per categorie di reati può costituire il riflesso di pre-giudizi valutativi, sintomo di parzialità (oltre che di sfiducia).

È per questo che la tensione verso l'imparzialità deve essere una qualità e caratteristica consapevolmente coltivata e salvaguardata anche da ciascun pubblico ministero, giacché solo la pratica effettiva di questo pre-requisito gli consente un esercizio autorevole delle sue funzioni. Tuttavia, insieme all'atteggiamento del singolo, alla cura e manutenzione del suo foro interiore, la tensione verso l'imparzialità

20. N. Rossi, *Il caso Apostolico*, op. cit.

deve essere praticata e sottoposta a verifica collettiva all'interno di ciascun ufficio. Infatti, a fronte dei maggiori poteri riconosciuti al dirigente, solo una capacità "generativa" e di gestione – condivisa con tutti i sostituti procuratori – delle principali scelte discrezionali dell'ufficio (in materia di criteri di priorità e di direttive investigative e cautelari, in particolare) costituisce la migliore espressione della sua imparzialità, giacché questa è il riflesso di un ragionamento e un discernimento collettivo che costituiscono presidi a garanzia di decisioni non viziate da parzialità.

5. Due momenti di potenziale crisi dell'imparzialità: la comunicazione e l'atteggiamento processuale

La tendenziale segretezza delle indagini "esplode" nella società civile al momento dell'adozione di misure cautelari reali e personali. In queste circostanze, informare la comunità di quanto accaduto e delle ragioni che hanno giustificato un intervento così penetrante e coercitivo dei diritti di libertà di altri consociati costituisce un servizio necessario alle società democratiche²¹ (che, anche per questo, si distinguono da altre che si collocano fuori dallo Stato di diritto). Il pubblico ministero – parte professionalmente informata, che non deve esprimere ulteriori giudizi in qualità di terzo che decide nel contraddittorio – è onerato di questo dovere sociale di comunicare, ma nel farlo deve essere consapevole di porsi al centro del conflitto tra il diritto all'informazione e altri valori costituzionali potenzialmente confliggenti (tra questi, le garanzie del giusto processo e la riservatezza delle persone in questo coinvolte), sicché deve avere l'obiettivo di rappresentare il punto di equilibrio in un settore nevralgico per la democrazia. Questa consapevolezza deve essere oggi accresciuta dalla distorsione esistente nel rapporto tra giustizia reale e giustizia socialmente percepita, che costituisce il frutto delle semplificazioni e della velocità dell'informazione mediatica e *social*.

La spettacolarizzazione della realtà processuale è divenuta un fenomeno commerciale che ha bisogno sempre di nuove notizie che alimentino l'emozionalità

sociale, sicché «le autorità giurisdizionali, ogniqualvolta che sono chiamate ad assumere decisioni percepite come incidenti sulla sicurezza sociale, vengono cinte da una sorta di assedio emotivo che finisce per delegittimare la giustizia che non condanna e alla lunga potrebbe indurre persino a conformare alla precedente sentenza mediatica quella giurisdizionale»²², mentre se la decisione raggiunta dal giudice non dovesse risultare conforme all'idea che l'utente mediatico aveva maturato in relazione a quel dato evento, ecco che la sentenza sarà percepita come ingiusta, perché non coerente all'aspettativa così maturata. E siccome non c'è tempo per attendere la verità processuale perché la bulimia informativa, da una parte, alimenta l'emozionalità sociale per finalità commerciali e/o politiche e, dall'altra, ne placa le attese costruendo un parallelo «processo mediatico»²³, ecco che nella fase delle indagini preliminari si concentrano una serie di tensioni e aspettative informative che il pubblico ministero è chiamato a gestire.

Orbene, non sempre il risultato è stato soddisfacente. Spesso la comunicazione è stata assertiva, poco problematica, incline a soddisfare le attese pubbliche, per nulla cauta rispetto al rischio di contribuire a creare una "verità mediatica" inquinante la dinamica procedimentale, se non proprio schiettamente orientata a questo scopo. Non si tratta solo di venir meno ai doveri etici e a quelli imposti da una legislazione che ha tentato di veicolare per legge modalità e persino un lessico informativo che doveva "naturalmente" caratterizzare la rappresentazione dei risultati procedurali, fornita dal pubblico ministero, ma soprattutto di violare l'imparzialità intesa quale caratteristica unitaria di tutti gli attori pubblici del procedimento, dalla fase delle indagini preliminari alla sentenza definitiva. Un pubblico ministero che tenta di condizionare i giudici attraverso lo strumentario mediatico, o anche solo che non si cura di tutelare la decisione dei giudici dai condizionamenti mediatici che la sua comunicazione può provocare, si colloca fuori dal perimetro culturale dell'ordine giudiziario per qualificarsi come parte faziosa, intenta al raggiungimento di obiettivi processuali precostituiti, distante dai requisiti di sobrietà, capacità di confronto, accettazione della precarietà e intrinseca imperfezione delle verità

21. Per migliori approfondimenti sul tema, si rinvia a: D. Stasio, *Il "dovere" della comunicazione giudiziaria*, in *Questione giustizia online*, 9 febbraio 2015 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-dovere-della-comunicazione-giudiziaria_09-02-2015.php); G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, Giuffrè, 1989.

22. G. Giostra, *Processi giusti e processi spettacolo*, cit.

23. Per approfondimenti sul tema, si rinvia a: L. Ferrarella, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, pp. 4-19 (<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/5408-ferrarelladpctrim317.pdf>); N. Triggiani (a cura di), *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, Cacucci, Bari, 2022.

processuali che deve alimentare la cultura del dubbio quale patrimonio dell'intera magistratura, a prescindere dalle funzioni svolte.

Questo atteggiamento può influenzare anche l'approccio processuale di quel pubblico ministero che interpreti il contraddittorio con la difesa come uno spazio agonistico nel quale vincere o perdere, e non già come un campo di verifica della ricostruzione accusatoria, nell'ambito del quale egli è indifferente al risultato finale. Beninteso, la "indifferenza" a cui si è fatto cenno non è l'atteggiamento apatico, noncurante e indolente che è sintomo di sciattezza professionale, ma è, al contrario, l'affidamento al risultato giurisdizionale del proprio massimo sforzo dimostrativo, nell'ambito di un confronto caratterizzato dalla correttezza nei rapporti con le altre parti e dalla capacità di ascolto delle loro ragioni. Se, infatti, la verifica dell'imparzialità dei giudici trova nella motivazione il suo momento di controllo, per il pubblico ministero è la modalità di conduzione del procedimento la cartina al tornasole della sua imparzialità nel corso del processo. La circostanza che per tale profilo non vi sia un sistema di controllo successivo, come avviene per la motivazione dei provvedimenti dei giudici, lo rende più fragile ed esposto alle interpretazioni personali di ciascuno, rilevabili – in caso di eccessi – solo in sede di valutazione di professionalità. Tuttavia, è proprio per questo che il confronto culturale può far crescere la diffusa consapevolezza della rilevanza dell'imparzialità anche processuale del pubblico ministero, intesa quale tratto tipico e immanente della funzione che ne giustifica l'autonomia e indipendenza, all'interno dell'unico ordinamento giudiziario. Gli atteggiamenti agonistici, invece, sono il sintomo di una faziosità incompatibile con l'imparzialità della funzione, con conseguenze nefaste per la sua autonomia e indipendenza.

6. Brevi conclusioni ed un auspicio

Già in tempi passati e poi ancora di recente, Magistratura democratica ha assunto posizioni critiche verso alcune rappresentazioni mediatiche dei risultati investigativi, proposte da autorevoli pubblici ministeri. Si è trattato – restando a vicende più recenti – di casi in cui all'indagine si riconosceva una natura palinogenetica della comunità politica e della stessa società civile, ovvero di casi in cui si è tentato di amplificare, con narrazioni dietrologiche o ricostruzioni affidate ad analisi storiche e sociologiche, un portato dimostrativo carente di efficaci e univoci elementi probatori.

Nella percezione pubblica, queste prese di posizione sono state interpretate alla stregua di forme di partigianeria associativa, se non proprio come espressione di una sorta di conflittualità *ad personam*.

L'obiettivo era, invece, quello di rappresentare pubblicamente la possibilità di interpretare il ruolo secondo modelli altri rispetto a quelli a cui si è fatto sopra cenno, nonostante questi trovassero vasta eco nel dibattito mediatico e fossero sinceramente apprezzati dentro la magistratura. In questi casi, infatti, la popolarità di alcuni pubblici ministeri finisce per tratteggiarli come modello professionale di successo anche per le nuove generazioni di magistrati.

Con l'umiltà che si impone, approcciando al dibattito culturale su questi temi, a me pare, invece, che quei modelli professionali, non prendendosi cura dell'imparzialità, finiscano per proporre stili che allontanano il pubblico ministero dalla giurisdizione e lo innestano in un ruolo ibrido che apre le porte alla separazione delle carriere, antipasto della fine della sua autonomia e indipendenza. L'auspicio, dunque, è quello che il pm diventi sempre più consapevole di condividere con il giudice uno statuto unitario dell'imparzialità – riflesso della comune autonomia e indipendenza – che si esplica diversamente solo a cagione delle differenze insite nell'esercizio delle due funzioni.

In disparte i casi patologici, l'assenza di un sistema di controllo e verifica della modalità d'imparziale conduzione del procedimento e del processo da parte del pubblico ministero, l'assenza di elementi oggettivi (come è la motivazione per il giudice) utili a questo scopo, rendono la tutela del requisito un onere affidato a ciascuno dei protagonisti e a ciascun ufficio, nella misura in cui il ruolo del dirigente quale *primus inter pares*, espressione del discernimento collettivo dei sostituti, avrà la prevalenza su versioni solipsistiche del ruolo. Esserne consapevoli significa sollecitare uno sforzo collettivo, affinché l'indipendenza e l'autonomia del pubblico ministero dentro l'ordito costituzionale siano resilienti alle riforme attuate e a quelle in cantiere. Queste e quelle, infatti, possono cambiare gli statuti formali, ma non quelli materiali. E, in epoca di resistenze costituzionali, è fondamentale tutelare l'essenza dei valori prima ancora che il loro vestito formale. Pertanto, la cura e l'attenzione alla tensione verso l'imparzialità del pubblico ministero diventano la cartina al tornasole di come il ruolo viene concretamente interpretato e, con questo, di quale sia la prospettiva futura del pubblico ministero, a prescindere dal *se* e *come* la sua figura possa essere riformata dal Legislatore.

Imparzialità, libertà di espressione del magistrato e illecito disciplinare

di Rita Sanlorenzo

Malgrado il dovere di imparzialità sia il primo tra quelli posti a carico del magistrato in base all'elenco che ne fa l'art. 1 d.lgs n. 109 del 23 febbraio 2006, secondo il principio di tipizzazione dell'illecito disciplinare a cui si ispira il nostro sistema, il comportamento che appaia anche solo potenzialmente lesivo di esso può essere perseguito solo laddove risulti integrata una delle fattispecie elencate negli artt. 2, 3 e 4 dello stesso d.lgs. L'analisi delle singole disposizioni mira a individuare quali, in concreto, possano essere le condotte riconducibili a un difetto di imparzialità del magistrato ritenute meritevoli di sanzione disciplinare dal legislatore: con la necessaria avvertenza che alle eventuali manchevolezze del sistema può essere solo la volontà legislativa a porre rimedio.

1. Come spesso succede (da ultimo, sempre più frequentemente) nel dibattito pubblico di questo Paese, prima di affrontare l'analisi di un argomento, giuridico e non solo, si pone come necessaria una preliminare operazione di *pulizia del linguaggio*, così che siano chiari, sin da subito, i termini e gli ambiti del tema affidato. L'argomento a cui è dedicato questo numero della Rivista Trimestrale, l'imparzialità del magistrato, rende doveroso innanzitutto chiarire al lettore ciò di cui si sta parlando: compito che normalmente è trascurato nella maggior parte degli interventi pubblici che sullo stesso si esercitano, che anzi in qualche misura sembrano volere alimentare l'equivoco, confondendo i piani e creando intorno al concetto di "imparzialità" un alone di indeterminazione e di strumentale confusione, utile per colpire il magistrato di turno "reo" di qualche iniziativa non gradita, o comunque per suscitare nell'opinione pubblica sospetto, sfiducia, disaffezione (per lo Stato di diritto, non solo per la magistratura). Appartiene così ormai al senso comune la narrazione a proposito della necessità che il magistrato non solo sia, ma sempre anche "appaia" imparziale. Giusto e condivisibile postulato, a cui però occorre attribuire il corretto contenuto, per stabilire se i doveri connessi alla funzione

debbano andare a permeare ogni aspetto non solo dell'esercizio della giurisdizione, ma della sua stessa condizione di *civis* facente parte della società in cui vive, fino a inibirne ogni forma partecipativa e anche ogni più indiretta manifestazione di una qualche inclinazione personale, non solo nel campo della politica ma in ogni settore dell'esperienza umana, dietro il quale normalmente si celano contrapposizioni, divisioni, conflitti.

2. Scopo di questo articolo non è quello di sottoporre ad analisi critica la progressiva torsione che nella coscienza pubblica ha dovuto subire la nozione di imparzialità del magistrato, poiché di questo si occuperanno, da vari punti di vista, tanti altri contributi che compongono il numero: più specificamente, lo scritto si propone di fornire al lettore alcuni elementi di conoscenza in un ambito molto specifico, che però risulta essenziale per riempire di contenuti oggettivi, tratti dal sistema positivo delle norme dell'ordinamento statale, la stessa nozione di imparzialità. Perché qui si tratterà, almeno a grandi linee, di *quando*, per la legge italiana, la mancanza di imparzialità del magistrato merita di essere sanzionata disciplinarmente: *quali* sono le figure tipizzate dell'illecito relativo, e *quali*

sono gli estremi comportamentali capaci di integrarle. Quando cioè il legislatore ha ritenuto di attribuire rilievo e di approntare una reazione punitiva rispetto a una violazione del dovere di imparzialità che, secondo l'art. 1 d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109, costituisce uno, anzi il primo di una serie di doveri del magistrato nell'esercizio delle funzioni, a cui seguono nell'enunciato legislativo quelli di correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio, nonché di rispetto della dignità della persona.

L'ampiezza dell'elenco non tragga però in inganno sui caratteri del sistema della responsabilità disciplinare attualmente in vigore: per precisa scelta normativa, con il citato decreto legislativo n. 109 si è optato per un modello improntato ai principi di tipicità dell'illecito disciplinare, di legalità e tassatività della fattispecie. Venuta meno la generica clausola dell'art. 18 rd.lgs n. 511/1946¹, che attribuiva al giudice disciplinare il potere di identificare gli stessi valori tutelati, le condotte disciplinarmente sanzionabili sono quelle – e solo quelle – previste come tali dal legislatore, e cioè dal codice disciplinare dettato dallo stesso d.lgs n. 109, e non da generiche norme deontologiche, pur se tradotte nel codice etico varato dall'Associazione, che non possono costituire utile paradigma su cui formulare incolpazioni disciplinari². Quindi, perché sia chiaro e non dia adito ad equivoci, che pure sembrano ben radicati, per la legge italiana si applica la sanzione disciplinare solo e tassativamente ai comportamenti che è previsto che la meritino. E dunque, è violazione del dovere di imparzialità disciplinarmente rilevante *solo* quel comportamento che rientra in una delle varie fattispecie disciplinate dalla norma.

3. Passando all'esame delle specifiche fattispecie, occorre richiamare innanzitutto la disposizione dell'art. 2, intitolata agli illeciti disciplinari compiuti nell'esercizio delle funzioni: la prima disposizione che viene all'attenzione è quella di cui al comma 1, lett. c, per cui costituisce illecito disciplinare «la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge». La norma è posta a specifico

presidio del dovere di imparzialità, la cui violazione viene fatta corrispondere con il mancato rispetto delle norme, di fonte codicistica (artt. 51 cpc e 36 cpp), che regolano il dovere di astensione del magistrato nel processo. Ciò consente intanto di puntualizzare che la violazione del dovere di imparzialità si ambienta essenzialmente in relazione alla specifica natura del *rapporto del magistrato con le parti del processo*: dunque non in base a un generico legame di affinità ideale o ideologica, o comunque valoriale, ma per verificate e riscontrabili relazioni personali che dalle norme processuali sono state individuate come ostative a che il magistrato continui a occuparsi di quella singola controversia. È pur vero che sia il codice di procedura penale, sia quello di procedura civile, prevedono come causa di astensione quelle «gravi ragioni di convenienza» che, mentre nel processo penale configurano un obbligo di astensione (art. 36, lett. h, cpp), nel processo civile rappresentano una facoltà, e non un obbligo (art. 51, ult. comma, cpc): in questo secondo caso, peraltro, la giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione ha da tempo precisato che tale facoltà «deve ritenersi abrogata per incompatibilità e sostituita dal corrispondente obbligo, in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, tanto più che la diversa soluzione esporrebbe la norma di cui all'art. 51, comma secondo, cod. proc. civ. al dubbio di costituzionalità, per disparità di trattamento rispetto al giudice penale, su cui incombe l'obbligo di astenersi ai sensi dell'art. 36, comma primo, lett. h), cod. proc. pen., e a tutti i dipendenti della P.A., gravati di identico dovere per effetto dell'art. 6 del D.M. 28 novembre 2000, emanato dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri»³.

Le gravi ragioni di convenienza vengono però ravvisate sempre e solo laddove ricorre «uno stretto e risalente legame suscettibile di intaccare, per il modo e l'intensità che lo connota, la serenità e capacità del magistrato di essere imparziale, ovvero di ingenerare il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali e diretta, *per*

1. Alla stregua del quale «Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti».

2. Cass., sez. unite, n. 6827 del 24 marzo 2014: «Per tutti gli illeciti disciplinari previsti dal d.lgs. 24 febbraio 2006, n. 109 – ad eccezione di quelli contemplati dagli artt. 2, comma 2, lett. a), e 3, comma 1, lett. d) – è la stessa legge ad individuare, tipizzandole, le condotte disciplinarmente rilevanti assunte dal magistrato in contrasto con i doveri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109 cit., sicché l'accertamento della loro specifica violazione, mentre non rileva sul piano della verifica della sussistenza dell'illecito, essendo tale profilo assorbito da una valutazione compiuta "ex ante" dal legislatore per cui è esaustivo il confronto tra la fattispecie astratta e la condotta del magistrato a prescindere dalla finalità da questi perseguita, conserva invece efficacia sul piano deontologico, in relazione alla possibilità di applicazione – rimessa all'apprezzamento del giudice disciplinare – di clausole generali come la scarsa rilevanza del fatto, ovvero la scusabilità o giustificabilità della condotta dell'incolpato».

3. Cass., sez. unite, 13 novembre 2012, n. 19704.

ragioni private e personali, a favorire o danneggiare i destinatari»⁴ (c.vo aggiunto); il legame può avere natura sentimentale⁵, personale o familiare⁶, ovvero patrimoniale, ma non si spinge sul terreno esterno a quello delimitato dal diretto rapporto tra il magistrato e le parti o i loro difensori.

Sussiste l'illecito disciplinare di cui alla lett. c dell'art. 2 ogni volta che si registri un conflitto, anche solo potenziale, tra l'interesse pubblicistico al perseguimento dei fini istituzionali di giustizia ad esso affidati dall'ordinamento e l'interesse alieno a tali finalità (privato o personale) di cui il magistrato sia portatore in proprio o per conto di terzi⁷.

Un'ultima annotazione: nonostante il diverso trattamento riservato dalle norme del codice al pubblico ministero, egli è parimenti sanzionabile per la violazione dell'obbligo di astensione in quegli stessi casi in cui il perseguimento dell'interesse personale contrasta, anche solo astrattamente, con quello del fine di giustizia⁸. Da ultimo, è stato ribadito che la previsione dell'art. 52 cpp, che prevede la facoltà di astensione del pubblico ministero per gravi ragioni di convenienza, va interpretato alla luce dell'art. 323 cp, ove la ricorrenza di «un interesse proprio o di un prossimo congiunto» è posta a base del generale dovere di astensione, in coerenza con il principio di imparzialità dei pubblici ufficiali *ex art. 97 Cost.*, occorrendo altresì equiparare il trattamento del magistrato del pubblico ministero – il cui statuto costituzionale partecipa dell'indipendenza del giudice – al trattamento del giudice penale, obbligato ad astenersi per gravi ragioni di convenienza ai sensi dell'art. 36 cpp⁹.

3.1. Le sezioni unite della Corte di cassazione, ancora di recente, hanno avuto modo di ribadire che la violazione del dovere di astensione costituisce, sotto il profilo oggettivo, illecito disciplinare di mera condotta, integrato dal comportamento commissivo di partecipazione a un'attività d'ufficio rispetto alla quale sussisteva l'obbligo di astensione, non occorrendo che dallo stesso derivi uno sviamento di potere o un

vantaggio *pe sé* o per il terzo nel cui interesse il magistrato si sia reso indebitamente portatore: in questo senso, si frappone al pericolo stesso che il magistrato *non appaia imparziale*. Sotto il profilo soggettivo, non richiede il dolo specifico, essendo sufficiente la consapevolezza dell'esistenza delle situazioni di fatto in presenza delle quali l'ordinamento esige l'astensione, non occorrendo quindi uno specifico intento finalizzato a favorire o danneggiare una delle parti¹⁰. Nell'occasione, si è comunque ribadito che «L'immagine stessa del magistrato evoca un modello ideale, rispettoso dell'insieme dei doveri che ne definiscono gli schemi comportamentali (e riempiono di contenuto il modello stesso) e affidatario della tutela dei diritti di ogni consociato; pertanto, i magistrati – più di ogni altra categoria di funzionari pubblici – sono tenuti a conformare oggettivamente la propria condotta ai più rigorosi standard di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio nell'esercizio delle funzioni, ma anche ad apparire indipendenti ed imparziali (evitando di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni), con la conseguenza che l'esimente della scarsa rilevanza della violazione del dovere di astensione va esclusa se la condotta dell'incolpato è idonea a compromettere l'immagine del magistrato in relazione ai predetti profili»: è stata pertanto esclusa l'applicabilità dell'esimente della scarsa rilevanza della violazione del dovere di astensione alla condotta di un magistrato – che aveva intrattenuto relazioni sentimentali con curatori fallimentari e legali della curatela, nell'ambito di procedure fallimentari nelle quali rivestiva la funzione di giudice delegato – perché intrinsecamente idonea a ledere il bene giuridico protetto, restando irrilevante, in quanto elemento aleatorio estraneo a detta condotta, lo *strepitus fori* determinato dalla diffusione della notizia sulla stampa locale¹¹.

4. Altro corollario rispetto al dovere di imparzialità nel processo viene ravvisato nella fattispecie di cui alla lett. b dell'art. 2, consistente nella omessa

4. Cass., sez. unite, 28 gennaio 2019, n. 2301.

5. Cass., sez. unite, 8 marzo 2022, n. 7497.

6. Cass., sez. unite, 26 marzo 2021, n. 8563.

7. Cass., sez. unite, 3 settembre 2020, n. 18302.

8. Cass., sez. unite, 12 maggio 2010, n. 11431.

9. Cass., sez. unite, 26 marzo 2021, n. 8563. Sembra prematuro qui affrontare compiutamente l'esame degli effetti riconducibili all'abrogazione del disposto dell'art. 323 cp («Abuso d'ufficio») da parte del ddl n. 808 (cd. «ddl Nordio»), già approvato in prima lettura dal Senato nella seduta del 12 febbraio 2024, anche se occorre segnalarne l'inevitabile incidenza anche rispetto alla perseguibilità delle condotte del magistrato.

10. Cass., sez. unite, 7 agosto 2023, n. 24038.

11. Cass., sez. unite, 6 ottobre 2023, n. 28167.

comunicazione al Csm, da parte del magistrato, della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli artt. 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario di cui al rd 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, come modificati dall'art. 29 dello stesso d.lgs n. 109, e quella parallela di cui alla lett. *ee*, che riguarda l'omissione della stessa comunicazione da parte del dirigente dell'ufficio.

Si ritiene però che l'illecito non sia configurabile, per la scarsa rilevanza del fatto e per l'inidoneità della condotta a ledere l'immagine del magistrato nell'ambiente giudiziario in cui opera, nel caso di pregressa segnalazione del rapporto di coniugio o parentela rivolta all'organo di autogoverno, ovvero di sopravvenuta immediata rimozione della causa di incompatibilità.

5. La legge non prevede altre ipotesi di illecito funzionale strutturalmente e direttamente collegate alla mancata osservanza del dovere di imparzialità: a tale direttiva generale possono però essere correlate quelle fattispecie che sanzionano i comportamenti che, da un lato, violando i doveri di cui all'art. 1 nel loro complesso, «arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti» (art. 2, comma 1, lett. *a*), ovvero che, dall'altro, risultano «abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori» (oltre che «dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti dei magistrati o di altri collaboratori»: art. 2, comma 1, lett. *d*)¹². Rispetto a tali ipotesi, il dovere di imparzialità è coinvolto in quanto elemento che concorre a definire lo statuto del magistrato, e la sua violazione si adombra come possibile in relazione alle scorrettezze del magistrato, ovvero a quei comportamenti che, non risultando conformi al novero complessivo dei doveri che gli sono imposti, implicano anche un risultato comunque iniquo, a danno o a vantaggio, per le parti.

6. Da questa sintetica carrellata può desumersi quello che il legislatore prevede come comportamento sanzionabile in quanto riportabile alla violazione del dovere di imparzialità *nel processo*: un modo di

agire, o anche solo di essere, in ragione dei rapporti personali, del magistrato nel ricoprire la sua posizione e nello svolgere la sua funzione, tale da compromettere le aspettative di equidistanza e di neutralità rispetto agli interessi diretti delle parti. La verifica che si richiede nell'occasione non esula quindi dalla stretta vicenda processuale, o comunque dall'esercizio in concreto della giurisdizione, che, come indica la rubrica dell'articolo, costituisce l'oggetto dell'accertamento del giudice disciplinare. Gli illeciti dell'art. 2, in particolare quelli comportanti una pretesa violazione del dovere di imparzialità, hanno di mira i comportamenti – attivi e omissivi – del magistrato nella giurisdizione, e non richiedono la ricerca delle ragioni esterne che ne possano far immaginare l'assoggettamento a una qualche forma di pregiudizio che ne condizioni e ne alteri la serenità di valutazione.

7. Così chiarite le specifiche ipotesi in cui il legislatore riconduce ai comportamenti del magistrato nell'esercizio delle funzioni la violazione dell'obbligo di essere, o di apparire imparziale, si impone l'esame delle fattispecie radunate nell'art. 3 dello stesso d.lgs, destinate a sanzionare gli illeciti commessi «fuori dell'esercizio delle funzioni»: da cui dunque deve trarsi il disegno del legislatore a proposito dei *limiti posti al magistrato al di fuori della sua veste strettamente professionale*, limiti che, ove superati, ne implicano la responsabilità a fini disciplinari. Sempre avendo ben presente che, se è vero che la violazione dei doveri del magistrato può assumere rilievo in ambiti diversi, etico, deontologico, disciplinare, civile e penale, tendenzialmente non sovrapponibili tra loro, la responsabilità disciplinare discende dalla espressa previsione legislativa, e dunque dalla scelta politica che vi è sottesa.

7.1. A questo proposito, prima di richiamare le singole fattispecie, è necessario rammentare che nella sua originaria formulazione il d.lgs n. 109 individuava come sanzionabile disciplinarmente, tra gli illeciti extrafunzionali, con norma di chiusura, «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la

12. Esemplicativamente, per citare casi più recenti, con provvedimenti di archiviazione ex art. 16, comma 5-bis d.lgs n. 109/2006, le cui massime sono reperibili nel sito *web* della Procura generale (www.procuracassazione.it/it/massime_di_archiviazione.page), si è precisato che possono avere rilevanza disciplinare le espressioni utilizzate dal pubblico ministero in un atto redatto a sostegno delle proprie determinazioni processuali solo quando consistano in intemperanze verbali del tutto estranee alla finalità della decisione o rivelatrici di uno scopo diverso da quello di giustizia; che l'utilizzo, da parte del giudice per le indagini preliminari, di valutazioni poco lusinghiere nei confronti dell'indagato nel provvedimento di archiviazione – salvo che siano configurabili illeciti disciplinari relativamente alla definizione del procedimento per violazione dei doveri di cui agli artt. 1 e 2 d.lgs n. 109/2006 – non integra responsabilità disciplinare quando la motivazione non esorbiti dal perimetro di competenza del giudice o esprima considerazioni negative sul conto dell'indagato prive del requisito della pertinenza rispetto al *thema decidendum*; i comportamenti devono comunque riferirsi ai rapporti personali tra colleghi all'interno dello stesso ufficio e investire le relazioni di tipo personale che intercorrono con soggetti che tali relazioni hanno intessuto con il magistrato per il ruolo che questi svolge, dal momento che il bene giuridico specifico tutelato dalla richiamata norma consiste essenzialmente in quello del buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua stessa unitarietà funzionale.

terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza» (art. 3, lett. D). Tale disposizione è stata abrogata dall'art. 1, comma 2 della l. n. 269 del 24 ottobre 2006, unitamente a quella del comma 2 originariamente apposto all'art. 1, per cui «Il magistrato, anche fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio ed il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria».

7.2. L'intervento legislativo ha comportato il venir meno della stessa enunciazione dei doveri ai quali il magistrato è tenuto ad attenersi nello svolgimento della sua vita privata: dunque, gli illeciti extrafunzionali non possono sussistere se non là dove vengono integrati gli elementi costitutivi dei singoli illeciti fissati dalla legge. Sicché, seppur sia comune opinione che tutte le fattispecie previste dall'art. 3, tranne quella di cui alla lett. i¹³, siano dirette a reprimere le condotte esterne allo svolgimento della funzione che potenzialmente sono idonee a pregiudicare l'immagine di imparzialità del magistrato, in assenza di una clausola di chiusura che riporti alla materia disciplinare la generalità dei comportamenti aventi tale potenzialità, la sanzione è comminata solo laddove la specifica fattispecie risulti integrata.

7.3. La lettura delle fattispecie di cui all'art. 3 dà adito a un duplice ordine di considerazioni, una conseguente all'altra: la prima riguarda il fatto che l'elencazione dei doveri a cui il magistrato deve conformarsi nella conduzione della sua esistenza privata prevede una serie di condotte connotate da un alto grado di specificità, sicuramente superiore a quello riscontrabile in relazione al catalogo dell'art. 2. Risalta un'unica ipotesi che richiama, quale elemento costitutivo, quello del «concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri disciplinati dall'art. 1», in relazione allo svolgimento di attività extralavorative, unitamente allo svolgimento delle attività incompatibili con la funzione giudiziaria secondo quanto previsto dalla normativa primaria e secondaria: quanto al resto, sono considerate dalla norma condotte tra loro eterogenee e diversamente significative circa la mancata osservanza dei singoli doveri prescritti al magistrato.

Le ipotesi dell'art. 3¹⁴, dunque, per un verso delineano una serie di possibili comportamenti discrezionalmente scelti dal legislatore per individuare la soglia di intervento disciplinare rispetto alle modalità di vita del magistrato al di fuori della sua funzione; per altro, si può agevolmente comprendere, non riguardano che alcune ristrette e, per vero, non così frequentemente ricorrenti tipologie di condotte che, valutate nel loro insieme, non danno – e non vogliono dare, evidentemente – all'interprete e alla stessa magistratura che ne è destinataria la configurazione di un preciso modello comportamentale. Questo, ancora di più, evidenzia quanto fin qui si è cercato di sottolineare a proposito della totale autonomia della materia disciplinare rispetto al piano più strettamente etico, o pur se si vuole, deontologico. Il legislatore del 2006, nel suo doppio intervento, ha con chiarezza inteso optare per un sistema disciplinare a cui non è affidato il compito di riempire di contenuti il modello deontologico cui i magistrati sono tenuti ad attenersi, preferendo così in qualche modo *restringere* il raggio dell'intervento disciplinare piuttosto che lasciare spazio a interventi sanzionatori ispirati da un generale, potenzialmente critico intento di reagire alle violazioni degli obblighi, primo fra tutti quello di imparzialità.

8. Soprattutto, quel che colpisce a un primo approccio con la normativa è che essa appare alquanto distante dal terreno di scontro polemico su cui, normalmente, si gioca la partita a proposito dell'imparzialità dei magistrati. E ciò tanto più dovrebbe stupire, in quanto la polemica spesso è agitata da chi dovrebbe eventualmente farsi carico di questa distanza, e intervenire sul tema attraverso scelte mirate da assumersi in sede legislativa.

La verità è che una disciplina positiva che individui chirurgicamente gli estremi comportamentali sintomatici di un difetto di imparzialità non è certo, e non può essere, di semplice e piana elaborazione. Essa, soprattutto, deve tener conto di una serie di indicazioni che provengono dalle fonti di rango superiore, anche europolitane, che rendono estremamente difficile e scivolosa l'individuazione del punto di equilibrio tra i diversi valori in gioco.

13. Che riguarda «l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste».

14. Che consistono ne: l'uso della qualità di magistrato a fini di vantaggio ingiusto, la frequentazione di persone coinvolte – a certe condizioni tassative – in procedimenti penali, l'assunzione di incarichi extragiudiziari non autorizzati, l'ottenere prestiti o agevolazioni da talune categorie di persone – sempre tassativamente individuate – coinvolte in procedimenti giudiziari comunque contigui al magistrato, la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie, l'iscrizione a partiti politici o il coinvolgimento in attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario «che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato».

9. Viene qui in gioco la fondamentale questione della *libertà di espressione del magistrato* e dei limiti entro i quali la sua esplicazione può compromettere l'imparzialità, ovvero anche solo l'apparenza di imparzialità. La delimitazione è comunque resa ardua dalla generale difficoltà di tracciare i confini di esercizio concreto di un diritto garantito dalla Costituzione, ma che nel caso dei magistrati presenta l'ulteriore, delicata operazione concernente il necessario bilanciamento tra il diritto di manifestazione del pensiero e quello che è il necessario dovere di riservatezza, e naturalmente anche di imparzialità, correlato all'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Operazione non facile, che ovviamente sottintende alcune scelte di valore, a partire da quella che consiste nell'attribuire alla libertà di manifestazione del pensiero da parte del magistrato il primario significato che le è stato riconosciuto dalle stesse linee-guida emanate dal procuratore generale della Corte di cassazione in data 10 marzo 2022, laddove si prevede espressamente che per il magistrato «come per qualunque altro cittadino, la manifestazione del pensiero è libera e costituzionalmente garantita ai sensi del comma 1 dell'art. 21 della Costituzione» (p. 4 delle linee organizzative).

Una troppo rigorosa limitazione del diritto costituzionale di manifestazione del pensiero nei confronti dei magistrati finisce per entrare in rotta di collisione con un principio cardine della vita democratica, ossia con la «pietra angolare» (come si esprime una risalente sentenza della Corte costituzionale, la n. 84 del 1969), rappresentata dalla libertà garantita proprio dall'art. 21 Cost. È poi vero che la Corte, nei successivi interventi in tema, ha avuto modo di precisare che l'esercizio del diritto di libera espressione del pensiero, potenzialmente suscettibile di entrare in conflitto con la prescrizione dei doveri di imparzialità e di indipendenza, non può essere privo di limiti, secondo una regola deontologica che va osservata in ogni comportamento, al fine di preservare quella considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione (così Corte cost., n. 100/1981): sicché il valore dell'imparzialità e quel-

lo dell'indipendenza, posti per dettato costituzionale (artt. 10, comma 2, e 104, comma 1, Cost.), «vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza e imparzialità» (Corte cost., n. 224/2009). Tali illuminanti premesse vanno però ambientate, come si è cercato di dire sino qui, nel vigente contesto legislativo.

10. La stessa Corte Edu, con la sentenza del 9 luglio 2013 (ric. n. 51160/06), *Di Giovanni c. Italia*, in relazione alla possibile violazione dell'art. 10 della Convenzione in caso di sanzione disciplinare inflitta a magistrato per il contenuto di dichiarazioni rese alla stampa, ha affermato essere suo compito quello di verificare, per ciascuna causa, se sia stato rispettato «un giusto equilibrio tra il diritto fondamentale dell'individuo alla libertà di espressione e l'interesse legittimo di uno Stato democratico a vigilare affinché la sua funzione pubblica operi per le finalità enunciate all'articolo 10 § 2»¹⁵. Precisa poi la Corte Edu che, «dal momento in cui è in gioco il diritto alla libertà di espressione dei funzionari, i «doveri e le responsabilità» di cui all'articolo 10 § 2 assumono un significato speciale che giustifica un certo margine di apprezzamento lasciato alle autorità dello Stato convenuto per stabilire se l'ingerenza controversa sia o meno proporzionata allo scopo enunciato» (*Vogt c. Germania*, 26 settembre 1995, § 53, serie A, n. 323, e *Ahmed e altri c. Regno Unito*, 2 settembre 1998, § 61, *Recueil* 1998-VI). La Corte Edu ha avuto, in particolare negli ultimi anni, a ragione delle condizioni venutesi a creare in alcuni Stati sottoposti alla sua giurisdizione, molte occasioni per occuparsi del diritto di libertà di espressione dei magistrati. Altri contributi si dedicheranno specificamente all'esame della giurisprudenza venutasi a formare, ma qui sembra utile richiamare, come punto di approdo più recente di questa ricchissima elaborazione, la sentenza *Danilet c. Romania*, 20 febbraio 2024 (ric. n. 16915/2021)¹⁶, in cui viene ribadita l'osservazione a proposito del «ruolo

15. L'art. 10, § 2, sancisce che «L'esercizio di queste libertà [libertà d'espressione, che include «la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera» – ndr], poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

16. In cui viene operata un'accurata ricognizione della giurisprudenza e delle fonti legali sovranazionali e convenzionali e dei documenti eurounitari sulla libertà di espressione dei magistrati. Da ultimo, si segnala il parere sulla libertà di espressione dei giudici emesso il 22 dicembre 2022 dal CCJE («Consultative Council of European Judges»), secondo cui: «Il giudice gode della libertà di espressione come ogni altro cittadino. Non solo, nei casi in cui sono sotto attacco la democrazia, la separazione dei poteri o lo Stato di diritto, i giudici hanno il dovere di prendere posizione pubblica in difesa dell'indipendenza della magistratura, dell'ordine costituzionale e del mantenimento della democrazia. Nell'esercizio della loro libertà di espressione, i magistrati devono tenere in conto le loro specifiche responsabilità e i

speciale della magistratura nella società», che comporta che, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, le «autorità giudiziarie devono esercitare la massima discrezione quando sono chiamate a dispensare giustizia, al fine di garantire la loro immagine di giudici imparziali»: tanto premesso, la Corte ha ritenuto indebite le sanzioni inflitte, in quanto la posizione del ricorrente faceva «chiaramente parte di un dibattito su questioni di interesse generale riguardanti le riforme legislative che riguardano il sistema giudiziario». In questo caso, «qualsiasi interferenza con l'esercizio della libertà di fornire o ricevere informazioni avrebbe dovuto essere soggetta a un controllo rigoroso, essendo il margine di apprezzamento delle autorità dello Stato convenuto ridotto in tali casi». In tal modo, non avendo peraltro affrontato la questione se i giudizi di valore espressi nel caso di specie avessero una base fattuale sufficiente e non essendo sufficientemente dimostrata l'esistenza di un attacco alla dignità e all'onore della professione giudiziaria, i giudici nazionali non hanno attribuito alla libertà di espressione dell'interessato il peso e l'importanza che tale libertà meritava ai sensi della giurisprudenza della Corte, anche in presenza dell'utilizzo di un mezzo di comunicazione (in questo caso un *account* Facebook accessibile al pubblico) che poteva far sorgere «legittimi interrogativi in merito al rispetto del dovere di riservatezza dei giudici».

11. Poste queste necessarie premesse, e tornando al tema assegnato, nel sistema dell'illecito disciplinare tipizzato, la manifestazione del pensiero da parte del magistrato può ritenersi disciplinarmente rilevante, innanzitutto *quando* essa integri reato, ossia risulti diffamatoria (art. 4, lett. d, d.lgs n. 109/2006), ovvero corrisponda ad altra fattispecie di reato (ad esempio, vilipendio *ex art.* 290 cp)¹⁷.

Per quanto riguarda la dichiarazione del magistrato avente *valore diffamatorio*, va pure sottolineata che essa ha rilevanza disciplinare, in quanto idonea ad incidere sulla credibilità e sull'immagine dell'autore, anche qualora la diffamazione non sia penalmente perseguibile per il difetto della querela o per l'esimente della provocazione, dovendosi esigere da

un rappresentante dell'ordine giudiziario un livello di correttezza più alto rispetto al comune cittadino¹⁸.

Posto che dunque il magistrato, al pari degli altri cittadini, gode del diritto di critica quale espressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, valgono anche nei suoi confronti i limiti riconosciuti alla esimente del delitto di diffamazione, la quale presuppone la sussistenza di un interesse pubblico a conoscere le vicende criticate, la verità dei fatti assunti a presupposto delle espressioni critiche, nonché la continenza delle espressioni utilizzate, che non devono trasmodare in frasi ed epiteti umilianti, in attacchi personali consapevolmente lesivi della sfera privata altrui senza alcuna finalità di pubblico interesse, o in espressioni pretestuosamente denigratorie e sovrabbondanti rispetto al fine della cronaca del fatto e della sua critica¹⁹. La definizione del requisito della continenza, ormai recepita dalla nostra giurisprudenza, risente dell'elaborazione della Corte Edu che, con riferimento alla critica giornalistica, ammette l'uso di toni aspri e pungenti, di idee urticanti, di accenti provocatori, di espressioni esagerate e di affermazioni che disturbano. Pertanto, la giurisprudenza interna ha finito per arretrare la linea di confine, che non può essere impunemente oltrepassata, distinguendo tra provocazione, esagerazione e insulto. Linea individuata, in consonanza con la giurisprudenza europea, nell'attacco personale gratuito, nel ricorso al cd. *argumentum ad hominem*, nell'affermazione diretta ad attaccare la sfera morale della persona, spesso gratuitamente, senza alcuna finalità di pubblico interesse²⁰.

Anche la giurisprudenza disciplinare ricorda come il legittimo esercizio della critica politica (in un caso in cui erano state formulate severe critiche nei confronti dei componenti della commissione di concorso per uditore giudiziario), inteso come esimente rilevante anche ai fini della responsabilità civile da ingiuria e/o diffamazione, può contemplare toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti interpersonali fra privati cittadini, con il limite che la critica non deve palesemente travalicare i confini della convivenza civile, mediante offese gratuite, come tali prive della finalità di pubblico interesse, e l'uso di argomenti che

loro doveri nella società, e limitare l'espressione delle loro opinioni in ogni circostanza in cui, agli occhi di un osservatore privo di prevenzioni, le loro dichiarazioni potrebbero compromettere la loro indipendenza o imparzialità, la dignità dell'ufficio, o mettere a repentaglio l'autorità del sistema giudiziario: in particolare, il limite riguarda il coinvolgimento in pubbliche discussioni o in attività di natura politica che potrebbero compromettere la loro indipendenza o imparzialità, o la reputazione dell'ordine giudiziario».

17. Csm, sez. disc., n. 39/2009.

18. Cass., sez. unite, 26 maggio 2015, n. 10796.

19. Csm, sez. disc., n. 82/2011.

20. Cass., sez. V pen., n. 14644/2019.

mirino solo all'insulto dell'avversario o ad evocarne una pretesa indegnità personale²¹.

La giurisprudenza disciplinare si adegua pertanto agli insegnamenti della giurisprudenza civile, che afferma la liceità di manifestare liberamente il proprio pensiero anche in chiave critica e in presenza di capacità lesive ridotte, anche a costo di sacrificare l'altrui onore e reputazione, dal momento che «qualunque critica che concerna persone è idonea a incidere in qualche modo in senso negativo sulla reputazione di qualcuno e, tuttavia, escludere il diritto di critica ogniqualvolta leda, sia pure in modo minimo, la reputazione di taluno, significherebbe negare il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero. Pertanto, il diritto di critica può essere esercitato utilizzando espressioni di qualsiasi tipo anche lesive della reputazione altrui, purché non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato»²².

Questa la situazione attuale del dato di diritto positivo.

12. È noto che, nella sua originaria formulazione, il d.lgs n. 109 individuava come illeciti comportamenti del magistrato nell'esercizio delle funzioni «il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura» (art. 2, lett. *bb*) nonché, tra gli illeciti extrafunzionali, «il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura» (art. 3, lett. *bb*) e, con norma di chiusura, di cui già si è detto, «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza» (art. 3, lett. *l*). Tali disposizioni sono state abrogate dalla l. n. 269/2006, in quanto ritenute come pericolosamente limitatrici della dignità dei magistrati e della libertà di espressione del pensiero. La chiara scelta politica operata nell'occasione ha comportato dunque che le esternazioni dei magistrati, nel caso in cui non riguardino procedimenti da loro stessi trattati, in relazione ai quali valgono le norme poste a presidio del dovere di riservatezza (art. 2, comma 1, lett. *u* e *v*), possano rivestire interesse disciplinare solo quando integrano ipotesi di reato. La considerazione, per quanto necessitata in base alle premesse, non è scontata, e pare sempre negletta nel dibattito pubblico e, a volte, anche nelle iniziative

interne agli uffici volte ad ottenere l'intervento della Procura generale e l'attivazione del procedimento disciplinare in relazione a esternazioni del magistrato che paiono semplicemente inappropriate, polemiche, indebitamente critiche: magari denigratorie, ma non diffamatorie. Esse potranno rientrare nell'ambito di applicazione della norma deontologica²³: mai, se non in presenza dei precisi presupposti di legge, di quella disciplinare.

13. È utile qui ribadire, per l'intanto, che esulano dall'ambito degli illeciti disciplinari quelle dichiarazioni pubbliche che attengono in generale alle tematiche organizzative, in ipotesi coinvolgenti la stessa attività del magistrato, così da poter essere considerate pertinenti alla stessa finalità dell'intervento pubblico, che non oltrepassa l'ambito della sua collocazione istituzionale.

Innanzitutto, va evidenziato che la stessa giurisprudenza delle sezioni unite²⁴, nel precisare la nozione di «esercizio delle funzioni», ha stabilito che «La manifestazione del pensiero di un magistrato, anche allorquando abbia ad oggetto opinioni relative a temi inerenti alla organizzazione di un ufficio giudiziario e al suo funzionamento, ovvero al comportamento dei soggetti in quell'ufficio operanti, e sempre che la manifestazione del pensiero non si espliciti attraverso riferimenti individualizzanti (nel qual caso, ricorrendo la natura ingiuriosa delle espressioni utilizzate, potrebbe essere configurato il delitto di cui all'art. 595 c.p. e l'illecito di cui all'art. 4, lett. *d*) del d.lgs. 109/2006), non cessa di costituire espressione di una libertà costituzionale e non diventa esercizio di funzione giurisdizionale».

In particolare, deve comunque escludersi rilievo disciplinare a quelle dichiarazioni che puntano a fornire un legittimo contributo di riflessione sulla situazione degli uffici, nell'intento di individuare un modello di organizzazione giudiziaria efficiente: esse ben possono essere agevolmente ricomprese nell'alveo del «diritto di critica» rispetto alle diverse e non sempre convincenti soluzioni organizzative prospettate dai dirigenti degli uffici giudiziari. Le *riflessioni di politica giudiziaria* ben possono contenere legittimi accenni critici agli assetti organizzativi vigenti e non per questo sono da interpretare come dichiarazioni delegittimanti e denigratorie nei confronti dei capi

21. Csm, sez. disc., n. 120/2011.

22. Cass., sez. III civ., 16 maggio 2008, n. 12420, richiamata da Csm, sent. ult. cit.

23. In particolare, il comma 3 dell'art. 6 del codice deontologico Anm, alla stregua del quale: «Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa, così come in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione».

24. Cass., sez. unite, 17 marzo 2017, n. 6965.

degli uffici che abbiano adottato i modelli di organizzazione giudiziaria fatti oggetto di critica. Ciò senz'altro vale anche (e a maggior ragione) quando il contributo critico è inserito nell'ambito della riflessione associativa: il pensiero critico su singoli argomenti di politica giudiziaria, sia pure veicolato attraverso le singole correnti della magistratura associata, costituisce pur sempre una preziosa fonte di arricchimento per l'organizzazione giudiziaria e per la riflessione comune che non può essere equiparata a una indebita modalità di espressione del proprio pensiero. Sotto questa visuale deve dunque escludersi che la comunicazione, anche rivolta all'esterno, concernente non i singoli affari, ma in generale i modelli organizzativi adottati, le carenze, i difetti e le problematicità di gestione, quand'anche formulata in modo critico nei confronti delle scelte operate dai responsabili dell'organizzazione, debbano andare esenti dalla sanzione disciplinare, a meno di integrare la grave scorrettezza di cui alla lettera *d* dell'art. 2 d.lgs cit., la quale però può dirsi integrata laddove, appunto, in violazione del generale dovere di correttezza, riserbo ed equilibrio, e nel rispetto della dignità delle persone, la critica non si mantenga entro i limiti come sopra tracciati²⁵.

14. La precisa delimitazione dell'ambito entro il quale può e deve esercitarsi la prerogativa disciplinare in relazione all'esercizio della libertà di espressione del magistrato serve, in parallelo, a definire la praticabilità della sua estrinsecazione attraverso forme di partecipazione attiva alla vita sociale, mediante il suo coinvolgimento personale in pubbliche manifestazioni ovvero nell'attività di associazioni impegnate in varie forme di tali attività. I presupposti di legge per l'intervento disciplinare, si è visto, sono rigorosi e riservati alle ipotesi che implicano responsabilità penale, ovvero che comportano la violazione dei doveri che grava-

no sul magistrato, ma solo dove risultino integrate le specifiche fattispecie che il legislatore ha individuato come il precipitato di tali violazioni, rilevante sul piano disciplinare. In particolare, per quel che riguarda la personale partecipazione alla vita politica del Paese, essa è sanzionata attraverso la previsione dell'art. 3, lett. *h*, prima parte, relativa a «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici»²⁶, condotta qualificata dal particolare grado di coinvolgimento e di impegno personale del magistrato rispetto all'attività della formazione, non risultando sufficiente una mera adesione pubblica ancorché esplicita, ovvero la occasionale partecipazione a iniziative pubbliche organizzate da un partito, in qualità di autore di relazioni aventi mero contenuto tecnico²⁷.

In ogni caso, è indispensabile tener presente il presupposto secondo il quale la sanzione disciplinare si giustifica essenzialmente in base alla necessità di preservare la credibilità della funzione e l'imparzialità della giurisdizione nel suo complesso, in modo tale però da preservare in capo al singolo le prerogative che non lo escludono da una sana e auspicabile partecipazione alla realtà sociale a cui egli stesso appartiene.

15. D'altronde, è opinione comune, dotata di un certo fondamento, quella per cui, soprattutto dopo l'intervento legislativo operato con la l. n. 269 cit., l'introduzione di un sistema fondato sulla tipizzazione degli illeciti ha costituito, accanto a un auspicabile rafforzamento della garanzia contro iniziative strumentali e arbitrarie, un non irrilevante depotenziamento dello strumento disciplinare, dal momento che sono state relegate fuori dal confine della sanzionabilità tutte quelle condotte del magistrato «non rientranti in alcune delle fattispecie tassativamente descritte e che tuttavia possono ledere il bene giuridico dalle stesse tutelato»²⁸, posto che a tale lacuna, come

25. Cass., sez. unite, 23 ottobre 2017, n. 24969: «Il comportamento del magistrato del P.M. che, nel corso di una conversazione privata e confidenziale con un solo altro interlocutore, abbia usato espressioni di non condivisione di una disposizione organizzativa del procuratore capo e, più in generale, di prassi ritenute proprie anche degli uffici superiori, non integra gli estremi della grave scorrettezza, ex art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, se ed in quanto la critica si sia manifestata con toni oggettivamente non offensivi, né derisori, rientrando essa nella libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita anche al magistrato, sia pure temperata in relazione agli specifici doveri incombenti sullo stesso». Vds. anche n. 6965/2017, cit.

26. Norma fatta salva da dubbi di costituzionalità dalla Corte cost., n. 224/2009, che ha escluso «alcuna violazione dei parametri costituzionali invocati dal giudice rimettente, perché, nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica (...). Il legislatore, piuttosto, è stato spinto dall'esigenza di porre una tutela rafforzata dell'immagine di indipendenza del magistrato, la quale può essere posta in pericolo tanto dall'essere il magistrato politicamente impegnato e vincolato ad una struttura partitica, quanto dai condizionamenti, anche sotto il profilo dell'immagine, derivanti dal coinvolgimento nella attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario».

27. Massima del 31 gennaio 2024 (www.procuracassazione.it/it/massime_di_archiviazione.page).

28. Vds. il discorso del Procuratore generale L. Salvato sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023, part. pp. 228 ss., in cui si riprendono anche le osservazioni contenute nelle relazioni degli anni precedenti (www.procuracassazione.it/resources/cms/documents/Intervento_del_Procuratore_generale_sullamministrazione_della_justizia_nellanno_2023_1.pdf).

detto sopra, non sopperisce l'elencazione dei doveri contenuta nell'art. 1 d.lgs n. 109/2006, che non ha che «una funzione prevalentemente simbolica (o se si vuole “pedagogica” e deontologica)»²⁹. In particolare, da parte dei titolari dell'azione disciplinare, ricorrenemente in sede istituzionale si è messa in evidenza la necessità di un intervento legislativo «volto ad assicurare il bilanciamento tra la tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza e il diritto alla libera espressione del pensiero», così che sia la fonte legislativa a stabilire se l'esternazione abbia rappresentato esplicitazione della libertà, ovvero abuso, in quanto idonea – per contenuto, modi e tempi – a compromettere la fiducia nei valori fondanti della giurisdizione e, di riflesso, il prestigio dell'Ordine giudiziario³⁰. Si è anche osservato che i più recenti interventi riformatori, in

particolare operati con la legge n. 71 del 2022 (cd. “riforma Cartabia”)³¹, sono rimasti indifferenti ai ripetuti richiami alla necessità di un intervento additivo rispetto al catalogo degli illeciti, tale da comprimere gli spazi vuoti non compatibili con una seria volontà di tutela della stessa indipendenza della magistratura attraverso la sanzionabilità delle condotte che costituiscono pregiudizio alla sua immagine di imparzialità. Sicché allo stato, nonostante le richieste che provengono dalle stesse rappresentanze istituzionali della magistratura, e che muovono dalla diretta esperienza della limitatezza, in alcuni casi, dello strumento disciplinare laddove si verificano condotte che in concreto violano il dovere di imparzialità del magistrato, l'attore politico non ha avuto la volontà, o forse la capacità, di mettere mano al complesso normativo.

29. Così Cass., sez. unite, n. 6827/2014, cit.

30. Vds., nel dettaglio, il discorso del Procuratore generale G. Salvi sull'amministrazione della giustizia nel 2021, part. pp. 187 ss. (www.procuracassazione.it/resources/cms/documents/PGC_Interni_layout_O4_1.pdf).

31. Vds. S. Perelli, *L'impatto della riforma Cartabia sul procedimento disciplinare*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2-3/2022, pp. 189-197 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/1041/2-3_2022_qg_perelli.pdf).

L'imparzialità dei magistrati come principio etico. Riflessioni per un dibattito aperto

di Antonella Di Florio

Il contributo esamina alcuni aspetti dell'imparzialità dei magistrati – anche attraverso un'analisi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità che si è sinora formata – e costituisce un invito alla riflessione concreta su tale valore, strettamente connesso con quello dell'indipendenza, al fine di sollecitare la formazione di un'etica condivisa fra tutti i protagonisti del servizio giustizia.

1. Premessa / 2. L'imparzialità / 3. La contiguità fra l'imparzialità e l'indipendenza / 4. La neutralità politica e la neutralità culturale. La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione / 5. La vita privata del magistrato e la sua immagine di imparzialità / 6. L'importanza della formazione professionale. L'imparzialità come dovere di tutti i giudici europei / 7. Conclusioni: un dibattito auspicabile

1. Premessa

La rilevanza dell'"etica" nella professione del giudice è un argomento che ritorna spesso al centro del dibattito sui temi della giurisdizione.

La questione – che appare astratta, "meramente" culturale e di prevalente valenza filosofica – ha assunto invece, nel corso degli anni, grande rilevanza concreta per le gravi ricadute che alcune condotte deprecabili hanno determinato sull'immagine dell'intera magistratura.

Che cos'è l'etica nella professione del giudice? E, soprattutto, come deve essere declinata?

Il problema è stato affrontato specificamente, a

seguito di accesi dibattiti svoltisi all'interno e all'esterno della categoria, quando sono stati approvati il d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109 (che ha tipizzato gli illeciti disciplinari) e il nuovo codice etico dell'Anm del 2010, che descrivono entrambi, sia pure con effetti diversi, i tratti salienti che devono caratterizzare il comportamento del magistrato, sia nell'esercizio delle sue funzioni sia al di fuori di esse, e che dovrebbero far parte del patrimonio di conoscenze di ciascuno¹.

Il codice etico dell'Anm, introdotto per la prima volta nel 1994 (vds. anche la relativa delibera del Csm)², è stato successivamente integrato con regole più dettagliate nel 2010³: si tratta di disposizioni di *soft law* che, pertanto, assumono un valore del

1. Cfr. E. Riva Crugnola, *Codice etico dei magistrati, collegio dei probiviri della ANM: questi sconosciuti?*, in *Questione giustizia online*, 10 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/codice-etico-dei-magistrati-collegio-dei-probiviri-della-anm-questi-sconosciuti).

2. Cfr. d.lgs n. 29/1993, art. 58-bis, introdotto dal d.lgs n. 546/1993, art. 26, e recepito dal Csm con delibera del 12 luglio 1994.

3. Cfr. d.lgs n.165/2001, art. 54, come innovato dall'art. 1, comma 44 della legge n. 190/2012. L'art. 54 prevede in particolare, al suo quarto comma, che «per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato gli organi delle associazioni di categoria adottano un codice etico che viene sottoposto all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata».

tutto differente da quello, normativamente cogente, del codice disciplinare⁴, ma che disegnano i principi autonomamente adottati, a seguito di ampia riflessione, dalla comunità magistratuale per fissare i limiti di condotta entro i quali deve essere svolta l'attività professionale ed extraprofessionale di tutti i giudici iscritti all'Associazione nazionale magistrati.

2. L'imparzialità

Un valore etico fondamentale è rappresentato dall' "imparzialità".

Il principio – che contiene un espresso fondamento nell'art. 111, comma 2, Cost., a mente del quale «ogni processo si svolge nel contraddittorio fra le parti, in condizioni di parità e davanti ad un giudice terzo ed imparziale» – trova la sua regolamentazione in ambito disciplinare giudiziario e paradisciplinare associativo.

Infatti, oltre al richiamo contenuto nell'art. 1 d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109, fra i doveri dei magistrati⁵, il valore dell'imparzialità è richiamato, nel «Codice etico» dell'Anm, nelle seguenti disposizioni:

- nell'art. 1, che prevede che «nello svolgimento delle sue funzioni, nell'esercizio di attività di autogoverno ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale, di indipendenza, anche interna, e di imparzialità»;

- nell'art. 8, che prevede che «il magistrato garantisce e difende, all'esterno ed all'interno dell'ordine giudiziario, l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene un'immagine di imparzialità ed indipendenza»; e che «il magistrato continua ad operare con spirito di indipendenza ed imparzialità nello svolgimento di funzioni amministrative»;

- nell'art. 9, che prevede che «nell'esercizio delle sue funzioni il magistrato opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità, agendo con lealtà ed impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme»; e che «il magistrato assicura, inoltre, che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine, valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità».

Attraverso il codice etico (soprattutto, attraverso la più recente versione di esso), dunque, l'imparziali-

tà – al di là delle contigue fattispecie disciplinari giudiziarie – assume sembianze concrete, in quanto viene declinata con riferimento sia alle condotte poste in essere nel quotidiano esercizio della giurisdizione, sia al di fuori di essa, e con uno stretto collegamento al valore dell'indipendenza: entrambe (imparzialità e indipendenza) rappresentano principi cardine per ottenere la fiducia dei cittadini nell'istituzione giudiziaria e per difenderla, in tal modo, da eventuali improprie "incursioni" degli altri poteri dello Stato.

3. La contiguità fra l'imparzialità e l'indipendenza

Il codice etico richiama costantemente il valore dell'imparzialità, in stretto collegamento con quello dell'indipendenza.

Come ha affermato la Corte costituzionale, «il principio dell'indipendenza, enunciato dell'art. 101 Cost., comma 2 (...) esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto. Sarebbe perciò certamente illegittima una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice a una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, per caso singolo, in veste autoritativa da un organo non giurisdizionale (v. sentenza n. 70 del 1961)» (Corte cost., 13 maggio 1964, n. 40)⁶.

La terzietà del magistrato nel momento del giudizio e, quindi, il trattamento paritetico da riservare alle parti contendenti (nel giudizio civile) e all'accusa e alla difesa (nel processo penale) è strettamente connessa all'assenza di condizionamenti mentali che possano indurre il giudicante a deviazioni del percorso logico decisionale, la più grave delle quali è rappresentata da pressioni esterne.

Nell'ambito di una completa riflessione sul valore etico dell'imparzialità è indispensabile, quindi, esaminare la rilevanza dei due valori in modo speculare.

Da una parte, infatti, è necessario interrogarsi sulla consapevolezza che di essa hanno i magistrati e sulle modalità con la quale la "vivono" nell'esercizio quotidiano della giurisdizione; inoltre, sulla possibilità che in qualche caso possano essere condizionati, sia pur inconsapevolmente, da pressioni esterne o da esperienze personali vissute.

4. Cfr. d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109, artt. 1, 2, 3, 4.

5. L'art. 1 d.lgs 109/2006, intitolato «Doveri dei magistrati», prevede che «Il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni».

6. Cfr. Corte cost., 13 maggio 1964, n. 40 (www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?db=costsn&lang=it).

Dall'altra, è indispensabile riflettere sulla percezione che di tale valore ha il cittadino nel momento in cui si trova, per qualsiasi ragione, a essere parte di un processo (sia civile che penale); e, al di fuori di tali momenti (che possono essere eventuali), sugli aspetti che i cittadini percepiscono come rilevanti per ritenere che l'imparzialità sia stata rispettata o violata.

Il dovere di imparzialità condiziona, infatti, sia il momento più strettamente funzionale che quello extra-funzionale dell'essere magistrato, intrecciandosi con l'esercizio di diritti e libertà fondamentali, di cui anch'egli, così come qualsiasi altro cittadino, è titolare: ciò crea un intreccio di valutazioni alle quali non sempre è semplice dare risposta.

Essere imparziale vuol dire giudicare il caso sottoposto con obiettività e senza preconcetti, seguendo soltanto la propria coscienza nell'applicazione della norma giuridica; vuol dire non lasciarsi influenzare da simpatie, interessi personali, forze e interessi esterni di qualsiasi genere; vuol dire giudicare senza aspettative di vantaggi e senza timori di pregiudizi (*sine spe, sine metu*).

4. La neutralità politica e la neutralità culturale. La giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione

Il dibattito più recente ha posto al centro della discussione soprattutto l'immagine di imparzialità, e cioè la "neutralità dell'apparenza" come garanzia per chi deve essere giudicato, i cui connotati sono tratteggiati dal codice etico dell'Anm, con specifico riferimento all'ambito funzionale attraverso le norme già richiamate (*cf. supra*, par. 2), e dal codice disciplinare in alcune previsioni inerenti agli illeciti extra-disciplinari, previsti dall'art. 3, comma 1, lett. *h*, d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109⁷.

I temi attuali di maggior rilievo sono quelli che riguardano la "neutralità politica del magistrato", e quelli che attengono alla confinante sfera della "neutralità culturale".

Sotto il primo profilo (neutralità politica), va tenuto presente che l'art. 3, comma 1, lett. *h* del decreto n. 109 prevede espressamente, tra gli illeciti disciplinari extra-funzionali, due fattispecie: 1) l'iscrizione a un partito politico; 2) la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici.

Al riguardo, sono intervenute sia la Corte costituzionale sia la Corte di cassazione.

La prima (20 luglio 2018, n. 170) ha, infatti, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale – sollevata dalla sez. disciplinare del Consiglio superiore della magistratura in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost. – dell'art. 3, comma 1, lett. *h*, d.lgs n. 109/2006, nel testo sostituito dall'art. 1, comma 3, lett. *d*, n. 2 della l. n. 269/2006, ribadendo che la previsione, quale illecito disciplinare, dell'iscrizione o della partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici anche per i magistrati fuori del ruolo organico perché collocati in aspettativa «per motivi elettorali», esprime il bilanciamento – demandato dalla Costituzione al legislatore – tra la libertà dei magistrati di associarsi in partiti e l'esigenza di assicurarne l'indipendenza e l'imparzialità, anche davanti all'opinione pubblica, al fine di impedire i condizionamenti all'attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi a un partito o partecipando in misura significativa alla sua attività.

La Corte ha aggiunto che non è irragionevole – tanto più in un contesto normativo che consente ai magistrati di tornare all'esercizio della giurisdizione – mantenere separata la fattispecie disciplinare censurata dall'altra ipotesi, che la legge a determinate condizioni consente, di accesso dei magistrati alle cariche elettive e agli uffici pubblici di natura politica. Il magistrato, come qualunque cittadino, ben può infatti svolgere una campagna elettorale o compiere atti tipici del suo mandato o incarico politico senza necessariamente assumere, al contempo, tutti quei vincoli (a partire dallo stabile schieramento che l'iscrizione testimonia) che normalmente discendono dalla partecipazione organica alla vita di un partito politico.

La Corte afferma, inoltre, che «in linea generale, se i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, le funzioni esercitate e la qualifica che rivestono non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale, al fine di stabilire i limiti che possono essere opposti all'esercizio di quei diritti, che sono giustificati sia dalla particolare qualità e delicatezza delle funzioni giudiziarie, sia dai principi costituzionali di indipendenza e imparzialità (artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, e 108, secondo comma, Cost.) che le caratterizzano, e che vanno tutelati non solo con specifico riferimento all'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche quali criteri ispiratori di regole deontologiche da osservarsi in ogni comportamento di rilievo pubblico, al fine di evitare che i cittadini

7. L'art. 3, comma 1, lett. *h*, d.lgs n. 109/2006 prevede espressamente che costituiscono illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni: « [omissis] *h* l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato».

possano fondatamente dubitare della loro indipendenza ed imparzialità».

In conclusione, la Corte costituzionale, nel ritenere infondata la questione di costituzionalità esaminata, ha colto l'occasione per affermare che il cittadino-magistrato gode certamente dei diritti fondamentali di cui agli artt. 17, 18 e 21 Cost., il cui esercizio gli consente di manifestare legittimamente le proprie idee, anche di natura politica, a condizione però che ciò avvenga con l'*equilibrio* e la *misura* che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica.

La Corte di cassazione (sez. unite, 14 maggio 2020, n. 8906), successivamente intervenuta, ha dato seguito all'interpretazione della Corte costituzionale e ha pronunciato alcuni principi di diritto che si attestano sul medesimo percorso argomentativo, e che vengono di seguito riportati:

1) in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, l'art. 3, comma 1, lett. *h*, d.lgs n. 109/2006 configura come illecito disciplinare due distinte fattispecie, alternative tra loro, costituite dalla «iscrizione a partiti politici» e dalla «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici», entrambe lesive dell'immagine pubblica di imparzialità del magistrato e dell'indipendenza e del prestigio dell'ordine giudiziario.

Ai fini della configurabilità dell'illecito disciplinare, mentre la condotta della iscrizione, per la sua valenza di atto formale, che rivela di per sé una stabile e continuativa adesione del magistrato a un determinato partito politico, lo integra indipendentemente dal ricorso di particolari circostanze, la condotta della partecipazione a partiti politici costituisce, invece, illecito solo quando sia qualificabile secondo i parametri di cui alle clausole generali della «sistematicità» e della «continuatività»; con riguardo a tale fattispecie, è pertanto escluso ogni automatismo sanzionatorio, dovendo il Consiglio superiore della magistratura di volta in volta valutare se la partecipazione del magistrato a un partito politico assuma i caratteri richiesti dalla legge;

2) il divieto per i magistrati di iscrizione ai partiti politici, che si ricava dall'art. 3, comma 1, lett. *h* del citato decreto, vale indistintamente per tutti, sia che svolgano funzioni giudiziarie sia che siano collocati in aspettativa e fuori dal ruolo organico della magistratura per qualunque ragione, ivi compreso lo svolgimento di un mandato elettorale e/o amministrativo;

3) il divieto di iscrizione ai partiti politici non è contraddetto dalla possibilità, per il magistrato eletto al Parlamento, di iscriversi ai «gruppi parlamentari», diversa essendo la natura giuridica di questi ultimi rispetto a quella dei partiti, atteso che, mentre i partiti politici sono associazioni private non riconosciute, i

gruppi parlamentari hanno natura istituzionale, costituendo organi dell'istituzione elettiva necessari al suo funzionamento, tanto che l'iscrizione a uno di essi (eventualmente, al cd. «gruppo misto») è obbligatoria in base ai regolamenti interni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica e prescinde dall'iscrizione del parlamentare a un determinato partito politico.

Sotto il secondo profilo (neutralità culturale), la Corte di cassazione, nella medesima pronuncia, ha affrontato il tema giungendo a un ragionevole bilanciamento dei valori che tiene conto dell'evoluzione che l'esercizio della giurisdizione e, conseguentemente, la posizione dei suoi attori hanno subito nel corso del tempo.

Pur premettendo che l'iscrizione a un partito o la partecipazione organica alla vita dello stesso contrasta col dovere del magistrato di assicurare la propria «immagine pubblica di imparzialità», col suo dovere non solo di essere, ma anche di apparire portatore e difensore dei soli valori incarnati nelle norme giuridiche di cui è chiamato a fare applicazione, è stato, tuttavia, affermato che è «incomprimibile il diritto dei magistrati a partecipare alla vita politica della società ed è pura illusione immaginare la loro indifferenza ai valori, come la loro neutralità culturale».

La Corte ha precisato che occorre, tuttavia, tener distinta la «politica delle idee» – che, come tale, non contrasta con il dovere di imparzialità del magistrato ed è, perciò, ad esso consentita, sia pure col necessario equilibrio e la dovuta moderazione – dalla «politica partitica», dalla lotta tra gruppi contrapposti, alla quale il magistrato, per la particolare collocazione costituzionale dell'ordine giudiziario cui appartiene, deve astenersi dal partecipare, a tutela di quella «immagine pubblica di imparzialità» che è coesistente all'esercizio della funzione giurisdizionale che gli è demandata.

5. La vita privata del magistrato e la sua immagine di imparzialità

Nel perimetro del presente contributo, l'incidenza della vita privata dei magistrati sul valore dell'imparzialità assume uno specifico rilievo.

L'argomento è particolarmente delicato, in quanto è condizionato anche dal livello di riservatezza e di prudenza che ciascuno ritiene di mantenere negli ambiti esterni all'attività professionale.

La questione – connessa in modo peculiare all'immagine di imparzialità che deve essere sempre garantita, secondo quanto previsto dall'art. 8 del codice etico dell'Anm, dall'art. 3 del d.lgs n. 109/2006 (nelle varie fattispecie tipizzate riconducibili a tale

valore), dall'art. 2 della Magna Carta dei giudici europei⁸ – è stata oggetto di riflessione, ad esempio, in relazione all'opportunità (o meno) della presenza dei magistrati sui *social media* nelle comunicazioni quotidiane personali e, per contro, in relazione alle incursioni nella loro vita privata attraverso discutibili manovre giornalistiche.

La domanda che si pone riguarda, da una parte, il livello di esposizione pubblica (mediatica e non) consentita a chi svolge la professione del giudice e, dall'altra, la soglia che deve essere consentita per evitare un eccessivo sacrificio rispetto al diritto di condurre la propria vita privata esercitando gli stessi diritti fondamentali di cui godono tutti gli altri cittadini (come la riservatezza, la vita affettiva, la partecipazione al dibattito pubblico).

Al riguardo, la Corte costituzionale, pur dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18 rd.lgs 31 maggio 1946, n. 511 (nella parte in cui sottoponeva a sanzione disciplinare il magistrato che avesse tenuto in ufficio o fuori una condotta tale da renderlo immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o da compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario), sollevate dalla sezione disciplinare del Csm, ha affermato in via interpretativa che «la necessità di un equilibrato bilanciamento con altri interessi costituzionalmente tutelati non può comprimere i diritti di libertà del magistrato costituzionalmente previsti, ma ne vieta solo l'esercizio anomalo e cioè l'abuso, che si configura quando risultino lesi gli altri valori di rilievo costituzionale» (Corte cost., 7 maggio 1981, n. 100)⁹.

La peculiarità dei casi concreti esaminati per fat-

ti di cui i magistrati si sono resi protagonisti mentre non erano nell'esercizio delle loro funzioni, impediscono, in questa sede, di affrontare tutte le problematiche che si sono poste, rispetto alle quali è stato ritenuto necessario affermare, nella sostanza, il principio di «ragionevolezza», spesso declinato attraverso la «scarsa rilevanza del fatto» prevista dell'art. 3-bis d.lgs n. 109/2006¹⁰.

Diverso orientamento, invece, è stato mostrato dalle sezioni unite della Corte di cassazione nei casi in cui, in sede disciplinare, si è occupata del problema delle frequentazioni dei magistrati con persone coinvolte in fatti di rilevanza penale, trattati direttamente o indirettamente dall'incolpato, tanto da poter risultare appannata la sua immagine di correttezza e imparzialità.

In particolare, è stato affermato che «l'immagine stessa del magistrato evoca un modello ideale, rispettoso dell'insieme dei doveri che ne definiscono gli schemi comportamentali (e riempiono di contenuto il modello stesso) ed affidatario della tutela dei diritti di ogni consociato; pertanto, i magistrati – più di ogni altra categoria di funzionari pubblici – sono tenuti a conformare oggettivamente la propria condotta ai più rigorosi standard di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio nell'esercizio delle funzioni, ma anche ad apparire indipendenti ed imparziali (evitando di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni), con la conseguenza che l'esimente della scarsa rilevanza della violazione del dovere di astensione va esclusa se la condotta dell'incolpato è idonea a compromettere l'immagine del magistrato in relazione ai predetti profili»¹¹.

8. La Magna Carta dei giudici europei (adottata dal CCJE il 17 novembre 2010) sancisce che «l'indipendenza e l'imparzialità del giudice sono precondizioni essenziali per l'adeguato funzionamento della giustizia».

9. Cfr. Corte cost., 7 maggio 1981, n. 100 (www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll).

La sezione disciplinare del Csm, con ordinanze di identico contenuto emesse nei procedimenti disciplinari a carico di alcuni magistrati, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 rd.lgs 31 maggio 1946, n. 511 (norma poi abrogata dall'art. 31 d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109), nella parte in cui sottoponeva a sanzione disciplinare il magistrato che avesse tenuto, «in ufficio o fuori, una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario». L'organo rimettente fondava la questione sul contrasto di tale disposizione con gli artt. 21, primo comma, 25, secondo comma, 101, secondo comma e 108, primo comma della Costituzione.

A sostegno delle censure, il Consiglio superiore osservava che la norma impugnata non tipicizzava l'illecito disciplinare, ma lo individuava in rapporto a criteri, valutazioni e modelli di comportamento a loro volta non tipicizzati. In tal modo, secondo il giudice *a quo*, la predetta parte dell'art. 18 si poneva in contrasto: a) con il principio di legalità posto dall'art. 25, secondo comma della Costituzione; b) con gli artt. 101, secondo comma, e 108, primo comma, della Costituzione, i quali, stabilendo che i giudici sono soggetti soltanto alla legge e che le norme sull'ordinamento giudiziario sono stabilite per legge, escluderebbero la mediazione di altri organi nella disciplina dello *status* dei magistrati; c) con l'art. 21 della Costituzione, il quale esclude limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero, sia pure in contemporanea con gli artt. 54, secondo comma, 101, secondo comma, e 104, primo comma della Costituzione.

10. Per una esauriente disamina della casistica, cfr. Ssm, *L'Etica del magistrato. Documentazione per i gruppi di lavoro*, a cura di G. Grasso e C. De Robbio (www.scuolamagistratura.it/documents/20126/3acca555-3270-3cab-b147-c7de604bf5cd).

11. In applicazione del principio richiamato, Cass., sez. unite, n. 28167/2023 ha confermato la decisione della sezione disciplinare che aveva escluso l'applicabilità dell'esimente della scarsa rilevanza della violazione del dovere di astensione alla condotta di un magistrato (che aveva intrattenuto relazioni sentimentali con curatori fallimentari e legali della curatela, nell'ambito di procedure fallimentari nelle quali rivestiva la funzione di giudice delegato) perché intrinsecamente idonea a ledere il bene giuridico protetto, restando irrilevante, in quanto elemento aleatorio estraneo a detta condotta, lo *streptitus fori* determinato dalla diffusione della notizia sulla stampa locale. Sulla incompatibilità fra alcune frequentazioni e l'immagine di imparzialità, devono essere segnalate, fra le più recenti, anche: Cass.,

C'è da chiedersi, tuttavia, se la costruzione (o la ricostruzione) dell'etica dell'imparzialità possa realizzarsi efficacemente attraverso un sistema sanzionatorio, disciplinare giudiziario o paradisciplinare etico: i risultati sinora raggiunti attraverso gli strumenti a disposizione non sono affatto soddisfacenti perché incidono soltanto sui singoli casi e, anche in ragione della tutela della riservatezza che deve essere garantita agli incolpati, non hanno la potenzialità di diffondere una diversa cultura etica.

A ciò deve aggiungersi che il panorama normativo e giurisprudenziale che riguarda la materia è, per molti magistrati, del tutto sconosciuto, così come nel concreto gli obbligatori limiti di condotta e, per contro, i campi aperti a interventi, anche auspicabili, per dare vigore all'immagine della funzione giurisdizionale di fronte al cittadino.

Su questo tema, dunque, un ruolo fondamentale va attribuito alla formazione professionale che deve contenere sia momenti di riflessione fra i magistrati rispetto alla "percezione dell'essere imparziali" (includendo un attento esame anche delle possibili derive narcisistiche nello sviluppo della carriera), sia momenti di confronto fra i giudici e la collettività che consentano ai primi di comprendere la percezione che i cittadini hanno della loro funzione e del loro servizio.

6. L'importanza della formazione professionale. L'imparzialità come dovere di tutti i giudici europei

È stato affermato che «costituisce talvolta un luogo comune che l'etica professionale non si insegna, e a sostegno di questo assunto si evidenzia il fatto

che l'etica – interessantissima, coinvolgente, divisiva quando si affrontano i singoli casi concreti e le questioni controverse – rischia di risultare banale quando si enunciano in astratto principi e regole di comportamento, senza esplorarne la genesi storica e senza discuterne le contaminazioni con la realtà»¹².

Ed è stato a lungo ritenuto che l'etica professionale si acquisisce, innanzitutto, con l'esempio, affidando in tal modo, silenziosamente, tale compito ai magistrati affidatari dei mot e ai dirigenti degli uffici.

Tuttavia, ciò si è rivelato non sufficiente: infatti, i numerosi casi affrontati recentemente, in sede sia disciplinare sia paradisciplinare, inducono a ritenere che è necessario istituzionalizzare un'attività di formazione sull'etica, così come è stato sollecitato anche dal Presidente della Repubblica nel suo intervento di saluto alla ricorrenza del decennale della Scuola superiore della magistratura, con il quale ha rivolto l'invito al Comitato direttivo della Ssm a dedicare sessioni specifiche formative all'etica dei comportamenti¹³.

La Scuola ha dedicato, da circa due anni, specifiche sessioni all'etica giudiziaria sia nei corsi dedicati ai magistrati in tirocinio sia nella formazione permanente, anche della magistratura onoraria: è stato, dunque, dimostrato che è possibile realizzare questa formazione, coniugando la riflessione sui principi e le regole dell'etica dei comportamenti con la dimensione applicativa.

Il taglio delle sessioni formative è di carattere pratico ed è stata elaborata una raccolta sistematica di questioni etiche con cui ciascun magistrato si può confrontare all'interno e al di fuori dell'ufficio. Le questioni sono state poste in forma interrogativa, al fine di consentire a ciascun partecipante alla sessione di proporre delle soluzioni. Esse spaziano dai rapporti con i colleghi, il personale amministrativo, le parti,

sez. unite, n. 24038/2023, secondo cui, «per integrare l'illecito disciplinare previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 109 del 2006 è necessario, sotto il profilo oggettivo, che la frequentazione di persona sottoposta a procedimento penale trattato dal magistrato sia caratterizzata da una regolarità di rapporti tale da appannare l'immagine di quest'ultimo, suscitando sospetti sulla sua imparzialità nell'esercizio delle funzioni, mentre, sotto il profilo soggettivo, è sufficiente che la conoscenza della situazione in cui si trova la persona frequentata accompagni la condotta o anche solo un suo segmento, ossia che al magistrato risulti la predetta condizione quando frequenta, o continua a frequentare, quella certa persona, non essendo necessario che la consapevolezza preceda la frequentazione»; Cass., sez. unite, n. 7427/2022, secondo la quale «Il magistrato il quale risulti avere, o avere avuto, una relazione sentimentale con una qualsiasi delle parti dei processi nei quali è chiamato a giudicare o con taluno dei legali che tali parti assistono, viene a trovarsi in una situazione in cui, per gravi ragioni di convenienza, egli – a norma degli artt. 36, comma 1, lett. h), c.p.p. e 51, comma 2, c.p.c. – ha l'obbligo deontologico di astenersi, atteso che il legame di affetto tra il giudice e la parte o il suo difensore finisce per intaccare la serenità e la capacità del giudice di essere imparziale, ovvero per ingenerare, sia pure ingiustificatamente, il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali ed intesa, per ragioni private e personali, a favorire o danneggiare gli eventuali destinatari. La lesione di tali regole della deontologia professionale nello svolgimento dell'attività giudiziaria costituisce illecito disciplinare anche se posta in essere dal magistrato del P.M., perché la percezione ambientale diffusa della relazione appanna l'immagine di imparzialità, che deve ispirare anche la sua attività».

12. Cfr. G. Grasso, *Il seme dell'etica: la vita e la testimonianza di Rosario Livatino per la magistratura*, relazione presentata al Convegno «L'attualità del Beato Rosario Livatino» (Biblioteca di S. Maria sopra Minerva, Roma, 18 gennaio 2023), Centro Studi Rosario Livatino, 23 gennaio 2023 (www.centrostudilivatino.it/il-seme-dell-etica-la-vita-e-la-testimonianza-di-rosario-livatino-per-la-magistratura/).

13. Cfr. l'intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla celebrazione del decennale della Ssm, Scandicci 24 novembre 2021 (www.quirinale.it/elementi/61252). L'argomento è stato ripreso anche nel successivo discorso, tenuto durante l'inaugurazione della nuova sede della Ssm a Castelcapuano, il 15 maggio 2023 (www.quirinale.it/elementi/85577).

all'uso dei *social network*, ai rapporti con la stampa, alle frequentazioni, alla spendita del nome, etc.¹⁴.

Inoltre, per ampliare ulteriormente la formazione sull'etica, il Comitato direttivo della Ssm, ha invitato tutte le formazioni decentrate a realizzare, in ciascun distretto, corsi di formazione sull'etica del magistrato secondo un *format* condiviso, iniziativa che è stata attuata con successo in moltissime sedi.

L'etica del magistrato, così come declinata nel relativo codice etico dell'Anm, discende dalla Costituzione quale fonte primaria delle regole del "dover essere" dei magistrati: un costante aggiornamento su tali principi costituisce un indispensabile contributo per la formazione di una cultura europea dell'imparzialità.

Il codice etico, infatti, si basa su principi rinvenibili anche in diverse fonti internazionali che richiamano, – tutte – l'integrità, l'onore, la dignità, nonché l'indipendenza (nelle dimensioni interna ed esterna, così come rispettivamente declinate e desumibili dal codice etico) intesa come attività giudiziaria svolta in assenza di interferenze.

In particolare, non è inutile richiamare:

1) le linee-guida delle Nazioni Unite sul ruolo dei pubblici ministeri, adottate in occasione dell'VIII Congresso tenutosi all'Avana nel 1990;

2) gli *standard* di responsabilità professionale e dichiarazione sui diritti e doveri fondamentali dei pubblici ministeri adottati dall'Associazione internazionale dei pubblici ministeri il 23 aprile 1999;

3) la raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa – Rec (2000)19;

4) i *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, approvati nel luglio 2006 da ECOSOC («*United Nations Economic and Social Council*») nell'ambito di una risoluzione che ha riconosciuto i principi di Bangalore come complementari ai principi delle Nazioni Unite del 1985 sull'indipendenza del sistema giudiziario;

5) la raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa – Rec (2010)12 – agli Stati membri della Ue sui giudici, adottata il 17 dicembre 2010.

In base ai principi di Bangalore e alla raccomandazione del Consiglio d'Europa¹⁵, competenza, integrità, indipendenza, imparzialità dei magistrati sono

prerequisiti necessari e garanzia per il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, condizioni indispensabili per la fiducia nel sistema giudiziario.

In tale contesto, i principi condivisi nel codice etico dell'Anm, se confrontati con gli strumenti internazionali sopra indicati, non sono confinati in una dimensione nazionale, ma mirano a proiettare all'esterno la figura di un magistrato (requirente e giudicante) consapevole dell'importanza della sua funzione (necessariamente connotata da professionalità e deontologia), sensibile e attento alle esigenze della collettività e alle richieste di efficienza, correttezza e trasparenza, rispettoso dei ruoli e calato in un contesto non più circoscritto ai confini nazionali¹⁶.

7. Conclusioni: un dibattito auspicabile

La conoscenza e il rispetto dei principi sopra richiamati sono indispensabili per rendere concreto e apprezzabile il principio di "imparzialità": ciò rappresenta un faro per il corretto esercizio della giurisdizione e per una ricollocazione armonica della figura del giudice nella nostra società, all'interno della quale è necessario assumere una posizione disponibile a ricostituire l'equilibrio che è stato destabilizzato da condotte infamanti per l'immagine dell'intera magistratura.

Al contempo, però, è quanto mai necessario che tale consapevolezza rafforzi l'orgoglio della funzione e consenta di assumere una composta ma efficace reazione agli spropositati attacchi, molto spesso strumentali e sempre più frequenti, di cui alcuni magistrati sono stati recentemente vittime in modo del tutto ingiustificato, con espresso riferimento, nel settore civile, a provvedimenti non graditi dalla parte soccombente.

Sulla base di tali premesse, è rilevante che si sviluppi un dibattito che parta dal "profondo sentire" di ciascuno, mediante il quale la questione dell'imparzialità venga riportata all'interno dei giusti binari: i quali devono consentire, da una parte, di ricostruire la credibilità della categoria anche attraverso lo sviluppo di anticorpi idonei a evitare che possano ripetersi episodi scabrosi come quelli ai quali abbiamo

14. Cfr. la documentazione della Ssm (www.scuolamagistratura.it/documents/20126/ce44ddee-8f88-8ad3-e3ff-7baeffa09563) relativa all'immagine di indipendenza e imparzialità del magistrato nei rapporti con la politica e la p.a., nonché agli obblighi di correttezza del magistrato e ai doveri del dirigente dell'ufficio.

15. www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/bangalore_principles/bangalore_principles_italian.pdf
<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=17179>.

16. Sul tema, cfr. anche G. Raimondi, *Deontologia e professionalità del magistrato nella giurisprudenza Cedu*, in *Giustizia insieme*, 9 ottobre 2020 (www.giustiziainsieme.it/en/ordinamento-giudiziario/1328-deontologia-e-professionalita-del-magistrato-nella-giurisprudenza-cedu?hitcount=0).

assistito negli ultimi anni¹⁷; e, dall'altra, di diffondere la convinzione che il magistrato "asettico", lungi dal realizzare il valore dell'imparzialità, corrisponde soltanto a una visione deresponsabilizzante della sua funzione che non è compatibile con la previsione costituzionale del ruolo di protagonista della giurisdizione.

In buona sostanza, la «disciplina ed onore» predicati dall'art. 54, comma 2, Cost. sono i valori di fondo che, includendo l'imparzialità e l'indipendenza, devono guidare la condotta del giudice e non possono prescindere dallo sviluppo e dalla equilibrata esternazione della «politica delle idee», riaffermata anche, recentemente, dalla Corte di cassazione¹⁸.

17. Il riferimento è alla complessa vicenda, meglio nota come lo "scandalo dell'Hotel Champagne", dalla quale sono sorti numerosissimi procedimenti penali e disciplinari a carico di magistrati.

18. Cfr. la già citata Cass., sez. unite, 14 maggio 2020, n. 8906 (www.itagliure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?db=civile&lang=it).

La violazione del dovere del giudice di essere e apparire imparziale

di Antonietta Carestia

Il caso Apostolico ha riproposto il tema dell'imparzialità del giudice, facendo emergere vecchie e nuove questioni che alimentano la conflittualità tra politica e magistratura. L'applicazione del codice etico e specifici corsi di formazione della Ssm, aperti all'avvocatura, sono vie percorribili per una giustizia rispondente alle attese e alle esigenze di tutela dei cittadini.

1. Il nuovo modello di giudice interprete della legge / 2. Codice etico e norme disciplinari / 3. Il caso Apostolico / 4. L'imparzialità del giudice nel sistema delle fonti / 5. La violazione del dovere di essere e di apparire imparziale / 6. Come superare la "mistica" dell'apparenza / 7. Un nuovo rapporto con l'avvocatura

1. Il nuovo modello di giudice interprete della legge

Nei primi anni settanta, nel prendere servizio presso il Tribunale di Savona, mia prima sede di assegnazione, il vecchio presidente, con toni paternalistici, mi congedò con la raccomandazione di «Non prendere neppure un caffè al bar con gli avvocati», perché «i giudici devono non solo essere, ma anche apparire imparziali».

Una raccomandazione che mi parve più espressione delle strettoie culturali della vita di provincia che dell'esigenza di un rigoroso rispetto di regole deontologiche. Un commiato che, peraltro, era stato preceduto da un saluto che mi aveva fortemente colpito, ferendo il mio orgoglio di giovane magistrata: «Avevo chiesto un uditore e non una uditrice», queste le parole a prima vista pronunciate.

Da quel giorno, l'imparzialità e il pregiudizio (non solo di genere) sono stati alcuni dei temi di riflessione che hanno accompagnato il mio percorso professionale, ponendomi interrogativi e sollecitando delle risposte.

Sperimentai poi che quell'abito di riservatezza che dovevo indossare, di fatto, si traduceva in una separatezza esasperata non solo con l'avvocatura, ma con tutto il mondo circostante, impedendo utili scambi culturali e professionali e rendendo altresì difficili le relazioni sociali. Per converso, produceva effetti fortemente aggreganti e autoreferenziali tra i magistrati, tutti quotidianamente presenti in ufficio e impegnati nello studio, nelle discussioni sui casi più difficili da decidere oltre che in lunghe udienze penali e civili.

È stato un formidabile periodo di acquisizione di tecniche e di nuove conoscenze giuridiche, reso ancora più proficuo dalla presenza di colleghi di grande spessore culturale e umano, ma ho sempre avvertito i limiti di quella scelta, che evocava una concezione quasi castale della figura del magistrato e che di fatto impediva di avere contezza del quadro complessivo dell'esercizio della giurisdizione e di guardare alla realtà fenomenica sulla quale si andava a incidere con la piena consapevolezza degli interessi in gioco e delle effettive esigenze di tutela dei cittadini e/o delle parti coinvolte nel giudizio.

Eppure, erano già presenti nella giurisdizione nuovi fermenti e segnali di cambiamento.

Dopo il Congresso di Gardone dell'Anm, del 1965, si andava delineando un nuovo modello di giudice che, nel rivendicare l'indipendenza da ogni centro di potere, dava nuovo senso e nuovo contenuto alla funzione di interpretazione della legge, da intendere non più come applicazione automatica delle norme nel loro significato letterale, ma alla luce e in diretta applicazione dei principi della Costituzione, in quanto "principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale", salvo eventuali questioni di costituzionalità per le norme che in ipotesi fossero in contrasto con il dettato costituzionale.

In questa nuova stagione dei diritti mi trovai a svolgere le funzioni di giudice presso il Tribunale per i minorenni di Roma, dove la struttura e le modalità di intervento evocavano scelte e stereotipi culturali di un passato non ancora archiviato, rendendo non facile il fare giustizia e tutelare in concreto i diritti dei minori, anche se nati al di fuori del matrimonio, come imponeva la Costituzione. Fu un'esperienza professionale di grande impatto, che mi consentì di praticare un diritto minorile in continuo divenire, sulla base di una effettiva conoscenza delle dinamiche sociali che facevano da sfondo al singolo caso e che offrivano uno spaccato del disagio morale, che attraversava tutte le classi sociali, per l'emersione di varie forme di violenza, con effetti disgreganti sui nuclei familiari e una sensibile crescita dei fenomeni di devianza minorile.

Una realtà difficile rispetto alla quale, come giudice della persona, non sono stata indifferente. Non potevo esserlo, anche per le peculiarità della funzione svolta e la gravità dei casi da affrontare.

Ma ben presto il vento del cambiamento si diffuse in tutti gli uffici giudiziari.

Il nuovo modello di giudice che si andava delineando si potenziò nei successivi anni ottanta e novanta. Con le loro significative trasformazioni sociali ed economiche, quegli anni mi portarono, nelle nuove funzioni di giudice civile di primo e secondo grado, ad affrontare le problematiche delle clausole vessatorie, delle tutele del consumatore e anche del nuovo diritto di famiglia, già investito nel 1975 da una profonda riforma. Quest'ultima, in attuazione della Costituzione, aveva rivoluzionato l'istituto della famiglia e dei rapporti familiari, avviando un ampio processo di depurazione di norme inficcate dai residui di una concezione patriarcale della famiglia, ancora oggi presenti nell'organizzazione della società, nella formazione e nell'applicazione della legge.

Fu proprio in questo periodo di forte sviluppo economico, dovuto anche agli effetti di un crescente fenomeno di globalizzazione dell'economia di mercato, che il già difficile rapporto tra magistratura e poli-

tica si incrinò per l'emergere di collusioni tra politica e imprenditoria e l'accertamento di gravi comportamenti corruttivi.

Si trattò di una frattura profonda, che segnò l'inizio di un percorso accidentato e di periodici tentativi da parte della politica di ridurre gli spazi del potere giudiziario, tentativi cui la magistratura non fu sempre in grado di dare risposte adeguate a causa di una crisi interna determinata anche da forme di potere e di sovraesposizione mediatica e dalla scarsa consapevolezza, da parte di alcuni magistrati, della rilevanza del proprio ruolo e della forte incidenza sul comune sentire della società.

2. Codice etico e norme disciplinari

In un contesto di fibrillazione del potere politico si colloca il codice etico della magistratura, adottato dall'Anm nel 1994 in applicazione dell'art. 58-bis d.lgs n. 29/1993, (introdotto dal d.lgs n. 546/1993) che, nel disciplinare i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, prevedeva «per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato» l'adozione, da parte delle associazioni di categoria, di un codice etico nel termine di 120 giorni, salvo l'intervento dell'organo di autogoverno in caso di inutile scadenza.

Della anomalia di questo atto di nascita vi è traccia nella «Premessa» del codice, in cui si sollevano dubbi di costituzionalità sulla disposizione di legge «sia sotto il profilo dell'eccesso di delega sia sotto quello della violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario», dandosi comunque atto dell'opportunità della individuazione di norme etiche, anche se prive di efficacia giuridica, come espressamente si sottolineò.

Nonostante le esplicite finalità e il linguaggio descrittivo dei comportamenti da tenere, il codice fu riversato in modo alquanto confuso nella nuova normativa sugli illeciti disciplinari, già oggetto della generica disposizione di cui all'art. 18 rd.lgs 31 maggio 1946, n. 511 («*Guarentigie della Magistratura*»), che per decenni era stata l'unica fonte normativa di riferimento in materia di illeciti disciplinari dei magistrati.

La nuova disciplina approvata con d.lgs 23 febbraio 2006, n. 109, sul finire della XIV legislatura, all'art. 1, comma 1, elencava i doveri di «imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio» che fanno carico al magistrato, oltre al rispetto della dignità della persona, aggiungendo, al comma 2: «il magistrato, anche fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio

della istituzione giudiziaria»; il comma 3 si limitava a prevedere la tassatività degli illeciti perseguibili nelle ipotesi previste negli articoli successivi (2, 3 e 4).

Nel corso della XV legislatura, sotto il Governo Prodi, con legge 24 ottobre 2006, n. 269, con un insolito intervento legislativo che rifletteva la tensione dei rapporti tra politica e magistratura, venne modificata in più punti la disciplina appena entrata in vigore e, in particolare, vennero abrogati i commi 2 e 3 dell'art. 1 sopra indicati.

Quanto agli illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni elencati all'art. 3, comma 1, venne abrogata la lettera *l*, che conteneva una clausola di chiusura con la generica previsione che costituiva illecito disciplinare «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, *anche sotto il profilo dell'apparenza*» (c.vo aggiunto).

3. Il caso Apostolico

Il caso della giudice Apostolico ha riaperto i fari su una disciplina che cade periodicamente sotto i riflettori.

Come diffusamente riportato dalla stampa, con provvedimento del 29 settembre 2023, la giudice del Tribunale di Catania non ha convalidato il provvedimento del Questore di Ragusa, relativo al trattenimento di immigrati provenienti da Paese di origine designato come «sicuro», sul rilievo che la normativa di riferimento è in contrasto con la normativa comunitaria. Le sezioni unite della Corte di cassazione, a seguito di ricorso proposto dal Ministro della giustizia, hanno emesso in data 30 gennaio 2024 ordinanza interlocutoria con la quale, in applicazione dell'art. 267 Trattato UE, hanno chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea in materia.

Forti reazioni ha suscitato la diffusione di alcuni video che documentavano la partecipazione della Apostolico a una manifestazione pubblica tenutasi alcuni anni prima a sostegno dei migranti, comportamento che – secondo le considerazioni espresse dal Ministro della giustizia in risposta a un'interrogazione parlamentare – non configura un illecito disciplinare, ma potrebbe giustificare «*l'introduzione di un illecito per i magistrati che, nella loro vita privata, tengono comportamenti che potrebbero compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza*».

Il progetto sembra essere quello di reintrodurre l'illecito disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lett. *l* del d.lgs n. 109/2006, disposizione abrogata dalla legge n. 269/2006.

Il caso ha sollevato interrogativi sui contenuti del dovere di imparzialità del giudice e sulla rilevanza etica e/o disciplinare dei comportamenti dei magistrati, sia nell'esercizio che al di fuori delle funzioni, in violazione del dovere di imparzialità o, meglio, dell'*immagine* di imparzialità.

4. L'imparzialità del giudice nel sistema delle fonti

Nel nostro sistema, l'imparzialità del giudice costituisce un principio-cardine della giurisdizione ed ha avuto il riconoscimento di principio costituzionale con la modifica dell'art. 111 Costituzione, avvenuta con la legge di riforma n. 2/1999, mediante l'inserimento di un secondo comma («Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a *giudice terzo e imparziale*. La legge ne assicura la ragionevole durata» – c.vo aggiunto), ma già in precedenza costituiva un principio immanente nel sistema, assistito da una copertura costituzionale desumibile dagli artt. 3 (principio di uguaglianza) e 24 (diritto inviolabile di difesa) della Costituzione.

In sintesi, anche sulla base delle comuni acquisizioni di dottrina e giurisprudenza, la terzietà garantisce, sotto il profilo istituzionale, l'estraneità del giudice alle funzioni dell'accusa e della difesa, mentre l'imparzialità attiene al giudizio e richiede che il giudice sia libero da pregiudizi, frutto di preconvincimenti o preconvincimenti che possono incidere sulla formazione della decisione.

L'imparzialità trova il suo presupposto necessario nel requisito dell'indipendenza, che assicura l'autonomia del singolo giudice nell'ordine giudiziario di appartenenza, in quanto inamovibile e non soggetto a distinzioni di tipo gerarchico (artt. 104 e 107 Cost.), ma si configura anche come un dover essere che informa e guida l'agire del giudice e assume specifica rilevanza nel momento decisionale del singolo processo, essendo il giudice soggetto solo alla legge (art. 101 Cost.) e dovendo trovare nell'ordinamento giuridico le regole di giudizio del caso concreto.

Imparzialità e indipendenza, in quanto dirette ad assicurare il giusto processo (art. 111, primo comma, Cost.), nella disciplina dei codici sono assistite da specifiche forme di tutela che, attraverso gli istituti dell'astensione e della ricsuzione, rendono funzionale il sistema (artt. 34, 35 cpp e 51 cpc). Specifiche ipotesi di incompatibilità sono altresì previste per il giudice penale, preordinate ai fini dell'operatività dell'astensione e/o della ricsuzione, oltre alla rimessione ad altro giudice al fine di tutelare la libera determinazione delle persone che partecipano al processo, nel caso di gravi condizioni ambientali tali da turbare il corretto svolgimento.

Trattasi di un articolato sistema di garanzie a tutela dei diritti fondamentali, cui poi si sono aggiunti i principi di fonte europea e internazionale.

Al riguardo, va richiamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata il 12 dicembre 2007, che ha lo stesso valore dei Trattati e che, all'art. 47, riconosce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la *Magna Charta dei giudici* adottata il 17 novembre 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), che all'art. 2 enuncia i principi fondamentali dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice quali precondizioni essenziali per l'adeguato funzionamento della giustizia, e all'art. 11 rende applicabile lo statuto dell'indipendenza anche ai pubblici ministeri.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), ratificata dall'Italia con legge n. 848 del 1955, all'art. 6, comma 1, prevede che «*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*».

In numerose pronunce, la Corte Edu è ferma nel richiedere l'accertamento del requisito dell'imparzialità sotto un duplice profilo, soggettivo e oggettivo, per verificare, nel primo caso, l'incidenza sul dovere di imparzialità del giudice di eventuali convinzioni personali o di comportamenti tenuti con riguardo al singolo procedimento, tali da far emergere un suo interesse personale nel giudizio, presumendosi altrimenti la sua imparzialità; per accertare, nel secondo caso, l'esistenza di fatti che, a prescindere dalla condotta tenuta in concreto dal giudice, possano generare dubbi, oggettivamente giustificabili, sulla sua imparzialità, assumendo importanza sotto questo profilo anche le apparenze, perché «*non si deve solo fare giustizia, ma si deve anche vedere che è stata fatta*», essendo in gioco «*la fiducia che in una società democratica i tribunali devono ispirare nei cittadini*» (tra le più recenti: *Daineliene c. Lituania*, 16 ottobre 2018; *Morice c. Francia* [GC], 23 aprile 2015).

5. La violazione del dovere di essere e di apparire imparziale

Qual è la ricaduta sul piano disciplinare della violazione del dovere di imparzialità che il giudice deve praticare, sotto il profilo dell'essere e dell'apparire imparziale?

Il d.lgs n. 109/2006, di recente modificato con la previsione di nuovi illeciti¹, all'art. 1 include l'imparzialità tra i doveri fondamentali del magistrato, insieme a quelli di correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona, la cui violazione costituisce antecedente logico necessario degli illeciti funzionali ed extrafunzionali elencati negli artt. 2 e 3.

Gli illeciti conseguenti a reato ricadono sotto la disciplina dell'art. 4, che alla lett. *d*, in via residuale, attrae nell'area del disciplinare qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato anche nei casi di estinzione del reato per qualsiasi causa o di sentenza di non luogo a procedere.

Tra gli illeciti funzionali previsti dall'art. 2, comma 1, va segnalata la «*consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge*» (lett. *c*), che di recente il Csm ha ritenuto applicabile anche al pm che «*omette di astenersi dalla trattazione di un procedimento penale riguardante un soggetto con cui ha un rapporto di frequentazione giacché la sua attività può anche solo apparire infirmata da un interesse personale o familiare*», in conformità a un orientamento già espresso dalle sezioni unite², che hanno interpretato l'art. 52 cpp (astensione facoltativa del pm) alla luce del dovere generale di astensione previsto dall'art. 323 cp in caso di ricorrenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto.

Significativa è la liberatoria previsione contenuta nel comma 2, con la quale si esclude la rilevanza disciplinare dell'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove, salvo le eccezioni espressamente previste (che attengono in gran parte a ipotesi gravi di ignoranza o negligenza inescusabili), a conferma che il diffuso impegno di tanti giovani magistrati della mia generazione nel fare applicazione del diritto secondo i nuovi valori e i principi espressi dalla Costituzione e dalle fonti europee si muoveva nella giusta direzione.

Tra gli illeciti extrafunzionali di cui all'art. 3, dopo l'abrogazione della disposizione di cui alla lett. *l*, l'ipotesi di maggior interesse sotto il profilo della violazione dell'obbligo di imparzialità è quella prevista dalla lett. *h*, nel testo sostituito dal d.lgs n. 269/2006, che riguarda «*l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato*».

1. Con l'art. 11 della legge n. 71/2022 sono stati introdotti nuovi illeciti disciplinari a modifica degli artt. 2 e 3 d.lgs n. 109/2006, oltre agli istituti della estinzione e della riabilitazione.

2. Vds. Csm, n. 154/2022; Cass., sez. unite, nn. 21853/2012 e 33537/2018.

Con una lontana sentenza, la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondate le questioni di costituzionalità dell'art. 18 rd.lgs n. 511/1946 sollevate dal Csm per violazione (anche) dell'art. 21, comma 1, Cost., affermava che «i magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo) debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità» (Corte cost., n. 100/1981 – c.vo aggiunto).

Una motivazione che ritroviamo anche nella sentenza n. 170/2018, con la quale il giudice delle leggi, pronunciandosi sul ricorso incidentale proposto dal Csm nel procedimento disciplinare a carico di M.E., ha dichiarato non fondate le questioni sollevate in ordine al divieto per i magistrati di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici, sanzionato dall'art. 3, lett. h, d.lgs n. 109/2006, applicabile anche ai magistrati collocati in aspettativa per motivi elettorali, sottolineando che la scelta legislativa, all'esito del bilanciamento fra titolarità dei diritti fondamentali da parte dei magistrati (artt. 17, 18 e 2 Cost.) e tutela dei principi di indipendenza e imparzialità, non impedisce di riconoscere al cittadino magistrato di manifestare legittimamente le proprie idee, anche di natura politica, a condizione che ciò avvenga con l'equilibrio e la misura che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica³.

Il ricorso proposto da M.E. avverso la sentenza n. 30/2009, emessa dal Csm a definizione del procedimento, è stato rigettato dalle sezioni unite con sentenza n. 8906/2020.

Con una motivazione molto elaborata, le sezioni unite, esaminando le questioni di costituzionalità dell'art. 3, lett. h, d.lgs n. 109/2006, sollevate dal ricorrente sotto profili diversi da quelli già oggetto di controllo da parte della Corte costituzionale, hanno richiamato le precedenti decisioni in materia, precisando che l'esercizio della funzione giurisdizionale impone al giudice non soltanto di essere esente da

ogni «parzialità», ma anche di essere «al di sopra di ogni sospetto di parzialità», aggiungendo che, mentre l'essere imparziale si declina in relazione al concreto processo, «l'apparire imparziale costituisce, invece, un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, indispensabile per legittimare, presso la pubblica opinione, l'esercizio della giurisdizione come funzione sovrana».

6. Come superare la “mistica” dell'apparenza

Nonostante il linguaggio alto delle Corti, il *dovere dell'apparenza di imparzialità* ha perduto la sua originaria e forte valenza simbolica per divenire, nell'uso corrente, una espressione stereotipata, che – come già da alcuni rilevato⁴ – sembra alimentare una “mistica” dell'apparenza, con effetti di sottovalutazione e/o di incidenza negativa, in particolare per quanto attiene all'esercizio dei diritti di libera manifestazione del pensiero e di partecipazione alla vita culturale, sociale e anche politica del Paese, che vanno riconosciuti anche al cittadino magistrato.

Trattasi di posizioni che meritano un'attenta e pacata riflessione, che la magistratura associata, in tutte le sue articolazioni, ha da tempo avviato dopo le ferite del caso Palamara, oggi ancora aperte.

In questo nuovo percorso, che si va delineando con il coinvolgimento di tutti i magistrati, va privilegiato il valore dell'imparzialità come tensione del giudicare che si realizza attraverso l'esercizio costante dell'indipendenza da se stessi e da pregiudizi e condizionamenti esterni di varia natura, costituendo una precondizione essenziale per l'esercizio della giurisdizione. Ma è necessario fare maggior chiarezza sulla portata del valore dell'imparzialità e sulla sua operatività in concreto, uscendo dal gioco di parole e avendo come stella polare la Costituzione, con i suoi principi di uguaglianza e libertà di manifestazione del pensiero, che appartiene anche al magistrato.

In questa nuova fase, un ruolo centrale deve svolgere (e va riconosciuto) all'Anm, perché i tentativi in atto del potere politico di incidere sul potere

3. Il procedimento riguarda il caso del Sindaco di Bari, magistrato da tempo fuori ruolo per svolgere incarichi di partito e mandati di rappresentanza politica. Ma, già con sentenza n. 224 del 2009, la Corte aveva dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 3, comma 1, lett. h, sollevata dalla sezione disciplinare del Csm per violazione degli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost., in relazione all'accettazione ed esercizio di una carica di partito, sul rilievo che la partecipazione a un partito, rispettoso del metodo della legge fondamentale e quindi non organizzato militarmente, costituisce espressione di un diritto della personalità oltre che irrinunciabile strumento di democrazia e, dunque, estensione del principio di cui all'art. 3 Cost. (Csm, ord. n. 23/2008).

4. G. Natoli e D. Bifulco, *Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo*, in *Giustizia insieme*, n. 1/2010, pp. 27-42 (www.giustiziasieme.it/PIDIEFFE/Pages%20from%203180%20interno-3.pdf); G. Cataldi, *I giudici, l'imparzialità e la moglie di Cesare*, in *Questione giustizia online*, 20 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-l-imparzialita-e-la-moglie-di-cesare); E. Scoditti, *Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione*, ivi, 22 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione), ora in questo fascicolo.

giudiziario, modificando gli equilibri e gli assetti del sistema quali delineati dalla Costituzione, richiedono uno sforzo collettivo, oltre che dei singoli magistrati, non per alimentare una sterile contrapposizione, ma per concorrere fattivamente alla soluzione dei tanti problemi che gravano sulla giustizia, pur nel rispetto delle proprie competenze.

Mettere al centro della riflessione il codice etico dell'Anm potrebbe essere un primo passo per recuperare un'etica non minimale della professione e restituire alla figura del giudice la consapevolezza dei doveri che sono coesenziali all'attività del giudicare, ma anche per rafforzare la credibilità del sistema e la fiducia dei cittadini nei giudici.

Nella previsione degli artt. 8 e 9 del codice etico troviamo una ragionevole e persuasiva disciplina dei doveri che devono presidiare la vita professionale del magistrato, ovvero la dimensione pubblica della sua vita di relazione sociale, tra i quali il dovere di mantenere «una immagine di imparzialità e di indipendenza» e di «evitare qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine»; più specificamente, l'art. 9 impegna il magistrato a «rendere effettivo nell'esercizio delle funzioni il valore dell'imparzialità (...) a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sulla interpretazione ed applicazione delle norme», ma anche ad assicurare che, nell'esercizio delle funzioni, «la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita, a tal fine valutando con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità».

Anche per il pm è previsto, nell'art. 13, il dovere di comportarsi con imparzialità nello svolgimento del proprio ruolo, acquisendo «elementi di prova a favore dell'indagato», secondo quanto già previsto dall'art. 358 cpp, a conferma del ruolo non meramente accusatorio del pm, tenuto invece a esercitare la sua funzione senza preconcetti, con il solo intento di fare corretta applicazione della legge.

Rivisitare il codice etico, aggiornandolo con i principi di deontologia che si vanno affermando a livello europeo e internazionale, facilitarne la conoscenza tra i magistrati e attuarlo in tutte le sue articolazioni, rendere visibile l'attività del Collegio dei probiviri, ad oggi quasi sconosciuta, è un obiettivo che va perseguito con convinzione e lungimiranza, al fine di contrastare il tentativo in atto di depotenziare l'azione della magistratura con effetti negativi sui diritti dei cittadini a un'effettiva risposta di giustizia.

Peraltro, l'istituzione di una Procura europea (EPPO) come organismo indipendente dell'Unione europea, operativa dal 1° giugno 2021, sollecita un aggiornamento, anche alla luce dei pareri adottati in materia dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (cd. "Commissione di Venezia"), dal Consiglio consultivo dei procuratori europei (CCPE) e dalla Rete europea dei consigli di giustizia (ENCJ)⁵.

Funzionale a questo progetto è la Ssm, struttura in via di espansione, che già da tempo organizza seminari sul codice etico e sulle questioni relative agli illeciti disciplinari, con felici incursioni sulle problematiche che vanno emergendo in tema di uso della tecnologia informatica e di linguaggio degli atti giudiziari inficiati da radicati pregiudizi di genere⁶; un programma di grande complessità per le energie professionali coinvolte, ma articolato secondo modalità e tempi che andrebbero rivisitati perché insufficienti ad assicurare una diffusa partecipazione dei magistrati.

Forse questa è la risposta che può essere data alla proposta del Ministro della giustizia di reintrodurre la clausola generale di chiusura degli illeciti disciplinari fuori delle funzioni.

Diffondere la conoscenza e rendere praticabile il codice etico significa, infatti, scaricare il disciplinare da improprie applicazioni ed estensioni e rafforzare l'etica dei magistrati, favorendo una nuova cultura che, in modo più appropriato, riporti l'apparenza di imparzialità nei confini della credibilità del magistrato⁷, valore che implica e, forse, meglio esprime la necessaria immagine pubblica di imparzialità del giudice.

5. Più diffusamente, vds. E. Bruti Liberati, *Principi deontologici del pubblico ministero in Europa*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 95-102 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/942/2-2021_qg_brutiliberati.pdf).

6. La Corte Edu, con sentenza del 27 maggio 2021, relativa al ricorso *J.L. c. Italia*, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione in relazione a una decisione della Corte di appello di Firenze, sul rilievo che il linguaggio utilizzato dai giudici di appello, con l'uso di stereotipi sessisti, aveva esposto la vittima a vittimizzazione secondaria. Sul tema del pregiudizio nel linguaggio giuridico, la Ssm ha programmato per il 2024 un corso di formazione molto articolato.

7. N. Rossi, *L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2019, pp. 44-57 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/649/qg_2019-3_05.pdf); G. Luccioli, *I principi deontologici nella professione del magistrato*, in *Giudicedonna*, n. 1/2018; E. Riva Crugnola, *Codice etico dei magistrati, collegio dei probiviri della ANM: questi sconosciuti?*, in *Questione giustizia online*, 10 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/codice-etico-dei-magistrati-collegio-dei-probiviri-della-anm-questi-sconosciuti); L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2024.

7. Un nuovo rapporto con l'avvocatura

Un ulteriore profilo va preso in considerazione ai fini e nell'ambito del processo di rinnovamento in corso.

Quella separatezza, predicata dal mio vecchio presidente, in termini di chiusura al mondo dell'avvocatura è una delle cause che hanno certamente alimentato la situazione di conflittualità tra avvocatura e magistratura, risalente nel tempo ma che, da ultimo, ha assunto toni particolarmente accesi.

È necessario guardare nel profondo alle cause di questo conflitto e contrastare quel senso di esclusione e reciproca separatezza, non superabile a mio parere con il diritto di tribuna né, tanto meno, modificando la proporzione dei laici nella composizione del Csm (questioni oggi molto dibattute e fonte di ulteriori contrasti con l'avvocatura e la politica) ma instaurando un dialogo costruttivo che porti a uno scambio di saperi ed esperienze, anche attraverso percorsi di comune formazione.

I principi di Bangalore sulla condotta dei giudici, approvati nel 2002 dai presidenti delle Corti supre-

me dei Paesi di *civil law*, su mandato ONU, indicano tra i valori di riferimento, oltre all'indipendenza e all'imparzialità, anche la correttezza («*propriety*») che deve presiedere a tutte le attività del giudice, il quale, nei rapporti con gli avvocati del foro in cui opera, deve evitare comportamenti che possano ragionevolmente far sorgere sospetti o ingenerare l'apparenza di favoritismi o parzialità («*the appearance of propriety*»). Nell'assoluto rispetto di questi limiti, credo che le occasioni di scambio culturale e professionale siano non solo opportune, ma necessarie per acquisire un linguaggio comprensibile e strumenti di analisi comuni, per avere una migliore conoscenza delle problematiche della giustizia e per dare un fattivo contributo alla loro soluzione.

Percorsi di formazione comune tramite la Ssm, che peraltro ha già aperto in via sperimentale alla partecipazione di avvocati ed esperti, può concorrere ad assolvere questa funzione, delineando nuovi modelli operativi più rispondenti alle esigenze di rinnovamento del sistema e alle istanze di giustizia dei cittadini.

Giudizio, giudice e cittadino. Idee per una fenomenologia della pratica giuridica*

di Massimo La Torre

In questo articolo si cerca di porre le basi per un ripensamento del ruolo del giudice sia rispetto alla sua funzione intrinseca, che consente di interpretarlo come organo istituzionale in grado di incidere (e decidere) sulle sorti delle vite altrui, sia come soggetto concreto, immerso nei legami sostanziali di cittadinanza. Si pone, poi, in evidenza la problematicità dell'atto del giudicare, quale attività che dovrebbe concretizzarsi in un esercizio di "empatia" nei confronti del soggetto giudicato – tramite anche il coinvolgimento esistenziale che apra a forme "politiche" di cittadinanza "attiva" –, senza che, tuttavia, questo esercizio empatico possa condurre all'abbandono dei requisiti dell'imparzialità e dell'indipendenza. Si propone, infine, un'analogia esistenziale fra il procedere della riflessione filosofica e l'articolarsi del momento del giudicare.

1. Gli attori nel diritto / 2. Giudice e avvocato / 3. L'indipendenza del giudice / 4. Empatia e imparzialità / 5. Coda: il giudice e il filosofo

1. Gli attori nel diritto

L'ontologia del diritto tradizionalmente suole articolarsi entro una sorta di quadrilatero segnato da quattro entità nel mondo. Abbiamo innanzitutto soggetti e oggetti, e poi fatti e atti. La distinzione tra soggetti e oggetti si dà secondo il criterio del punto di vista interno. Il *soggetto* si definisce a partire da se stesso, dai suoi stati mentali o coscienziali, dalle sue intenzioni, e dai suoi sentimenti e interessi. Gli *oggetti*, invece, si definiscono (*melius*: vengono definiti) da un punto di vista esterno ad essi, essendo entità incapaci di costituirsi secondo stati interiori e coscienziali. Tra fatti e atti si dà un discrimine analogo. Per i fatti vale solo il punto di vista esterno; per

gli atti vale come essenziale e qualificante il punto di vista interno, una prospettiva che interpreti la relazione causale a partire da se stesso. Una tale ontologia è riproposta dai classici della dottrina giuridica italiana, tra gli altri da Angelo Falzea nel suo scritto «*Efficacia giuridica*». Ma in tale quadrilatero la posizione del soggetto non è ulteriormente elaborata, almeno non lo è nel senso istituzionale. Qui non si fa menzione del ruolo che il soggetto possa rivestire all'interno della istituzione del diritto.

E tuttavia, il diritto non può darsi senza attori. Non lo nega nemmeno la teoria giusnaturalistica, per la quale comunque, perché il diritto sia operativo, rimangono ed è necessario che vi siano un legislatore e un giudice umano, e io aggiungerei anche un soggetto

* Per commenti, suggerimenti e incoraggiamento ringrazio il Consigliere Enrico Scoditti, e i Professori Giuliano Amato, Riccardo Guastini ed Enrico Pattaro. Ovviamente la responsabilità per le tesi qui sostenute è solo mia.

autonomo, titolare di situazioni giuridiche soggettive. Ora, nella dottrina giuridica e nella filosofia del diritto, gli attori istituzionali menzionati sono fondamentalmente in numero di tre. Vi è, innanzitutto, il legislatore. Licurgo, Solone, Mosè ne sono esempi preclari e perpetuamente ricordati e, entro il possibile e permesso, imitati. Il diritto è considerato infatti un atto imperativo, un ordine, un comando, una prescrizione, tendenzialmente un comandamento negativo, un divieto, e ciò presuppone un comandante supremo, un duce, un arconte, un *tyrannos*, bene impersonato nella cultura greca classica da Creonte, l'implacabile zio di Antigone. La legge è cosa del capo, del signore, del *kyros*. Ciò è confermato paradossalmente dalla teoria democratica per cui è il popolo fattosi Stato e la sua cupola a dettare le leggi, che escludono ogni altra forma di regolazione o autoregolazione giuridica. Tra San Tommaso, Hobbes e Rousseau, su questo punto c'è poca differenza; il filo rosso è la supremazia della legge, quale che sia la sua natura e la sua retrostante giustificazione e razionalità.

La virtù richiesta al legislatore in un'ottica imperativistica e positivista, ma anche nella tradizione giusnaturalistica, è soprattutto quella della effettività del suo comando e della sua opera. Ciò è stato riconfermato più di recente, nella teoria del diritto, tanto del giuspositivista Joseph Raz come del giusnaturalista John Finnis, entrambi *dons* oxoniensi. Per il primo, la natura del diritto è quella che si riduce a un'autorità capace di rendere efficaci le proprie prescrizioni. Per il secondo, l'autorità è condizione necessaria della sua propria legittimità, il che è un po' la stessa tesi di Raz, con la sola differenza, importante, che per Finnis l'autorità deve poi giustificarsi rispetto a valori oggettivi, a beni fondamentali, mentre per Raz, il quale pure mantiene la pretesa di legittimità dell'autorità giuridica, tale pretesa potrebbe peraltro rimanere eternamente insoddisfatta. La ragionevolezza o la razionalità del legislatore, dunque, si deriva dalla capacità di supremazia effettiva che esso dispiega. La "deduzione" qui è eminentemente empirica, anche se la si presenta come "concettuale", mai veramente normativa. La deduzione normativa si dà per Raz su un piano diverso da quello giuridico, che è quello morale, allo stesso modo con cui si può giudicare il buon uso, morale, di un'arma senza entrare nella sua interna attitudine a uccidere o compiere del male.

L'altro attore indispensabile della scena della pratica giuridica è tradizionalmente il giudice. Anzi, spesso è quest'ultimo l'attore veramente necessario perché si dia diritto. Lo dice lo stesso Kelsen, per il quale il primo passo evolutivo verso un diritto "pieno" è proprio la presenza di una qualche giurisdizione, di un "terzo" che dirima la controversia tra parti contrapposte in una controversia su ciò che è

corretto fare in una determinata situazione. Così che il problema, la deficienza, del diritto internazionale per Bobbio, come per Hart, può ricordarsi, è proprio l'assenza di una sovranità "terza" capace di giudicare delle relazioni tra Stati. Qui non si dà norma di riconoscimento e nemmeno un'altra metanorma, come sarebbe quella che istituisce una giurisdizione capace di comminare effettive sanzioni, *rule of adjudication* – la chiama Hart.

Che il giudice sia la figura primitiva dell'esperienza giuridica pare anche confermarlo la cultura ebraica, la tradizione biblica. Si ricordi che nella Bibbia, per l'appunto, il libro sui "giudici" tratta invero di "re", e viceversa il libro sui "re" riporta vicende di "giudici". Lo stesso vale per la cultura greca antica, tant'è che nelle «*Opere e i giorni*» di Esiodo il giudice è chiamato "*basileus*", vocabolo che poi significherà, com'è ben noto, "re". Nell'«*Orestide*» di Eschilo il ciclo di vendetta e di fatti di sangue che si proietta come inarrestabile viene interrotto solo con l'istituzione di una giurisdizione, l'Areopago, cui Oreste consente di sottomettersi, così tra l'altro trovando protezione dalla furia delle Erinni. Il giudizio dunque è anche protezione, è costituzione di uno spazio sottratto alla vendetta privata. E infatti è Atene che accoglie Oreste e gli offre un giudice. È la città che insedia il giudice. Il giudizio non è affare privato, o mero arbitrato, ma cosa della sfera pubblica e nella partecipazione della cittadinanza trova evidenza.

Nell'esperienza del *common law*, a sua volta, il giudice si dà come emanazione del re, sia per ciò che riguarda la giurisdizione di *common law* in senso stretto, con i giudici itineranti, messi della giustizia regale certificata dai *writs*, specie di *actiones* che concedono rimedi e giudizi per casi determinati (l'occupazione di un terreno, per esempio), sia soprattutto per la giurisdizione di *equity*, che è di competenza diretta del sovrano e della sua cancelleria, e che può agire anche là dove non vi sia un *writ*, un rimedio formale predefinito, a sostegno della pretesa della parte che si appella al tribunale e al principio di equità. Giudice e re rimandano dunque, anche qui, l'uno all'altro. Lo stesso può dirsi dell'esperienza francese. Si ricordi per esempio il *lit de justice*, procedura di alto simbolismo con cui il sovrano può derogare al veto delle corti supreme per ciò che concerne la registrazione, ovvero il riconoscimento di validità costituzionale, degli atti legislativi del re. Il re come supremo giudice, seduto o quasi coricato nel "letto di giustizia", vestito di panni regali e circondato di notabili, e nel dispiego della pompa richiesta all'uopo, rompe la forza della giurisdizione parlamentare.

Il modello decisionista di giudice, ovvero quello che lo considera e lo costruisce come una emanazione più o meno diretta del potere sovrano, non è quello

che si ritrova nel processo romano antico. Il pretore dà la formula, ma non il giudizio. Qui il giudice è un laico, spesso nemmeno un giureconsulto, e tuttavia attento all'imponente dottrina giuridica che costituisce la tradizione giuridica romana, e deferente verso questa. Al giusperito chiede consiglio. La decisione, in questo contesto, passa attraverso tutta una serie di mediazioni deliberative e di saperi giuridici che non può facilmente riassumersi nell'idea del giudice re. Di quest'esperienza antica ovviamente non c'è traccia nel pensiero di Carl Schmitt, che pure spesso si avvolge di panni tradizionalisti e "romani".

2. Giudice e avvocato

Dunque, nel diritto abbiamo due attori o personaggi principali, il legislatore e il giudice, entrambi necessari. C'è nella tradizione romana antica e, poi, in quella tardo-medievale la figura importante del giusperito, oggi talvolta e presuntuosamente autonomi-natosi "scienziato". Un quarto possibile attore, l'avvocato, è solo eventuale, e così lo certifica la filosofia e teoria del diritto, che non gli dedica quasi nessuna attenzione.

Di avvocati non c'è menzione nell'opera di Kelsen, invero nemmeno in quella di Hart; Savigny li disprezza, e i realisti americani ne vedono il ruolo come quello di predittori dell'attività futura del giudice. Ancora oggi nella teoria del ragionamento giuridico si fa fatica ad attribuirgli una funzione normativa in senso proprio, oltre quella di mero consigliere prudenziale e, in buona sostanza, machiavellico della parte. Manolo Atienza non mi pare dica qualcosa di diverso al riguardo, già che sottolinea la essenziale natura di calcolo prudenziale dell'attività forense. Ulfried Neumann contesta alla teoria del discorso giuridico di Robert Alexy, incentrata sulla pretesa di correttezza, che questa non si darebbe nell'argomentazione dell'avvocato né vi sarebbe richiesta. Non si darebbe nel discorso dell'avvocato nessuna pretesa di giustizia. Lo stesso Dworkin, ottimo avvocato, per la sua "unica risposta giusta" si affida solo a un giudice "erculeo" e monocratico e non mette in gioco l'avvocato per sorreggere e giustificare la decisione tutta solitaria del giudice.

Ora, è proprio dal confronto tra giudice e avvocato che si può trarre qualche utile considerazione sulla *vexata quaestio* dell'indipendenza del giudice. Qui è utile riferirsi alla questione della virtù richiesta all'operatore giuridico e alla sua etica professionale. Ora, nella tradizione, la questione della deontologia del giurista pare porsi solo per l'avvocato. *Et pour cause*. Il giudice pare sottratto a una considerazione deontologica. Il suo unico e supremo dovere sarà d'applicare la legge, almeno a partire dal trionfo delle codificazio-

ni. Ma ciò invero si ritrova *ab origine*, dall'inizio della tematizzazione giusfilosofica dell'attività del giudice. A questo proposito, si ricorderà la fine discussione che di questa si trova nel *Politico* di Platone, allorché è questione di valutare la capacità della norma giuridica di provvedere un criterio sufficiente al giudizio. Platone sembra scettico al riguardo, per poi però concludere che la giurisdizione, il dire diritto, la decisione del giudice, non è attività "regia". Dunque, nonostante tutto il giudice rimane *filiius*, non *pater*, *iustitiae*. La posizione è ribadita nelle «*Leggi*», l'ultima opera del filosofo greco, e così si tramanda nella cultura filosofica e giuridica occidentale fino alla ciceroniana definizione del magistrato come "bocca della legge" e alla sua ripresa famosissima nell'«*Esprit des Lois*» di Montesquieu.

Il giudice allora, in un senso fondamentale, non è indipendente. Dipende invece, e assolutamente, dal diritto e dalla legge che egli deve solo applicare, non anche generare. La sua è una funzione per così dire sterile, esecutiva. Il giuspositivismo dirà "neutrale". Deve solo comportarsi come una macchina di ripetizione del dettato legislativo, "automa" – diranno Weber e Laband nel primo Novecento tedesco. La formula del "diritto libero" caldeggiata da Kantorowicz urta contro il principio della certezza giuridica. Ma questa è un'impossibile tesi, dirà Carl Schmitt nella sua prima importante monografia, «*Gesetz und Urteil*», del 1911. Oskar von Bülow lo aveva già detto trent'anni prima, affermando che la legge non riesce a esaurire il dettato imperativo del legislatore. Non giunge a una conclusione, e questa le è solo offerta dalla *viva vox* del giudice. Comunque, il giudice si proietta come soggetto cui non si richiede una specifica virtù, giacché la sua funzione lo salvaguarda dal vizio e dall'errore morale. Deve solo obbedire alla legge, *perinde ac cadaver*, oppure portarla a conclusione. Non vi è una tematizzazione specifica di suoi obblighi morali. Il suo dovere è tutto interno all'ordinamento giuridico. Che si mantenga all'interno di questo e avrà assolto il suo dovere.

Non vi è che un interesse che il giudice debba perseguire, quello dell'amministrazione della giustizia, non ha dilemmi morali dinanzi; la sua situazione morale è chiara e fortunata. Non vi è ambiguità deontologica nella sua funzione – o, almeno, così si crede. Diversamente si mettono le cose per l'avvocato. Nel caso di questo attore giuridico, il suo dovere è doppio, dunque intriso di ambiguità. Da un lato, deve difendere gli interessi e i diritti della parte, del cliente, e d'altro lato deve vegliare alla corretta amministrazione della giustizia. È ad un tempo rappresentante di una parte nella controversia, e organo deputato alla risoluzione giusta della controversia medesima, "organo della giustizia". Ma come fa a dirimersi tra

queste due diverse posizioni e le contraddittorie esigenze che queste gli impongono? La soluzione non sta nella sua funzione istituzionale, come accade per il giudice, e così la risposta corretta si colloca fuori dal perimetro istituzionale, lo travalica, e salta sul terreno tutto morale dell'etica professionale. Ma quale sarà allora la virtù fondamentale richiesta all'avvocato per il suo lavoro nel giudizio, nel recinto del processo, o della pratica giuridica in generale? Potrà mai essere l'imparzialità? Questa è invero l'attitudine che ci si aspetta dal giudice. L'applicazione "neutra" della legge che è suo compito istituzionale equivale e necessita di un atteggiamento di imparzialità rispetto alle contrastanti pretese delle parti.

La legge come tale è imparziale nel suo dettato universalizzabile, e tale imparzialità si trasmette per la natura della cosa, potrebbe dirsi, alla stessa giurisdizione. Un giudice parziale è un giudice "storto", o addirittura "dorofago", mangiatore di doni, come dice Esiodo. Ma se non è l'imparzialità la virtù richiesta all'avvocato, come attore distinto dal giudice, quale sarà questa? Nella tradizione della deontologia della professione forense vi è sul punto una quasi unanime opinione, la virtù architettonica della professione dell'avvocato è: *l'indipendenza*.

A questo punto sembra di essere risucchiati da un vortice di confusione. Ma non si dice da più parti che l'indipendenza è la virtù prima del giudice? Che ci ha qui a fare l'avvocato? Dunque, bisogna chiarire e spiegare. Il giudice, lo si è già detto, non è indipendente; dipende dalla legge alla quale è soggetto. Non è nemmeno una professione liberale quella del giudice, che è in genere un funzionario, un delegato del sovrano, che decide in nome del re o del popolo. Non decide in nome proprio, checché ne dicano i realisti, americani, scandinavi, o quelli nostrani che si affidano alla strana e implausibile discrasia tra "disposizione" e "norma", là dove la "norma" è tutta del giudice. Il giudice ha uno stipendio, è un salariato; non ha come tale, nello svolgimento del suo lavoro, compensi professionali. È sottoposto a una precisa disciplina d'ufficio, ha un orario d'ufficio, etc. Non può decidere del suo tempo e della sua giornata. Dunque, anche in questo senso, non è indipendente.

Indipendente invece dev'essere l'avvocato. Innanzitutto dal potere politico, e molto di più del giudice. L'avvocato ha necessità di essere libero nella difesa, di non essere ostacolato, di garantire il suo cliente da soprusi e vessazioni, e possibili tormenti. Dev'essere indipendente dal giudice nel processo; il giudice deve ascoltare l'avvocato, non impedirne il lavoro in udienza, rispettarlo, riconoscerne la dignità. Ovviamente l'avvocato dev'essere libero anche rispetto al pubblico ministero, e non essere intimidato da questo in alcun modo. Ma, cosa da non sottovalutare

nemmeno, l'avvocato deve risultare indipendente dal suo stesso cliente, nel senso che la sua gestione della difesa o della sua attività processuale non può essere condizionata più di tanto dal dettame del cliente. E, soprattutto, l'interesse del cliente non deve coincidere con l'interesse dell'avvocato.

L'avvocato è parziale, sì, ma con distanza – qualcuno dice "imparzialmente parziale" –, operando come una camera di raffreddamento rispetto alla pretesa della parte e soprattutto delle sue passioni e dei suoi istinti più bassi. In ciò, l'obbligo di indipendenza dell'avvocato travalica lo stesso dettame della legge. Il diritto positivo non gli dice ancora come condursi col cliente nella zona d'ombra e di contatto con gli interessi di questi. La distanza tra cliente e avvocato, e l'indipendenza di questo rispetto a quello, è sancita tradizionalmente dal divieto del "patto di quota-lite", antichissimo divieto che rimonta alla *Lex Cincia* e che è stato perpetuamente rinnovato nella tradizione giuridica europea, mentre è scomparso in quella statunitense, aggravando e indebolendo la posizione morale dell'avvocato e aumentando la litigiosità presente in quell'ordinamento.

Non tutto ciò che è nell'interesse della parte deve guidare l'azione del suo avvocato, anche là dove si tratti una condotta lecita. Per esempio, nell'interrogatorio della parte avversa, o di colui che chiede un rimedio o una sanzione rispetto alla parte che si difende, la dignità e l'onore di quella persona non devono essere messe in dubbio in modo aggressivo e insultante. Dinanzi a una causa evidentemente temeraria l'avvocato deve poter rifiutarsi di seguire il cliente. E così via. Ciò significa che cliente e avvocato non sono così uniti da rendere gli interessi del cliente anche quelli dell'avvocato. La distanza tra loro va rispettata perché, tra l'altro, è questa distanza che permette all'avvocato d'agire come una sorta di specchio prudenziale rispetto alle passioni del cliente, non sempre nobili.

3. L'indipendenza del giudice

Ma se è l'avvocato, e non il giudice, a dover essere indipendente, che significa allora che il giudice dev'essere indipendente? E qui è necessario risalire dal giudice alla situazione che lo qualifica come tale, che non è la mera veste istituzionale, o l'aver vinto un concorso pubblico, bensì una certa situazione pragmatica, che è quella del giudizio. Il giudice non è altro che colui che è deputato a giudicare. Per spiegare il giudice e delucidarne anche la figura e la posizione etica, e anche politica, è al giudizio come tale, come situazione pragmatica, che bisogna guardare. Ora di giudizi ce ne sono, tanto logicamente come fenomenologicamente, almeno due tipi.

C'è l'ordinario, più o meno ovvio, giudizio *cognitivo*, con cui si descrive un oggetto, uno stato di cose, ovvero lo si riconosce per quello che è. La nostra giornata è fatta di una miriade di tali giudizi, più o meno espliciti. Vediamo una sedia, siamo stanchi, e vi ci sediamo. Abbiamo riconosciuto quell'oggetto come sedia, una cosa che serve a farci sedere. Siamo in macchina, scatta il semaforo verde, e ripartiamo, anche se qui oltre il giudizio cognitivo si dà un giudizio normativo, sulla condotta da tenere. Cerchiamo la penna per scrivere, e la ritroviamo sul tavolo, e diciamo tra noi e noi: "la penna è sul tavolo". E così di continuo per renderci conto di ciò che si dà e accade, e per orientarci nel contesto che ci circonda: il letto, la stanza, la strada, la persona che ci sta davanti, che è bruna o bionda, vecchia o giovane, e così lo accertiamo, etc. E poi c'è il giudizio normativo, sulla condotta da tenere, o il valore di un certo oggetto, soggetto, fatto, o atto. Quanto il giudizio normativo sia diverso da quello cognitivo è problema che fa tremare i polsi a chi lo affronta senza pregiudizi; a questo proposito, basterebbe ricordare come per Heidegger la verità sia il risultato di un "furto", dunque un enunciato descrittivo o una somma di tali enunciati avrebbe per presupposto un atto normativamente definibile e giudicabile. «*Entdecktheit ist gleichsam immer ein "Raub"*» («Lo scoprire è sempre anche una "rapina"»), leggiamo in «*Sein und Zeit*». Ma su ciò possiamo, in questa sede, pacificamente soprassedere.

Per ovvie ragioni, il giudizio del giudice è fatto di entrambi i tipi di giudizio, verte sul fatto, sulla norma e sul bene giuridico retrostante o sul principio di diritto e sul valore che questo esprime. Ma esso è intrinsecamente normativo per una ragione di senso comune. Verte su una condotta, e ad esso segue una condotta, una conseguenza giuridica, un risarcimento, una multa, una pena, tutte cose che incidono più o meno fortemente sui beni fondamentali dell'essere umano, del consociato e del cittadino. Sono qui in gioco le cose più preziose del consociato e dell'uomo, innanzitutto l'onore (che si vede intaccato da una sentenza di colpevolezza o di torto commesso), poi il patrimonio (che si vede danneggiato dal risarcimento o dalla pena pecuniaria), poi la libertà eventualmente (che può vedersi aggredita da un provvedimento di detenzione), infine la vita stessa (ricordiamo che la morte è ancora a disposizione del giudice in più di ordinamento). Il giudizio del giudice provoca spesso sofferenza – di tipo morale, di tipo economico, di tipo fisico. Così, è tutt'altro che una condotta cognitiva giacché prescrive ciò che è buono o cattivo in una certa situazione.

Ma come si fa a giudicare? La domanda è tremenda, e l'intera storia della filosofia e della dottrina giuridica si è arrovellata su di essa. Ovviamente c'è un

qualche tipo di deduzione o relazione tra una norma generale, o un concetto generale, e un caso concreto, che si colora e si specifica sussumendolo nella norma o nel concetto. Ricordiamo che per Kant il concetto è una regola con cui l'intelletto mette ordine nelle intuizioni sensibili che gli derivano per l'appunto dalla sensazione, dal vedere, toccare, odorare, sentire, assaggiare. Ma non è cosa semplice la deduzione, la sussunzione del particolare nel generale. Il generale è una proposizione di senso, il particolare è un fatto concreto. Si tratta di due entità ontologicamente distinte. Non è un'operazione chimica, la miscela di due elementi che sono entrambi materiali, minerali per esempio. Non è un rapporto tra due distinte fonti di energia, o tra due forze in movimento. Che cos'è allora?

Trattare questo tema in questa sede, ovviamente, è impossibile e risulterebbe anche presuntuoso. L'unica cosa che mi preme sottolineare qui è che la sussunzione di cui si alimenta il giudizio cognitivo non sarebbe possibile a chi la fa, al giudicante, senza una propria esperienza del mondo, della realtà esterna, da cui trae esempi, che – come dice Kant – sono le "dande" del ragionare. I significati stessi, i concetti e termini si danno in un rapporto triadico tra significato, significante e oggetto nel mondo esterno. La relazione col mondo è necessaria per il giudizio cognitivo di carattere empirico (lasciamo da parte qui quello matematico, il calcolo numerico). Senza esperienza del mondo non c'è giudizio cognitivo possibile. Allora è bene che il giudice, quello del diritto in ispecie, che opera anche con giudizi cognitivi, abbia una buona conoscenza del mondo, della realtà. Se si chiude nella torre d'avorio della scienza giuridica e qui si isola, la sua capacità di giudizio ne soffrirebbe assai. Il giudice allora deve poter uscire dal suo studio, dall'aula di tribunale, dalla camera di consiglio, e conoscere il mondo, e acquisire un sapere empirico ed esistenziale tale da avere accesso a quanti più esempi lo possano assistere nella deduzione o, meglio, nella sussunzione del fatto concreto nel concetto generale.

Ma passiamo ora al giudizio normativo. Ora, mentre il giudizio cognitivo ha la possibilità di un riferimento al mondo empirico, che è accessibile ai nostri sensi e condivisibile con gli altri soggetti, ciò è meno ovvio e sicuro per ciò che concerne il giudizio normativo. Qui la normatività non è accertabile mediante l'accesso a un mondo empirico esterno grosso modo disponibile al senso comune e alla sensazione. Dinanzi a chi nega che "gli occhiali sono sul tavolo", posso far valere la verità di quel giudizio mediante un appello alla verifica empirica. Posso dire "guarda bene", oppure "tocca qui". E in genere la questione si risolve così.

Ma dinanzi a chi mi giudica come colpevole di una infrazione penale, là dove possono essere in gioco per

esempio varie cause di giustificazione, o attenuanti, oppure il significato stesso della norma, e della fattispecie a cui questa si richiama, le cose si fanno più difficili. E soprattutto qui il giudizio può creare dolore, una conseguenza che il giudice – e, con lui, il giurista – non dovrebbero mai dimenticare. Qui devo capire cosa è successo, come si è potuta dare quella condotta che vado a giudicare, e anche valutare l'impatto che la sanzione eventuale potrà avere sulla vita del condannato. Qui, insomma, come nel giudizio cognitivo, si ha bisogno del riferimento a una realtà terza, che però in questo caso non è più offerta dal mondo meramente empirico. La realtà terza qui è la vita di chi giudico. Devo però, allora, poter pormi in quella vita, tentare di farla “mia”, anche solo per un momento. Devo esercitare empatia. Dovrei, per esempio, capire cos'è per chi lo subisce il carcere, mettermi nei panni del detenuto. Per poter essere imparziale devo agire rovesciando i ruoli, anche solo con un esercizio di immaginazione. Ma l'immaginazione si nutre di esperienza, soprattutto se l'immaginazione è un passo verso l'empatia. Ecco allora perché Leonardo Sciascia raccomanda, in un suo scritto, che un momento dell'educazione del giudice sia provare la galera, trascorrere come normale, oscuro detenuto un periodo in cella. Così si saprà cosa si dà nella condanna, e si rompe la parzialità che risulta dalla ristrettezza del punto di vista, dall'incapacità di astrarsi e uscire, tirarsi dal proprio ruolo.

Tutto ciò permette una prima conclusione. Che l'indipendenza del giudice, come sua virtù istituzionale, intesa innanzitutto come imparzialità, passa non dall'isolamento da ciò che lo circonda, dalle vicissitudini dei suoi simili, dei consociati, cui poi dovrà avvicinarsi per giudicarli. Devono mischiarsi le carte, e il giudice farsi in immaginazione giudicato possibile. Per fare ciò il giudice deve mischiarsi tra i cittadini, dividerne vicissitudini e dolori e speranze, e anche l'indignazione in materie esistenziali rilevanti. Se vogliamo chiamare questa pratica del “mischiarsi” *politica*, ben venga questa e sia a disposizione del buon giudice. Ma non si dica che il giudice allora non può far politica, perché così gli si negherebbe quella via all'“altro”, all'empatia, che gli è indispensabile per essere giudice giusto.

4. Empatia e imparzialità

Ma cosa accadrebbe se la ricerca dell'empatia sfociasse in una piena o intensa identificazione con la parte che va giudicata? Potrebbe definirsi un giudice che di tale esito fosse capace e ad esso giungesse ancora un attore “imparziale”, un “terzo” nel giudizio? Non ci sarebbe qui il rischio che l'empatia provocasse

una perdita di neutralità, l'assenza di quella distanza dagli interessi della parte giudicata che, sola, può certificare una corretta procedura di valutazione? L'indipendenza che pure deve mantenere lo stesso avvocato rispetto agli interessi della parte difesa e rappresentata non si richiede a maggior ragione al giudice che nessun obbligo di difesa o rappresentazione di diritti o interessi di parte può far valere?

Come articolare allora lo sforzo di empatia senza che questo ci renda parziali nel giudizio? Se il “mischiarsi” nella cittadinanza è strumentale a tale sforzo, deve porsi anche la questione che l'imparzialità, oltre che mantenuta, risulti anche evidente. Il giudice sia dunque imparziale, ma sia anche tale da apparire imparziale. Ciò ci induce a fissare un ulteriore obbligo di trasparenza e pubblicità, e dei limiti al coinvolgimento negli affari dei consociati e della loro politica. Se pure coinvolto dalle vicissitudini della società di cui è espressione, e conoscitore dei problemi di questa anche in prima persona, il giudice, per essere giusto, non permette al “terzo” di farsi lui parte stessa, dunque interprete e rivendicatore di interessi e diritti. Un giudice cattolico, e legittimamente tale, non potrà esprimersi per il divieto di aborto in occasioni pubbliche di rivendicazione di tale divieto, là dove è prevedibile che su quel divieto debba pronunciarsi. In condizioni analoghe, un giudice laico dovrà anch'egli astenersi di far parte di associazioni che pubblicamente e attivamente manifestino per l'eutanasia passiva. Il velo di ignoranza richiamato da John Rawls affinché si dia il contratto sociale, a maggior ragione deve ricoprire l'atteggiamento del giudice dinanzi a situazioni nelle quali la controversia è tale da coinvolgere il giudice in giudizio sui valori di convivenza della comunità.

Ciò non significa che il giudice non possa avere le sue opinioni politiche, ma ciò non può per lui valere come appartenenza a partiti o associazioni innanzitutto strutturate gerarchicamente (partiti, massonerie laiche e religiose...). Non possono essere lo spazio in cui il giudice incontra la cittadinanza per empatizzare con essa. Si potrebbe persino mettere in dubbio che il giudice possa mantenere l'adesione ad associazioni di categoria il cui orientamento ideologico sia proclamato, specialmente in presenza di un legame più o meno organico con i partiti che si disputano l'arena parlamentare. Così come un avvocato non può essere attivo come tale ricoprendo una carica parlamentare o di governo (pratica, però, più volte verificatasi nell'esperienza italiana, in contravvenzione al principio di separazione dei poteri e al criterio deontologico dell'indipendenza), del pari il magistrato non solo deve rinunciare al suo ufficio se parlamentare o dotato di una carica di governo, ma non dovrebbe (per anni) poter ritornare a esercitare la funzione di magistrato una volta cessato l'incarico

di governo o il mandato di rappresentante del popolo, o anche solo dopo la candidatura a ricoprire tali ruoli. Del pari, la distanza tra magistrato giudicante e magistrato inquirente dovrebbe essere sancita da una chiara distinzione delle carriere, in modo da impedire che un magistrato inquirente si faccia poi giudicante e viceversa, o che comunque vi sia contiguità collegiale e colleganza corporativa tra le due funzioni.

Possiamo allora giungere a una seconda conclusione: il giudice deve sì essere empatico, e dunque cittadino attivo, e condividere ambiti di discussione e persino di protesta politica, ma non deve farlo in modo da non essere e da non sembrare indipendente nel giudizio. A tal fine, ogni partecipazione a partiti e altre associazioni di struttura gerarchica deve essergli vietata. Altresì, deve evitare di pronunciarsi pubblicamente in materie che siano oggetto di controversie al vaglio di organi giudicanti, e specialmente del suo possibile giudizio, in particolare di quelle questioni che coinvolgano i temi del “buono”, della “buona vita”, e non del “giusto”. Il “buono”, tendenzialmente, dovrebbe essere sottratto al vaglio del giudice. Ma là dove si renda necessario, per esempio nelle forme di perfezionismo morale che si richiedono in certi momenti della regolazione giuridica, o nella questione sulla forma di vita complessiva di una comunità – e si tratta di un momento essenziale del contratto sociale, anche se Rawls tende a non vederlo –, in questo spazio il giudice deve fare un passo indietro. Qui deve esercitare una sorta di astinenza epistemica, mantenendo fedeltà solo al dettato della legge, ai principi generali del diritto, e alla Costituzione. Insomma, deve ritirarsi nel recinto dell’ordinamento giuridico, ora però vivificato dalla pratica cittadina di empatia.

La distinzione tra morale e diritto, più volte evocata, trova la sua vera giustificazione non in una pretesa incapacità di fondamento della norma. Il diritto ha che fare col “giusto”, con la regola della convivenza, e qui si può intervenire, con prudenza e carità, con la regola coattiva comune e con la sanzione, però sempre con riferimento a una chiara necessità morale. La morale ha che fare anche col “buono”, l’ambito della “buona vita”, del progetto di vita che ciascuno dà alla propria esistenza, e qui la norma coattiva non ha vero diritto di cittadinanza, e in questo terreno il giudice, almeno in via di principio, dovrebbe resistere alla tentazione d’intervenire.

5. Coda: il giudice e il filosofo

Può porsi un’analogia tra giudice e filosofo. Il terreno comune è offerto innanzitutto dalla ricerca del giusto e del vero che contraddistingue la loro attività, con la differenza però che, in primo luogo, il giudice

deve attenersi alla datità tanto fattuale quanto normativa presente nella comunità, e non può fare un decisivo salto trascendentale. Il giudice, poi, è retto dal tempo, deve decidere e non può rimandare la sentenza; il filosofo non ha la clessidra dinanzi a sé, come invece l’avvocato, come ancora vide Goethe in un processo a Venezia nel Settecento. Il filosofo, in via di principio, non ha tempi; il giudice sì che li ha, anzi gli sono essenziali e connaturati per ciò che concerne il giudizio, che deve concludersi il più celermente possibile. La dilazione qui è colpevole. Non invece nella filosofia, dove attardarsi anzi è segno di maturità intellettuale e di comprensione del pensare quella cosa così difficile da attingere che è la verità.

La comunanza tra giudice e filosofo potrebbe, però, rinvenirsi ancora in una comune attitudine all’apprendimento della morte. Per filosofare bisogna imparare a morire – è tesi di Platone nel «*Timeo*». Alla ricerca delle verità eterne il corpo, con i suoi dolori e piaceri, con la sua stessa propria goffaggine, pesantezza e mancanza di pulizia e di silenzio, ci è di troppo, ci ostacola; distrae la mente, la lega alla contingenza di specifici bisogni, di certi interessi, la rende dipendente e parziale. Una radicale cura di asceti è indispensabile al filosofo che voglia giudicare il mondo. Del pari, potremmo aggiungere, una pratica di ascetismo si richiede al giudice. Questo si deve poter pensare slegato da bisogni specifici che potrebbero renderlo dipendente dalle parti del giudicare e dai potenti di turno, ansiosi di indirizzare il suo giudizio.

Lo spazio del giudizio del giudice dev’essere vuoto delle corporeità del giudice oltreché della sua storia esistenziale; altrimenti potrebbero avere ragione i cinici realisti che vedono il giudice determinato dalla buona o cattiva digestione, a seconda del pasto fatto prima della sentenza. Gastronomia e diritto si fonderebbero con un esito veramente inassumibile. La sentenza sarebbe come un reflusso dell’esofago del giudice. La corporeità deve allora risultare assente nel momento del giudizio. Dovrebbero poter valere solo ragioni universalizzabili. Ma – e qui subito si presenta un dubbio – senza attenzione al corpo, o alla propria storia, come fare a operare empaticamente, a condividere con l’immaginazione la situazione della parte e la sua esigenza materiale, corporea, di giustizia (che è l’appiglio cui si afferra l’empatia)? Ci si potrà mettere nei panni degli altri se chi tenta questo esercizio si è spogliato dei propri?

Nelle «*Osservazioni sul sentimento del bello e del sublime*» Kant afferma che le norme dell’imparzialità «vi impongono al singolo momento di tralasciare l’azione a cui vi sentite spinti». Al riguardo, l’esempio di Kant è il seguente. Incontriamo un poveraccio che ci chiede del danaro. Ne ha bisogno impellente. La sua misera condizione giustifica la richiesta e agisce su di

noi con la forza di un impulso alla benevolenza. Ma la somma che ci chiede il povero è stata da noi impegnata per pagare un debito. Dunque, quel primo impulso alla pietà e alla carità deve cedere alla considerazione (imparziale) di un obbligo più alto, quello di estinguere il debito da noi contratto. Ma siamo sicuri che questa sia una forma genuina di imparzialità? E possiamo ignorare che l'impulso cognitivo alla carità contiene un elemento cognitivo, niente affatto irrazionale?

Su questo punto inciampa, per poi non rialzarsi, la metaetica emotivista, tanto diffusa tra i giusfilosofi nostrani da Genova a Palermo, passando per Milano e Bologna. Questa teoria sostiene che i giudizi di valore sono solo scariche di emozioni, adrenalina pura, atteggiamenti impulsivi, dietro i quali non può esserci giustificazione alcuna. Ma l'emotivismo non comprende bene la fenomenologia della vita emotiva. Ho un'emozione perché un certo oggetto o stato di cose me la provoca. Aborro la tortura perché questa si presenta a me come un atto di assoluta crudeltà e un momento di estrema sofferenza. Approvo il "reddito di cittadinanza", perché esso allevia povertà ed emarginazione. L'emozione ha una causa e un oggetto. Anch'essa, direbbe Husserl, è "intensionale", ha uno stato di cose su cui verte. Ora, se fosse così, potrei essere criticato e confutato nell'emozione che esprimo col mio giudizio di valore. Se la tortura non è quel fatto di estrema crudeltà che mi rappresento,

e qualcuno me lo dimostra, allora potrò rivedere la mia emozione, e il mio coevo giudizio. Se il reddito di cittadinanza non allevia miseria e marginalità, e c'è prova di ciò, la mia emozione potrà dirsi priva di giustificazione. Dunque il giudizio, pure dettato da emozioni, è sempre soggetto a verifiche, confutazioni e giustificazioni.

Se il giudice imparziale dovesse condursi secondo l'esempio che Kant ci mette davanti agli occhi, allora è la legge e solo la legge, al di qua di ogni altra considerazione morale, che lo deve muovere. Si badi che l'"impulso" che Kant mette da parte nell'esempio menzionato non è egoistico o egocentrico, ma per il filosofo tedesco vale come se lo fosse. Tutto ciò che non è riconducibile alla forma di legge rompe l'imparzialità e la giustizia della possibile condotta. Ciò però, sappiamo, lo conduce a esiti implausibili e crudeli, come quello di dover applicare la pena di morte a tutti i condannati a questa pena in una comunità che si sta dissolvendo e prima che lo faccia. L'imparzialità di Kant ricorda il rigorismo freddo e implacabile di un tribunale del Terrore rivoluzionario o, avvicinandoci al nostro tempo, la decisione impietosa del caso Serena Cruz, pure e sorprendentemente difesa da Norberto Bobbio, in nome per l'appunto della supremazia della legge e dello Stato di diritto. Ma ciò non può davvero essere un esito accettabile e raccomandabile per il giudice imparziale.

Dalla *gravitas* alla partecipazione. Spunti per una “storia” dell’imparzialità del giudice

di Marco Nicola Miletti

L'imparzialità del giudice rappresenta un'esigenza consustanziale all'idea di giustizia. Il concetto ha conosciuto, nel lungo periodo, letture e declinazioni diverse, riconducibili intorno a due nuclei principali: la terzietà rispetto alle parti e l'indipendenza da poteri concorrenti o antagonisti. L'analisi storica mostra come la cultura giuridica e le istituzioni abbiano prevalentemente privilegiato i segni *esteriori* dell'equidistanza, nella convinzione che comportamenti e posizioni palesemente neutrali infondano nella comunità un sentimento di fiducia nella giurisdizione.

1. Terzietà endoprocedurale e indipendenza costituzionale / 2. Nel laboratorio medievale / 3. La dialettica tra Principe e Grandi Tribunali / 4. Il trionfo tardo-umanistico del conformismo / 5. Scenari costituzionali / 6. L'epoca dei notabili: le «seduzioni» della politica e le sirene della società / 7. La parte imparziale: il pubblico ministero / 8. L'indipendenza «in tempi di libertà»

1. Terzietà endoprocedurale e indipendenza costituzionale

«È proprio del giudice sapiente pensare che tanto gli è permesso dal popolo romano quanto gli è stato affidato, e ricordarsi non solo del potere ricevuto, ma anche della *fides* ottenuta».

Il brano dell'orazione ciceroniana *Pro Cluentio* (§ LVIII) echeggiava nelle trattazioni sulla deontologia del magistrato nell'età del diritto comune. In quegli elenchi di virtù, che ai lettori smaliziati di oggi suonano vanamente retorici, si annidavano indicazioni meno banali di quanto possa sembrare. L'*imparzialità* si celava dietro coppie semantiche come *amor/odium*, *amicitia/inimicitia*. Nessuno, però, dubitava che per il giudicante *inclinare pro una parte* fosse un comportamento non solo ripro-

vevole, ma idoneo a minare la *fides* riposta dal popolo nella giustizia.

La traccia che qui si cercherà di seguire diacronicamente, attraverso una selezione di tappe e di fonti del tutto opinabile, è che la *parvenza* di imparzialità ha sempre rilevato quasi quanto la sua effettiva sussistenza¹: equivalenza che non stupisce, data la natura *sociale* del sapere giuridico. La ricostruzione dovrà tuttavia tener conto sia della profonda disomogeneità socio-istituzionale e culturale tra le esperienze vagliate, sia della polisemia del vocabolo.

In linea di massima, anche l'approccio storico può assumere a canovaccio la duplice accezione “attuale” dell'imparzialità: la prima ordinamentale (o esterna), coincidente con l'indipendenza da altri poteri sovraordinati o comunque potenzialmente condizionanti; la seconda endoprocedurale, consistente

1. I. Trujillo, *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 277-278.

nella terzietà tra le parti del processo² e sfociante in quella che Calamandrei definiva «sintesi chimica di due contrapposte parzialità»³. Una scorsa anche superficiale alla dottrina giuridica mostra come, sino al crollo dell'*Ancien Régime*, l'attenzione si concentrasse pressoché esclusivamente sul primo polo (la terzietà). La ragione è intuibile. Negli ordinamenti medievali – si perdoni l'estrema semplificazione – il *ius dicere* era il potere sovrano per eccellenza, un potere originario, *speculum* della giustizia divina: non era, dunque, qualitativamente “altro” rispetto alle altre potestà (anche il papa e l'imperatore erano anzitutto giudici). In età moderna (in senso stretto: tra Cinquecento e Settecento) le dinamiche si complicarono. Il principe iniziò a salariare in forme più o meno congrue i “suoi” *officiales* di giustizia, dai quali pretendeva, di conseguenza, un esercizio della giurisdizione funzionale alla propria *voluntas*; le corti giudiziarie, dal canto loro, avevano interesse a proclamarsi *membra e corpo* del loro dante causa, rimandando al gioco sottile della prassi la ricerca di equilibri assai meno asimmetrici. Solo la separazione dei poteri, teorizzata dall'Illuminismo maturo, avrebbe reso possibile reclamare *apertis verbis* una formale indipendenza del giudiziario. Indipendenza che, almeno inizialmente, si traduceva in propositi di ridimensionamento, e che comunque obbligava i magistrati a fornire alla comunità politica tangibili segni di distacco non solo dai “litiganti”, ma anche dai governi e dai legislatori.

2. Nel laboratorio medievale

Del dovere del giudice di terzietà verso le parti in causa non s'è mai dubitato. O meglio, quasi mai: come acutamente segnalato da Gaetano Foschini, in alcune congiunture patologiche la partigianeria dei tribunali rivoluzionari o di guerra costituisce una sorta di regola d'ingaggio⁴.

Il diritto romano imperiale (ad esempio, la costituzione giustiniana *Apertissimi iuris*: C. 3.1.16)

approntava strumenti, quali la ricusazione, la sospensione, l'obbligo di astensione, transitati nell'esperienza del diritto comune, che vi affiancò meccanismi di controllo *ex post* (non sempre efficienti) come il sindacato degli ufficiali. La codificazione ottocentesca delle procedure avrebbe tesaurizzato quell'intensa elaborazione giurisprudenziale, tipizzandone le ipotesi: affetto, interesse, odio e inimicizia, amor proprio, incompatibilità formali e sostanziali, etc. (vds., ad esempio, l'art. 116 cpc italiano del 1865).

Le ridotte dimensioni delle comunità medievali, sia civili sia ecclesiastiche, rendevano spesso velleitaria l'individuazione d'un giudice effettivamente terzo. Al tramonto della civiltà comunale fu necessario ricorrere al podestà *forastiero* per evitare che la lotta tra fazioni dilagasse anche nei palazzi di giustizia. In ambienti così circoscritti bisognava evitare che il giudice decidesse *in conscientia*, ossia che si avvallesse di elementi probatori non già allegati dalle parti bensì acquisiti in via riservata o addirittura in sede di confessione. Il rigoroso divieto si sarebbe allentato sin dal Trecento, con l'espansione dell'*inquisitio* che consentiva al magistrato di attingere a conoscenze personali⁵. Nel «*Theatrum*» del cardinal Giambattista De Luca (1669-73), forse il più illustre giurista italiano del Seicento, la questione trovò un punto di caduta qui di particolare interesse: l'Autore sosteneva che nel foro esterno, dove il giudice *videt in facie*, non *in corde*, si richiede che le prove trovino una «*extrinseca justificatio publica in actis*», in modo che la verità *pateat* non solo a sé (ossia allo stesso giudice), ma a tutti; donde il brocardo secondo cui bisogna giudicare *secundum acta et probata*, non per scienza e coscienza⁶. Dalle parole del De Luca traspare, ben prima che venisse istituzionalizzato l'obbligo di motivazione delle sentenze, la consapevolezza dei benefici *pubblici* derivanti da logiche giudiziali *patenti*: col che si lasciava intendere che l'opacità della decisione presa *in conscientia* alimentava sospetti di settarismo.

Nel diritto canonico, componente essenziale degli ordinamenti medievali, la rettitudine del giu-

2. I. Trujillo, *Imparzialità*, *op. ult. cit.*, pp. 278-279. Sulla distinzione tra *terzietà* e *imparzialità* vds. anche, con riferimento alla clausola di chiusura del nuovo art. 111, comma 2, Cost., l'ipotesi di S. Chiarloni, *Giusto processo civile (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali II/1*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 415. G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale - I*, Giuffrè, Milano, 1965 (II ed.), p. 313 preferiva parlare di *indipendenza* (libertà del giudice «da ogni sollecitazione sociale») ed *estraneità* (trascendenza dagli specifici individui implicati nel giudizio), e articolava a sua volta l'estraneità (*ivi*, p. 336) in *imparzialità* (del giudice rispetto alle parti) e *impersonalità* (del giudice rispetto a se stesso).

3. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1959), Ponte alle Grazie, Milano, 1999, p. 122.

4. G. Foschini, *Sistema*, *op. cit.*, p. 338.

5. A. Padoa Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen* (1999), ora in *Id.*, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 255-257 e 272-278.

6. G.B. De Luca, *Theatrum veritatis, et iustitiae [...] Liber decimusquintus*, Typographia Luca Laurentii, Napoli, 1758, *disc. XXII*, n. 2, p. 58.

sdicente era parametrata sulla moralità interiore, a prescindere dall'obiettiva correttezza della decisione presa. Il principio trovava nella corruzione il tipico terreno di collaudo. Stando a una lettera di Sant'Agostino recepita nel *Decretum* di Graziano (del XII secolo), il giudice non avrebbe potuto "vendere" nemmeno il *iudicium iustum*, perché, a differenza dell'avvocato che offre dichiaratamente una consulenza "di parte", egli deve muoversi *inter utramque partem*⁷.

Citando i Salmi, una bolla di Innocenzo IV (*Liber Sextus*, II, 14, 1) risalente al Concilio di Lione (1245) raccomandava ai giudici ecclesiastici (si apprezzi la finezza lessicale della cancelleria pontificia) che nei processi l'*odium* non avanzasse pretese, il *favor* non comportasse usurpazioni, il *timor* fosse messo al bando, l'aspettativa d'un premio non capovolgesse la giustizia: quei magistrati avrebbero dovuto tenere in equilibrio nelle loro mani i piatti della bilancia, e amministrare la giustizia guardando soltanto a Dio e imitandone l'esempio. La bolla minacciava la sospensione al giudice che, *per gratiam* o per denaro, avesse fatto alcunché *contra conscientiam* e *contra iustitiam* a danno d'una parte in giudizio.

A questa disposizione innocenziana e al ciceroniano «*De oratore*» (II, 178), secondo cui gli uomini giudicano più spesso per odio, amore o per qualche *permotio mentis* che per verità o per legge, dichiarava di ispirarsi il commentatore Costantino Rogerio, autore nel 1463 d'un trattatello sull'interpretazione confluito in una sede assai autorevole quale il primo tomo dei *Tractatus universi iuris*⁸. È evidente che la fissazione di canoni ermeneutici così moraleggianti, e tutt'altro che cogenti, assimilava gli oneri dell'esegeta (e, *in primis*, del magistrato) a quelli del principe *legibus solutus* o, meglio, vincolato al solo diritto naturale⁹.

3. La dialettica tra Principe e Grandi Tribunali

L'identificazione "organica" tra monarca e magistrature di vertice si delineò nella prima età moderna. I giudici supremi esercitavano l'ufficio *nomine regis*. Ma, al contempo, continuavano a parlare la lingua sacra e neutra del *ius*, prezioso lascito della sapienza medievale. Proprio la circostanza che amministrare giustizia significasse essenzialmente *interpretare* innescava una vivace dialettica tra la Corona e i cd. "Grandi Tribunali". L'esempio più vistoso è quello dei *Parlements* di Francia, i quali disponevano di strumenti particolarmente acuminati di "interdizione" e di resistenza alla potestà legislativa del Principe¹⁰, tanto da dar vita a metà Seicento a una temibile *Fron-da*. Di solito, però, la sfida tra sovrano e apparati giudiziari restava sotto traccia. Questi ultimi, sentendosi delegati del primo, si arrogavano la medesima facoltà di decidere non secondo lo *strictum ius*, bensì in base all'*aequitas* o agli *apices iuris* (i principi generali), *sola facti veritate inspecta*. E così essi stemperavano la *vis* della norma principesca diluendola entro le sterminate fonti disponibili: *ius commune*, *iura propria*, consuetudini, *opiniones doctorum*, precedenti giurisprudenziali.

E non è tutto. Le magistrature centrali veicolavano un'*interpretatio* che, proprio perché non appiattita ai voleri del potente di turno, poteva agganciarsi alla scienza giuridica universale, a quel «*mondo civile comunicabile*» tratteggiato dal Cardinal De Luca¹¹.

In alcune aree si arrivava a insinuare che i magistrati supremi, quando fosse in gioco la vita umana, usassero obbedire più a Dio e alla sua giustizia che agli uomini e ai principi¹². Affermazioni così azzardate (e forse adulatorie) circolavano nel Regno di Napoli,

7. Per una puntuale disamina delle fonti, cfr. C. Natalini, *Bonus iudex, iustum iudicium. Esperienze giuridiche sulla corruzione del giudice nei secoli XII-XIII*, in *Studi senesi*, n. 119, 2007, pp. 61-118, ora in *Ead.*, «*Bonus iudex*». *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 25-73, part. pp. 32 e 34.

8. C. Rogerio, *Tractatus de iuris interpretatione* (1463), in *Tractatus universi iuris* [...], Venezia, 1584, I, ff. 386ra-394va: XII, n. 30, f. 394rb.

9. D. Luongo, *La metodologia del Commento nei trattati sull'interpretatio iuris di età umanistica*, in *Aion – Sez. di filologia e letteratura classica*, n. 40, 2018, pp. 197-239, part. p. 210.

10. Cfr., ad esempio, S. Hanley, *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual, and Discourse*, Prince University Press, New Jersey, 1983.

11. G.B. De Luca, *Dello stile legale* [...] (1674), in *Id.*, *Theatrum, op. cit.*, cap. XVII, n. 25, p. 551. L'espressione fu più volte utilizzata da Gino Gorla: vds., ad esempio, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, vol. 100, 1977, V, cc. 91-120, part. c. 101; in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari (1975), vol. I, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 469 ss.; ora in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 670.

12. F. Vivio, *Sylvae communium opinionum Doctorum utriusque censurae, in tres libros distinctae* [...]. *Liber secundus, apud Georgium Daghanum Monteripellium Sabaudium*, L'Aquila, 1582, *Op.* DCXXXVIII, n. 9, p. 161.

cioè in quella «*respublica dei togati*» mirabilmente descritta, nel tardo Seicento, da Francesco D'Andrea:

«Non vi è parte del mondo donde i ministri tengono maggior autorità che in Napoli, poiché, come non tengono obbligazione di render conto delle loro azioni che al Re nostro signore, il quale è lontano, né i signori viceré tengono sopra di loro alcuna giurisdizione, la loro potestà si riconosce tanto maggiore quanto è indipendente; talmente che ne tempi addietro eran chiamati comunemente dij terreni (...), cioè diavoli»¹³.

Quasi ovunque il “governo” dei giuristi nella prima età moderna rispecchiava l'ideale platonico-umanistico di un'élite di saggi¹⁴ che aveva fatto della sua scienza, rigorosamente neutrale e arcana, un formidabile *instrumentum Regni*, la sorgente di un'ontologica legittimazione a collocarsi *super partes* agli occhi non solo dei potenti formalmente sovraordinati, ma anche delle varie articolazioni della società. Anche quando assurgeva a *noblesse de robe*, come in Francia; anche quando proveniva pressoché integralmente dal patriziato, come a Milano, la magistratura evitava accertamente di raffigurarsi come *status* in competizione con gli altri: nella società tuttora cetuale, nella quale si regnava – più che nel Medioevo – per diritto divino, essa ripeteva dal re la *potestas* sacerdotale che la elevava a corpo separato e disinteressato.

La cointeressenza di valori politico-religiosi si materializzava nei criteri ufficiali di reclutamento. Valga l'esempio del Sacro Regio Consiglio, supremo consesso giudiziario del Regno di Napoli, istituito (o forse semplicemente riformato) dagli Aragonesi a metà Quattrocento. Uno dei provvedimenti fondativi prevedeva che l'organismo fosse composto di un presidente e nove consiglieri, «*viri juris insignibus decorati, docti, graves, severi, insontes [incensurati], mites, justi, faciles, lenesque [compassionevoli]*», non corruttibili né con preghiere, né con denaro, né con amicizia, né con odio¹⁵. Le qualità richieste (la *gra-*

vitas, la *severitas*, la mitezza, la compassione) erano “esteriormente” percepibili: dovevano infondere fiducia nella compagine sociale.

Nei decaloghi del buon giudice moderno, la *ricognoscibilità* rappresenta il denominatore comune alle virtù richieste. Vi si leggeva che il magistrato in cerca della verità rifugge i piaceri e antepone l'utile al divertente; vi si ricordava, con *nonchalance*, che nulla è più gradito *aspectu* (all'occhio, per l'appunto) se non ciò che si vede compiere in modo giusto e pio; nulla è più soave *auditu*, se non ciò che rende l'anima migliore¹⁶. Per converso, vi si stigmatizzavano atteggiamenti ritenuti esternamente non consoni al ruolo, come il *foeminarum commercium* o la partecipazione a giochi (anche non proibiti) e a spettacoli¹⁷.

Moniti, questi ultimi, che richiamano alla memoria una sulfurea pagina di Calamandrei: «Nei giudici, anche nella vita privata, si biasimano come disdicevoli alla gravità del loro ufficio certe piccole debolezze o certe innocenti distrazioni». L'insigne giurista ammetteva che avrebbe esitato a riporre «fiducia» nella «serenità» e nell'«equilibrio» d'un magistrato dopo averlo visto agitarsi in preda al tifo calcistico¹⁸. Comportamenti *disdicevoli alla gravità dell'ufficio*: dal frasario si evince che il professore fiorentino aveva compulsato l'ampia letteratura sul tema.

4. Il trionfo tardo-umanistico del conformismo

La vita civile del secolo XVI sembrava particolarmente propensa a misurare la moralità degli attori sociali da segni esteriori. È il secolo del «*Galateo*», del «*Cortegiano*» di Baldassarre Castiglione, del conformismo; è il tempo nel quale Machiavelli registrava che i governanti hanno «uno animo in piazza, ed uno in palazzo»¹⁹. L'«esteriorizzazione» dell'etica faceva apprezzare le «apparenze simili alla virtù»²⁰. Quelle

13. F. D'Andrea, *Avvertimenti ai nipoti*, a cura di I. Ascione, Jovene, Napoli, 1990, p. 154. *Respublica dei togati* è il titolo d'un pregevole volume di P. Rovito (Jovene, Napoli, 1981).

14. R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli, 1976, p. 311.

15. L. Giustiniani, *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli. Tomo XI*, Stamperia Simoniana, Napoli, 1805, tit. CCIX, *De Officio Sacri Regii Consilii*, pramm. II, p. 41.

16. F. Vivio, *Decisiones Regni Neapolitani*, Officina Damiani Zenari, Venezia, 1592, dec. CLXXXIX, n. 1, p. 260.

17. F.M. Costantini, *Observationes forenses practicabiles, sive Commentaria ad varia Capita Statutorum Almae Urbis [...]. Tomus Primus [...]*, Sumptibus Francisci Ant. Galleri [...], Typographia Ioannis Francisci de Buagnis, Roma, 1701, *De Iudicibus* cap. VIII, nn. 27-34, p. 25.

18. P. Calamandrei, *Elogio*, op. cit., pp. 295-296.

19. N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, I, 47.

20. E. Garin, *L'educazione in Europa (1400-1600). Problemi e programmi*, Laterza, Roma-Bari, 1976, p. 147.

apparenze divenivano *norma* dell'agire²¹ e criterio di giudizio dell'esercizio del potere.

Coerentemente con questa *forma mentis* tardo-umanistica, il giurista veniva definito «non iuris novator, sed religiosissimus observator». Di conseguenza, il giudice era esortato, anche per non incorrere in responsabilità nel giudizio di sindacato, a conformarsi all'opinione comune, sebbene fosse acclarata la volatilità casistica di questa “bussola”²².

Al magistrato che perseguisse una trasversale credibilità conveniva mostrarsi distante, ma non scostante. L'ideal-tipo, secondo D'Andrea, era incarnato dal napoletano Giovan Francesco Sanfelice:

«Fu severissimo nel castigare i delitti, ma con tal tranquillità che, quando condannava i rei, pareva che l'assolvesse, né fu meno ammirabile per l'indicibile pazienza con la quale ascoltava tutte le differenze che succedeano in Napoli anche tra povere donnicciuole e tra persone d'infima plebe e per l'equità nel determinarle; sicché la sua vita potea dirsi un esercizio continuo in amministrare a tutti indifferentemente giustizia»²³.

Proprio perché assillati dalla preoccupazione di combattere le forme *palesi* di parzialità, i legislatori punivano severamente il magistrato che esplicitasse «il suo voto (...) con parole, segni» o altri indizi di «dove inclina[ss]e»; o che discutesse con i colleghi fuori dalla sede deputata, rendendo edotte le parti²⁴. I repertori giurisprudenziali trascrivevano un campionario di disinvolute battute sfuggite a margine della camera di consiglio: «Che merita mille morti, per essere huomo infame, e che

si era solo nella causa, lo voleva far trovare appiccato una matina»; «Questo cavaliere mi fruscia, ed ha torto». Ma di solito le esternazioni sanzionate da ricasazione erano solo quelle rese *extra iudicium*: alle altre si rimediava con gli ordinari mezzi d'impugnazione²⁵.

Forse per la medesima esigenza di “decoro” la dottrina censurava quei giudici che, dopo aver mostrato, durante il processo informativo, di «*inclinare pro una parte*», mutavano *ex abrupto* opinione e votavano in senso contrario, scatenando le proteste degli avvocati i quali avevano, nel frattempo, fatto balenare la vittoria al cliente²⁶. L'ipotesi presenta una singolare analogia con la vicenda descritta da Calamandrei. Un costruttore che aveva ricevuto, in udienza, da un giudice istruttore rassicurazioni circa la fondatezza della propria pretesa scoprì, all'udienza successiva, che «il contegno del giudice era cambiato dal giorno alla notte»; quando si recò a chiedere «a quattr'occhi» spiegazioni al magistrato, si sentì candidamente confessare che il repentino ripensamento era stato indotto da un'aspettativa di promozione²⁷.

Di contro, la letteratura giuridica moderna pareva tollerare occasioni di prossimità soggettiva – come l'*amicitia* tra giudice e parti – potenzialmente ben più lesive dell'imparzialità ma, forse, prive di analogia risonanza “pubblica”²⁸. Così come non si ravvisava un obbligo inderogabile di astenersi a carico del giudice già intervenuto, in qualità di avvocato fiscale (ossia come pubblico accusatore), in una fase precedente del medesimo procedimento²⁹.

21. R. Ajello, *Formalismo medievale e moderno*, Jovene, Napoli, 1990, parla in proposito di «estroversione normativa».

22. G. Nevizzano, *Sylvae nuptialis Libri sex* [...], apud Ioannem Prellonium, Lione, 1556, lb. V, n. 63, pp. 481-482 (responsabilità del giudice); *ivi*, nn. 64-65, pp. 482-483 (preminenza della consuetudine); *ivi*, n. 4, p. 422 (definizione di giurista).

23. F. D'Andrea, *Avvertimenti*, *op. cit.*, p. 173.

24. C. Tapia, *Ius Regni Neapolitani* [...], Typographia Io. Iacobi Carlini, & Constantini Vitali, Napoli, 1608, lb. II, prag. L *De causis decidendis* (4 giugno 1574, viceré Antoine Perrenot, cardinal Granvelle), pp. 155-156.

25. G.F. Sanfelice, *Decisionum Supremorum Tribunalium Regni Neapolitani* [...]. *Tomus Primus* [...], apud Turrinum, Venezia, 1644, *dec.* LXXX, nn. 1-4, pp. 172-173 («che merita» etc.); G.B. Mucci, *Additiones in Dilucidationes rerum judicatarum A Supremis Regni Neapolitani Tribunalibus, jam Relatas per Regentem Jo. Franciscum Sanfelicium* [...] (1682), Sumptibus Nicolai & Vincentii Rispoli, Napoli, 1720, *dilucid. dec.* LXXX, n. 13, p. 150 («questo cavaliere» etc.). A proposito di incauta propalazione del voto, suscitò scalpore nel Regno di Napoli il caso di Marino Freccia, illustre magistrato cinquecentesco, espulso dalle magistrature di vertice proprio con quel capo d'imputazione: *cfr.* C. Borrelli, *Additio a Pedro Belluga, Speculum Principum* [...], Expensis Iacobi Anielli Mariae, Venezia, 1580, rb. 10 *De officio examinatorum*, vb. *Capite*, f. 31rb.

26. F.M. Costantini, *Observationes forenses*, *op. cit.*, I, *De Iudicibus*, cap. VIII, n. 64, p. 27.

27. P. Calamandrei, *Elogio*, *op. cit.*, pp. 279-280.

28. G.G. Lorenzo, *Tractatus De Iudice suspecto*, apud Georgium Variscum, Venezia, 1607, *Praefatio*, ff. n.n. esprimeva, sì, un'accurata esigenza di moralizzazione dei giudici; ma poi (*ivi*, cap. V, n. 12, f. 25ra) si limitava appena ad accennare alla suspicione procurata dall'«intrinseca amicitia» tra giudice e parte. Altrettanto stringato il riferimento all'amicizia in Costantini, *Observationes forenses*, *op. cit.*, I, *De Iudicibus* cap. VIII, n. 112, p. 30. Sull'inimicizia lieve come causa di ricasazione, *cfr.* G. Mastrillo, *Decisionum Consistorii Sacrae Regiae Consuetudine Regni Siciliae, Liber Secundus* [...], Officina typographica Heliae Kembachij, Spira, 1615, *dec.* CLI, n. 46, p. 177; G.F. Sanfelice, *Decisionum*, *op. cit.*, I, *dec.* LXXXI, nn. 1-4, p. 174. Si riteneva invece che non ingenerasse suspicione, in quanto sentimento naturale, l'amicizia lieve: G.B. Mucci, *Additiones*, *op. cit.*, *dilucid. dec.* LXXXI, n. 9, p. 152.

29. C. Tapia, *Decisiones Sacri Neapolitani Concilii*, Typographia Aegidij Longhi, Napoli, 1629, *dec.* XL, nn. 1-4, pp. 291-293; n. 27, p. 300. La causa aveva visto contrapposti Antonio De Cardona, duca di Sessa, e il conte di Trivento Giovanni Girolamo d'Afflitto; oggetto del contendere era stata la vendita (1582) della città di Sessa; il giudice coinvolto era Camillo De Curtis, già avvocato fiscale e ora presidente della Regia Camera della Sommara.

Non va dimenticato che il principio dell'equidistanza giudiziaria doveva pur sempre fare i conti con una società frazionata in ceti e non affrancata dal privilegio. Per tacere, poi, degli impalpabili condizionamenti derivanti dalla venalità degli uffici, quantunque studi autorevoli escludano che quel sistema, laddove istituzionalizzato, moltiplicasse di per sé la corruzione³⁰.

5. Scenari costituzionali

Fu la crisi della coscienza europea³¹, locuzione che contrassegna il tormentato passaggio culturale avviatosi alla fine del Seicento, a rendere non più appaganti le mere sembianze del potere, a cominciare da quelle giudiziarie. La dissociazione tra l'«*austère dévotion*» del mondo ufficiale e «*la plus extrême liberté*» dei comportamenti sociali³² procurava «disagio» per la «discrasia fra immagine pubblica e vita privata, fra l'ordine qual si mostrava e qual era»³³.

La corrosiva critica illuministica, forgiata proprio da quella crisi, non risparmiò l'immagine del magistrato *gravis*. I *philosophes* misero in dubbio la sacertà e la meta-temporalità del sapere giuridico, e ritennero che all'ingiustificata ambizione dei giudici di collocarsi *super partes* andasse sostituito un posizionamento *inter partes*: in quest'ottica si spiegano le proposte di ripristinare l'accusatorio o, addirittura, di importare sul Continente la giuria popolare.

Già da questi cenni al declassamento culturale e sociale patito dal ceto togato nella transizione al nuo-

vo regime si comprende perché negli ordinamenti costituzionali, mentre l'imparzialità *interna* o *terzietà* continuava, in fondo, a porre i medesimi problemi di contenimento di quando il giudice viveva, o simulava di vivere, in un pensoso eremitaggio, l'imparzialità *esterna* iniziò a esigere l'attivazione di garanzie quali l'inamovibilità, la perpetuità, la congrua retribuzione, l'autogoverno disciplinare³⁴. È questo secondo versante che verrà qui privilegiato.

Lo spostamento del fulcro della sovranità in direzione del popolo incoraggiò i costituzionalisti italiani del secolo XIX a recuperare una provocazione di Bentham, secondo cui l'irrinunciabile *indipendenza* del giudice doveva ribaltarsi in *dipendenza* dalla pubblica opinione e *responsabilità* di fronte ad essa; doveva fortificare il vincolo con la «massa della nazione»; doveva trasformare il giudice da «uomo del potere» in «uomo della legge» e «del popolo»³⁵. L'auspicio benthamiano circolava appaiato a un *memento* (risalente alla prima metà del secolo XVIII) del Cancelliere di Francia Henri-François d'Aguesseau: «Ricordatevi, o giudici, che se voi siete elevati al di sopra del popolo (...) non lo siete che per essere meglio esposti agli sguardi di tutti. Voi giudicate la sua causa, ma esso giudica la vostra giustizia (...) [e] non gli potete nascondere né la vostra virtù, né i vostri difetti»³⁶.

Non era solo il fantasma dell'antico regime, ovvero dell'assolutismo regio, a sollecitare, da parte della pubblicistica liberale, un rafforzamento delle guarentigie magistratuali. Monarchie e imperi usciti dal Congresso di Vienna puntavano all'«onnipotenza amministrativa», a detrimento del giudiziario. La

30. Cfr. J. Van Klaveren, *Die historische Erscheinung der Korruption, in ihrem Zusammenhang mit der Staats- und Gesellschaftsstruktur betrachtet*, in *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, XLIV (1957), pp. 289-324; *ivi*, XLV (1958), pp. 433-504; J. Vicens Vives, *Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII* (1960) – tr. it.: *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in E. Rotelli e P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno - I. Dal Medioevo all'Età moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 245. Non diversa la tesi del classico studio (originariamente una tesi dottorale, più volte ripubblicata) di R. Mousnier, *La vénalité des offices sous Henry IV et Louis XIII*, Maugard, Rouen, 1946.

31. P. Hazard, *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*, Arthème Fayard, Parigi, 1961 – tr. it.: *La crisi della coscienza europea*, a cura di P. Serini, UTET, Torino, 2007.

32. L'intuizione è di Roland Mousnier, *Les xv^e et xvii^e siècles. Les progrès de la civilisation européenne et le déclin de l'Orient (1492-1715)*, PUF, Parigi, 1954 – tr. it.: *Il XVI e il XVII secolo. Progresso della civiltà europea e declino dell'Oriente (1492-1715)*, in M. Crouzet (a cura di), *Storia generale delle civiltà*, Casini, Firenze, 1959, p. 186.

33. R. Ajello, *Cartesianismo e cultura oltremontana al tempo dell'«Istoria Civile»*, in *Id.* (a cura di), *Pietro Giannone e il suo tempo*, atti del convegno di studi (1976), vol. I, Jovene, Napoli, 1980, p. 86 (*Introduzione*).

34. I. Trujillo, *Imparzialità*, *op. cit.*, pp. 278-279.

35. L. Casanova, *Del diritto costituzionale. Lezioni [...]*, vol. II, Cammelli, Firenze, 1875 (III ed.), pp. 401-402.

Bentham (aggiungeva Dionigi Castelli, *Garantie indispensabili per la magistratura affinché giustizia sia bene amministrata. Contribuzione alla riforma giudiziaria*, Como, 1° gennaio 1886, in *Archivio giuridico*, n. 36, 1886, p. 33) aveva esortato i giudici a non «illudersi» che indipendenza significasse totale libertà, e li aveva anzi ammoniti a *render conto* alla coscienza e, «dopo questa, all'opinione pubblica». Il gius-filosofo inglese aveva sottolineato la responsabilità del giudicante verso il popolo anche per argomentare la sua predilezione per l'organo monocratico: lo ricordava Diego Soria, *Corso completo di diritto pubblico elementare. Volume I*, Tipografia Pavesio e Soria, Torino, 1851 (II ed.), p. 1052.

36. D. Castelli, *Garantie indispensabili*, *op. cit.*, p. 33. Sulla ricca riflessione di d'Aguesseau in materia di deontologia giudiziaria, vds. P. Beneduce, *Altri codici. Sentimenti al lavoro nei galatei forensi*, in *Appendice: Discorsi di Henri-François D'Aguesseau sull'arte del giudice e dell'avvocato*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2008.

più seria minaccia all'imparzialità dei giudici sembrava venire dai governi. Ma non andava sottovalutata l'insidiosa influenza del *popolo*, inedito e imprevedibile interlocutore politico³⁷.

Nel «*Manuale del diritto pubblico costituzionale*», apparso nel marzo del 1849 in concomitanza con il traumatico scioglimento del Parlamento napoletano, il ventunenne Enrico Pessina sosteneva con fermezza che il potere *giudiziario*, emanante da un'impersonale «Sovranità giuridica», non fosse affatto una «branca» dell'esecutivo: anzi, esso disponeva del diritto-dovere di *ingerirsi* nell'attività di governo per giudicarla. Da Pierre-Paul Royer-Collard, teorico transalpino della monarchia limitata, Pessina desumeva la convinzione che il fulcro della «potestà governativa» consistesse nella forza di trascinare in tribunale i perturbatori dell'ordine pubblico³⁸. Erano idee circolanti sin dalla Restaurazione in Francia, dove i moderati avevano provato a rilanciare il primato della giustizia (ribattezzata «*seconde Providence*») fondandola sulla sua capacità coattiva di tener salda la società ed evitare che andasse a fuoco³⁹. Qualche decennio dopo (1884), il magistrato Georges Picot, nel rivendicare un incremento delle garanzie per i giudici, ricordava come il corpo giudiziario fosse un baluardo contro la demagogia delle folle e dei partiti e meritasse, pertanto, di trovarsi stabilmente collocato in posizione elevata⁴⁰.

Nel medesimo solco ideologico, Attilio Brunialti, nel 1870, deplorava che, mentre negli ordinamenti anglo-americani il magistrato era preposto a «mantenere il rispetto della legge e della costituzione [*l'arca santa – ndr*] contro chiunque», ossia anche schierandosi contro tutti gli altri poteri, nel Continente esso

non fosse che «un delegato del potere esecutivo» e che «il potere giudiziario [fosse] una funzione del governo». I manuali universitari di diritto costituzionale, si rammaricava lo studioso, situavano in coda la stringata trattazione del giudiziario; e, del resto, anche lo Statuto accordava a quest'ultimo un peso «assai scarso», definendolo «*ordine*» anziché «*potere*». «Non è certo con siffatti principii», commentava Brunialti, «che alligna e cresce rigogliosa nella coscienza di un popolo la libertà costituzionale. Si ingenera quella triste abitudine di non avere alcuna o assai scarsa fiducia nella giustizia, così generale nei popoli del mezzodì». Mentre in Inghilterra e negli Stati Uniti qualsiasi controversia sfociava in un processo, nei Paesi continentali, per vedersi riconosciuto un diritto «si fa la rivoluzione: costa più che un processo, e quel che è peggio è sempre la libertà che ne paga le spese»⁴¹.

Ancora l'agognata meta della fiducia nella giustizia. Malinconicamente, Brunialti la vedeva raggiunta Oltremare, meno in Italia, dove sarebbe servita non più tanto (o almeno non solo) l'imparzialità *interna*, ma soprattutto quella *esterna*, sistemica⁴². Con toni assai meno felpati, trent'anni dopo, l'anarco-internazionalista Francesco Saverio Merlino avrebbe bollato l'indipendenza della magistratura come «una menzogna convenzionale»⁴³.

Per invertire la tendenza, i pubblicisti liberali italiani individuarono nell'*inamovibilità* la garanzia giudiziaria per antonomasia⁴⁴. Essa andava, certo, temperata, «anche per ovviare al pericolo di ristagno, di adattamento o di influenze locali determinate, più che dalle persone, dall'ambiente»⁴⁵. Ma, come comprendeva qualsiasi «mente, per quanto ottusa», la

37. S. Merlino (*Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia* (1925), postfazione di G. Neppi Modona, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2023, p. 96) auspicava l'indipendenza dei magistrati «perfino da un'opinione pubblica[,] che volesse imporsi alla loro coscienza». Secondo l'A. (*ivi*, p. 97), «serenità ed imparzialità» non si sarebbero potute «attendere da un'assemblea agitata da passioni diverse e dominata da simpatie e antipatie».

38. E. Pessina, *Manuale del diritto pubblico costituzionale*, Stabilimento Tipografico, Napoli, 1849, pp. 253-254 (caratteri del *giudiziario*); *ivi*, pp. 263-264 («branca»; citazione di Royer-Collard). L'A. (*ivi*, pp. 228-229) passava in rassegna le garanzie d'indipendenza della magistratura dal potere e dai cittadini: inviolabilità, inamovibilità, adeguata retribuzione.

39. P.-F. Mézard, *Du principe conservateur, ou de la liberté considérée sous le rapport de la justice et du jury*, chez Béchét, Paris-Rouen, 1820, pp. 78-79.

40. P. Alvazzi Del Frate, *Autonomia, legittimazione e reclutamento della magistratura: considerazioni storiche sull'ordinamento francese*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, n. 2/2021, p. 11.

41. A. Brunialti, *La funzione politica del potere giudiziario*, in *Archivio giuridico*, vol. V, 1870, pp. 415-417.

42. Attilio Brunialti (*Il Diritto costituzionale e la politica nelle scienze e nelle istituzioni - Volume Primo*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1896, pp. 322-325) concordava con Rudolph von Gneist nel riconoscere il nesso tra «indipendenza del potere giudiziario» e sviluppo liberale delle istituzioni inglesi. Lo studioso deplorava nuovamente la perdurante «subordinazione morale» del giudiziario all'esecutivo.

43. S. Merlino, *Politica e magistratura*, *op. cit.*, p. XI.

44. L. Mattiolo, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano [...]*, vol. I, Fratelli Bocca, Torino, 1875, p. 78; con qualche perplessità, e una dichiarata preferenza per il sistema dei giudici elettivi, L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, *op. cit.*, pp. 400-401; A. Bonasi, *La magistratura in Italia*. *Studio*, Zanichelli, Bologna, 1884, pp. 115-116 (vds., a p. 116, il richiamo alla presunta «pubblica utilità»); G. Arcoleo, *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, N. Jovene e C., Napoli, 1907 (III ed.), pp. 592-593.

45. G. Arcoleo, *op. ult. cit.*, pp. 593-594.

prerogativa non era «un favore alla persona del giudice, ma una guarentigia alla società»⁴⁶.

Eppure i legislatori ottocenteschi s'impegnarono pervicacemente a comprimerla o addirittura, *pro tempore*, a eliminarla. In Francia, sebbene l'inamovibilità fosse stata costituzionalizzata (1814 e 1830), si assistette a ondate di epurazione della magistratura⁴⁷. Dopo la rivoluzione del febbraio 1848, una circolare del Ministro della giustizia Cremieux arrivò a dichiararla «incompatibile col governo repubblicano»⁴⁸. Le «tradizioni demagogiche insieme e reazionarie» si proiettarono anche sulla Terza Repubblica (dopo il 1870): un numero cospicuo di magistrati preferì dimettersi anziché rassegnarsi alle continue modifiche legislative di segno punitivo verso la corporazione⁴⁹.

In Italia l'art. 69 dello Statuto Albertino prevedeva per i giudici «nominati dal re» (non per i pubblici ministeri né per i futuri pretori) l'inamovibilità di grado, e non di sede, al termine del primo triennio dall'assunzione. Dopo la parentesi della legge Siccardi (19 maggio 1851), l'ordinamento giudiziario Rattazzi (la legge «illiberale»⁵⁰ 13 novembre 1859, art. 103) parificò, di fatto, il giudice a qualsiasi altro funzionario, rendendone legittimo il trasferimento «per l'utilità del servizio». Regola confermata dall'ordinamento Cortese (rd 6 dicembre 1865, n. 2626, art. 199), peraltro nel quadro d'un rafforzamento dei poteri del guardasigilli e della conformazione gerarchica della magistratura. Persino i più benevoli commentatori di quelle norme non escludevano che vi fossero magistrati pronti a *piaggiare* il potere anche dinanzi a suoi semplici «cenni» e «desiderii»⁵¹.

6. L'epoca dei notabili: le «seduzioni» della politica e le sirene della società

L'ascesa al potere della Sinistra storica (1876) pose in termini indifferibili il problema di sottrarre la magistratura alla tenzone politica⁵². Come osser-

vava nel 1884 Adeodato Bonasi, professore di diritto costituzionale e amministrativo a Modena e futuro guardasigilli, l'ordinamento inglese aveva capito che occorreva preservare il magistrato non solo (mediante l'inamovibilità) dalle «intimidazioni» del potere politico, ma anche dalle relative «seduzioni». Tra le proposte avanzate dallo studioso per ovviare al pericolo figurava «l'assoluta incompatibilità dell'ufficio di deputato colle funzioni giudiziarie». Bonasi argomentava: «L'atmosfera dei Parlamenti è infesta alla serenità dello spirito ed alla equanimità dei sentimenti; e d'altronde non si può entrare in un'assemblea politica senza ascrivere ad una delle parti che la dividono, mentre il magistrato deve ispirare la stessa fiducia a tutti indistintamente i cittadini». Da questa preclusione l'Autore avrebbe eccettuato la nomina in Senato, giacché la Camera alta non era segmentata in partiti e svolgeva saltuarie funzioni giudiziarie per i reati contro la sicurezza dello Stato⁵³.

L'istituzione del Consiglio superiore della magistratura per effetto della riforma Orlando (l. 14 luglio 1907, n. 511) introdusse l'inamovibilità di sede, salvi i casi di «incompatibilità ambientale». Il 28 novembre 1907 lo stesso guardasigilli presentò alla Camera dei deputati un disegno di legge su *guarentigie e disciplina* della magistratura: esso prometteva ai giudici la più ampia «indipendenza» affinché «la giustizia [fosse] e [apparisse] estranea e superiore alla ragion politica e ai conflitti dei partiti»⁵⁴.

Che la relazione ministeriale accostasse *essere* e *apparire* fa pensare che fosse ancora una volta il secondo, l'*apparenza*, il prioritario obiettivo del Ministro. Sospetto accreditato dal prosieguo della discussione parlamentare. Nel febbraio successivo, infatti, il relatore Alessandro Fortis (ex-Presidente del Consiglio) illustrava la peculiarità della *disciplina* richiesta ai magistrati: «In coloro ai quali noi confidiamo» valori così preziosi come la vita, i beni, la libertà, l'onore, «noi dobbiamo pretendere un molto elevato e rigido sentimento di moralità; e, nell'impossibilità di

46. A. Bonasi, *La magistratura*, op. cit., pp. 141-142.

47. G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, op. cit., p. 592.

48. G. Mirabelli, *L'inamovibilità della magistratura nel Regno d'Italia. Considerazioni*, dai Tipi di Salvatore Marchese, Napoli, 1876, p. 36.

49. G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, op. cit., p. 593.

50. A. Bonasi, *La magistratura*, op. cit., pp. 47-48.

51. L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, op. cit., pp. 354-355 (a proposito dell'opportunità di rimettere ai tribunali ordinari la competenza sui reati perpetrati dai ministri al di fuori delle loro funzioni).

52. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 71.

53. A. Bonasi, *La magistratura*, op. cit., pp. 116 e 153.

54. Atti parlamentari – Camera dei deputati, Legisl. XIII (sess. 1904-907 – disegni di legge e relazioni), *Disegno di legge n. 655 presentato dal ministro di Grazia e Giustizia e dei culti* (Orlando V.E.), *Guarentigie e disciplina della magistratura*, seduta del 28 novembre 1907, p. 1. Cfr. anche A. Meniconi, *Disciplina e garanzie: alle origini dell'attuale Csm*, in *Studi storici*, anno LI, n. 4/2010, p. 819.

conoscere il foro interno della loro coscienza, noi abbiamo il diritto di indagare tutta intera la loro condotta pubblica e privata per vedere se essi siano veramente degni». Senza troppe perifrasi, il navigato statista romagnolo scendeva al cuore del problema: «Né vuoi dimenticare che la opinione della giustizia è altrettanto necessaria della realtà della giustizia stessa»; donde il dovere dei magistrati di «ottemperare, quasi direi, più rigorosamente degli altri» ai doveri comuni nonché a quelli speciali «che facciano salvo anche l'esteriore prestigio della giustizia». Il disegno di legge, concludeva Fortis, avrebbe assicurato, mediante l'inamovibilità, «una sostanziale e formale indipendenza da ogni indebita pressione e ingerenza»; grazie, poi, all'incompatibilità e ad altri meccanismi avrebbe evitato che «il magistrato indegno» continuasse «lungamente ad inquinare l'ordine giudiziario»⁵⁵.

La seconda legge Orlando (24 luglio 1908, n. 438), imperniata sulla Suprema corte disciplinare, sopraggiungeva in una fase in cui le frange più giovani della magistratura premevano per ritagliarsi qualche spazio d'indipendenza. Forse non a caso, recependo le aspirazioni del relatore Fortis, una clausola di chiusura piuttosto elastica (art. 11) obbligava il magistrato a «tenere, in ufficio e fuori, una condotta tale da non renderlo immeritevole della fiducia e considerazione di cui deve godere e da non compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario»⁵⁶. Balzava, ancora una volta, in evidenza il profilo della *publica fides* e della reputazione «esterna». Fu, comunque, merito del lavoro della Suprema corte disciplinare se si avviò un lento cambiamento della fisionomia del giudice, ad esempio con riguardo alla non punibilità della partecipazione «seren[a] e imparziale» alla vita dei partiti⁵⁷.

Intanto, a cavallo tra Ottocento e Novecento, la Scuola positiva andava smontando il mito della necessaria *segregazione* del giudice dalla compagine sociale. Gli esponenti della criminologia antropologica sospettavano che quel luogo comune simboleg-

giasse una distorta visione «castale» della magistratura, un'eccessiva divaricazione tra i tre poteri, nonché l'erronea convinzione che solo il «distacco completo dalla vita» e uno stile da «paleontologo, o anatomista» preservassero «dignità» e «onestà» del giurisdicente. Sperando di rovesciare quei pregiudizi, Raffaele Garofalo e Luigi Carelli, magistrati e lombrosiani di prima generazione, quantunque dichiaratamente uomini d'ordine, esortavano a guardare al modello politico sorto dalla Rivoluzione francese, fondato nella «costituzione sociale» e dotato d'una giurisdizione aggiornata alle esigenze pratiche⁵⁸.

Ad esiti non troppo dissimili avrebbe potuto condurre il paradigma del «*bon juge*», costruito principalmente da Paul Magnaud (1848-1926) e imperniato, in nome di istanze solidaristiche o addirittura «sentimentali», sul primato dell'equità come criterio di giudizio. Un ruolo come quello immaginato e praticato da Magnaud (o, in Italia, dal suo emulo Raffaele Majetti) presupponeva un'immersione del giudice negli angoli anche più appartati della società⁵⁹.

7. La parte imparziale: il pubblico ministero

Un'autonoma ma spinosa questione riguardava l'imparzialità del pubblico ministero. In base all'art. 129 dell'ordinamento giudiziario del 1865, ricalcato sul prototipo francese, questi era «il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria» ed era «posto sotto la direzione del ministro di giustizia». Suscitava ironici interrogativi il «mostruoso ermafroditismo» dell'inquirente, «che indossa[va] la toga del magistrato ed [era] posto alla dipendenza non della legge, ma dei ministri». In tal modo, paventava Bonasi, «l'esercizio dell'azione penale [era] lasciato in arbitrio del potere esecutivo», che avrebbe potuto rendere i procuratori «strumento di persecuzione» degli avversari. In luogo delle carriere «distinte e parallele,

55. Atti parlamentari – Camera dei deputati, n. 855-A, *Relazione della Commissione composta da Fortis (presidente e relatore) [...] sul disegno di legge presentato dal ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Orlando V.E.) nella seduta del 28 febbraio 1907. Guarentigie e disciplina della magistratura*, seduta del 21 febbraio 1908, pp. 1-2.

56. A. Meniconi, *Storia*, op. cit., pp. 119-120.

57. Così si pronunciava la Scd del 1913 nei confronti di un pretore di Locorotondo, come ricorda A. Meniconi, *Disciplina e garanzie*, op. cit., p. 842.

58. R. Garofalo e L. Carelli, *Riforma della procedura penale in Italia – Progetto di un nuovo codice*, Fratelli Bocca, Torino, 1889, *Introduzione*, pp. XIX-XX. Già E. Pessina (*Sommario di lezioni sul procedimento penale italiano*, Marghieri, Napoli, 1883 (II ed.), pp. 105-106) aveva preso in esame – senza condividerla – la tesi secondo cui il magistrato popolare, presuntivamente dotato del «semplice lume del senso comune», fosse più immerso nella «realtà della vita» di quanto non fosse il giudice di professione, arroccato nel suo routinario tecnicismo.

59. Si consiglia almeno la lettura di C.M. Herrera, *Entre équité et socialisme? Le juge et la question sociale dans le débat politico-dogmatique français du début du XX^e siècle*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XL, 2011 (*Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*) tomo I, pp. 331-366, e di M. Stronati, *Un'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento*, ivi, tomo II, pp. 813-867.

ma che poi in effetto si toccano», Bonasi proponeva perciò l'istituzione della carriera unica, munita delle medesime guarentigie⁶⁰.

Di contrario avviso i fautori dell'accusatorio puro, a cui parere non era dalla magistratura inquirente che si doveva «esigere l'imparzialità»: anzi, se questa fosse stata lasciata del tutto libera anche di forzare le proprie tesi, il procedimento sarebbe risultato «più chiaro, più franco, più nobile»⁶¹. La speranza s'incrì quando i gravi scandali politico-affaristici di fine Ottocento indussero a dubitare che un pm *rap-presentante* del potere esecutivo scegliesse di esercitare l'azione penale laddove si profilassero elementi probatori a carico del Governo⁶².

In sintonia col «Manuale» di Vincenzo Manzini (1912)⁶³, il codice di procedura penale Finocchiaro-Aprile (1913) volle escludere il pubblico ministero dal novero delle parti, in considerazione del fatto che lo Stato aveva interesse non a una sentenza di condanna, ma a una sentenza giusta e che perciò il pm poteva anche esser chiamato a tutelare l'innocenza dell'imputato⁶⁴. Soluzione ribaltata dal codice di rito del 1930, che restituiva al pm la qualifica di parte, seppur «*sui generis*, che agisce nell'interesse dello Stato» e obbligata ai «doveri di lealtà e di obiettività (...) propri di ogni funzione pubblica». Peraltro nella medesima «Relazione» definitiva, il Ministro Alfredo Rocco liquidava il tema come «questione più che altro accademica»⁶⁵.

La *querelle* si trascinò sino alla stagione costitutiva⁶⁶, intrecciandosi col tema dell'obbligatorietà

dell'azione penale. Neppure l'opzione accusatoria del codice Pisapia-Vassalli (1989) sembra aver risolto l'«indovinello», per dirla con Carnelutti, della *parte imparziale*⁶⁷.

8. L'indipendenza «in tempi di libertà»

Sono ben note le tappe che portarono dall'ordinamento giudiziario Grandi (rd 30 gennaio 1941, n. 12) alla legge Togliatti sulle guarentigie (rd.lgs 31 maggio 1946, n. 511), che assicurava quantomeno l'indipendenza *esterna* della magistratura; e poi al titolo IV, parte II della Costituzione (1948) che, oltre a confermare l'autonomia dell'*ordine* giudiziario (art. 104, comma 1, Cost.), prometteva di irrobustirne l'indipendenza *interna* distinguendo i magistrati solo per *funzioni* (art. 107, comma 3, Cost.)⁶⁸.

Se si volesse disegnare una linea di tendenza di lungo periodo, si potrebbe sostenere, con qualche approssimazione, che i termini dell'attuale, cronica diatriba tra politica e magistratura affondino le radici più nel passato d'antico regime che nei sistemi costituzionali otto-novecenteschi. Non si può negare che, negli anni della costruzione dello Stato liberale, la giurisdizione parteggiasse, per lo più, per i poteri costituiti e, in particolare, per le forze di maggioranza, cui si sentiva avvinta da una comune appartenenza di classe e di formazione. Al tempo della Destra e della Sinistra storica, l'ingerenza dei ministri negli affari di giustizia esondava dalle riviste specialistiche

60. A. Bonasi, *La magistratura, op. cit.*, pp. 157 (ermafroditismo) e 160 (proposta).

61. L. Casanova, *Del diritto costituzionale, op. cit.*, pp. 354-355 (giudici); pp. 357-358 (accusatori). Cfr. anche l'ironia di Luigi Lucchini, *Elementi di procedura penale*, G. Barbèra, Firenze, 1895, p. 215, sul pm: «persona ibrida quant'è ibrido il sistema misto, un po' soggetto al governo e un po' indipendente».

62. La relazione della Commissione governativa istituita il 4 agosto 1894 per «accertare la responsabilità dei funzionari giudiziari» impegnati nell'«istruttoria del processo per i fatti della Banca Romana» si augurava che il Ministro non avesse esercitato pressioni sui pubblici ministeri; e comunque definiva «errore fatale», perché contrario alla separazione dei poteri, interpretare l'art. 129 ord. giud. nel senso che il pm «rappresenti il potere esecutivo anche nell'esercizio dell'azione penale» (c.vo aggiunto). Cfr. *Pubblico ministero e governo*, in *Riv. pen.*, vol. XLI, fasc. II, 1895, *Cronaca*, pp. 171-173 e, ivi, il commento anonimo (probabilmente del direttore Lucchini).

63. Vincenzo Manzini (*Manuale di procedura penale italiana*, Fratelli Bocca, Torino, 1912, pp. 14-15 e 297-298) era disposto a qualificare il pm non più che «parte in senso meramente formale».

64. C. Finocchiaro-Aprile, *Relazione al Re* (27 febbraio 1913), in *Commento al Codice di procedura penale a cura dei signori sen. Lodovico Mortara, dep. Alessandro Stoppato, sen. Guglielmo Vacca, comm. Augusto Setti, comm. Raffaele de Notaristefani, cav. Silvio Longhi*, parte I, vol. III, UTET, Torino, 1914, p. 562.

65. A. Rocco, *Relazione*, in Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume X: Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la Relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1930, p. 22.

66. Sul punto, mi permetto di rinviare a M.N. Miletto, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive. Premessa storica*, in *Criminalia*, 2010, pp. 304-327, part. p. 326 (<https://discrimen.it/wp-content/uploads/011-OPINIONI-PRINCIPIO.pdf>).

67. F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 157. Lo stesso Autore (*Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo*, CEDAM, Padova, 1936, pp. 387-388) aveva già definito «bisticcio» la locuzione «parte imparziale», ma aveva spiegato che il pm si avvicina alla parte per ciò che fa; e al giudice perché, agendo, adempie un dovere.

68. G. Ferri, *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2021 (II ed.), pp. 7-14.

e scuoteva l'opinione pubblica più informata. Il fascismo dispose di armi di controllo ancor più affilate, anche se forse è esagerato affermare che, allora, governo e magistratura fossero «una cosa sola: un corpo ed un'anima»; l'uno iniziava, l'altro finiva il lavoro⁶⁹. Appare, perciò, tutt'altro che un'illusione quella formulata cent'anni fa da Merlino, a cui parere i governi di qualsiasi orientamento esercitarono «una coazione continua» sulla magistratura, a lungo impedendo che in questa si cementasse «una tradizione di rettitudine e d'indipendenza»; ed è parimenti plausibile che le generazioni di italiani vissute prima della Repubblica fossero *assuefatte* a vedere politica e magistratura «trecare insieme»⁷⁰.

Nel «Sistema» del 1936 (si era negli anni dell'apogeo del consenso al fascismo), Francesco Carnelutti affrontava con elegante schiettezza «un argomento di estrema gravità», che si riverberava sull'«ordinamento dello Stato»: quello della compatibilità tra la *libertà* del giudice e la sua *dipendenza* impiegatizia. Il professore friulano sgomberava il campo dalle finzioni: non era vero che dallo Stato, in quanto «supremamente interessato alla libertà del giudice», questi non avesse nulla da temere. Non era vero per due motivi. Anzitutto, poteva capitare che lo Stato-amministratore comparisse come *parte* dinanzi alla giustizia: e allora il giudice si sarebbe trovato nella paradossale situazione di «dipendere» dalla parte sulla quale doveva pronunciarsi. In secondo luogo, allo Stato amministratore afferiva una pluralità di interessi, non tutti indirizzati verso la soluzione «giusta»: contro le possibili distorsioni non si poteva fare «soverchio affidamento» sul «freno» morale, giacché le istituzioni sono popolate da uomini, «e questi sono imperfetti», portatori di interessi propri, familiari, amicali. La separazione dei poteri, incalzava Carnelutti, era stata ideata per «troncare il legame» tra Stato-amministratore e Stato-giudice.

Con chiara allusione alle strategie del regime, egli ammetteva che a volte, per i rivolgimenti della storia, quel principio registrava «qualche incertezza»; e che forse davvero «la tripartizione uscita dalla Rivoluzione francese [stava] per subire o [aveva] già subito una certa modificazione». Su un punto, però, Carnelutti non intendeva transigere: non poteva «non rimanere come una conquista definitiva della civiltà» proprio «la separazione tra lo Stato amministratore e lo Stato giudice», la quale non indicava altro se non «la separazione tra il giudice e la parte». A sigillo di queste appassionate argomentazioni, lo studioso non aveva remore nell'includere l'inamovibilità prevista dall'art. 69 dello Statuto tra i «principi fondamentali del reggimento dello Stato»⁷¹.

Perché l'impermeabilità tra Stato amministratore e Stato giudice mettesse salde radici nel diritto vivente bisognò attendere il Secondo dopoguerra, quando la fisiologica contiguità tra magistratura e classi dirigenti conobbe, nell'Occidente democratico, una vistosa incrinatura⁷². In Italia, l'entrata in vigore della Costituzione (1948) e, soprattutto, l'attivazione della Corte costituzionale (1956) indussero non tanto una politicizzazione delle toghe, quanto la consapevolezza dell'inevitabile politicità della giurisdizione⁷³. Grazie al progressivo ricambio anagrafico, all'ingresso delle donne in magistratura (1965), alla liberalizzazione degli accessi alle facoltà di giurisprudenza (1969), alla formazione di correnti progressiste come Magistratura democratica (1964), dagli anni sessanta e settanta crebbe, accanto al tradizionale giudice neutrale, apolitico, ossequioso della legalità formale, una leva di giudici che, «pur senza abbandonare la regola dell'imparzialità», intendeva concorrere all'affermazione dei valori costituzionali: la virtù del magistrato progressista non era più la neutralità, ma «l'impegno sociale»⁷⁴. In quegli anni si arrivò a sostenere che l'indipendenza dell'ordine giudiziario non andasse più

69. S. Merlino, *Politica e magistratura*, op. cit., p. 100.

70. *Ivi*, pp. 103-104.

71. F. Carnelutti, *Sistema*, op. cit. (supra, nota 67), pp. 646-648. L'A. (*ivi*, pp. 651-652) caldeggiava un'estensione dell'inamovibilità a tutti gli aspetti della carriera del giudice e proponeva cautamente di attribuire il potere di accertamento ad organi composti prettamente da esponenti dell'ordine giudiziario («autarchia»).

72. Da una prospettiva dichiaratamente anti-capitalistica, restano suggestive le considerazioni di R. Miliband, *The State in Capitalist Society*, New York, Basic Books, 1968 – tr. it.: *Lo Stato nella società capitalistica*, Laterza, Bari, 1971, pp. 162-171. Di segno opposto la (più risalente) denuncia di S. Merlino, *Politica e magistratura*, op. cit., pp. 18-23, a proposito della disparità di trattamento riservata dalla magistratura alla classe operaia.

73. E. Cheli, *Caratteri del conflitto ideologico nella magistratura italiana* (1975), in *Id.*, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 126.

74. E. Cheli, op. ult. cit., pp. 132-133. Cfr., con riguardo al Congresso di Gardone del 1965, S. Senese, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, in *Democrazia e diritto*, n. 4-5/1986, p. 51.

R. Ferrante, «Toghe di piombo». *Crisi della giustizia, riforma della magistratura, separazione delle funzioni: 1964-1965*, in *Questione giustizia online*, 13 marzo 2024 (www.questionegiustizia.it/articolo/toghe-di-piombo) riporta pungenti articoli di stampa (1965), nei quali non solo si stigmatizzava la persistenza d'una magistratura conservatrice, ma se ne rimarcava il «grigiore» e lo «scollamento» dall'evoluzione della società, specie riguardo ai costumi e alla morale sessuale.

correlata alla meccanica ripartizione tra poteri, ma dovesse confrontarsi con il principio di sovranità popolare e con le possibili modalità di controllo sociale sull'attività giurisdizionale⁷⁵.

Restava scoperto il nervo della diretta partecipazione del giudice alla politica attiva. Se l'ordinamento Oviglio (rd 30 dicembre 1923, n. 2786, art. 15) aveva consentito ai «funzionari dell'ordine giudiziario» di svolgere esclusivamente le funzioni di deputato, senatore, consigliere comunale o provinciale, il liberale Vincenzo Arangio Ruiz, guardasigilli del Governo Badoglio, rimosse (con circolare 6 giugno 1944, n. 285) il divieto per i magistrati («privilegio odioso») di esprimersi liberamente e d'impegnarsi in politica (un «dovere civico»): il Ministro fece notare che a inquietare davvero erano, semmai, le relazioni «nascoste». Poco più d'un anno dopo, il nuovo guardasigilli Palmiro Togliatti (circolare 18 agosto 1945, n. 1941) ribadiva che «la partecipazione alla vita politica rientra tra i doveri civici in senso ampio»⁷⁶. L'art. 98³ Cost. prevede però la possibilità di limitare con legge il diritto dei magistrati di iscriversi ai partiti: com'è avvenuto, da ultimo, con legge 24 ottobre 2006, n. 269 (art. 1, comma 3, lett. h), che configura tale adesione come illecito disciplinare.

È scontato rivangare la provocatoria proposta di Calamandrei di codificare l'iscrizione a un partito quale causa di ricusazione da parte del giudicabile appartenente a un diverso schieramento. La chiave del ragionamento stava, ancora una volta, nella *fides* apparente: «I giudici, per goder la fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali: il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale (...) non potrà sperare mai più, come giudice, di aver la fiducia degli appartenenti al partito avverso. L'opinione pubblica è convinta (e forse non a torto) che prender parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare alla imparzialità nella giustizia»⁷⁷.

Com'è noto, Calamandrei, che pure non risparmiava il sarcasmo nel descrivere retrospettivamente le cerimonie ufficiali e gli imbarazzanti comportamenti individuali omologati alla propaganda fascista, avanzava, all'alba della stagione repubblicana, il sospetto che per un magistrato «mantenere la sua indipendenza [fosse] più difficile in tempi di libertà che in tempi di tirannia». Mentre, sotto i regimi autoritari, la scelta «tra il servilismo e la coscienza» appariva, in fondo, elementare e decifrabile, «in tempi di libertà, quando le correnti politiche soffiano in contrasto da tutti i lati, il giudice si trova esposto come l'albero sulla cima del monte: se non ha il fusto ben solido, per ogni vento che tira rischia di incurvarsi da quella parte»⁷⁸. Preoccupazione chiaroveggente – chiosava Paolo Barile – sollecitata, con ogni probabilità, dalle tante, troppe assoluzioni dei collaborazionisti concesse in quei lustri e dalle prime avvisaglie di giudici che si reputavano «le avanguardie della lotta di classe»⁷⁹.

Molti decenni sono trascorsi dall'«Elogio» calamandreiano. La presa delle ideologie si è allentata o dissolta; l'opposizione concettuale tra servilismo e coscienza ha perso il *pathos* del Secondo dopoguerra. Rimane intatta, e forse è accresciuta dai mille occhi digitali che rovistano nelle vite quotidiane, la difficoltà di conciliare il diritto del giudice a esercitare *uti civis* i propri diritti di partecipazione politica e l'aspettativa dei cittadini di trarre fiducia dalla sua «patente» imparzialità. Anche oggi, come tuonava Merlinò durante il fascismo, bisognerebbe rendersi (e mostrarsi) indipendenti «non solo da' Governi, ma dalle fazioni dominanti, e perfino» dall'opinione pubblica⁸⁰. Esposto, come forse mai in passato, al tentativo di decrittare qualsiasi suo atto, pubblico o privato, il giudice dovrebbe forse meditare sulla *gravitas* raccomandata ai lontani predecessori e valutare se, al di là dell'inevitabile dazio pagato all'ipocrisia, di quella esibita e compiaciuta sobrietà, affidabilità, sapienza non vi sia qualcosa da salvare.

75. E. Cheli, *Funzione giurisdizionale e responsabilità politica*, in *Democrazia e diritto*, 1976, pp. 659-662, ora in *Id.*, *Costituzione e sviluppo*, op. cit., pp. 143-149. S. Senese (*Sovranità popolare e amministrazione della giustizia*, in *Quale giustizia*, 1973, pp. 381 ss.) attribuiva alla magistratura un ruolo di rappresentanza politica, della quale essa risponde dinanzi al popolo. Da un'indagine condotta da V. Tomeo (*L'immagine del giudice nella cultura di massa in Italia*, in *Aa.Vv.*, *La domanda e l'offerta di giustizia in Italia*, CEDAM, Padova, 1972, pp. 96-105) emerse che, agli inizi degli anni settanta, le classi subalterne si aspettavano, in luogo del giudice *super partes*, un «giudice interprete del conflitto sociale» e impegnato nella realizzazione della giustizia sostanziale.

76. Cfr. S. Senese, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, in *Quaderni della giustizia*, n. 61, 1986, pp. 7-8; E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari-Roma, 2018, p. 15.

77. P. Calamandrei, *Elogio*, op. cit., p. 239.

78. *Ivi*, p. 240.

79. P. Barile, *ivi*, *Introduzione*, p. 11.

80. S. Merlinò, *Politica e magistratura*, op. cit., p. 96.

Il paradosso del giudice (im)politico

di Giorgio Pino

Il contributo si sofferma sul possibile paradosso causato dalla presenza di un sottofondo politico nel lavoro del giudice, con particolare riferimento al momento interpretativo dell'attività giudiziaria, esaminandone i termini, le ragioni e le possibili vie di uscita.

1. Il paradosso / 2. I termini della questione / 3. Le ragioni / 3.1. Il sottofondo politico dell'interpretazione / 3.2. L'interprete: davanti alla legge o dentro l'ordinamento? / 4. Politicità e imparzialità del giudice. Che fare?

1. Il paradosso

Nel sempre più rozzo dibattito politico italiano, è ormai inevitabile imbattersi nel logoro luogo comune della “politicità” o “politicizzazione” dei giudici. L'accusa di politicizzazione o di uso politico della giurisdizione viene brandita come una clava nelle situazioni più varie: talvolta davanti a vere o presunte decisioni giudiziarie tacciate di eccessiva “creatività”; talvolta davanti a esempi di (evidentemente eccessivo) garantismo, che rischiano di scontentare le aspettative punitive ruminare dalla mitologica “pancia” del Paese; talvolta, al contrario, davanti a presunte forme di accanimento giudiziario (ad esempio, quando un giudice per le indagini preliminari dispone l'imputazione coatta dell'imputato davanti a una richiesta di archiviazione formulata dalla Procura); talvolta, infine, davanti a sentenze che semplicemente ribaltano quanto deciso nei gradi di giudizio precedenti. Peggio ancora, ovviamente, se in qualcuna di simili vicende venga in considerazione l'applicazione di un provvedimento normativo voluto dalla maggioranza

di governo, o sia personalmente coinvolto come parte in causa un uomo politico.

A “incidenti” di questo tipo segue regolarmente la sempreverde mossa retorica di contrapporre la legittimazione democratico-rappresentativa della “politica” a quella (solo) tecnico-burocratica di chi esercita la giurisdizione – insieme all'invito beffardo, rivolto ai giudici, a presentarsi alle elezioni, e comunque al severo monito a “non fare politica” (che in sostanza significa seguire, come l'intendenza, la volontà di chi è uscito vincitore dalle urne).

Nonostante accuse di questo tipo siano, di solito, palesemente pretestuose, fuorvianti e strumentali, marchi di fabbrica di un dibattito politico di infimo livello e programmaticamente votato alla superficialità faziosa, credo che valga ancora la pena di spendere qualche parola appena meditata sulla questione della *politica* e della *politicità* dei giudici.

Dico “ancora”, perché in realtà il problema del sottofondo politico dell'attività giudiziaria è stato discusso da decenni¹ – almeno da quando, in Italia, ha iniziato a entrare in crisi l'immagine meccanica e

1. Credo sia sufficiente rimandare alle pagine di G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto*, nn. 3-4/1972, pp. 459-499 (originariamente presentate come relazione al convegno catanese su «L'uso alternativo del diritto»), e di U. Scarpelli, *Modelli di giudice* [1984], in *Lo Stato*, n. 20/2023, pp. 191-241 (originariamente preparate per un convegno sul tema «La istituzione giudiziaria nel XXV anniversario dell'entrata in funzione del Consiglio Superiore della Magistratura. Esperienze e Prospettive»).

impersonale del giudice, a lungo dominante, basata sul “modello burocratico” dell’amministrazione della giustizia². E ne può ancora valere la pena perché le accuse di politicizzazione e di parzialità politica dei magistrati (accuse che talvolta possono anche essere del tutto veritiere, s’intende, poiché i magistrati non sono né santi né asceti né macchine inanimate né esseri dotati di virtù sovrumane, ma esseri umani dotati di passioni e debolezze esattamente come tutti gli altri), portano alla luce un paradosso che mi sembra ineliminabile nella figura e nel ruolo del giudice, almeno per come concepiamo l’istituzione giudiziaria nelle società contemporanee.

Il paradosso è il seguente: il giudice non deve fare politica; ma, in un certo senso, non può non farla³.

Le riflessioni che seguono proveranno a esaminare i termini di questo paradosso, le sue ragioni, e le possibili (e piuttosto limitate, come vedremo) vie di uscita. Non credo che ciò che dirò risulterà particolarmente originale. Ma forse non sarà del tutto inutile provare quantomeno a mettere un po’ di ordine nei termini della questione.

Un’unica, ma importante avvertenza preliminare: qui mi occuperò della questione della politicità del lavoro del giudice dal punto di vista specifico, ed esclusivo, dell’attività interpretativa. Ovviamente, anche se l’interpretazione è un momento essenziale dell’attività giudiziaria, numerose altre attività svolte dai giudici sia all’interno sia all’esterno del giudizio possono avere implicazioni politiche, o essere ispirate da criteri politici (o, più in generale, da opzioni di valore). Tuttavia, quello che mi interessa qui è specificamente il sostrato politico del momento interpretativo, la (eventuale?) politicità dell’interpretazione del diritto fatta in sede giudiziaria.

2. I termini della questione

Quando ci si trova davanti a un paradosso, o a una tesi in odore di paradosso, la prima cosa che di solito ci si chiede è se si tratti di un paradosso reale o di un paradosso solo apparente – un paradosso, cioè,

che è destinato a dissolversi non appena i termini in esso contenuti vengano accuratamente chiariti o disambiguati.

Questo, in effetti, sembra accadere anche nel nostro caso: forse si potrebbe smontare il paradosso, renderlo solo apparente e in buona sostanza già risolto, se solo si chiarisse in che senso si parla di “politica” nel contesto della tesi asseritamente paradossale secondo cui il giudice non deve fare politica, ma, in un certo senso, non può non farla. Purtroppo, come vedremo subito, le cose non sono così semplici: anche dopo una opportuna disambiguazione, il paradosso del giudice (im)politico è destinato a ripresentarsi. Ma andiamo con ordine.

“Politica” è una parola dotata di una carica valutativa abbastanza sfuggente: mentre molti termini o concetti valutativi hanno una connotazione abbastanza costante (quasi sempre positiva, oppure quasi sempre negativa)⁴, l’aggettivo “politico” è usato talvolta in maniera commendevole e, talaltra, in maniera denigratoria, senza che ciò sia considerato sorprendente o indice di una declinazione ironica. Inoltre, è una parola ambigua, che può essere riferita a cose diverse. Ai fini del mio discorso mi interessa soprattutto quest’ultimo aspetto, e soprattutto la distinzione tra due possibili sensi di “politica”.

In un primo senso, “politica” si riferisce alla politica “quotidiana”, ad esempio quella portata avanti in seno agli organi rappresentativi e di governo⁵: politica *politicienne*, politica di parte e di partito. Le principali figure sintomatiche di “politica” e del “fare politica”, in questo senso, consistono nell’iscrizione a un partito politico, nell’attiva e frequente partecipazione alle attività di un partito (alle sue attività pubbliche o a quelle “interne”, organizzative), nella candidatura a cariche elettive nelle liste di un partito politico, nella partecipazione a organi politici e di governo sotto le insegne di un partito.

È abbastanza evidente – e non credo sia cosa su cui meriti di dilungarsi eccessivamente – che *in questo senso* il magistrato (giudicante o requirente che sia) non dovrebbe fare politica. Se un valore fondamentale della giurisdizione, anzi *il* valore

2. Sul modello burocratico di giudice, vds. P. Calamandrei, *Processo e democrazia* [1954], in *Id., Opere giuridiche*, vol. I, Roma TrE-Press, Roma, 2019, pp. 648-649; M. Taruffo, *Il modello burocratico di amministrazione della giustizia*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/1993, pp. 249-263.

3. Questo paradosso non è sovrapponibile, se non per piccola parte, all’altro paradosso (un «doloroso» paradosso), segnalato da Leonardo Sciascia, per cui «non si può essere giudice tenendo conto dell’opinione pubblica, ma nemmeno non tenendone conto»: L. Sciascia, *A futura memoria*, Adelphi, Milano, 2017, p. 81 (la citazione è tratta da un articolo del 14 ottobre 1983).

4. Pensiamo a termini come “elegante”, “ignorante”, “crudele”, “democratico”... Per termini come questi, una eventuale “inversione valutativa”, cioè l’uso di questi termini per effettuare una valutazione opposta a quella più ovvia (usare “elegante” e “democratico” in senso derogatorio, o “crudele” e “ignorante” in senso commendevole), può semmai avvenire nel contesto di un discorso ironico o provocatorio.

5. Una distinzione rigorosa tra “funzioni di governo” (inclusa la legislazione) e “funzioni di garanzia” si può trovare in L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 875-879; *Id., La costruzione della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 254-260.

fondamentale, addirittura la definizione stessa della giurisdizione, consiste nella terzietà⁶, allora sembra evidente che un giudice organicamente interno a un partito politico (che già etimologicamente evoca l'idea di "parte") non possa garantire l'apparenza, prima ancora della sostanza stessa, dell'indipendenza richiesta a chi deve essere "terzo" in una controversia. Un magistrato strutturalmente organico a una "parte" non può assicurare la necessaria immagine di terzietà richiesta dal ruolo⁷.

Certo, in uno Stato costituzionale, uno Stato che riconosce a tutti (e dunque, anche a chi svolge funzioni giurisdizionali) un ampio catalogo di libertà, incluse le libertà politiche, sarà necessario effettuare un attento bilanciamento tra i valori della giurisdizione da una parte e le libertà civili e politiche del magistrato dall'altra. In questo contesto, una proibizione *totale e assoluta* per i magistrati di svolgere in qualunque forma attività politiche sarebbe incostituzionale, tanto quanto lo sarebbe l'assicurare ai magistrati una *totale e assoluta* libertà di esercizio dei diritti politici. In mezzo a questi due estremi parimenti inammissibili, vari specifici accomodamenti sono possibili – tutti in qualche modo problematici, certo, e scelte irragionevoli, bilanciamenti sproporzionati, automatismi ottusi e draconiani sono sempre dietro l'angolo⁸.

In un secondo senso, più ampio, "politica" si riferisce alle idee generali che riguardano l'organizzazione dello Stato, la sfera pubblica, la società, insomma tutto ciò che non attiene alla dimensione strettamente "privata" dell'esistenza umana⁹. Da questo punto di vista, sono "politiche" le convinzioni sulla pace nel mondo, sulla gestione e protezione dell'ambiente, sull'organizzazione del mercato, sulla parità di genere, sulle diseguaglianze sociali, sulla questione migratoria, sulla presenza della religione nella sfera pubblica, e via elencando all'infinito.

Orbene, *in questo senso* è evidente che la giurisdizione è, e non può non essere, politica. Non è necessario richiamare alla mente la teoria della separazione dei poteri di Montesquieu per affermare che la giurisdizione è parte integrante dell'organizzazione dello Stato. E la giurisdizione è ovviamente un elemento essenziale di quella «specifica tecnica sociale» che è il diritto – il diritto non è altro che un particolare modo per far sì che i comportamenti sociali, e in fin dei conti la società in quanto tale, si strutturino in un certo modo anziché in un altro¹⁰.

Da questo punto di vista, la giurisdizione è "politica" in senso quasi letterale, in quanto elemento strutturale e strutturante della *polis*. E sarebbe ben strano – anche se può certamente accadere – che un giudice, in quanto elemento del potere giudiziario, non avesse idee politiche in questo senso, idee sull'organizzazione della società, idee sul ruolo e sui limiti dello Stato, e idee sul proprio posto in tutto questo. Un giudice che non avesse alcuna opinione su tutto ciò, od opinioni solo alquanto vaghe e inarticolate, non credo che sarebbe un buon giudice – un giudice in grado di farsi carico di quella che Leonardo Sciascia, ancora lui, ha chiamato «la dolorosa necessità del giudicare»¹¹.

3. Le ragioni

Chiarito dunque che, in un certo senso, in un senso affatto specifico (il secondo senso visto nel paragrafo precedente), la giurisdizione ha inevitabilmente una connotazione politica, cercherò adesso di raccordare questo aspetto alla questione dell'attività interpretativa dei giudici, in quanto elemento qualificante ed essenziale della funzione giudiziaria¹².

Da questo punto di vista, la dimensione politica (nel senso specificato) dell'attività giudiziaria viene alla

6. Su questo sono ancora tutte da meditare le splendide pagine di S. Satta, *Il mistero del processo* [1949], in *Id.*, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, part. pp. 30 ss.

7. Riguardo alla magistratura requirente, si potrebbe obiettare che in processo essa ha in realtà il ruolo di "parte" processuale, e non di "terzo". L'obiezione mi sembra superficiale, quantomeno nel contesto di un ordinamento come quello italiano, in cui il pubblico ministero è certamente "parte", ma pur sempre parte "pubblica", che persegue un interesse pubblico e generale, non un interesse privato o di parte.

8. L'ordinamento italiano sembra, per il momento, aver raggiunto in questa materia un assestamento (che a prima vista non sembra irragionevole), con l'operare congiunto del formante legislativo (d.lgs n. 109/2006) e di quello giurisprudenziale (Corte cost., nn. 224/2009 e 170/2018; Cass., sez. unite, n. 8906/2020).

9. Distinguere il "pubblico" dal "privato" è un esercizio notoriamente difficile (vds., ad esempio, N. Bobbio, *Stato, governo, società*, Einaudi, Torino, 1985, cap. 1) e, secondo alcuni modi di pensare, anche fuorviante (come vuole il vecchio slogan: "il personale è politico").

10. Sul diritto come una «tecnica sociale» o «una specifica tecnica di organizzazione sociale», vds. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* [1945], Etas, Milano, 1945, p. 5.

11. L. Sciascia, *La dolorosa necessità del giudicare* [1986], in L. Cavallaro e R.G. Conti (a cura di), *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, Cacucci, Bari, 2021, pp. 153-154. Una fine riflessione filosofica su questo si può leggere in A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Mimesis, Udine, 2023.

12. L'interpretazione della legge «rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale», secondo una formula spesso ripetuta dalla Corte di cassazione (Cass. civ., sez. unite, nn. 11380/2016, 22571/2019, 22711/2019, 5905/2020).

luce per un verso in virtù della natura stessa dell'attività interpretativa, e per altro verso in virtù della struttura dello Stato moderno e, ancor di più, dello Stato costituzionale contemporaneo. Nei due sottoparagrafi che seguono mi occuperò di queste due ramificazioni.

3.1. Il sottofondo politico dell'interpretazione

Che l'interpretazione giuridica di per sé mobiliti, in maniera pressoché inevitabile, un impegno etico-politico da parte dell'interprete è cosa che può essere dimostrata in maniera abbastanza agevole.

Prendiamo il caso paradigmatico di interpretazione giuridica: l'attribuzione di significato a un testo che è contenuto in una fonte del diritto. Il testo è formulato in un linguaggio (chiamiamolo per comodità "linguaggio giuridico") che ha alcune peculiarità: è un mix di linguaggio comune (cioè il linguaggio utilizzato dai parlanti nelle loro interazioni quotidiane) e di linguaggio tecnico (termini e strutture linguistiche proprie del diritto). Inoltre, il linguaggio in cui è formulato il testo da interpretare è tutt'altro che un linguaggio formale, artificiale, rigoroso: è invece un linguaggio affetto (come qualunque linguaggio non formale) da vaghezza, ambiguità, genericità, ridondanze; e il linguaggio con cui è formulato il testo potrebbe risultare obsoleto, o incongruo, o ingiusto in relazione alle circostanze del caso; e così via¹³. Ancora, le formulazioni linguistiche dei testi normativi sono sovente (quasi sempre) "opache" rispetto agli scopi sottostanti perseguiti dalle autorità normative: se è ovvio che una prescrizione (linguisticamente formulata in un testo normativo) è stata posta in vista di un qualche obiettivo, non sempre è chiaro quale sia, esattamente, tale obiettivo. Infine, il testo da interpretare è inserito in una fitta trama di altri testi – una trama che si sviluppa in direzione sia "orizzontale" (sullo stesso piano delle fonti del diritto) sia "verticale" (fonti superiori e inferiori); ovviamente, anche questi altri testi sono formulati in un linguaggio non formale, e dunque sono anch'essi affetti da vaghezza, ambiguità, genericità, ridondanze, indeterminatezza degli scopi, etc.

Ebbene, da tutto ciò deriva che, nell'interpretazione di un testo, l'interprete deve sciogliere quantomeno i seguenti tipi di problemi, che indico senza alcun ordine gerarchico particolare: superare situazioni di

vaghezza, ambiguità, genericità, obsolescenza, etc.; stabilire se un certo termine debba essere inteso nel suo senso "ordinario" o in un senso "tecnico-giuridico" (in quest'ultimo caso è anche possibile che, per uno stesso termine, esistano più sensi tecnico-giuridici tra i quali occorre scegliere); stabilire quale sia la (probabile verosimile, ragionevole...) *ratio* che sta dietro quella prescrizione giuridica, e se tale *ratio* sia compatibile e congruente con altre esigenze del sistema (come principi costituzionali, etc.); stabilire se il testo da interpretare vada inteso alla luce di altri testi, dello stesso rango o di rango superiore, o anche di rango inferiore, o anche provenienti da altri ordinamenti.

Non è tutto. Nella nostra cultura giuridica l'interpretazione è considerata come un'attività razionale: una attività che deve essere sostenuta da idonee ragioni. Queste ragioni sono i cd. "argomenti interpretativi", o "tecniche interpretative": l'argomento letterale, l'argomento dell'intenzione del legislatore, l'argomento teleologico, l'argomento sistematico, etc. Una buona interpretazione – o forse una interpretazione *tout court* – è tale solo se sostenuta da uno o più di questi argomenti, i quali peraltro, quasi tutti possono essere utilizzati in modi diversi: possono esserci modi diversi di intendere la nozione di "significato letterale", di ricostruire l'intenzione del legislatore, di individuare la *ratio legis* o il sistema rilevante, etc. E inoltre, se all'interprete è tendenzialmente precluso utilizzare argomenti interpretativi *diversi* da quelli convenzionalmente ammessi dalla cultura giuridica di riferimento (ad esempio, qui e ora, farsi ispirare dalla lettura del fondo di una tazza di caffè, o dal volo degli uccelli), è anche vero che l'interprete ha una possibilità di scelta più o meno ampia tra i diversi argomenti interpretativi astrattamente ammissibili. In una cultura giuridica minimamente complessa, dunque, gli argomenti interpretativi sono molteplici, e spesso utilizzabili in modi diversi¹⁴.

A ciò, se non fosse ancora abbastanza, si potrebbe ancora aggiungere che non sempre è così chiaro se il testo che l'interprete ha di fronte sia o no una fonte del diritto. A parte i casi chiari (la legge, la Costituzione, etc.), vi possono essere numerose ipotesi nelle quali il testo a cui l'interprete si rivolge per decidere il caso abbia uno statuto giuridico quantomeno dubbio¹⁵. In questi casi non è affatto scontato, né privo di implicazioni, se l'interprete decida di usare o non usare un certo testo a fini interpretativi/applicativi.

13. Per una ricognizione delle caratteristiche semantiche e pragmatiche del linguaggio giuridico, da cui si originano i più rilevanti problemi di interpretazione, vds. G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, cap. 5.

14. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 249: «il pluralismo dei metodi è la condizione odierna della scienza del diritto».

15. Tra i casi più discussi negli ultimi anni, ad esempio, vi è quello delle linee-guida emanate dall'ANAC. Ma questo vale in generale per tutti quegli atti atipici genericamente ricondotti alla eterogenea categoria del "soft law".

Tiriamo le somme. Nel corso dell'attività interpretativa, l'interprete si trova a dover prendere numerose decisioni: sui significati che si possono estrarre dal testo, sul valore stesso del testo come possibile oggetto d'interpretazione giuridica, sulle tecniche da impiegare in questo processo e (corrispondentemente) sugli argomenti spendibili al fine di rendere questo processo intersoggettivamente comunicabile. Ebbene, sia la scelta degli argomenti interpretativi da utilizzare (e del modo in cui utilizzarli), sia il peso specifico da attribuire agli argomenti interpretativi disponibili, sia eventualmente il modo in cui gerarchizzare i vari argomenti interpretativi (in che ordine usarli, come risolvere possibili conflitti tra argomenti che puntano in direzioni diverse...), sia il tipo di testi di cui l'interprete si può servire nell'attività interpretativa dipendono da assunzioni che possono essere genericamente compendiate nella nozione di "argomentazione di secondo livello", o "meta-argomenti interpretativi": un insieme di considerazioni o di "direttive", spesso piuttosto fluide, su come svolgere il processo interpretativo ampiamente inteso.

Così, ad esempio, un meta-argomento interpretativo potrà consistere nel prescrivere o consigliare all'interprete di far ricorso in primo luogo al significato letterale "ordinario", in secondo luogo a un significato tecnico-giuridico, in caso di ulteriore dubbio scrutare la *ratio legis* e l'intenzione del legislatore, etc.; oppure, potrà consistere nel prescrivere o consigliare all'interprete di cercare sempre il significato maggiormente compatibile con i principi costituzionali, anche se ciò richiede di forzare la lettera della legge o di andare contro le apparenti intenzioni del legislatore; oppure, potrà consistere nel prescrivere o consigliare all'interprete di interpretare sempre in maniera estensiva le disposizioni che attribuiscono diritti fondamentali, e di interpretare sempre in maniera restrittiva le disposizioni che introducono limitazioni ai diritti fondamentali; e così via.

Ebbene, la scelta e l'adozione di un certo meta-argomento interpretativo è raramente, e comunque in minima parte, dettata in modo esplicito dal diritto positivo stesso; piuttosto, deriva da idee sul ruolo dell'interprete nei processi di interpretazione e applicazione del diritto, e possibilmente, ancora più in

generale, sul ruolo della legge e del diritto nella società: ad esempio, l'idea che il giudice debba essere un fedele custode della volontà del legislatore, o della certezza del diritto, oppure che debba assicurare l'aggiornamento del diritto alla luce dell'evoluzione della realtà e dei valori sociali, o che debba promuovere l'integrazione dell'ordinamento nazionale in ordinamenti sovranazionali e assicurare che il diritto interno sia adeguato alle punte più avanzate della cultura giuridica a livello globale, etc.

Come si vede chiaramente, considerazioni di questo genere sono considerazioni di carattere etico-politico. I dibattiti e i dissensi in materia di interpretazione non sono "disaccordi di credenze", cioè contrasti sulla verità di proposizioni, su "come stanno le cose", in merito alle quali i soggetti coinvolti si scambiano prove e argomenti razionali (ad esempio, sulla "vera" intenzione del legislatore, o sulla "vera" *ratio legis*, etc.); piuttosto, sono "disaccordi di atteggiamento", cioè contrasti che si situano sul piano degli scopi, dei desideri, delle preferenze¹⁶. Così ricostruita la natura delle considerazioni più generali sul ruolo dell'interprete, che portano all'adozione di una serie di meta-argomenti interpretativi, sembra appropriato ricondurle alla nozione di "ideologia giuridica": intendendo qui "ideologia" in senso neutrale, come «sistema di credenze e di valori, che viene utilizzato (...) per fondare la legittimità del potere»¹⁷ (in questo caso, il potere dell'interprete).

I lineamenti generali delle ideologie giuridiche più diffuse sono facilmente identificabili. In linea di massima, la distinzione fondamentale passa tra le ideologie giuridiche che concepiscono il giurista come un "conservatore" o "guardiano" del diritto, se non addirittura della legge (ideologie "formaliste", o "statiche"), e le ideologie giuridiche che attribuiscono al giurista il ruolo di "innovatore" del diritto (ideologie "sostanzialiste", o "dinamiche")¹⁸.

La conseguenza di tutto ciò è che l'interpretazione giuridica non consiste in una adiafora presa d'atto, da parte dell'interprete, di come stanno le cose; non è un'attività puramente descrittiva o dichiarativa. Piuttosto, l'interpretazione giuridica richiede l'adozione, da parte dell'interprete, di molteplici scelte ispirate a una certa ideologia giuridica. Nell'esercizio di queste

16. C. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1944, pp. 2-8 (su «disagreements of beliefs» e «disagreements of attitude»).

17. Per questa accezione "neutrale" di ideologia, contrapposta alle accezioni "valutative" che enfatizzano l'aspetto mistificante delle credenze ideologiche, vds. N. Bobbio, *L'ideologia in Pareto e in Marx* [1968], in *Id.*, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1977, p. 114. Vds. anche A. Ross, *Diritto e giustizia* [1958], Einaudi, Torino, 1990, p. 72, sulla nozione di "ideologia delle fonti", che «consiste di direttive che non concernono direttamente il modo di risolvere una controversia giuridica, ma indicano il modo secondo il quale il giudice dovrà procedere per scoprire la direttiva o le direttive rilevanti per la controversia di cui si tratta» (vds. anche p. 105, sul rapporto tra l'ideologia delle fonti del diritto e le ideologie "del metodo").

18. Per ulteriori approfondimenti su questo punto, rinvio a G. Pino, *L'interpretazione*, *op. cit.*, cap. 9.

scelte, l'interprete concorre – lo voglia o no, piaccia o no – alla conformazione del diritto oggettivo. Il diritto oggettivo è il prodotto di una osmosi continua e complessa tra lo strato “legislativo” (i testi, le fonti formali) e lo strato “interpretativo” (i significati, le sistematizzazioni, etc.). Ci sono molti modi in cui l'interprete (e specialmente quell'interprete dotato di particolare autorità quale è il giudice) può concorrere alla formazione e conformazione dell'ordinamento – modi più “interventisti” (“dinamici”), e modi più “passivi” (“statici”). Ma il punto è che, *in qualunque caso*, ciò è frutto di una scelta politica: anche un ipotetico giudice che cercasse di replicare il modello della “bocca della legge”, ammesso che ciò sia possibile, lo farebbe sulla base di un'ideologia giuridica e dunque, al fondo, sulla base di una scelta politica. L'interpretazione giuridica è, invariabilmente, esercizio di potere¹⁹.

Tre veloci osservazioni prima di chiudere su questo punto.

La *prima osservazione* è che, pur se è vero che l'adozione di una certa ideologia giuridica presuppone scelte di carattere etico-politico, tuttavia non è possibile stabilire un parallelo preciso e indefettibile tra ideologie giuridiche e idee politiche in senso stretto, e tantomeno appartenenze partitiche. Certo, ho detto che un'ideologia giuridica formalista restituisce l'immagine di un giurista conservatore, mentre un'ideologia giuridica sostanzialista restituisce l'immagine di un giurista innovatore; ma “conservatore” e “innovatore”, qui, devono essere intesi da un punto di vista giuridico, non politico: conservazione e innovazione vanno viste rispetto al diritto formalmente vigente, non rispetto al quadro politico o alla società. Un giurista potrebbe ricorrere ad argomenti formalisti per “proteggere” una legislazione politicamente progressista, o comunque per “difendere” il diritto vigente da spinte provenienti dal mondo politico, così come potrebbe ricorrere ad argomenti sostanzialisti per contrastare e smantellare una legislazione progressista²⁰.

La *seconda osservazione* è che nulla assicura che *ogni* giudice sia consapevole di avere una certa ideologia giuridica, o che la segua sempre coerentemente, o perfino che ne abbia una: qualche giudice potrebbe

infatti limitarsi a reiterare in maniera posticcia schemi di argomentazione e di decisione elaborati da altri organi dell'applicazione, o da altri giuristi, senza articularli consapevolmente in uno schema di legittimazione etico-politico del proprio ruolo, senza avere le idee chiare, o senza avere idea alcuna, in merito al fondamento e alle implicazioni etico-politiche dei metodi interpretativi che egli stesso impiega nel proprio lavoro di giudice²¹. È certamente possibile immaginare un giudice che faccia il suo lavoro semplicemente tirando a campare, decidendo i casi in base all'aria che tira e cercando di arrivare alla fine del mese senza farsi troppo notare. Questo è certamente immaginabile: che sia anche desiderabile, è tutt'altra faccenda.

La *terza osservazione* è che, per affermare quanto detto fin qui in merito all'inevitabilità delle scelte nel processo interpretativo, non è affatto necessario sottoscrivere qualche forma di scetticismo interpretativo, qualche idea del tipo che i testi normativi possono avere qualunque significato, che il diritto è creato dagli interpreti, e simili amenità. Anche chi creda²² che nel diritto esistono risposte corrette ai problemi interpretativi (che è cosa diversa dal dire che *ogni* problema interpretativo abbia *sempre* una risposta corretta), non può non riconoscere che, nel corso dell'attività interpretativa, l'interprete è chiamato a compiere molteplici scelte, e che tali scelte si fondano solitamente su opzioni di tipo etico-politico.

3.2. *L'interprete davanti alla legge o dentro l'ordinamento?*

Il secondo ordine di fattori che fa emergere il sottofondo politico dell'interpretazione giuridica è legato alla posizione dell'interprete nell'ordinamento giuridico. Già nel sottoparagrafo precedente ho chiarito che, nel corso dell'attività interpretativa, l'interprete non si misura mai con un solo testo, ma piuttosto con un testo che è inserito in una fitta trama di altri testi, con i quali intrattiene rapporti complessi e non sempre esattamente predeterminati dal diritto positivo stesso o da convenzioni radicate nella cultura giuridica.

19. Ho provato a sviluppare questo punto in G. Pino, *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in *Enciclopedia del diritto. I tematici*, vol. V. *Potere e costituzione*, a cura di M. Cartabia e M. Ruotolo, Giuffrè, Milano, pp. 960-985; vds. anche B. Celano, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, Mucchi, Modena, 2017.

20. In proposito vds., ad esempio, G. Calabresi, *Two Functions of Formalism*. In *Memory of Guido Tedeschi*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 67, n. 2/2000, pp. 479-488.

21. Secondo G. Tarello, *Orientamenti*, op. cit., p. 460: «la maggior parte dei giuristi e la maggior parte dei magistrati non dicono di fare né fanno in effetti alcuna politica del diritto, essendo il loro pensiero su questi temi inarticolato, ed essendo i loro comportamenti puramente casuali». In proposito, vds. anche E. Diciotti, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 7/2007, pp. 9-42.

22. Come l'autore di queste pagine: G. Pino, *L'interpretazione*, op. cit., cap. 3 (dove viene criticato lo scetticismo interpretativo, sia “radicale” sia “moderato”, e difesa una forma di oggettivismo interpretativo moderato).

Questa è la realtà degli ordinamenti giuridici contemporanei, e non da oggi ma quantomeno dall'età della codificazione in poi. Infatti, nel momento in cui il diritto viene concepito non come una serie di comandi puntuali e puntiformi (come forse avrebbe potuto ipotizzare qualche forma di imperativismo ingenuo), ma come un "sistema" strutturato per materie, istituti, criteri assiologici (principi ispiratori, etc.), diventa impraticabile il modello del giudice "bocca della legge", che idealmente si limita a trasmettere il messaggio precettivo così come concepito dal legislatore²³. Davanti a un diritto codificato, l'interprete si trova a dover ricostruire le strutture ordinanti del codice stesso, facendo interagire il sistema "interno" (quale emerge dalla struttura formale del codice) con un sistema "esterno" (derivante dalla sistematica dell'interprete stesso)²⁴. E questa "logica" viene giocoforza replicata dall'interprete anche davanti a leggi che non appartengono al codice: in un contesto di diritto codificato, l'interprete ha ormai abbracciato l'idea che tutto il diritto sia innanzitutto "sistema" (magari articolato in sotto-sistemi, sotto-sotto-sistemi, e così via), e dunque anche davanti a singole leggi, o a leggi "speciali", l'interprete replicherà l'opera di riconduzione del testo della legge a una trama più ampia di concetti, istituti, nessi sistematici, principi generali, etc.²⁵.

Come è evidente, man mano che si consolida negli interpreti una mentalità "sistematica", l'interprete vede se stesso più al servizio "del diritto" che al servizio "della legge". Se consapevole di operare in un sistema, davanti a ogni singola legge l'interprete si preoccuperà di salvaguardare la coerenza sistematica più che di attuare l'indirizzo politico che ha ispirato il legislatore nell'occasione contingente. E ciò può certamente creare l'illusione ottica che l'interprete stia "facendo politica": nel senso che in questi casi l'interprete, nel porsi dal punto di vista del "sistema", sembra non voler assecondare la volontà politica che sta dietro alla singola legge. Ma questa è appunto una illusione ottica, perché a ben vedere l'interprete farebbe politica *comunque* – sia se decidesse di valorizzare la dimensione sistematica del diritto, sia se decidesse di attuare la volontà politica contingente del legislatore (in certi contesti culturali, caratterizzati da un ceto giuridico molto compatto su posizioni "sistematiche",

probabilmente sarebbe il giurista "bocca della legge" ad apparire come un politicizzato sovversivo).

Il quadro ovviamente diventa ancora più complesso, e il divario tra l'interprete "bocca della legge" e l'interprete "sistematico" si approfondisce ulteriormente, quando il sistema non solo si estende "in orizzontale" (con la codificazione di vari settori del diritto), ma si complica anche "in verticale": con l'introduzione di una Costituzione rigida, e con l'aggancio del sistema nazionale a circuiti normativi sovranazionali. Nel momento in cui il sistema diventa "multilivello" (legge, Costituzione, normative sovranazionali) si accentua inevitabilmente il ruolo "contromaggioritario" dell'interprete, perché l'interprete tenderà a interpretare la legge in modo da renderla compatibile (finché può) con fonti superiori alla legge stessa e tendenzialmente indisponibili da parte del potere politico che detiene *pro tempore* la maggioranza.

In questo contesto, dunque, si moltiplicano le occasioni di tensione e di frizione tra l'interprete (il giudice) e il legislatore (la maggioranza politica). Perché in questo contesto la volontà della maggioranza non è l'alfa e l'omega del significato della legge: l'interprete (almeno, l'interprete che si riconosca in questo modello, che sottoscriva un'ideologia giuridica di tipo "sistematico") deve trovare il significato della legge che meglio si accordi con il resto dell'ordinamento, e specialmente con le fonti sovraordinate alla legge. E quindi, fatalmente, si moltiplicheranno le accuse, rivolte agli interpreti, di "fare politica": perché, alla politica della maggioranza, gli interpreti staranno opponendo le ragioni (al fondo, anch'esse politiche) del sistema.

4. Politicità e imparzialità del giudice. Che fare?

Ricapitolando quanto sono andato dicendo fin qui: a) l'attività giurisdizionale (e il momento interpretativo all'interno di essa) è connotata da un certo grado e da un certo tipo di politicità; b) questo elemento "politico" è tendenzialmente inevitabile, quantomeno nei giudici "riflessivi", nei giudici che non svolgono il proprio lavoro in maniera meccanica (e probabilmente anche i giudici "non riflessivi",

23. Ovviamente, a rendere impraticabile, o quantomeno ingenuo, il modello del giudice "bocca della legge" vi sono anche le ben note considerazioni che non sempre il significato delle espressioni linguistiche può essere appreso senza dover sciogliere dubbi di vario tipo; e che l'intenzione del legislatore storico è sostanzialmente inafferrabile.

24. Per questa distinzione vds. G. Lazzaro, *Sistema giuridico*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVII, 1970, pp. 459-464; M.G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2002 (II ed.); M. Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, cap. II.

25. Il processo è ben descritto in U. Scarpelli, *Modelli, op. cit.*, dove vengono contrapposti il modello "illuministico" e il modello "codicistico" di giudice.

intellettualmente pigri, farebbero comunque della politica “preintenzionale”, senza accorgersene); c) questa dimensione politica non è politica politicante, non è la lotta politica quale può essere portata avanti dall’interno di un partito o movimento politico, ma è politica nel senso di consapevolezza, da parte del giudice, di essere parte di una complessiva organizzazione giuspolitica – nel caso dell’Italia attuale, un’organizzazione improntata ai principi della democrazia costituzionale e integrata in un ordine sovranazionale (anzi, in più ordini sovranazionali).

D’accordo. Ma resta un problema: come si concilia questo sottofondo politico dell’attività del giudice con l’aspettativa di terzietà e di oggettività che ci aspettiamo dall’esercizio della giurisdizione? La politicità, anche in questa accezione “alta” (ma chi scrive non ha nulla contro la “politica politicante”), non finisce comunque per fagocitare l’imparzialità del giudice?

Credo che qui la riflessione possa essere divisa su due sentieri: per un verso, ci possiamo chiedere se sia preferibile che i convincimenti politici del giudice siano esibiti, pubblici, oppure se al contrario è meglio che siano tenuti nascosti. Per altro verso, ci possiamo chiedere come gestire e bilanciare, su un piano culturale, istituzionale e sociale, il sottofondo politico della giurisdizione.

Dal primo punto di vista, poiché come ho già detto i giudici sono esseri umani e in quanto tali dotati – come ci si augura – di una propria vita intellettuale (valori etici e sociali, patrimonio culturale, etc.), e poiché la posizione del giudice nell’ordinamento è, nel senso chiarito, politica, non vedo cosa vi sia da guadagnare nel tenere tutto ciò nascosto all’occhio del pubblico. Non vedo ragione per cui il giudice dovrebbe astenersi dal manifestare in pubblico, se lo ritiene, i propri convincimenti etici, sociali, culturali. Mi sembra preferibile un giudice che sia in grado di articolare le proprie posizioni etiche, politiche, culturali, etc., rispetto a un giudice che non abbia idee in proposito, o che presenti le proprie scelte interpretative come indiscutibilmente “oggettive”²⁶.

Dal secondo punto di vista – e senza voler inseguire una impossibile quadratura del cerchio –, credo che l’inevitabile presa d’atto del sottofondo politico dell’interpretazione giuridica porti a soffermare l’attenzione su almeno tre tipi di contrappesi, o “regole di ingaggio”, utili a bilanciare l’esercizio di potere che è connesso all’attività interpretativa dei giudici²⁷.

Un primo contrappeso alla dimensione politica dell’interpretazione giudiziaria consiste in un precetto deontologico, o metodologico, di “moderazione interpretativa”²⁸. Se è vero che il testo da interpretare può opporre all’interprete solo una debole resistenza, e che di fatto può essere in vario modo manipolato in sede interpretativa, è anche vero che i possibili modi in cui un testo può essere trasformato in via interpretativa non stanno tutti sullo stesso piano: l’interprete può scegliere se mantenersi più vicino al significato “ovvio” del testo, o se invece distaccarsene, con vari espedienti e con varia intensità, producendo una interpretazione “innovativa”, “creativa”. Ebbene, mentre per l’interprete dottrinale può certamente ammettersi un certo grado di libertà e di fantasia interpretativa (anche perché le interpretazioni dottrinali raramente sortiscono effetti concreti nella realtà), l’interpretazione giudiziaria dovrebbe tenere in debito conto il rispetto delle aspettative che i cittadini si sono formati rispetto al diritto vigente: sia in riferimento alla “lettera della legge” (cioè il significato più ovvio delle disposizioni rilevanti²⁹), sia in riferimento a eventuali indirizzi interpretativi consolidati. Il giudice deve fare lo sforzo (più intenso rispetto al giurista “comune”) di stemperare la propria ideologia giuridica a fronte del diritto vigente³⁰. In altre parole, proprio la collocazione istituzionale e il ruolo in senso ampio politico del giudice giustificano una politica dell’interpretazione che sia, in linea generale, rispettosa della lettera della legge – la stessa lettera della legge, peraltro, ha di solito maglie sufficientemente larghe da scongiurare qualunque rappresentazione del giudice come mero automa inanimato.

26. Su questo rimando alle fini osservazioni di N. Rossi, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell’epoca dell’emergenza migratoria*, in *Questione giustizia online*, 10 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria), ora in questo fascicolo.

27. Nuovamente, ricordo che qui mi sto occupando della questione dell’aspetto politico dell’attività giudiziaria solo dal punto di vista dell’attività interpretativa. Un più ampio spettro di precetti deontologici, che riguardano anche altri aspetti dell’attività giudiziaria, può essere letto in L. Ferrajoli, *Giustizia e politica*, Laterza, Bari-Roma, 2024, cap. 6.

28. Qualcosa di analogo mi pare sia suggerito, specificamente per il diritto penale, da V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018; vds. anche L. Ferrajoli, *Giustizia, op. cit.*, p. 264 (sul rifiuto del “creazionismo interpretativo”).

29. Aspetto, questo, su cui di recente stanno molto insistendo sia la Corte costituzionale (sent. n. 98/2021) sia la Corte di cassazione (Cass. pen., sez. VI, nn. 5536/2022 e 26225/2023).

30. Mi sembra che vadano in una direzione non dissimile anche le riflessioni di E. Scoditti, *Il giudice e il dovere di indipendenza da sé stesso*, in *Foro it.*, vol. 145, 2020, V, cc. 217-224.

Un secondo contrappeso alla dimensione politica dell'interpretazione giudiziaria consiste nell'obbligo di motivazione: anche se ciò che di fatto accade nella testa del giudice è, in definitiva, insondabile, l'obbligo di esplicitare nella motivazione della sentenza una serie di ragioni idonee a fondare la decisione su un piano intersoggettivo rende possibile un controllo sociale sull'attività interpretativa, una forma di verifica – per quanto tutt'altro che rigida – della sua correttezza³¹. Ovviamente, gli argomenti interpretativi disponibili al giudice sono molteplici, e il loro impiego è tutt'altro che rigido. Ma, così come un testo non può dire qualunque cosa, allo stesso modo un certo argomento interpretativo non può essere piegato a qualunque obiettivo³². Per quanto elastica sia l'utilizzazione degli argomenti interpretativi, questi hanno comunque una capacità disciplinatrice nei confronti della motivazione. Non ogni argomento è utilizzabile in sede giudiziaria, e un argomento non può sostenere qualunque esito interpretativo. Prendere sul serio l'obbligo di motivazione vuol dire sforzarsi di rendere quanto più razionale possibile il processo interpretativo (processo che, comunque, non assomiglierà mai

a un semplice calcolo). Qualunque siano gli assunti etico-politici di fondo del giudice, ciò che conta è che la sua decisione sia solidamente argomentata alla luce del diritto vigente.

Un terzo contrappeso alla dimensione politica dell'interpretazione giudiziaria, infine, è in qualche modo lo specchio di quello precedente, e consiste nella più ampia libertà di critica dei provvedimenti giudiziari³³. La motivazione dei provvedimenti giudiziari, d'altronde, serve proprio a questo, quantomeno nella sua proiezione extraprocessuale. Dalla duplice circostanza che l'interpretazione giudiziaria è esercizio di potere (un potere che può perfino essere devastante per la vita delle persone coinvolte) e che l'interpretazione giudiziale passa inevitabilmente attraverso molteplici scelte (scelte, in ultima analisi, condizionate da assunzioni etico-politiche), segue che non solo le istituzioni specificamente giudiziarie, ma anche la cultura giuridica e l'opinione pubblica nel suo complesso abbiano un diritto di controllare, ed eventualmente sottoporre a critica, anche aspra, qualunque decisione giudiziaria. Le sentenze sono frutto (anche) di argomenti: e come tali si discutono, e si criticano.

31. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 99; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto IV ed. Discipline privatistiche. Sezione civile*, Utet, Torino, 1988, pp. 274.

32. Con le parole di Uberto Scarpelli, «l'interprete è come un nuotatore nella grande corrente di uno stile interpretativo, che si muove con la corrente ed anche nella corrente, ma sospinto dalla forza della corrente» (U. Scarpelli, *Modelli, op. cit.*, p. 213).

33. V. L. Ferrajoli, *Giustizia, op. cit.*, pp. 243 ss., che insiste sull'insensatezza del *mantra*: «le sentenze si rispettano»; R.G. Conti, *Atto politico vs giustizia "politica". Quale bilanciamento con i diritti fondamentali?*, in *Giustizia insieme*, 2 novembre 2023, par. 8.

Neutralità o imparzialità? Un sentiero storico-giuridico*

di Irene Stolzi

Il contributo affronta in prospettiva storica la questione dell'imparzialità del giudice. Traccia, in particolare, un sintetico itinerario che, muovendo dalla visione di Beccaria e arrivando al presente, tenta di collocare le differenti declinazioni ricevute dal tema della imparzialità all'interno di un discorso più generale, avente ad oggetto la relazione tra le diverse fonti del diritto.

L'idea che l'imparzialità del giudice possa (e debba) identificarsi con l'attivazione di un ragionamento di tipo esclusivamente logico-meccanico trova, come noto, significative espressioni in alcune visioni dell'Illuminismo giuridico europeo. Sono celebri, in proposito, alcune pagine del «*Dei delitti e delle pene*» nelle quali Beccaria, descrivendo la patologica situazione dei sistemi di giustizia penale a lui coevi, identifica le condizioni che, a suo dire, avrebbero garantito una maggiore efficienza (e anche una maggiore umanità) della macchina repressiva. Il censimento delle disfunzionalità è chiaro e impietoso: un insieme farraginoso di norme, provenienti dalle più differenti fonti e stratificatesi nei secoli senza un preciso ordine; un coacervo, egualmente intricato e alluvionale, di opinioni di giuristi e sentenze di giudici che contribuivano a rendere il sistema regolativo un'autentica selva nella quale era difficile orientarsi e che sembrava rendere possibile qualunque esito processuale. Quello della certezza è, come ugualmente noto, un problema tipicamente settecentesco: via via che le società diventavano più mobili ed economicamente intraprendenti e prendeva forma la spinta verso un diritto eguale per tutti; via via che si consolidava la spinta accentratrice degli Stati e cresceva l'insofferenza verso il vecchio ordine di ceti e corpi, anche le molteplici e spesso disordinate nicchie normative tipiche di quell'ordine iniziavano a mostrare la loro inadeguatezza. Dinanzi

ad un tale scenario, la risposta di Beccaria – simile, in questo, anche ad altre (ma non a tutte) espressioni dell'Illuminismo – è chiara: a emergere è una contrapposizione netta, manichea, tra la legge e il giudice, tra il simbolo positivo del mondo avvenire (la legge) e l'emblema decrepito del mondo passato (il giudice). La dialettica tra legge e giudice viene, cioè, disegnata nei termini dell'insanabile divario tra la voce oggettiva della ragione, di cui la legge sarebbe stata espressione, e le manifestazioni di un soggettivismo nocivo, dipendente da fattori del tutto imprevedibili e arbitrari («una buona o cattiva logica (...) una facile o malsana digestione (...) la violenza delle (...) passioni»).

Dinanzi alle leggi – poche, certe e chiare vagheggiate dalla riflessione illuministica –, il giudice, per Beccaria, doveva essere autore di un «sillogismo perfetto», ovvero esprimere un tipo di ragionamento che, a fronte di due premesse, ammettesse una sola soluzione logicamente obbligata. Nella sua visione, la premessa maggiore è rappresentata dalla legge, la minore dal fatto concreto sul quale il giudice è chiamato a giudicare, la conclusione – appunto logicamente obbligata – dalla sentenza che stabilisce la libertà o la pena. Questo tipo di percorso non prevede, e soprattutto non ammette, spazio alcuno per l'apprezzamento o la valutazione del giudice: riaprire – anche nel solco tracciato dalla legge – un tale spazio avrebbe

* Questo contributo nasce con un intento prevalentemente divulgativo. Questo spiega la sostanziale assenza di riferimenti bibliografici.

significato, per Beccaria, espone di nuovo gli ordinamenti al «torrente delle opinioni», rendendo vano ogni sforzo orientato a garantire una maggior prevedibilità delle decisioni. Tra la «costante e fissa voce della legge» e la deriva soggettivistica, *tertium non datur*: il giudice incarna in maniera adeguata il suo ruolo se si limita a ribaltare meccanicamente la fattispecie astratta su quella concreta.

Da molte prospettive, successivamente, è stata evidenziata l'ottimistica fallacia di una simile ricostruzione: la sussunzione, per quanto meccanica, richiede almeno la qualificazione del fatto e l'identificazione della norma più adeguata a regolarlo, richiede, in sostanza, l'attivazione di un'intelligenza diversa, di tipo in senso lato valutativo. Questo non vuol dire, evidentemente, che Beccaria fosse un folle o un ingenuo. Semplicemente, è figlio del proprio tempo. Ed è in buona compagnia. È vero che le sue teorie guardano al diritto penale, a un diritto cioè che richiede più di altre branche del giure – ora come allora – una chiara e tassativa identificazione legislativa dei reati e delle pene, ma è anche vero che la passione per la legge e, con essa, l'idea che la legge possa divenire la fonte tendenzialmente unica del diritto tiene a battesimo la modernità giuridica continentale.

In particolare, ad affermarsi, nel tornante storico successivo alla Rivoluzione francese, è un modello di convivenza che è stato recentemente compendiato da Maurizio Fioravanti ricorrendo all'immagine del cerchio, di una figura geometrica che ha un unico centro (lo Stato) e tanti punti sulla circonferenza (gli individui), tutti uguali gli uni agli altri e tutti collocati alla stessa distanza dal centro. Un modello dunque fortemente polarizzato, che ambisce a strutturare lo spazio giuspolitico intorno a due soli protagonisti (lo Stato e gli individui) e a svuotare la zona intermedia da quella ragnatela di ceti e corpi caratteristica della realtà di *Ancien Régime*. Non solo: un simile modello presuppone e al tempo stesso promuove anche una nitida separazione di sfere e competenze. Vi è un diritto pubblico che si occupa prevalentemente dei poteri dello Stato e della loro organizzazione, e un diritto privato che si occupa di regolare i movimenti di una società concepita soprattutto come mercato, come luogo nel quale prende corpo una interazione competitiva tra individui formalmente eguali. La legge, tematizzata come comando generale e astratto proveniente dallo Stato e avente per destinatari individui, non è, a ben vedere, che la traduzione sul piano delle fonti di questa nuova concezione del mondo. La sua centralità si lega a (ed esprime un) duplice processo liberatorio: la legge, accreditando lo Stato quale produttore tendenzialmente monopolista del diritto, segnala l'avvenuta liberazione dello Stato stesso dai lacci cetuali e corporativi; al tempo stesso, la legge restituisce anche

una nuova idea dell'individuo, concepito adesso *uti singulus*, ed egualmente liberato dalle precedenti appartenenze cetuali o corporative. «La legge», dispone solennemente l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, «è uguale per tutti, sia che protegga sia che punisca»: considerata da alcuni storici l'autentico inizio della modernità giuridica continentale, questa norma insedia negli ordinamenti il principio di eguaglianza giuridica formale e contribuisce a radicare l'idea che, dinanzi a questa nuova centralità della legge, il giudice non possa che assumere – lo si dirà tra un attimo – l'identità di mera bocca della legge. Il giudice cui tende la Rivoluzione francese, ma anche i vari assolutismi illuminati europei, è un giudice-funzionario: non più espressione di un'autonoma legittimazione professionale (nella realtà di *Ancien Régime* la carica di giudice era ereditaria e/o venale), ma figlia della nuova organizzazione statale, il giudice assume le sembianze dell'emissario di una legge che proviene dallo Stato e deve arrivare agli individui.

Non solo: la legge, concepita quale espressione di una volontà qualificata (che sia la volontà generale di cui parla lo stesso art. 6 o quella di un sovrano illuminato), viene per questo considerata anche la custodia più affidabile per la tutela dei diritti e delle libertà individuali. Diritti, legge, Stato non vengono dunque considerati come espressioni potenzialmente confliggenti, ma appunto come capitoli di un unico, positivo, processo di rinnovamento. Si sarebbero dovute aspettare – lo si nota per inciso – le esperienze dittatoriali infrabelliche per entrare in contatto con una legge dal volto persecutorio e liberticida, e per immaginare alcune possibili risposte a simili derive, prime tra tutte le costituzioni rigide e la presenza di un giudice delle leggi.

Ma torniamo al codice genetico della modernità giuridica continentale: l'anima legicentrica ne costituisce un tratto saliente e ha una proiezione cronologica che supera di molto – lo si vedrà tra un attimo – i confini temporali della stagione che le ha dato i natali. Il che ha determinato uno slittamento progressivo di significati: da strumento di fondazione (così in Beccaria) di un ordine ancora di là da venire a strumento di consolidamento di un ordine da poco insediato. Uno degli emblemi di questo nuovo modo di guardare alla legge e, di conseguenza, alle altre fonti del diritto, è considerato l'art. 4 del codice civile francese («Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia»). La storiografia, in proposito, ha messo in luce due aspetti rilevanti. Il primo: questa norma era stata pensata, originariamente, in connessione con un'altra, contenuta nel titolo preliminare del codice, che autorizzava

il giudice a ricorrere all'equità in caso di lacuna od oscurità delle norme. Il secondo: la scomparsa del titolo preliminare dal testo definitivo del codice ha reso possibile una lettura claustrofobica dell'art. 4, nel quale si è vista la norma che sancisce la completezza del codice e, con essa, l'obbligo del giudice di trovare all'interno del codice stesso la soluzione per qualunque caso, presente e futuro. Una lettura che, nata dall'esigenza di enfatizzare l'autosufficienza della legge e di comprimere il ruolo dell'interprete, ha finito per produrre – come autorevolmente notato – un effetto contrario. In particolare: l'obbligo del giudice di agganciare a una norma del codice le sue decisioni ha condotto a valorizzare proprio il ragionamento giudiziale, ogni volta in cui la sussunzione del fatto sotto una certa norma non appariva così immediata e richiedeva invece l'esplicitazione del percorso interpretativo seguito. Una rivincita surrettizia, si potrebbe dire, del ruolo del giudice.

Altri codici del 1800 e anche del 1900 seguono una strada diversa ed è una strada che ammette uno spazio interpretativo, ma al tempo stesso lo guida, lo orienta, ne gradua l'estensione. È la soluzione adottata, ad esempio, dall'art. 3 e dall'art. 12 delle preleggi, rispettivamente, del codice civile italiano del 1865 e di quello del 1942. In estrema sintesi: è il codice stesso a identificare il percorso che l'interprete deve seguire per cercare la regola che serve alla soluzione del caso. I gradini individuati ampliano, progressivamente, il raggio dei riferimenti ammessi: interpretazione letterale, analogica, ricorso ai principi generali («del diritto», secondo la dizione del codice del 1865; «dell'ordinamento giuridico dello Stato», secondo quello del 1942). Il codice, insomma, resta la norma che traccia la rotta, che individua le condizioni che permettono (finché possibile) di ampliare la propria capacità regolativa o che autorizzano a gettare lo sguardo *extra moenia* in direzione dei principi. Si potrebbe anche dire: l'interpretazione è ammessa, ma solo in caso di prestazione difettosa (lacuna, oscurità) della legge.

Certo, soprattutto dall'ultimo ventennio dell'Ottocento si riprende a riflettere sul ruolo dell'interprete e, come sempre, la cronologia non è casuale: la Seconda rivoluzione industriale mette in crisi molte certezze e sollecita la ricerca di nuove soluzioni anche dal punto di vista giuridico (si pensi al problema degli infortuni sul lavoro e alla nascita delle assicurazioni sociali obbligatorie). Soprattutto, mostra in maniera chiara come anche le norme – al pari di ogni umana cosa – siano soggette all'usura del tempo e perciò progressivamente meno capaci di regolare i fatti nuovi della vita. La fioritura di differenti riflessioni sull'interpretazione – da Saleilles a Geny, dalla Scuola del diritto libero alla voce di alcuni giuristi italiani – ha, in questo periodo, un denominatore comune: l'inter-

prete, e dunque anche il giudice, viene visto come colui che contribuisce a legare norma e vita, come colui che, attraverso il suo lavoro, rallenta l'invecchiamento della norma, rendendola capiente anche rispetto alla regolazione di fattispecie non previste né prevedibili al momento della sua formulazione. L'interprete, in sostanza, svolge sempre una funzione di soccorso alla norma, ma si accredita non come presenza occasionale o eventuale (e rigorosamente limitata alle ipotesi previste dalla legge), ma come presenza stabile, stabilmente impegnata a connettere norme e vita, e a mettere in luce, per questa via, la fissità (solo apparente?) della norma.

Questo scenario subisce una profonda trasformazione col XX secolo. Sarà soprattutto la Grande guerra – la «vera fine del XIX secolo», secondo la suggestiva immagine di Tullio Ascarelli – a seppellire, sotto la pressione dell'emergenza, buona parte del mondo precedente. Anche la legge cambia volto: non più garante della non interferenza tra privato e pubblico, essa riflette il nuovo impasto tra le due dimensioni, diventa espressione di un potere che interviene massicciamente in materia economica e sociale e che cambia, di conseguenza, modelli e statuti di azione. Uno Stato che – al lucidissimo sguardo di Capograssi – appare, al tempo stesso, più forte e più debole: più forte nella sua nuova veste «interventista», ma anche più debole, non solo perché a rischio di rimanere vittima della propria ipertrofia, ma anche perché accerchiato da una società crescentemente organizzata e crescentemente conflittuale, strutturata ormai intorno a blocchi di interessi economici, sociali e politici («ora come in preda a un terrore folle, abbassando le armi dinanzi al nemico, e piegando la testa a ogni tirannia, ora come rapito da un odio cieco per le libere creazioni del volere stritolando nel suo pugno di ferro le mille forme spontanee e attive della vita sociale»).

È in questo momento che si consuma una prima, decisiva relativizzazione, quanto meno dal punto di vista teorico. Giuristi diversissimi per formazione e sensibilità ideale segnalano l'esigenza di ripensare la stessa nozione di diritto. Non solo il Santi Romano de «*L'ordinamento giuridico*» con la teoria della pluralità degli ordinamenti, ma anche il Cesarini Sforza de «*Il diritto dei privati*», così come la riflessione capograssiana sul concetto di esperienza giuridica, portano tutti stesso punto: il diritto non è solo quello scritto nella legge e in generale nelle norme formalmente poste. Il diritto ha un'identità che fa capo a una differente genealogia: è realtà tipica e insopprimibile di ogni gruppo sociale organizzato, dal più semplice al più complesso, dalla famiglia allo Stato. È una dimensione ordinante irrinunciabile: non esiste convivenza senza regole e il giurista deve allargare il suo sguardo oltre il terreno del diritto ufficiale e statuale. Lo

Stato resta in una posizione di indiscussa supremazia e può anche decidere di mettere fuori legge o di non “vedere” ordinamenti diversi dal proprio, ma ormai si presenta come parte di una galassia più ampia, teoricamente disvelata, che ha, per virtù propria (a prescindere cioè dal riconoscimento statale) il carattere della giuridicità.

Simili acquisizioni non sono, evidentemente, prive di esiti sul tema che ci occupa: l'interprete deve acquisire consapevolezza di questa nuova complessità che tende ad allargare il novero delle fonti del diritto. E ancora: deve acquisire dimestichezza con un elemento a lungo (dolosamente?) pretermesso dallo spettro semantico del diritto (e quindi escluso dallo stesso campo visuale dei suoi operatori). Deve, in poche parole, affrontare la questione dell'elemento teleologico nel diritto. Mi spiego: le regole giuridiche esprimono sempre una certa visione del mondo e dunque non sono mai neutrali. La modernità giuridica, anche grazie al nitore teorico delle sue categorie, aveva potuto ammantare di oggettività i propri assunti e le proprie norme presentandole, a seconda dei casi, come derivanti dalla natura stessa dell'uomo o come espressione di un ragionamento logico-dogmatico munito, in quanto tale, di ferrea evidenza. A prendere forma era dunque una catena di neutralità: alla voce oggettiva della legge faceva riscontro la voce oggettiva dei suoi operatori, del giudice *in primis*, che della oggettività legislativa doveva essere garante e sacerdote.

Noi sappiamo bene che questa visione non aveva nulla di oggettivo o di neutrale, e che anzi i suoi principali corollari (la separazione netta tra Stato e società; il richiamo a una nozione meramente formale di eguaglianza; la celebrazione dell'autonomia proprietaria e contrattuale) erano funzionali allo sviluppo delle società borghesi e al consolidamento di un certo assetto delle gerarchie sociali. Ma, sia pure con qualche cedimento, questa rappresentazione tiene, nel suo complesso, fino al XX secolo. Il Novecento fa saltare il banco proprio perché mostra un panorama, non più eludibile, di intersezioni, interazioni e sovrapposizioni tra dimensioni (privato e pubblico; giuridico, politico ed economico, etc.) che fino a quel momento si erano immaginate separate. Il Novecento impone, in sostanza, di cercare le strade che elevino questo tessuto di relazioni a elemento fondativo (e non più turbativo) dell'ordine. L'ordine, insomma, diventa possibile e pensabile in quanto esista e venga identificato un insieme di contenuti, valori, finalità chiamati a legare e indirizzare la condotta degli attori privati, sociali e pubblici. Lo stesso Stato non si presenta più quale voce di una sovranità politicamente non orientata, ma diventa concepibile, secondo la felice espressione di Mortati, solo come «unità

teleologica», solo se capace di farsi portatore di una determinata visione del mondo.

Anche per questo, totalitarismi e democrazie sono due fenomeni tipicamente novecenteschi. Sia pure ispirate, come ovvio, a valori speculari, entrambe queste esperienze ci restituiscono l'immagine di un ordine che si costruisce a partire dalla relazione tra le sue differenti dimensioni (gli individui, i gruppi sociali, lo Stato) e dall'identificazione di un complesso di valori e principi chiamati a orientarne il movimento. Ed entrambe queste esperienze riversano la crescente complessità del contesto anche in un'estensione del territorio delle fonti, estensione che non risparmia neppure il ruolo previsto per interpreti e giudici, immaginati da ora in poi come elementi *attivi* nella perpetuazione e attuazione di quei valori e principi.

Nelle concezioni ed esperienze totalitarie (o “a vocazione totalitaria”, se si preferisce questa espressione) il discorso sulla pluralità delle fonti assume, come è facile intuire, connotati particolari. Anche senza arrivare agli estremi della Germania nazionalsocialista – il giudice che può creare fattispecie di reato non previste ispirandosi al “sano sentimento del popolo” –, nell'Italia fascista la pubblicistica di regime teorizza la necessità di un ridimensionamento del ruolo della legge. La legge, come ovvio, non scompare, ma si trova collocata in una scala di fonti più ampia che ha per vertice i principi generali e alla base fonti più vicine ai rapporti da regolare (le fonti corporative, le sentenze dei giudici, i provvedimenti degli amministratori). Le novità non sono da poco. La prima: i principi generali – cui vengono dedicati anche importanti studi collettanei agli inizi degli anni quaranta – non sono più concepiti, come nel testo delle preleggi, nelle vesti di *extrema ratio*, dell'ultima istanza cui l'interprete può attingere in caso di persistente lacuna della legge, ma diventano una fonte sovraordinata alla legge che ne deve ispirare i contenuti e orientare l'interpretazione (in questa ottica inedita, nel 1941, vengono riconosciute quali principi generali dell'ordinamento le dichiarazioni della Carta del lavoro, considerata da molti la tavola di valori del fascismo corporativo). La seconda novità: l'apertura ad altre fonti del diritto e il conseguente ridimensionamento del ruolo della legge non servono ad attenuare il tasso di statualità del diritto, a dar voce a istanze normative diverse da quelle facenti capo allo Stato (la legge è la fonte statale per eccellenza), ma servono allo scopo esattamente contrario. Servono, in coerenza con la vocazione totalitaria del fascismo, a portare lo Stato ovunque, a far penetrare capillarmente, in ogni rivo della convivenza, l'ideologia del regime, la visione del mondo di cui il regime si fa latore. Amministratori, giudici, organismi corporativi diventano tutti, in

questa logica, gangli rilevanti, emissari preziosi per garantire una tentacolare penetrazione ideologica del regime all'interno della società (che poi non sia stato questo il ruolo effettivamente svolto dalla magistratura negli anni del fascismo è un altro discorso, evidentemente). «[D]appertutto», nota un vigile Jemolo nel 1932, «si inneggia (...) al giurista, al giudice, il quale partecipa della vita del suo tempo (...) interpreta i bisogni della società in cui egli vive (...) in luogo della fedeltà alla norma (...) si chiede a lui la fedeltà all'idea politica e sociale animatrice dello Stato, e che il potere sovrano incarna e proclama».

Le ipoteche di simili concezioni sulla successiva storia non sono, anche su questo fronte, irrilevanti. Lo nota con estrema chiarezza Carnelutti nel 1952: non appena la scienza giuridica aveva cominciato ad avvertire e rilevare l'equivoco dell'identificazione del diritto con la legge, «è succeduta la catastrofe; e purtroppo siamo tornati indietro, e così ora in Italia sembrano termini indissolubili legge e democrazia anziché diritto e democrazia».

Le opzioni non legalistiche, insomma, avevano ricevuto una declinazione specifica, e contestabile, negli anni del regime, di modo che si aveva difficoltà ad abbandonare la tradizionale identificazione tra diritto e legge tipica della modernità giuridica (e, con essa, l'idea di un giudice mera bocca della legge). A ciò si aggiunge la tendenza, anche da parte di molti giuristi, a vedere nel fascismo una parentesi, una stagione da isolare dal corso della storia italiana: un modo, questo, non solo per archiviare venti anni di regime, ma per rinviare, più in generale, l'incontro con la peculiare complessità del Novecento, anche di quello democratico, e per riproporre un'idea semplice e rassicurante delle stesse fonti del diritto. Ne è prova il modo tiepido con cui fu accolta la Costituzione repubblicana, cui si ebbe difficoltà a riconoscere, fin da subito, una portata compiutamente normativa. A volte, però, la storia aiuta con le date. E qui basta citarne una: il 1956. È l'anno della prima sentenza della Corte costituzionale, rilevante non solo perché segna un imprescindibile *dies a quo* nel processo di attuazione della Carta fondamentale, ma anche perché, con quella sentenza, la Corte fissa i margini del proprio sindacato estendendolo alle norme entrate in vigore prima della Costituzione e riconoscendo la capacità abrogante delle norme costituzionali cd. programmatiche. Un modo, dunque, per legittimare la funzione di setaccio della Corte anche sulle molte norme emanate negli anni del fascismo e ancora vigenti alla metà degli anni cinquanta. Ma il 1956 è anche l'anno nel quale Piero Calamandrei difende Danilo Dolci: autore, insieme ad alcuni poverissimi abitanti di un borgo siciliano, di una singolare e pacifica protesta (riparare gratuitamente una strada dissestata), Dolci finisce

imputato in un procedimento penale per effetto della perdurante vigenza del Testo unico di pubblica sicurezza del 1931. Dalle parole di Calamandrei non emerge solo il richiamo all'eterno contrasto tra Creonte e Antigone, ma l'invito, rivolto ai giudici, a partecipare alla «bonifica costituzionale» dell'ordinamento e a ripudiare una «legalità decrepita», quella del Testo unico del 1931, per abbracciare la nuova legalità costituzionale e il complesso di valori da essa veicolato. Invito tanto più significativo se si pensa che proviene da un giurista che, al principio degli anni quaranta, si era pronunciato per la legalità a tutti i costi (forse anche con l'intento di proteggere l'ordinamento da esiti analoghi a quelli della Germania nazionalsocialista e del giudice interprete del sentimento popolare) e che era poi tornato a più riprese su questo tema cruciale del rapporto tra legge e giudice. Sarebbero poi stati gli stessi magistrati a Gardone, nel 1965, a far sentire la loro voce e a porre l'accento sulla necessità di dare un'interpretazione delle norme coerente con la portata della Costituzione.

Per chi, come me, si occupa di storia del diritto, questo potrebbe (forse: dovrebbe) essere il momento di chiusura della breve riflessione consegnata a queste pagine. Mi permetto, in conclusione, solo qualche considerazione. Si discute, almeno da una ventina d'anni, di un diritto formulato anche per principi e che dia più spazio alle clausole generali. Mi pare un dibattito rilevante dal quale poter trarre indicazioni importanti. La regolazione per principi e per clausole generali, infatti, presuppone e al contempo promuove una diversa relazione tra legislatore e interprete (giudice in testa). Si tratta infatti di una tecnica di normazione che contempla fin dall'inizio, fin dal momento della enunciazione della norma, il necessario apporto dell'interprete, dal momento che la portata precettiva della norma stessa può essere identificata solo grazie al successivo contributo dell'interprete (si pensi all'impatto della rivoluzione digitale sul concetto di buona fede). Legislatore e interprete, cioè, sono immaginati come figure cooperanti e non come figure reciprocamente escludentesi (l'interprete non è legittimato a comparire solo nel caso di lacuna o insufficienza della norma).

Anche all'interno del dibattito su questi temi, è forse possibile tracciare una linea evolutiva: essenziali strumenti di connessione della norma con la realtà, principi e clausole sono stati inizialmente considerati soprattutto quali elisir di lunga vita delle norme, quali risorse incaricate di massimizzarne la capacità regolativa dinanzi alle trasformazioni della vita. Fin dai primi del Novecento, a essere registrato è infatti un crescente dinamismo delle esperienze (ci accorgemmo - dice Francesco Ferrara nel 1940 - che il diritto non era più «un ordinamento di riposo, a

lunga scadenza»). Dinamismo che ha assunto, negli ultimi tempi, caratteristiche iperboliche soprattutto per la rapidità di un mutamento tecnologico che sembra condannare tutto (anche gli assetti regolativi?) a una precoce e inevitabile obsolescenza. A emergere è sovente un diritto che arranca, che rincorre una realtà che va più veloce delle regole esistenti. Con una importante e ulteriore conseguenza: questo diritto che spesso arriva dopo, tende ad assumere soprattutto carattere sanzionatorio, a vietare e reprimere gli effetti negativi di fenomeni che si sono già prodotti nell'esperienza concreta.

Accanto a tale funzione – allungare la vita alle norme –, che resta intatta, mi pare si sia fatto strada un duplice movimento: da un lato, il riferimento alla irrinunciabilità della legge e in generale delle fonti eteronome, anche rispetto a fenomeni di autonomia normativa che in contesti, come quelli attuali, caratterizzati da una crescente asimmetria di forza economica e sociale, rischiano di tradursi nella celebrazione della legge del più forte (il mercato globale ha ben mostrato esiti di questo tipo); dall'altro lato, e in maniera non contraddittoria, la consapevolezza che sia impossibile (e dannoso) regolare tutto con la legge. Il risultato di questa tentazione – regolar tutto per legge – è sotto gli occhi di tutti: una selva sterminata di precetti nella quale è difficile orientarsi. Di modo che, negli ordinamenti attuali, il problema dell'incertezza del diritto sembra legarsi anche alle caratteristiche di un tessuto legislativo ipertrofico e, non di rado, contraddittorio. La certezza, inseguita dal pensiero illuministico attraverso l'idea della centralità della legge, sembra adesso messa in pericolo proprio dalla fisionomia assunta dall'universo legislativo. Così, quando nelle realtà attuali si invoca il pluralismo giuridico, mi sembra che non si auspichi la sostituzione di un monismo (il diritto legislativo) con un'altra forma di monismo (il diritto dei giudici), ma si intenda chiamare a raccolta tutte le risorse regolative immaginando un loro ingranaggio necessario, una loro necessaria interazione. Serve la legge, per le ragioni che si sono dette, ma serve anche l'istanza giudiziaria, capace di captare in presa diretta le trasformazioni della realtà e di raccordare i casi alle norme di legge, ma anche ai principi, così come risultanti dalla carta costituzionale e dalle interpretazioni delle corti che dialogano coi testi in senso lato *costituzionali* (nazionali e sovranazionali). Come è stato detto autorevolmente, dovrebbe prendere forma un «concerto a più voci» (M.R. Ferrarese) che non può rinunciare, nella complessità delle realtà odierne, a nessun apporto.

Ma cosa ha a che fare questo con l'imparzialità del giudice? Se, come molte teorie sull'ermeneutica hanno messo in luce, quello della neutralità non è solo un miraggio, ma anche un pericoloso paravento per aval-

lare soluzioni contrarie ai principi dello Stato di diritto; se non esistono le regole – intese come espressioni semi-oracolari provenienti da un territorio astratto dalla realtà –, ma esistono le scelte regolative, la scelta, cioè, di regolare in un dato modo un certo fenomeno; se dunque ogni regola, quale che sia la fonte da cui promana, è sempre espressione di una determinata visione del mondo, è sempre ancorata a un determinato tessuto valoriale; e infine: se il giudice non è, e soprattutto non deve essere, un automa, ma un interprete qualificato dell'universo normativo e del tessuto valoriale di cui quell'universo è espressione, dobbiamo rassegnarci a una inesorabile parzialità del diritto e dei suoi operatori? O anche: l'impossibile neutralità (della legge, del giudice) rende inevitabile la parzialità? La risposta è positiva, se per "parzialità" si intende l'adesione a quello che si è chiamato il tessuto valoriale cui è ancorata una determinata esperienza storica e che è tracciato nelle sue linee portanti dalla Costituzione. La risposta è, chiaramente, negativa se per "parzialità" si intende l'adesione pregiudiziale a uno schema in senso ampio ideologico che condiziona l'intero ragionamento del giudice. L'imparzialità appare possibile (e dovuta) anche una volta tramontata l'illusione del sillogismo. Essa non risiede certo nelle circolanti proposte di ricorso agli algoritmi che non solo incorporano, come messo in luce dalla letteratura in materia, l'insieme di pregiudizi circolanti in una società, ma che si presentano come congegni per loro natura conservatori, capaci, come sono, di apprendere solo dai casi del passato con i quali sono stati "allenati".

Ma non risiede neppure, l'imparzialità, nella neutralizzazione della soggettività ideale del giudice. L'imparzialità, verrebbe voglia di dire, abita altrove. Riprendendo un parallelismo tante volte sondato – quello tra il giudice e lo storico –, l'imparzialità sta nella vigilanza serrata sulla qualità del proprio ragionamento e sull'ampiezza e affidabilità delle fonti utilizzate; sta nel dialogo, ugualmente serrato, con la «comunità ermeneutica» (Lipari) cui si appartiene e nella disponibilità alla revisione e all'autocritica; sta nel rispetto di quei diritti e di quelle garanzie che hanno costituito pietre miliari nei processi di civilizzazione degli ordinamenti; sta, infine, nel rifiuto di ogni sovrainterpretazione del proprio ruolo; sta, in poche parole, in una cultura delle regole che sa confrontarsi, al tempo stesso, con la forza e con i limiti del diritto. Con la forza: con la consapevolezza che il diritto rappresenta un imprescindibile strumento per ordinare le convivenze e identificare la tavola dei loro valori fondativi. Ma anche con la consapevolezza che l'attività di attuazione del diritto può avere un impatto enorme nella vita delle persone coinvolte da tale attività. Con i limiti: se ogni ordinamento che

si professi democratico deve garantire l'accesso alla giustizia e alla stessa possibilità di contestare la decisione di un giudice, e se la qualità di tali procedure si riflette in maniera significativa sulla dimensione sostanziale dei diritti, vi sarà sempre un margine di inefficienza del sistema di regole rispetto alla piena garanzia di una postura di assoluta serietà e severità interiore, necessaria al buon giudicare. Avere piena cognizione del problema e delle sue proporzioni è già, mi pare, un eccellente ausilio per il giudice, un modo per tenere lontana la tentazione di risposte facili a questioni complesse.

Per questo, anche su un tema incandescente come quello delle cd. correnti della magistratura, sembrerebbe necessario distinguere tra l'uso spregiudicato che se ne può fare e la diversa possibilità di riconoscersi *apertamente* in un certo orientamento (e anche in una certa concezione del proprio ruolo), nel quadro di una dialettica, ugualmente scoperta, tra posizioni differenti che non dovrebbe intaccare il profilo dell'imparzialità del giudice. La soppressione *ex lege* di simili presenze scongiurerebbe il rischio di utilizzazioni disinvolte? O ne consentirebbe semplicemente una proliferazione sotterranea?

Una nuova tutela “genetica” dell’indipendenza-imparzialità giudiziaria nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo?*

di Raffaele Sabato

Il caso polacco illustra una particolare evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, nella quale, contrariamente al modello del giudice silente, ha acquistato consistenza il valore eticamente positivo del diritto – il cui esercizio si trasforma talora in dovere – del magistrato di esprimersi a tutela degli istituti del giusto processo e fino alla difesa dello Stato di diritto e dell’indipendenza della magistratura.

1. Ho avuto l’onore e l’onere, in tempi ormai remoti, di seguire – talvolta anche in contesti istituzionali, ma sempre con passione personale - le riflessioni italiane in tema di etica giudiziaria e il loro sviluppo in sede europea, in quello che all’epoca appariva come un percorso sempre ascendente¹.

La parabola si è poi mostrata mutevole.

Sperando che sia stato oggi doppiato il vertice basso di essa, accolgo dunque con rinnovato entusiasmo l’opportuno invito, che *Questione giustizia* formula, di discutere ancora di comportamenti dei magistrati (e quindi di etica giudiziaria), ma in relazione alle nuove “ambientazioni di sistema” che riguardano l’indipendenza e l’imparzialità della funzione.

2. In tale contesto, non mi propongo di discutere direttamente di questioni di etica – che dunque lascio fuori dal *focus* di queste riflessioni – bensì, in breve, anzitutto, della dimensione della libertà di espressio-

ne dei giudici su temi di interesse pubblico: i limiti a tale libertà, a livello giuridico e anche soltanto etico, mi appaiono di gran lunga meno stringenti – se esaminati in un’ottica internazionale, quale quella su cui attualmente lavoro – rispetto a quelli che vengono talvolta predicati a livello italiano; questo mi pare un profilo di interesse, conseguentemente, per il lettore nazionale.

Invero, il dibattito pubblico del Paese, sia all’esterno sia all’interno della magistratura, pare arroccarsi da qualche tempo sul modello del giudice silente; viceversa, a livello europeo il valore eticamente positivo del diritto – il cui esercizio si trasforma talora in dovere, come dirò – del magistrato di esprimersi appare ben più chiaro.

Vi è da domandarsi il perché di tale differenziazione. E ciò mi porta al tema che, in secondo luogo, mi preme discutere: le minacce all’indipendenza-imparzialità, più sensibili in alcuni contesti europei che

* Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l’istituzione di appartenenza. Le sentenze per le quali non è indicata l’autorità emanante sono ovviamente della Corte europea dei diritti dell’uomo (talora indicata come “Corte Edu” o “Corte”, senza ulteriori specificazioni). Analogamente, i riferimenti alla “Convenzione” sono alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Cedu). Il testo costituisce una rielaborazione e un aggiornamento di precedenti riflessioni, solo in parte pubblicate.

1. Sia consentito rinviare, ad esempio, a R. Sabato, *I recenti strumenti del Consiglio d’Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici. Il codice etico dell’Associazione nazionale magistrati*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 116.

in quello nazionale italiano (e ciò, almeno, sino a tempi recenti...).

Il mio breve esame di tale secondo tema, in connessione con il primo (la libertà di espressione), cercherà di porre in luce l'“essenzialità” del diritto di parola del giudice a tutela della sua indipendenza-imparzialità, tanto che il sussistere (e l'ampiezza) di tale libertà (pur con il *self-restraint* che ragioni di convenienza possono imporre) emerge come misura della salute del sistema; al contrario, la trasformazione del diritto in dovere di esporsi pubblicamente da parte dei magistrati, a denuncia di eventuali inconvenienti, è spesso sintomo di cattiva salute del sistema.

Il riferimento a casi giurisprudenziali basati sulle vicende travagliate della Polonia sarà utile.

3. Nell'affrontare il tema della libertà di espressione dei giudici, sarà inevitabile occuparsi di casi singoli, che da soli non si prestano a esportazioni fuori dal contesto cui si riferiscono. La “singolarità” dei casi, poi, si traduce in opinabilità delle conclusioni se essi si inseriscono (come dovrò inserirli) in un unico contesto nazionale, come quello anzidetto della Polonia.

Per quali vie, dunque, il nesso tra libertà di manifestazione di opinioni ed etica giudiziaria può condurci a una – forse ben più importante e radicale – riflessione sulle odierne tematiche più scottanti in tema di indipendenza-imparzialità?

A mio avviso, una siffatta operazione ricostruttiva può effettuarsi riflettendo sull'elenco dei temi che i giudici di un Paese possono (e talvolta debbono) denunciare (in sede giurisdizionale e) pubblicamente a tutela della loro indipendenza-imparzialità, come è avvenuto nell'evoluzione – cui accennavo – della Polonia.

Si tratta di temi quali la correttezza delle procedure di reclutamento dei magistrati, l'obiettività dei criteri per la costituzione degli organi giudiziari, l'esclusione dell'appartenenza partitica dai criteri per la scelta dei dirigenti, il funzionamento dell'autogoverno quale centro amministrativo non influenzato da finalità politiche, il mantenersi del ruolo dei poteri esecutivo e legislativo al di fuori del perimetro dell'operare concreto della giustizia.

È evidente che, quando i giudici ritengano di doversi esprimere in pubblico su tali temi, nella loro visione sussistono esigenze di denuncia. Essi, quindi, come può avvenire per gli avvocati e per le ong, assumono il ruolo di “difensori dei diritti” (non propri, ma dei cittadini che debbono potersi fidare del funzionamento della giustizia)².

Allora è proprio questo (in parte paradossale) ruolo del magistrato quale “difensore dei diritti” dell'utente del sistema-justizia il crocevia in cui si incontra, nelle situazioni di crisi, la libertà di manifestazione del pensiero con la tutela di elementi fondamentali del giusto processo, quali – come detto – la precostituzione del giudice, l'inaffidabilità, la stabilità del giudicato, etc.

In pratica, è come se – e da tale riflessione nasce lo *slogan* che ho voluto scegliere come traccia di queste riflessioni – la libertà/dovere, sul piano etico, del magistrato di difendere il buon funzionamento del sistema mantenendolo indipendente-imparziale riveli il codice “genetico” dell'indipendenza-imparzialità, che mantiene la sua essenzialità con la crescita delle organizzazioni giudiziarie nelle democrazie che via via maturano.

È essenziale quello che può (deve) essere difeso, apparentemente violando limiti (quali il *self-restraint* dei giudici) altrimenti generalmente da osservarsi e, di solito, osservati.

Ecco che si evidenzia, in tal modo, anche il carattere rivelatore della dimensione etica del fenomeno: l'etica si distingue dai sistemi normativi rigidi per la sua elasticità, ed è l'unico strumentario idoneo a funzionare da selettore per i comportamenti consentiti e non consentiti nel mutevole clima dei diversi sistemi organizzativi della giustizia. Non è così, invece, per i procedimenti disciplinari rigidi e ancorati a sanzioni formali.

4. Ciò detto, e prima di scendere nel concreto di una rapida rassegna di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, a mio avviso, può disvelare quanto innanzi, va fatto un passo indietro circa l'evoluzione dello stesso ruolo della Corte.

Infatti, nello scorso decennio, spesso la Corte è stata accusata – non senza fondamento – di concentrare i suoi sforzi su profili secondari delle salvaguardie approntate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mancando di attenzione invece verso valori-cardine della Convenzione, senza la tutela dei quali è vano occuparsi della tutela degli altri valori. Ne è scaturito un dibattito internazionale, con l'innescarsi anche di iniziative governative di riforma (cd. “processo di Interlaken”).

All'interno di tale complesso dibattito, in particolare, osservatori attenti notavano – a fronte del manifestarsi di segnali preoccupanti nelle evoluzioni politiche in tutt'Europa – come la Corte dovesse garantire soprattutto l'esistenza di istituzioni giudiziarie indipendenti e, sul fronte della società civile, le libertà

2. Il caso *leading* in tema di “difensori dei diritti” è oggi *Ecodefence e altri c. Russia*, 14 giugno 2022.

idonee a consentire ai “difensori dei diritti” – quali associazioni, ong e liberi avvocati – di operare.

Ciascuno dei due profili, istituzionale e di società civile, è ovviamente condizione di funzionamento dell'altro in società liberali il cui ordinato funzionamento (tra “difensori dei diritti” e istituzioni giudiziarie) dovrebbe autonomamente, e sussidiariamente, garantire in prima battuta gli altri diritti umani, le cui violazioni più eclatanti soltanto sarebbe stato necessario per la Corte continuare a presidiare, ma in seconda battuta.

In questo quadro, il ruolo del magistrato si colloca più sul fronte delle istituzioni che su quello dei “difensori dei diritti”; ma in situazioni di crisi è possibile (e doveroso), come vedremo, il salto della barricata.

5. La situazione si evolve alla fine del 2020.

Erano già passati quasi due anni da quando la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva pronunciato la sua sentenza sui “giudici portoghesi”³ che, utilizzando il combinato disposto dell'articolo 19 del Trattato sull'Unione europea e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, aveva spianato la strada, sulla base anche di altri precedenti, a un gruppo numeroso di provvedimenti lussemburghesi in materia di indipendenza giudiziaria in Polonia⁴. Si noti che già allora (sulla scia anche di qualche caso precedente, condiviso con la Corte di Strasburgo) erano i giudici ad assumere il ruolo di parti nel contenzioso europeo in materia.

Lo schema, costituito da un caso altrimenti di scarso rilievo che apre la strada a sviluppi ben più ampi, consapevolmente o no, quasi si ripete a Strasburgo: viene pronunciata dalla Grande Camera, traendo spunto da un caso concernente un piccolo Stato, la sentenza *Ástráðsson*⁵, accertativa di violazione dell'articolo 6, § 1 della Convenzione nei confronti dell'Islanda.

In sintesi, la sentenza – molto innovativa – si occupa di un profilo “genetico” dell'indipendenza-imparzialità giudiziaria, ponendo al centro dell'attenzione la nozione di costituzione del giudice per “legge”, laddove il rispetto della “legge” in tale fase assurge a *benchmark* di verifica del fatto che gli organi preposti alla nomina del giudice siano stati anch'essi indipendenti e imparziali.

Va da sé che, in Islanda, nessuna esternazione di magistrati si era avuta sul punto; né, nel caso in esame, erano stati i giudici pretermessi ad agire. Su ciò, vedremo le evoluzioni nei casi polacchi...

6. Il ragionamento di *Ástráðsson* si articola sui seguenti passaggi preliminari, con principi in parte noti: a) il diritto a un processo equo ai sensi dell'art. 6, § 1 della Convenzione richiede che la causa sia decisa da un «tribunale indipendente e imparziale»; b) le nozioni di “indipendenza” e “imparzialità” sono strettamente collegate e interagiscono anche con quella di «tribunale costituito per legge» ai sensi del medesimo articolo.

Di qui in poi, la Grande Camera supera gli schemi noti: il procedimento di nomina dei giudici – questa è la svolta – costituisce un elemento essenziale del concetto di “costituzione” di un organo giurisdizionale “per legge”.

Un tribunale non “costituito” in conformità al quadro legislativo nazionale in materia di nomine mancherà quindi della legittimazione necessaria in una società democratica per risolvere controversie giuridiche.

Se dunque – come avvenuto nel caso islandese – un organo (nel caso di specie, il Ministro della giustizia) competente a proporre (al Parlamento) la nomina dei giudici non segue – senza dare motivazioni – la graduatoria predisposta da una commissione tecnica consultiva (in Islanda manca un Csm), e il destinatario della proposta (il Parlamento) neppure esso corregge il difetto, l'art. 6, § 1 della Convenzione è violato.

7. Ne deriva che ogni procedimento di nomina giudiziaria con qualche vizio porta a difetto di costituzione del giudice? Una risposta sempre positiva sarebbe molto preoccupante (anche forse per gli osservatori italiani...), con conseguenze devastanti sulla stabilità dell'organizzazione giudiziaria e sulla stessa validità (in alcuni contesti) dei provvedimenti giudiziari.

La Grande Camera sente, dunque, di dover formulare dei criteri-filtro: non tutte le irregolarità procedurali portano a violazione, in quanto solo nei casi più gravi il valore della “costituzione per legge”

3. Corte di giustizia dell'Unione europea [GS], *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018, C-64/16.

4. Per i dettagli, si rinvia a R. Sabato, *An “Authority Balanced, But Not Divided” – Judicial Appointments and Protection of Judicial Independence Under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights*, in J.F. Kjølbros - S. O'Leary - M. Tsirli (a cura di), *Liber Amicorum Robert Spano*, Eleven, L'Aia (NL), pp. 603 ss.

5. *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* [GC], 1° dicembre 2020.

può prevalere sulla certezza del diritto e sull'inamovibilità dei giudici, anch'essi valori custoditi dall'art. 6. La Corte formula, perciò, criteri operanti su più passaggi (criteri *Ástráðsson*) per distinguere i casi di minori irregolarità procedimentali, che non comportano violazione convenzionale, dai casi più gravi in cui vi è violazione, cui possono conseguire riflessi anche sulla validità dei processi interni gestiti dai giudici "illegittimi quanto a costituzione per legge" e sulla loro inamovibilità, la qual cosa è ovviamente lasciato alle autorità nazionali valutare.

Tali concetti, come accennato, sono stati destinati a spiegare tutte le loro potenzialità nel contenzioso concernente la Polonia, per lo più avviato presso la Corte di Strasburgo nel 2018-2022 su vari aspetti della riorganizzazione del sistema giudiziario polacco, iniziata nel 2017 – contenzioso che, dopo *Ástráðsson*, diventa maturo per la decisione.

Tenuto conto di ragioni professionali che mi impongono limitazioni espositive, farò solo qualche cenno alle sentenze e ai temi a mio avviso centrali dal punto di vista che ho enunciato in esordio.

8. Un primo cenno può riguardare un gruppo di quattro sentenze.

La prima è quella nella causa *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*⁶, relativa a irregolarità nella nomina dei membri del Tribunale costituzionale polacco. Il caso nasce da una ordinaria disputa civilistica, in cui tuttavia si era incidentalmente pronunciato il Tribunale costituzionale. La Corte Edu, sulla base dei criteri *Ástráðsson*, riscontra una violazione del diritto a un «tribunale costituito per legge» a causa del fatto che la decisione sulla domanda presentata da *Xero Flor* era stata resa dal Tribunale costituzionale a mezzo di collegio di cinque giudici composto in violazione di norme anche contenute nella Costituzione polacca.

9. Passando alla seconda sentenza di questo gruppo, nella causa *Reczkowicz c. Polonia*⁷ un avvocato si era lamentato del fatto che la sezione disciplinare, una delle due di nuova creazione presso la Corte suprema polacca, fosse costituita da giudici nominati dal Presidente della Polonia su deliberazione del Consiglio nazionale della magistratura (CNM), organo che era stato oggetto di allegazioni di parzialità su basi politiche, a sua volta, sin dall'entrata in vigore della nuova legislazione che prevedeva, tra l'altro, che

i membri giudiziari non fossero più eletti dai magistrati, ma dalla camera bassa del Parlamento.

In questo caso la Corte di Strasburgo constata che la procedura di nomina dei giudici disciplinari era stata indebitamente influenzata dai poteri legislativo ed esecutivo, che avevano permeato il CNM di partigianeria. Ecco, dunque, che entra in gioco una più ampia considerazione del contesto ordinamentale e dei suoi vizi di funzionamento.

10. A questo punto, giova notare l'evoluzione: la struttura dei vizi nella procedura di nomina nella causa *Reczkowicz* è diversa da quella in *Ástráðsson* o *Xero Flor*. In *Reczkowicz* il difetto di procedura è riscontrato in quanto considerazioni politiche avevano influito negativamente sulla composizione del CNM, il cui operato privo di obiettività e attento alle appartenenze a sua volta, insieme alla suddetta peculiare creazione di una sezione di un organo giudiziario, aveva compromesso la legittimità della costituzione dei giudici oggetto di selezione consiliare. Non si tratta di una violazione procedimentale *tout court*, ma di qualcosa che in linguaggio amministrativistico nazionale chiameremmo eccesso di potere.

È un passaggio importante: la partigianeria nella nomina (frutto della viziata costituzione dell'organo di autogoverno) equivale alla mancanza di rispetto delle norme che presidiano il reclutamento e la carriera del giudice nominato.

11. Un modello decisorio simile può essere riscontrato nella sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia*⁸. In questa terza importante sentenza, gli accenni al rapporto tra la violazione convenzionale e le ripercussioni in vista dell'attuazione della sentenza di Strasburgo diventano più chiari. I ricorrenti – giudici che avevano presentato domande di tramutamento verso altri posti giudiziari – non erano prevalsi nella valutazione del CNM. I loro ricorsi erano dunque stati esaminati dalla neoistituita «Sezione per la Revisione straordinaria e gli Affari pubblici» della Suprema corte, l'altra delle due nuove sezioni già menzionate create a seguito della dibattuta riforma. La Corte Edu riscontra una violazione dell'art. 6, § 1, poiché, tra l'altro, la legislazione polacca aveva privato la magistratura del diritto di eleggere i membri magistrati del CNM e aveva consentito all'esecutivo e al legislativo di interferire direttamente o indirettamente (tramite il CNM) nella procedura di nomina giudiziaria,

6. *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*, 7 maggio 2021.

7. *Reczkowicz c. Polonia*, 22 luglio 2021.

8. *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia*, 8 novembre 2021.

compromettendo sistematicamente il funzionamento dell'organo giurisdizionale composto dai giudici così nominati. È evidente l'ulteriore passo in avanti: rileva anche il momento "genetico" dell'indipendenza giudiziaria collegato al sistema elettorale dell'organo di autogoverno.

12. È chiaro, dunque, che in *Dolińska-Ficek* si va al cuore del funzionamento di un sistema ordinamentale giudiziario che non solo deve correttamente "costituire" gli organi giudiziari, ma ove deve essere correttamente "costituito" anche l'organo di autogoverno (eletto per ampia parte della sua composizione, in modo da essere immune da interferenze degli altri poteri); esso deve poi, comunque, in concreto operare dimostrando resistenza verso le interferenze. In tale ottica, la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, ha indicato che spetta allo Stato – di conseguenza – scegliere, sotto il controllo dal Comitato dei ministri, le misure generali e/o individuali da adottare nell'ordinamento giuridico interno per porre fine alla violazione constatata. La Corte si è astenuta, in detta sentenza, dal fornire specifiche indicazioni sul tipo di misure individuali e/o generali che avrebbero potuto essere adottate, ma ha menzionato la necessità di risolvere il problema dalle fondamenta.

Si noti che questo è uno dei casi in cui sono magistrati i ricorrenti a Strasburgo (ciò che è anche ovvio, trattandosi di mancati tramutamenti).

13. Un ulteriore sviluppo si ha con la sentenza *Advance Pharma Sp. z o.o. c. Polonia*⁹. Questo quarto caso è il più semplice della serie, in quanto riguarda una causa decisa da una sezione civile della Corte suprema (non toccata, in quanto tale, dalle riforme del nuovo regime polacco), ma allo stesso tempo il più significativo per gli osservatori, soprattutto di altri Paesi: il semplice dato, presente in questa controversia, per cui alcuni giudici della sezione erano stati nominati su deliberazione di un CNM indebitamente influenzato per i motivi di cui sopra e i cui membri magistrati non erano stati eletti dai loro colleghi è, qui, sufficiente per la violazione.

In *Advance Pharma* la Corte, nonostante la semplicità del caso, va avanti quanto all'indicazione delle misure necessarie per rimuovere la violazione, passando dalle misure sulla causa prossima della violazione (di cui si è detto) a quelle sulla causa remota: stante il numero significativo di precedenti sentenze non eseguite, in *Advance Pharma* la Corte chiaramente afferma che la prosecuzione dell'attività del

CNM costituito illegittimamente e il suo coinvolgimento nelle procedure di nomina perpetuano la disfunzione sistemica. Bisogna arrestare tale dinamica.

14. Ritengo che il precedente gruppo di sentenze già chiarisca lo sforzo fatto dalla Corte di Strasburgo nell'andare alla "genetica" dell'indipendenza-imparzialità giudiziaria, affermando il ruolo che, nell'ambito della tutela dell'indipendenza-imparzialità, possono rivestire procedimenti elettorali viziati del CNM, nomine effettuate dall'organo stesso guidate da logiche di appartenenza, etc.

Si tratta ora di mostrare, in poche battute, come detta visione debba essere integrata da una seconda considerazione: come detto, è in questione il profilo relativo al ruolo degli stessi magistrati come garanti, attraverso la loro libertà di espressione, degli aspetti "genetici" dell'indipendenza-imparzialità. Qui rileva l'emergere di regole etiche che distinguono il momento in cui si debba tacere dal momento in cui si debba parlare e, in questo secondo ambito, che impongono azioni a tutela.

Da un secondo gruppo di sentenze "polacche" si può, invero, trarre la conclusione che il giudice risultante da un buon sistema di nomina non debba essere certo un muto burocrate, ma un entusiasta "difensore" dei diritti; ciò che – se va contro qualche vulgata corrente di singoli Paesi – è apparso essenziale a Strasburgo in una logica continentale.

Quello che in una visione breve può sembrare il ritratto di un giudice "parziale" è l'immagine, invece, concreta delle garanzie dell'imparzialità-indipendenza del sistema in una visione lunga.

15. Il filone giurisprudenziale recente che si occupa delle libertà di partecipazione del magistrato in Polonia, quale difensore dei diritti, sia nell'autogoverno giudiziario sia nell'arena pubblica concernente i dibattiti sulla giustizia, non può non prendere le mosse dalla sentenza di Grande Camera che si è occupata *ex professo* del funzionamento del CNM, considerato stavolta non tanto come organo di nomina dei giudici, quanto come organo in cui i giudici, eletti (all'epoca) dai loro pari, svolgono funzioni "partecipative" e "rappresentative" dei colleghi, considerate come compiti d'ufficio, e meritevoli di tutela ai fini dell'art. 6.

Si tratta della sentenza *Grzęda c. Polonia*¹⁰, che affronta la rimozione *ope legis* del ricorrente, un magistrato, dal CNM prima della scadenza del mandato, senza possibilità di ottenere un controllo giurisdizionale in ordine a tale rimozione.

9. *Advance Pharma Sp. z o.o. c. Polonia*, 3 febbraio 2022.

10. *Grzęda v. Poland* [GC], 15 marzo 2022.

Si noti che – rispetto alle sentenze in cui il ruolo del magistrato come “difensore dei diritti” emergerà chiaramente –, in questo caso, tale ruolo è solo larvato.

16. L’art. 6, § 1, è qui ritenuto violato sulla base di una motivazione molto complessa, che unisce sia il mancato riconoscimento al ricorrente del diritto di adire un giudice contro la rimozione, sia l’inserirsi della “cacciata” dall’organo di autogoverno all’interno di un *trend* – risultante dalle sentenze della stessa Corte relative alla riorganizzazione del sistema giudiziario polacco, nonché ai casi decisi a Lussemburgo – volto ad assoggettare il CNM all’ingerenza dei poteri esecutivo e legislativo.

In qualche modo, dunque, la sentenza è importante, in quanto rappresenta un riconoscimento del ruolo dei consigli superiori della magistratura quali organi indipendenti dalla politica, essi stessi “difensori dei diritti”, per così dire, di secondo grado.

Ancora una volta – si noti –, ad agire a Strasburgo è un magistrato, il quale si ritiene leso nel proprio diritto partecipativo all’arena pubblica rappresentata dall’organo di autogoverno (e di ciò vedremo gli sviluppi in un caso concernente la Spagna, di cui dirò più avanti).

17. Quanto al ruolo dei magistrati come veri e propri partecipanti al dibattito pubblico sui diritti¹¹, le due sentenze di rilievo sono *Żurek c. Polonia* e *Tuleya c. Polonia*¹².

Entrambi i magistrati ricorrenti sono figure note, le cui voci critiche si sono levate contro le riforme polacche concernenti la giustizia.

Nel caso *Żurek*, il magistrato ricorrente, portavoce del Consiglio nazionale della magistratura, era stato rimosso dal Consiglio e, parallelamente, rimosso quale portavoce del Tribunale regionale, mentre veniva altresì sottoposto a ispezioni e a controlli tributari. La Corte ritiene la duplice violazione dell’art. 6, § 1, e dell’art. 10 (concernente la libertà di espressione).

Come in *Grzęda c. Polonia* (citata in precedenza), la Corte parte dalla mancanza di controllo giurisdizionale della decisione di allontanare il ricorrente dal CNM, e constata che l’insieme delle misure adottate

nei confronti del ricorrente aveva avuto lo scopo di intimidirlo a causa delle opinioni che aveva espresso in difesa dello Stato di diritto e dell’indipendenza della magistratura.

È memorabile, a mio avviso, il par. 222 della sentenza, laddove si dice che:

«*Il diritto generale alla libertà di espressione dei giudici nell’affrontare questioni riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario può trasformarsi in un corrispondente dovere di parlare in difesa dello Stato di diritto e dell’indipendenza della magistratura quando tali valori fondamentali siano minacciati*»¹³.

18. Quanto alla sentenza *Tuleya*, essa è in parte sovrapponibile alla sentenza *Żurek*, in parte no.

Nei confronti del magistrato erano stati mossi diversi addebiti, che avevano portato a numerosi procedimenti disciplinari e penali, previa revoca dell’immunità dall’azione penale, e a sospensione dalle funzioni e dallo stipendio per oltre due anni. Tra le altre questioni, gli si rimproveravano la pronuncia orale di motivazioni a sostegno di una decisione – che avrebbe costituito rivelazione di segreto, con impatto negativo su un’indagine – nonché il rilascio di un’intervista e altri interventi pubblici.

Dopo che parte delle questioni erano state risolte a livello interno, rispetto alle residue questioni, la Corte ritiene la violazione non solo dell’art. 6, § 1, e dell’art. 10, ma anche dell’art. 8, stanti le pesanti interferenze sulla vita privata del giudice.

Non vi era alcun fondamento legittimo per le misure adottate, caratterizzate come una strategia mirante a intimidire il ricorrente per le opinioni che aveva espresso, conclusione corroborata non solo dalla stampa polacca e internazionale, ma anche dal Consiglio d’Europa e da altri osservatori.

Per quanto attiene all’intervista che aveva rilasciato e alla sua partecipazione a incontri pubblici, la Corte li ritiene esercizio della sua libertà di espressione, che non poteva essere compressa.

In altri termini, nel contesto indicato – come in *Żurek*, – la libertà di espressione del giudice si spiega in funzione del ruolo di “difensore dei diritti”; e vi è da chiedersi se – in un diverso contesto in cui la difesa

11. Circa la libertà di espressione dei giudici, vds. il *parere* n. 25 del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), predisposto mentre la Corte rendeva le sentenze di cui al testo (www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta). Nel gruppo di lavoro responsabile della preparazione del parere, l’Italia è stata rappresentata dalla consigliera della Corte di cassazione Valeria Piccone.

12. *Żurek c. Polonia*, 16 giugno 2022, e *Tuleya c. Polonia*, 6 luglio 2023.

13. Traduzione mia. Il paragrafo, nell’originale inglese, soggiunge: «*This duty has been recognised, inter alia, by the CCJE (see paragraph 41 of its Opinion no. 18 (2015) on the position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy...), the UN Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers (see paragraph 102 of his 2019 Report on freedom of expression, association and peaceful assembly of judges...) and the General Assembly of the ENCJ (see paragraph (vii) of its 2013 Sofia Declaration...)*». Raccomando al lettore la consultazione dei testi citati.

del giudice fosse stata fatta propria dall'organo di autogoverno o dal capo dell'ufficio giudiziario – la conclusione sarebbe stata la stessa, nonché quali regole (certamente di natura etica) siano di presidio rispetto all'operare del relativo discernimento.

19. Dopo aver osservato le due rotte convergenti della giurisprudenza riguardante la Polonia, concernenti la prima la genesi dell'indipendenza-imparzialità, la seconda il ruolo di difensore anche pubblico dei diritti in capo al giudice, non per questo meno imparziale, non posso tacere l'attuale epilogo del percorso, che rappresenta – si spera – anche il suo approdo.

A fine novembre 2023, la Corte ha pronunciato l'importante sentenza pilota nel caso *Wałęsa c. Polonia*¹⁴. Lech Wałęsa, già Presidente del Paese, aveva intentato una causa per diffamazione contro un suo ex amico che lo aveva accusato pubblicamente di collaborazione con i servizi segreti durante il regime comunista. Nonostante che il noto ex *leader* sindacale avesse vinto la causa (terminata con una condanna a una pubblicazione di scuse, senza risarcimento), la sentenza in giudicato era stata revocata, nove anni dopo, dalla Sezione per la Revisione straordinaria e gli Affari pubblici della Corte suprema (di cui si è prima detto); ciò a seguito di un ricorso straordinario del procuratore generale, consentito da una riforma tra quelle contestate e ampiamente utilizzato da detto procuratore che, da un certo momento, ha cumulato in sé anche la funzione di Ministro della giustizia.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto, come già in cause precedenti, che tale sezione della Corte suprema non fosse tribunale «indipendente ed imparziale, costituito per legge». Pertanto, il diritto di Lech Wałęsa a un processo equo ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione era stato violato unitamente al diritto alla vita privata e familiare di cui all'articolo 8.

La Corte ha osservato, tra l'altro, che l'affidamento al procuratore generale – membro anche dell'esecutivo quale Ministro della giustizia, che esercitava una notevole autorità sui tribunali e una forte influenza sul CNM – di un potere illimitato di impugnare praticamente qualsiasi decisione giudiziaria definitiva fosse contrario ai principi di indipendenza della magistratura e di separazione dei poteri, con il rischio che lo strumento si trasformasse in arma politica.

Siamo di fronte, com'è chiaro, a un ulteriore ampliamento di prospettiva: un buon ordinamento giu-

diziario è fatto di *checks and balances*, e non di concentrazioni di poteri in uomini “forti”, e il giudicato è un valore da proteggere.

20. Giova notare che, nella sentenza in questione, la Corte ha fatto uso della procedura della “sentenza pilota” ai sensi dell'art. 61 del proprio regolamento, ritenendo che, al fine di porre termine alle violazioni sistemiche dell'art. 6, § 1 della Convenzione, individuate nella sentenza in questione e in casi precedenti, la Polonia dovesse adottare misure legislative e di altro tipo adeguate per conformarsi ai dettati convenzionali in tema di «tribunale indipendente e imparziale, costituito dalla legge» e di certezza del diritto.

La sentenza – anche prima di essere formalmente definitiva, ciò che è avvenuto il 23 febbraio 2024 – si è stabilizzata, in pratica, allorché era ancora possibile la richiesta di rinvio in Grande Camera: in data 15 dicembre 2023, come comunicato sul sito del Ministero degli esteri polacco¹⁵ e riportato dagli organi di stampa, in contemporaneità con l'insediamento del nuovo governo guidato dal *premier* Donald Tusk, il Ministro degli esteri Radosław Sikorski «ha inviato lettere» alla presidente della Corte di Strasburgo e ai componenti del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, «dichiarando volontà e determinazione della Polonia verso l'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare quelle riguardanti i principi dello Stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura»; «il Ministro ha ritenuto prioritario attuare la sentenza pilota emessa dalla Corte il 23 novembre 2023 nella causa *Wałęsa c. Polonia*», nella quale la Corte «ha individuato un problema sistemico relativo alla mancata garanzia dell'indipendenza dei giudici e alla violazione del diritto a un equo processo». La nota si concludeva nel senso che «la Polonia non chiederà il rinvio del caso alla Grande Camera».

21. Dunque, gli approfondimenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo sui momenti genetici e applicativi dell'indipendenza-imparzialità giudiziaria, con particolare riguardo al momento della libertà espressiva dei giudici intesa come garanzia di tenuta del sistema, si sono ritrovati all'incrocio di un importante percorso storico quale quello concernente le contestate riforme in Polonia e l'*exit strategy* auspicabilmente in corso.

14. *Wałęsa c. Polonia*, 23 novembre 2023.

15. Cfr. il comunicato «Minister Radosław Sikorski's letters to the President of European Court of Human Rights and to the Committee of Ministers of the Council of Europe», pubblicato in data 15 dicembre 2023 sul sito del Ministero degli affari esteri polacco (www.gov.pl/web/diplomacy/minister-radoslaw-sikorskis-letters-to-the-president-of-european-court-of-human-rights-and-to-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe). La traduzione nel testo è mia.

C'è ora da chiedersi se gli stessi approfondimenti abbiano un valore aggiunto. A mio avviso, essi in tanto possono valere in quanto possano avere un senso – se non, come detto, essere propriamente esportati – in ambientazioni giuridico-politiche meno accese.

Una *cross-fertilisation*, a mio modo di vedere, si è già avuta con la sentenza *Lorenzo Bragado e altri c. Spagna*¹⁶.

In tale sentenza, ormai definitiva ma adottata solo a maggioranza (e ciò comprensibilmente dati i temi trattati), è stata ritenuta la violazione dell'art. 6, § 1, su ricorso di un certo numero di giudici spagnoli candidati nel 2018 nell'ambito della procedura di rinnovo del Consiglio generale della magistratura, organo di governo della magistratura in Spagna.

Negli anni successivi e sino alla sentenza, tuttavia, il Parlamento non aveva ancora completato la parte di sua spettanza del processo di nomina: tema questo – debbo notare con rammarico – su cui le magistrature di altri Paesi sono state alquanto silenziose.

Il ricorso per *amparo* presentato dagli interessati era stato ritenuto, per ragioni non chiare, inammissibile, ledendosi così – secondo la Corte – il diritto di accesso al giudice, strettamente connesso al rispetto del diritto a far parte della composizione dell'organo di governo della magistratura e, in definitiva, a partecipare al corretto funzionamento del sistema giudiziario.

La sentenza si basa molto sulla giurisprudenza relativa alla Polonia, di cui ho detto, in particolare approfondendosi il ruolo del Consiglio di autogoverno come elemento “genetico” dell'indipendenza-imparzialità giudiziaria, per i Paesi che seguano tale modello di salvaguardia ordinamentale.

Siamo, dunque, dopo i primi timidi passi in *Grzęda*, al riconoscimento della tutela convenzionale a favore dei magistrati aspiranti a “partecipare”, mediante l'elezione al Consiglio di autogoverno, all'arena pubblica sulla giustizia. Un traguardo importante, a mio modo di vedere, nella logica dell'equiparazione tra diritti partecipativi e libertà di espressione come presidi per l'attività del giudice “difensore dei diritti”.

22. Ho accennato prima – ed è dunque opportuno che sul punto ora concluda – all'ampliamento, nella visione “lunga” europea rispetto alla visione “corta” nazionale, degli spazi eticamente accettabili per le manifestazioni di opinioni da parte del magistrato, anche su tematiche politiche.

La punta avanzata – che ha avuto echi di stampa anche nostrana – è rappresentata dalla recente sentenza *Danileț c. Romania*, del 20 febbraio 2024, non definitiva¹⁷.

Il caso riguardava una sanzione disciplinare (decurtazione di stipendio per due mesi) inflitta a un giudice per aver pubblicato due messaggi su un suo profilo nei *social media*, seguito da circa 50.000 utenti.

La Corte ha ritenuto che i tribunali nazionali non avessero tenuto nella dovuta considerazione diversi aspetti, in particolare: il contesto più ampio in cui si erano inserite le dichiarazioni del ricorrente; la sua partecipazione a un dibattito su temi di interesse pubblico; l'essere o no i giudizi espressi sufficientemente basati su fatti; e, infine, l'effetto potenzialmente “*chilling*” della sanzione. Inoltre, l'esistenza di un pregiudizio alla dignità e all'onore della professione di giudice non era stata sufficientemente dimostrata.

Non commento qui nel dettaglio le esternazioni, alla cui lettura (sono riportate nel testo della sentenza) rinvio i lettori. Neppure commento la sentenza, posto che la stessa potrebbe formare oggetto di rinvio alla Grande Camera; ma segnalo che la Corte ha ritenuto, a maggioranza di quattro voti contro tre, che vi era stata una violazione dell'articolo 10: onde vanno, pertanto, anche lette le argomentazioni dei giudici dissenzienti.

23. Molte, dunque, sono le nuove frontiere nei pressi del crocevia tra etica giudiziaria, azione del giudice come “difensore dei diritti” e “genetica” dell'indipendenza-imparzialità.

Riflettere su di esse è certamente importante, e questa vuole essere la mia modesta conclusione; anche se resta il dubbio sulla natura velleitaria, in tale contingenza, di opere di riflessione sul diritto e sui diritti, su uno sfondo internazionale macchiato dall'orrore della guerra che scuote (anche) il nostro continente.

Se, in una prospettiva – per noi italiani – “bobbiana” della pace, la Corte di Strasburgo era destinata con altre istituzioni, nell'assetto policentrico successivo alla Seconda guerra mondiale, alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo come «garanzia» anche «contro lo Stato»¹⁸, bisogna prendere atto – come ho avuto modo di rilevare in altre occasioni – che il sistema non ha funzionato.

16. *Lorenzo Bragado e altri c. Spagna*, 22 giugno 2023.

17. *Danileț c. Romania*, 20 febbraio 2024, non definitiva.

18. N. Bobbio, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Sonda, Torino, 1989, p. 95.

Ciononostante, data la crescente pressione, in alcuni Paesi, sui “principi” (quali l’indipendenza della magistratura, alcune questioni concernenti la società civile, il ruolo delle associazioni e in generale dei “difensori dei diritti umani”, tra cui i liberi avvocati, etc. – tutti elementi che costituiscono la “di-

mensione istituzionale” nazionale di tutela dei diritti), la salvaguardia dell’istituzione giudiziaria e degli stessi diritti di partecipazione degli operatori (inclusi i magistrati) era e resta una priorità, anche negli attuali tempi in cui altre guerre sono sullo sfondo.

Imparzialità del giudice e fiducia nella magistratura nella prospettiva costituzionale europea

di Barbara Randazzo

Il contributo ricostruisce la portata del principio di imparzialità del giudice in una prospettiva costituzionale europea integrata e indugia sulla sua connessione con il principio di precostituzione, saggiando in particolare la compatibilità dei criteri di assegnazione degli affari giudiziari rispetto agli orientamenti giurisprudenziali illustrati.

1. Premessa / 2. Diritto a un equo processo, *rule of law* e principio di separazione dei poteri / 3. I “requirements” del giudice, l'imparzialità e gli strumenti per il suo accertamento / 4. Apparenza di imparzialità, precostituzione del giudice per legge e criteri di assegnazione degli affari giudiziari / 4.1. Il cd. sistema tabellare e la sua derogabilità / 4.2. Il criterio dell'abbinamento pm-sezione: lo screening dell'objective test / 5. Apparenza di imparzialità, diritti del cittadino-magistrato e soggezione del giudice al diritto. Nuovi paradigmi per l'etica giudiziaria

1. Premessa

La riflessione scientifica ha esaminato, talora anticipato e propiziato, l'evoluzione delle diverse stagioni della magistratura, prima e dopo l'avvento della Costituzione repubblicana¹. Organizzazione e garanzie del giudiziario risentono, infatti, inevitabilmente dei contesti storici e istituzionali di riferimento; è giocoforza, pertanto, chiarire preliminarmente la prospettiva da cui si muove.

Se la dimensione *multilivello* della tutela dei diritti è ormai da tempo indagata e sembra (per lo più) pacificamente acquisita nella cultura giuridica dei diversi operatori del diritto, assai meno convergenti paiono gli esiti delle ricerche condotte sulle ricadute che una siffatta tutela ha sul versante della *separazione dei poteri* e, in particolare, sul rapporto tra *legislatori* e *giudici*. I commenti alle decisioni adottate dalla Corte costituzionale nel caso Cappato² (e il relativo seguito giudiziario), come pure quelli alle sentenze

1. Vds. V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra Magistratura e Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 502-595; da ultimo, vds. F. Saitta, *Interprete senza partito?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, part. pp. 13-37; E. Scoditti, *Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione*, in *Questione giustizia online*, 23 novembre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/magistrato-e-cittadino-l-imparzialita-dell-interprete-in-discussione), e N. Rossi, *Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria*, *ivi*, 10 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-caso-apostolico-essere-e-apparire-imparziali-nell-epoca-dell-emergenza-migratoria), ora entrambi in questo fascicolo.

2. Vds. Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019.

del giudice di legittimità sullo *status* dei figli nati da maternità surrogata³, ne forniscono una plastica ed emblematica rappresentazione. Ma per quanto ancora controversi possano ritenersi siffatti rapporti, non pare potersi dubitare degli inestricabili intrecci (verticali e orizzontali) tra la dottrina dei diritti e quella dei poteri anche nella dimensione multilivello⁴.

Ciò conduce a interrogarsi sulla natura di tale sistema, se possa o meno ritenersi “*costituzionale*” (integrata)⁵. Invero, la riflessione dottrinale più avveduta e appassionata ne offre ora una compiuta costruzione teorica, che affonda le sue radici sul singolare collettivo “*società*” cui si riferisce l’art. 2 del Trattato sull’Unione europea⁶. Nella seconda parte della disposizione, infatti, si ha cura di precisare che i valori menzionati nella prima parte⁷ sono «*comuni*» agli Stati membri «*in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*». L’edificio costituzionale europeo risulterebbe in tal guisa fondato sulle medesime basi indicate nella celebre definizione di «*Costituzione*» recata dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, che si riferisce, come è noto, a ogni «*società*» in cui i diritti sono garantiti ed è prevista la separazione dei poteri⁸.

Tale dottrina sottolinea altresì che la società evocata dall’articolo 2 TUE non può che essere *democratica*, facendo riferimento a principi e valori che richiedono mediazioni e compromessi connaturati al pluralismo dell’ordinamento europeo (e, sebbene ad altri fini, è interessante notare che a «*una società democratica*» si riferiscono anche la Cedu e la Corte Edu).

Considerato che il termine «*società*» di cui all’art. 2 TUE comprende tutte le forme di organizzazione sociale, e che nella concezione hegeliana – cui attinge la menzionata dottrina – non può non ritenersi ricompreso anche lo Stato, ad essa deve riferirsi (e rispondere) il *giudiziario europeo* del quale i giudici nazionali sono parte ed elemento costitutivo fondamentale⁹.

In quest’ottica, la ridefinizione del volto e delle garanzie del giudiziario nazionale non può dunque avvenire prescindendo da una effettiva integrazione, lungi dal potersi risolvere con una semplicistica giustapposizione del livello europeo e nazionale. La definizione delle garanzie europee, infatti, ha luogo mediante la comparazione degli ordinamenti nazionali, estraendone le *tradizioni costituzionali comuni* in ambito UE, e saggiando l’esistenza del cd. *consensus* in riferimento alla Cedu.

Del resto, sebbene l’*influenza* europea sui giudici nazionali risalga all’introduzione del rinvio pregiudiziale con l’art. 177 TCE, soltanto di recente – anche a seguito delle accresciute competenze dell’Unione – la Corte di giustizia ha delineato i tratti *costituzionali* del giudiziario europeo, non a caso proprio in occasione di procedimenti in cui venivano messi in discussione interventi normativi incidenti sulle prerogative della giurisdizione (in Polonia). Attraverso una innovativa interpretazione del par. 1 dell’art. 19 TUE¹⁰, in combinato disposto con gli artt. 2 e 49 TUE, il giudice di Lussemburgo ha riaffermato il *principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti* garantiti ai singoli dal diritto dell’Unione¹¹. In virtù dell’art. 19 TUE, la tutela

3. Da ultimo, vds. Cass. civ., sez. unite, 30 dicembre 2022, n. 38162.

4. Stimolanti, sotto il profilo metodologico, le riflessioni di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023, part. pp. 147-179, benché non si misurino con le problematiche poste dalla dimensione sovranazionale del diritto costituzionale.

5. Il riconoscimento della natura costituzionale non è riferito all’ordinamento europeo, bensì alla integrazione verticale e orizzontale tra i diversi livelli.

6. Vds. A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlino, 2022.

7. Secondo cui «*L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*».

8. «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*».

9. R. Bustos Gisbert, *Judicial Independence in European Constitutional Law*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, n. 4/2022, pp. 591-620.

10. Che impone agli Stati membri di stabilire «*i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione*».

11. Così Cgue, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, § 49. La Corte ricorda che si tratta di «*un principio generale di diritto dell’Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all’articolo 47 della Carta*». Vds., analogamente, sentenza 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, § 35.

dello *Stato di diritto* è affidata ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia (tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale)¹², e a presidio di *tutte* le giurisdizioni preposte all'applicazione e all'interpretazione del diritto europeo, in forza del medesimo articolo, debbono essere assicurate dagli Stati membri *garanzie di indipendenza e di imparzialità*. Quanto alla portata di tali garanzie, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, come si vedrà, trae ampia ispirazione dagli orientamenti elaborati dalla Corte di Strasburgo, considerato l'analogo tenore letterale dell'art. 47 CDFUE rispetto all'art. 6, § 1, Cedu.

La prospettiva di analisi prescelta – che muove dal diritto al giudice e a un processo equo – privilegia uno sguardo dall'*esterno* sulla magistratura, e affonda le sue radici, come si è precisato, nella natura democratica della funzione giurisdizionale, di cui l'art. 101, primo comma, Cost. è limpida espressione, e alla quale si riferisce la giurisprudenza europea nei termini poc'anzi richiamati. Naturalmente, ciò non implica alcuna rinuncia a rivolgere uno sguardo all'*interno*, là dove sarà opportuno¹³.

2. Diritto a un equo processo, *rule of law* e principio di separazione dei poteri

Chiara evidenza del ponderoso impegno che implica la rilettura in chiave costituzionale europea (integrata) delle garanzie della magistratura è restituita dalla tradizionale distinzione tra sistemi di *civil law* – ai quali si riconducono quello italiano e molti altri ordinamenti dei Paesi europei – e sistemi di *common law*, sul cui modello sono costruiti sia il sistema di tutela dei diritti del Consiglio d'Europa (Cedu e Corte Edu) che l'ordinamento UE. Profonda, non a caso, è l'influenza che la giurisprudenza delle corti inglesi¹⁴ ha avuto nella elaborazione degli orientamenti della Corte Edu.

Ai fini che qui interessano, basti rievocare la celeberrima affermazione di Lord Hewart, secondo cui «*[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*»¹⁵. Negli orientamenti europei, infatti, l'*apparenza* di giustizia assume una rilevanza decisiva, riflettendosi sia sul principio di indipendenza che sul principio di imparzialità. L'approccio *sostanzialistico* che ne discende ha messo e mette alla prova la tenuta degli istituti domestici, o meglio, la loro tradizionale interpretazione e applicazione. Si pensi alla nozione di *riserva della legge* in rapporto a quella europea di *base legale*, rilevante tra l'altro nella definizione della portata della garanzia di precostituzione per *legge* del giudice, strettamente connessa alla garanzia di imparzialità.

Istruire nell'ottica della giurisprudenza europea le problematiche connesse alla imparzialità del giudice impone, quindi, anzitutto di chiarire la portata del diritto a un equo processo, in modo da evidenziare in quali termini essa incida anche sul modo di essere della giurisdizione in sé e nei rapporti con gli altri poteri, inclusa la stampa. A quest'ultimo riguardo, merita di essere ricordato che, proprio in un caso in cui due giornalisti lamentavano la violazione della libertà di espressione per essere stati condannati per diffamazione (avendo criticato l'operato di alcuni giudici), la Corte di Strasburgo si premurò di chiarire in generale che il giudiziario deve godere della *fiducia del pubblico*, stante il ruolo fondamentale che esso svolge *in uno Stato basato sul principio di legalità*¹⁶. La Corte pervenne di conseguenza a una dichiarazione di non violazione, ribadendo che i giudici debbono essere protetti da attacchi distruttivi e infondati in ragione dei doveri di riservatezza che impongono loro di non rispondere alle critiche.

Già in risalenti sentenze, la Corte europea ebbe a riconoscere il «*ruolo preminente*» che il diritto a una buona amministrazione della giustizia riveste in una

12. Vds. ancora Cgue, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, part. §§ 44 e 47. Nello stesso senso: 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*; 19 novembre 2019, C-585/18, *A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa* [GS]; 25 luglio 2018, C-216/18, *Minister for Justice and Equality*, § 50; 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, § 35; 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., § 32.

13. La differente prospettiva di osservazione è stata oggetto di un recente progetto di ricerca (*L'organizzazione della Magistratura: uno sguardo all'interno e dall'interno*) i cui risultati confluiranno nel volume *Accademia e Magistratura tra elaborazione scientifica ed esercizio della giurisdizione*, in corso di pubblicazione.

14. Vds. S. Shetreet e S. Turenne, *Judges on Trial. The Independence and Accountability of the English judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

15. In *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, part. 259.

16. Corte Edu, *De Haes and Gijssels c. Belgio*, n. 19983/92, sentenza 24 febbraio 1997, ove si legge: «*[t]he courts – the guarantors of justice, whose role is fundamental in a State based on the rule of law – must enjoy public confidence. They must accordingly be protected from destructive attacks that are unfounded, especially in view of the fact that judges are subject to a duty of discretion that precludes them from replying to criticism*» (§ 37).

«società democratica» nella sua accezione convenzionale¹⁷.

Ancora con riferimento ai rapporti tra i poteri, più di recente, la medesima Corte ha segnalato altresì la crescente importanza nella sua giurisprudenza del principio di separazione dei poteri, in particolare tra esecutivo e giudiziario¹⁸, avendo cura di precisare, tuttavia, che «neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction»¹⁹.

Le drammatiche vicende connesse alle riforme del sistema giudiziario in Polonia, cui si è già fatto cenno, viste da Strasburgo restituiscono cristallina evidenza degli intrecci tra la dottrina della protezione dei diritti e quella della separazione dei poteri. La Corte europea, infatti, ha rilevato come l'intera sequenza delle vicende polacche dimostri che con una serie di riforme si è perseguito lo scopo di indebolire il potere giudiziario: «the judiciary – an autonomous branch of State power – has been exposed to interference by the executive and legislative powers and thus substantially weakened. (...) on account of the lack of judicial review in this case the respondent State impaired the very essence of the applicant's right of access to a court»²⁰.

La Corte di giustizia UE, come si dirà, ha evidenziato analoghi intrecci.

Naturalmente, siffatte connessioni non sono sfuggite neppure al giudice costituzionale, che è anche una Corte dei poteri (ex art. 134 Cost.), il quale ha fornito una lettura sistematica del dettato costituzionale “congiungendo” la parte I, dedicata ai diritti, con le disposizioni del titolo IV della parte II, dedicata alla organizzazione dei poteri, e in particolare con l'art. 111 Cost. Nella storica sentenza n. 497 del 2000, infatti, è stato sottolineato come il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie, il prestigio della magistratura e l'applicazione imparziale e indipendente della legge, rappresentino «beni i quali (...) non riguardano soltanto l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma

appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini»²¹.

Nell'economia del presente contributo è senza dubbio il punto di vista della Corte europea dei diritti a fornire gli elementi di maggiore interesse, dato che la sua giurisprudenza è “abilitata” a conformare tanto l'interpretazione delle analoghe garanzie costituzionali (in virtù del noto sistema delle “sentenze gemelle”) quanto l'interpretazione delle garanzie europee (comunitarie), sia in virtù dell'art. 52, § 3 della CDFUE, sia, più in generale, in virtù dell'art. 6, § 3, TUE.

3. I “requirements” del giudice, l'imparzialità e gli strumenti per il suo accertamento

Le pronunce rese dalla Corte Edu sull'art. 6, § 1, Cedu forniscono gli orientamenti atti a ricostruire (o comunque a incidere su) la struttura e l'organizzazione del giudiziario, restituendo chiara evidenza di come le obbligazioni positive e negative che gravano sugli Stati in vista della tutela dei diritti possano incidere (anche) sull'organizzazione dei poteri²².

Significativa al riguardo è la distinzione fra «institutional requirements» e «procedural requirements», mediante la quale si suole leggere la giurisprudenza europea concernente le garanzie convenzionali dell'equo processo²³. Tra i primi, si riconducono gli approdi connotanti la nozione autonoma di “tribunal” o “court”, e in particolare la precostituzione per legge e i principi di indipendenza e imparzialità; tra i requisiti procedurali, invece, gli approdi sulla “fairness” del procedimento, sul diritto al contraddittorio, sulla parità delle armi e sulla ragionevole durata dello stesso.

Naturalmente, come si può intuire, alla necessaria distinzione tra i requisiti corrisponde una loro intima connessione.

La Corte Edu, ricondotte le garanzie di indipendenza e di imparzialità tra i requisiti istituzionali del

17. Corte Edu, *Delcourt c. Belgio*, n. 2689/65, sentenza del 17 gennaio 1970: «[i]n a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place» (§ 25).

18. Corte Edu, *Stafford c. Regno Unito* [GC], n. 46295/99, 28 maggio 2002, § 78.

19. Corte Edu, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi* [GC], nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98 e 46664/99, 6 maggio 2003, § 193.

20. Corte Edu, *Grzęda c. Polonia* [GC], n. 43572/18, 15 marzo 2022, §§ 348-349.

21. Così al n. 5 del *considerato in diritto*.

22. Vds. il quaderno che raccoglie gli orientamenti sull'indipendenza del sistema giudiziario (nelle due lingue ufficiali) sul sito della Corte (versione in lingua inglese: www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Independence_justice_ENG).

23. Vds. le relative *guide* (ambito civile e ambito penale) pubblicate nelle due lingue ufficiali sul sito della Corte (https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_civil_eng e <https://ks.echr.coe.int/fr/web/echr-ks/article-6-criminal>).

tribunal, definisce gli *standard* richiesti dalla Convenzione²⁴, onde apprezzarne le ricadute sulla *effettività* del godimento del diritto al giudice.

Con il termine «indipendente», intende connotare sia i rapporti con gli altri poteri (esecutivo e legislativo)²⁵ e quelli all'interno della magistratura²⁶, sia i rapporti con le parti del giudizio²⁷; da ciò la stretta interrelazione, quasi con-fusione, con i requisiti di imparzialità e di precostituzione²⁸.

A salvaguardia dell'autonomia del giudiziario, la Corte ha elaborato una serie di principi²⁹ che si applicano non solo a tutti coloro che esercitano funzioni giudicanti (a prescindere dalla loro appartenenza al tradizionale sistema giudiziario), ma anche a chi esercita funzioni connesse al sistema giudiziario, come i componenti degli organi di autogoverno³⁰.

Il rispetto dell'indipendenza viene valutato tenendo conto di una molteplicità di criteri, e in particolare delle modalità di nomina dei giudici, della durata del loro mandato, dell'esistenza di sufficienti garanzie a presidio della loro libera determinazione, contro il rischio di pressioni esterne³¹ (e interne)³², e della sussistenza di elementi volti ad assicurare altresì l'apparenza di indipendenza³³.

Per la giurisprudenza europea i concetti di indipendenza e di imparzialità sono strettamente legati e, a seconda delle circostanze del caso, possono pertanto

richiedere un esame congiunto³⁴. Entrambe le garanzie, come si è già osservato, interagiscono altresì con il requisito di precostituzione del giudice per legge³⁵.

Quanto al contenuto proprio dell'imparzialità, la Corte dei diritti ha chiarito che essa implica l'assenza di pregiudizi o di parzialità e che la sua sussistenza può essere verificata in vari modi, avvalendosi cioè di un *subjective test* e di un *objective test*³⁶.

Con riferimento al primo, assumono rilievo le convinzioni personali e il comportamento tenuto dal giudice; deve verificarsi quindi se il giudice sia stato condizionato da pregiudizi o da inclinazioni o interessi personali. Con riguardo al *test* oggettivo, invece, la Corte verifica se il giudice e tutti gli aspetti connessi alla composizione del collegio offrano garanzie sufficienti a escludere ogni legittimo dubbio sulla sua imparzialità.

In coerenza con l'approccio sostanzialistico che caratterizza la giurisprudenza europea, i due profili dell'imparzialità, soggettivo e oggettivo, non sono tenuti rigidamente separati³⁷, dato che il comportamento di un giudice può far sorgere dubbi, dal punto di vista di un osservatore esterno, sia sulla sussistenza di sufficienti garanzie di imparzialità del tribunale nel suo complesso (*objective test*), sia sui pregiudizi del singolo giudice (*subjective test*)³⁸. Pertanto, nei casi in cui può risultare assai difficile rinvenire

24. Corte Edu, *Micallef c. Malta* [GC], n. 17056/06, 15 ottobre 2009, § 97.

25. Corte Edu, *Beaumartin c. Francia*, n. 15287/89, 24 novembre 1994, § 38.

26. Vds. J. Sillen, *The concept of 'internal judicial independence' in the case law of the European Court of Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 15, n. 1/2019, pp. 104-133.

27. Corte Edu, *Sramek c. Austria*, n. 8790/79, 22 ottobre 1984, § 42.

28. Corte Edu, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* [GC], n. 26374/18, 1° dicembre 2020, § 232.

29. Per una sintesi di tali principi, vds. Corte Edu, *Grzęda c. Polonia* [GC], cit., §§ 298 e 300-309.

30. Vds. Corte Edu: *Grzęda c. Polonia* [GC], cit., §§ 303-307; *Bilgen c. Turchia*, n. 1571/07, 9 marzo 2021, § 58, o, in relazione a un'audizione in un procedimento disciplinare, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, 6 novembre 2018, § 196.

31. Corte Edu: *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], cit., §§ 153-156; *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* [GC], cit., § 215; *Catană c. Repubblica di Moldova*, n. 43237/13, 21 febbraio 2023, § 75.

32. Corte Edu: *Parlov-Tkalčić c. Croazia*, n. 24810/06, 22 dicembre 2009, §§ 78-97; *Miracle Europe Kft c. Ungheria*, n. 57774/13, 12 gennaio 2016, § 67; *Lorenzetti c. Italia*, n. 24876/07, 7 luglio 2015; *Agrokompleks c. Ucraina*, n. 23465/03, 6 ottobre 2011, § 69.

33. Corte Edu: *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, n. 21722/11, 9 gennaio 2013, § 103; *Grace Gatt c. Malta*, n. 46466/16, 8 ottobre 2019, § 85.

34. Corte Edu: *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], cit., §§ 150 e 152 (si vedano anche, per quanto riguarda la loro stretta interrelazione, §§ 153-156); *Sacilor Lormines c. Francia*, n. 65411/01, 9 novembre 2006, § 62.

35. Corte Edu, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* [GC], cit., §§ 231 ss.

36. Corte Edu: *Micallef c. Malta* [GC], cit., §§ 93-101; *Wettstein c. Svizzera*, n. 33958/96, 21 dicembre 2000, § 43; *Nicholas c. Cipro*, n. 63246/10, 9 gennaio 2018, § 49; *Morice c. Francia* [GC], n. 29369/10, 23 aprile 2015, §§ 73-78; *Denisov c. Ucraina* [GC], n. 76639/11, 25 settembre 2018, §§ 61-65.

37. Vds. Corte Edu: *Kyprianou c. Cipro*, n. 73797/01, 15 dicembre 2005, §§ 118-121; *Piersack c. Belgio*, n. 8692/79, 1° ottobre 1982, § 30; *Grievies c. Regno Unito* [GC], n. 57067/00, 16 dicembre 2003, § 69; *Morice c. Francia* [GC], cit., § 73.

38. Corte Edu, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], cit., § 145.

prove con cui confutare la *presunzione* di imparzialità soggettiva del giudice, il requisito dell'imparzialità oggettiva può fungere da decisiva garanzia³⁹. E, in effetti, nella maggioranza dei casi che sollevano questioni di imparzialità, la Corte europea si è concentrata sull'*objective test*⁴⁰. Al riguardo, il giudice di Strasburgo reputa dunque essenziale accertare se il rischio di imparzialità possa ritenersi «*objectively justified*», accertando in genere l'esistenza di rapporti gerarchici o legami di altra natura tra il giudice e gli altri soggetti coinvolti nel procedimento, legami in grado di giustificare preoccupazioni circa la imparzialità del giudice⁴¹. A tal fine, tuttavia, il mero punto di vista dell'imputato o della parte, per quanto importante, non è mai ritenuto decisivo⁴². I dubbi sulla imparzialità debbono trovare una *giustificazione obiettiva*, emergere dal punto di vista dell'«*objective observer*», che non ha ragioni di preoccupazione nel caso concreto⁴³.

Naturalmente anche la Corte costituzionale ha sottolineato in generale come l'imparzialità debba considerarsi un elemento costitutivo del processo, il quale «*può dirsi giusto in quanto, tra l'altro, sia assicurata l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella degli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio*»⁴⁴. Sempre secondo il giudice costituzionale, l'imparzialità è «*connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto terzo*»⁴⁵. E l'imparzialità implica che il giudice sia anche riconoscibile e dunque *appaia* imparziale⁴⁶, poiché tale obiettiva apparenza è condizione necessaria «*di quella fiducia nella giustizia da cui dipende un ordinato vivere civile*», come ha avuto modo di sottolineare anche la Suprema corte

di cassazione⁴⁷, in piena sintonia con gli insegnamenti della Corte Edu.

Quanto alla Corte di giustizia, per le ragioni già illustrate, anch'essa ha valorizzato i principi di indipendenza e di imparzialità secondo gli orientamenti di Strasburgo, distinguendo i due aspetti. Il primo, di *carattere esterno*, richiede che l'organo investito di funzioni giudicanti goda di piena autonomia, senza essere soggetto cioè ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di altri, e senza ricevere ordini o istruzioni da fonti idonee a influenzare la sua decisione. Il secondo aspetto, di *carattere interno*, si ricollega alla nozione di imparzialità e implica l'equidistanza del giudice dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi⁴⁸.

4. Apparenza di imparzialità, precostituzione del giudice per legge e criteri di assegnazione degli affari giudiziari

Si è sottolineata poc'anzi l'intima connessione tra i diversi «*requirements*» elaborati dalla giurisprudenza europea, e in particolare tra il principio di imparzialità e il principio di precostituzione del giudice per legge, assunto quest'ultimo alla stregua di un riflesso del principio di legalità, fondamento del sistema di tutela europeo⁴⁹.

Tale connessione emerge sotto diversi profili, uno dei quali attiene ai criteri prescelti per l'assegnazione degli affari giudiziari, meritevole di essere esaminato in questa prospettiva.

A tal fine, va precisato anzitutto che la Corte dei diritti adotta una nozione ampia di «*law*», riconducendovi non solo la disciplina normativa volta a delineare la competenza del giudice⁵⁰, ma anche ogni altra previsione interna la cui violazione sia idonea

39. Corte Edu, *Micallef c. Malta* [GC], cit., §§ 95 e 101.

40. Corte Edu, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], cit., § 146.

41. Corte Edu: *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, n. 19874/92, 7 agosto del 1996, § 58; *Padovani c. Italia*, n. 13396/87, 26 febbraio 1993, § 27; *Pullar c. Regno Unito*, n. 22399/93, 10 giugno 1996, § 38.

42. Corte Edu, *Incal c. Turchia*, n. 22678/93, 9 giugno 1998, § 71.

43. Corte Edu, *Clarke c. Regno Unito* (dec.), n. 23695/02, 25 agosto 2005, § 1.

44. Così Corte cost., n. 134/2002, n. 4.2. del *considerato in diritto* e, nello stesso senso, già in precedenza, n. 131/1996.

45. Così Corte cost., n. 155/1996, n. 3.1. del *considerato in diritto* e, nello stesso senso, nn. 75 e 168/2002, n. 177/2010.

46. Corte cost., n. 502/1991, n. 4.1. del *considerato in diritto* e, nello stesso senso, n. 131/1996, part. n. 3.2. del *considerato in diritto*.

47. Vds. Cass. pen., sez. unite, 27 gennaio 2011, n. 23122.

48. Vds. ancora Cgue, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., § 44, e giurisprudenza ivi citata.

49. Corte Edu: *Jorgic c. Germania*, n. 74613/01, 12 luglio 2007, § 64; *Richert c. Polonia*, n. 54809/07, 25 ottobre 2011, § 41.

50. Corte Edu: *Lavents c. Lettonia*, n. 58442/00, 28 novembre 2002, § 114; *Richert c. Polonia*, cit., § 41; *Jorgic c. Germania*, cit., § 64.

a determinare la illegittimità della partecipazione di uno o più giudici al collegio decidente⁵¹. Per il giudice europeo, quindi, l'espressione «*established by law*» non implica soltanto una *base legale* «*for the very existence of a tribunal, but also compliance by the tribunal with the particular rules that govern it (...), and the composition of the bench in each case*»⁵².

Di recente anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che, in virtù del peculiare ruolo ricoperto dal giudice nell'architettura costituzionale, non si può escludere *a priori* che «*norme, pur non immediatamente applicabili nel processo, vadano ad incidere in maniera evidente ed attuale sulle garanzie costituzionali della funzione giurisdizionale, così condizionando l'esercizio della relativa attività*»⁵³. Secondo il giudice delle leggi, è necessario di volta in volta verificare se «*tale incidenza – per qualità, intensità, univocità ed evidenza della sua direzione, immediatezza ed estensione dei suoi effetti – sia tale da determinare una effettiva interferenza sulle condizioni di indipendenza e terzietà nel decidere*»⁵⁴. Ed è la medesima giurisprudenza costituzionale a riconoscere espressamente la rilevanza a tali fini dei criteri di assegnazione degli affari giudiziari⁵⁵. Secondo la Corte, infatti, l'individuazione dell'organo giudicante deve rispondere a «*regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità*»⁵⁶.

Inevitabile, dunque, saggiare la tenuta della disciplina interna rispetto a siffatti orientamenti.

4.1. Il cd. sistema tabellare e la sua derogabilità

L'istruzione della questione impone di ripercorrere, seppur sinteticamente, il quadro normativo concernente l'organizzazione degli uffici giudicanti, e in particolar modo la disciplina relativa all'assegnazione degli affari giudiziari.

Nella materia, come è noto, opera il cd. sistema tabellare, disciplinato dagli artt. 7-*bis* e 7-*ter* del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (*ordinamento giudiziario* – o.g.), introdotti dall'art. 3, comma 1, DPR 22 settembre 1988, n. 449⁵⁷.

L'art. 7-*bis* o.g. riguarda, in via generale, le *tabelle degli uffici giudicanti*, ossia l'organizzazione dei singoli uffici e i compiti ad essi attribuiti, e prevede che la ripartizione degli uffici giudiziari⁵⁸ in sezioni, e la destinazione dei singoli magistrati ad esse, avvenga ogni triennio con decreto del Ministero di grazia e giustizia, su proposta dei presidenti delle corti d'appello, in conformità alle deliberazioni del Csm.

L'assegnazione degli affari giudiziari alle singole sezioni e ai singoli collegi o giudici, così organizzati, viene disciplinata dall'art. 7-*ter* o.g., che la attribuisce rispettivamente al dirigente dell'ufficio e al presidente della sezione, o al magistrato che la dirige, «*secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal Consiglio superiore della magistratura ed approvati contestualmente alle tabelle degli uffici e con la medesima procedura*» (cfr. art. cit., primo comma).

Assume centrale rilievo la «*Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti adottata per ciascun triennio*»⁵⁹.

51. Corte Edu: *Pandjikidze e altri c. Georgia*, n. 30323/02, 27 ottobre 2009, § 104; *Gorgiladze c. Georgia*, n. 4313/04, 20 ottobre 2009, § 68.

52. Corte Edu: *Posokhov c. Russia*, n. 63486/00, 4 marzo 2003, § 39; *Fatullayev c. Azerbaijan*, n. 40984/07, 22 aprile 2010, § 144; *Kontalexis c. Grecia*, n. 59000/08, 31 maggio 2011, § 42.

53. Così Corte cost., n. 164/2017, n. 3.6. del *considerato in diritto*.

54. *Ibid.*

55. Corte cost., n. 419/1998, n. 5 del *considerato in diritto*.

56. *Ibid.* Che tali criteri incidano anche sulle garanzie del singolo si evince altresì dalla giurisprudenza costituzionale sulla portata del principio di precostituzione del giudice ex art. 25, primo comma, Cost., la cui collocazione topografica, nella parte della Costituzione dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, restituisce appieno la prospettiva di tutela individuale della garanzia: vds. Corte cost., n. 272/1998, n. 4.1. del *considerato in diritto*, proprio in tema di criteri per l'assegnazione degli affari giudiziari.

57. Si ricordi che la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui alla legge 17 giugno 2022, n. 71 contiene alcune disposizioni che riguardano le tabelle di organizzazione degli uffici, previste dagli artt. 7-*bis* e 7-*ter* rd 30 gennaio 1941, n. 12 e che lo scorso 27 novembre 2023 il Consiglio dei ministri ha approvato il relativo schema di decreto legislativo (www.astrid-online.it/static/upload/ag-1/ag-110_429787.pdf).

58. Si tratta degli uffici giudiziari indicati all'art. 1 o.g., vale a dire il giudice di pace, il tribunale ordinario, la corte d'appello, la Corte di cassazione, il tribunale per i minorenni, il magistrato di sorveglianza e il tribunale di sorveglianza.

59. Al momento, risulta pubblicata soltanto quella relativa al periodo 2020-2022 (adottata con delibera in data 23 luglio 2020 e successive modifiche, in data 8 aprile 2021, 13 ottobre 2021 e 7 dicembre 2021) e disponibile sul sito del Csm (www.csm.it/web/csm-internet/-/circolare-sulla-formazione-delle-tabelle-degli-uffici-giudicanti-2020-2022).

Sulla base di detta circolare, le proposte tabellari si compongono di due parti (art. 5): (i) il «*Documento Organizzativo Generale*» (DOG), in cui vengono illustrate schematicamente le variazioni nelle scelte organizzative rispetto alle tabelle precedenti e in cui vengono espresse le relative ragioni (artt. 6-7); (ii) il *progetto tabellare*, in cui si concreta la proposta di organizzazione dell'ufficio (art. 11). L'approvazione delle tabelle avviene, in relazione a ciascun ufficio giudiziario, con la procedura prevista dall'art. 7-bis o.g. e vede una scansione temporale definita con la partecipazione e il coinvolgimento di diversi soggetti (artt. 12-24). Per quanto concerne, in particolare, la disciplina dei *criteri per l'assegnazione degli affari* (capo V della circolare), essa si limita a ribadire che i relativi criteri debbono essere «*oggettivi e predefiniti nella proposta tabellare*», senza disporre altro al riguardo (art. 158, comma 1). Si prevede inoltre che, in caso di materia assegnata a più sezioni (o, in caso di sezione unica, a più giudici), siano indicati criteri di ripartizione degli affari della materia tra le diverse sezioni e tra i diversi magistrati (art. 158, comma 2). L'*articolazione* dei criteri spetta al dirigente dell'ufficio e la relativa *attuazione* è demandata al presidente della sezione o al magistrato che la dirige (art. 157). Sono ammesse deroghe ai criteri predeterminati di assegnazione «*in caso di comprovate esigenze di servizio*» che dovranno essere «*adeguatamente e specificamente motivate e (...) comunicate al magistrato che sarebbe stato competente sulla base dei criteri oggettivi e predefiniti*» (art. 162).

Il primo aspetto problematico che merita di essere segnalato è l'estrema difficoltà nel reperire le proposte tabellari adottate dalle diverse sedi, e ciò nonostante l'obbligo di pubblicazione previsto dall'art. 30 della citata circolare del Csm.

Il secondo profilo problematico concerne l'esercizio del potere derogatorio dal quale potrebbero insorgere pregiudizi all'imparzialità, con conseguente lesione dei diritti della parte, ma anche del giudice/collegio pretermesso, allorché l'assegnazione abbia o possa avere riflessi sulla carriera.

4.2. Il criterio dell'abbinamento pm-sezione: lo screening dell'objective test

Se imparzialità e precostituzione del giudice connotano tutti i processi, e l'automatismo del sistema tabellare ne salvaguarda al contempo *effettività* e *apparenza*, non v'è chi non veda come nel processo penale siffatte esigenze assumano tratti peculiari, stante la natura e la posizione del pubblico ministero e la sua appartenenza al medesimo ordine giudiziario del collegio giudicante.

Per tale ragione suscita più di qualche preoccupazione l'adozione, rinvenuta in diversi progetti tabellari⁶⁰, del criterio del cd. *abbinamento pm/collegio*, il quale attribuisce un collegamento qualificato come «*abbinamento*» tra il pubblico ministero e il collegio giudicante, applicato eventualmente (addirittura) «*su richiesta del pubblico ministero procedente*». In tale ipotesi, il sistema automatico di assegnazione GIADA⁶¹ provvederà ad assegnare direttamente il collegio abbinato al pm. La deroga, in genere, risulta asseritamente preposta a garantire che i pubblici ministeri trattino la stessa materia oggetto della (macro) area di appartenenza.

Orbene, la indebita interferenza tra scelte organizzative della Procura e criteri di assegnazione degli affari penali alle sezioni e ai collegi giudicanti appare evidente: che il pubblico ministero in dibattimento appartenga a un *pool* che si occupa dei reati rientranti in una specifica (macro)area è un'esigenza di cui deve farsi carico *esclusivamente* la Procura stessa, cui la legge affida i relativi compiti organizzativi⁶². Il pm può sempre chiedere di seguire il processo cui ha dato impulso, esercitando l'azione penale, ma quali che siano la sezione e il collegio assegnatari. Quando poi la variabilità del criterio è rimessa esclusivamente a una scelta del pubblico ministero, il *vulnus* alla stessa *obiettività* richiesta dalla legge (e dalla circolare del Csm) appare *ictu oculi*, e ciò tanto più in assenza di una qualunque ragionevole giustificazione della deroga al criterio della specializzazione per materia, questo solo autenticamente oggettivo.

60. Si tratta, ad esempio, di quelli dei Tribunali di Roma, Torino e Lecco. Riferimenti più ampi e puntuali in R. Rudoni, *Giudice naturale e criteri di assegnazione degli affari giudiziari: profili costituzionali*, in corso di pubblicazione.

61. L'acronimo sta per «Gestione Informatica Automatizzata Assegnazioni Dibattimento» ed è riferito al programma ministeriale di *distribuzione automatica* dei processi dinanzi al giudice collegiale, sistema che viene configurato da ciascun tribunale. Esso consente di conformarsi alle prescrizioni normative richiamate, secondo cui la distribuzione dei processi avviene *in base a criteri oggettivi e predefiniti*. Tale sistema, infatti, individua il giudice/collegio cui assegnare il processo, tenendo conto della materia e del carico di ciascun giudice/collegio, assegnandolo a chi ha un indice di assegnazione più basso.

62. Cfr. art. 1, comma 6, d.lgs 20 febbraio 2006, n. 106.

Sebbene tale criterio appaia già di dubbia conformità alla legge, esso deve “testarsi” anche in base ai principi costituzionali che reggono la materia e, in particolare, tramite i *test* adottati dal giudice di Strasburgo.

Come si è detto, anche la Corte costituzionale ritiene necessario verificare se l’incidenza dei criteri di assegnazione «sia tale da determinare una effettiva interferenza sulle condizioni di indipendenza e terzietà nel decidere»⁶³. E che nella specie si versi proprio in un caso che impone una siffatta verifica discende dalla stessa giurisprudenza costituzionale menzionata. L’individuazione dell’organo giudicante deve rispondere, secondo la Corte, a «regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell’articolazione interna dell’ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell’organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità»⁶⁴.

Il criterio del cd. abbinamento, nei termini sopra descritti, appare censurabile dal punto di vista costituzionale sia sotto il profilo delle *garanzie strutturali della giurisdizione*, sia della *tutela dei diritti fondamentali*. Assecondando un’impropria interferenza del pubblico ministero nell’assegnazione degli affari penali, infatti, esso non sembra tenere nel debito conto né la distinzione funzionale fra uffici giudicanti e requirenti, che costituisce l’asse portante della vigente legislazione processuale penale, né i principi dell’equo processo.

Se in passato, infatti, la giurisprudenza costituzionale aveva prestato una qualche acquiescenza di fronte alla “confusione” funzionale tra funzione giudicante e funzione requirente che segnava la disciplina processuale previgente⁶⁵, tuttavia, a seguito dei mutamenti normativi sopravvenuti, la giurisprudenza costituzionale si è orientata nel senso di «ritenere la separazione funzionale coesistente alla struttu-

ra stessa del processo penale, secondo i principi di parità fra accusa e difesa e di “terzietà” del giudice rispetto all’una e all’altra»⁶⁶.

È evidente, pertanto, che la scelta da parte della Procura della sezione o del collegio giudicante cui assegnare il processo getta un’ombra sulla necessaria imparzialità-terzietà dell’ufficio giudicante, che non solo deve essere, ma deve anche apparire imparziale e terzo, secondo l’adagio inglese «*justice must not only be done, it must also be seen to be done*», come si è detto, di frequente utilizzato anche dalla giurisprudenza europea.

Viene pregiudicata, infatti, quella equidistanza del giudice dalle parti del singolo processo che è costitutiva della terzietà, facendo correre il rischio al giudice di apparire come un “alleato” di una delle parti, nella specie la Procura⁶⁷, e pregiudicando al contempo l’effettività del godimento di quel diritto di accesso al giudice terzo e imparziale garantito al singolo in virtù dell’art. 24 Cost.⁶⁸.

Quanto al principio del giudice naturale, anch’esso concorre a garantire che «la competenza degli organi giudiziari [sia] sottratta ad ogni possibilità di arbitrio», escludendo, proprio al fine di assicurarne l’imparzialità, «che il giudice possa essere designato tanto dal legislatore con norme singolari che derogano a regole generali quanto da altri soggetti con atti loro rimessi, dopo che la controversia è insorta (...). L’individuazione dell’organo giudicante deve (...) rispondere a regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell’articolazione interna dell’ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell’organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità»⁶⁹.

Che la individuazione della sezione o del collegio giudicanti sia fatta dipendere dal pubblico ministero precedente non può certo considerarsi conforme a

63. Vds. sent. n. 419/1998, n. 5 del *considerato in diritto*.

64. *Ibid.* Che tali criteri incidano anche sulle garanzie del singolo si evince, in particolare, dalla giurisprudenza costituzionale sulla portata del principio di precostituzione del giudice ex art. 25, primo comma, Cost., la cui collocazione topografica, nella parte della Costituzione dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, restituisce appieno la prospettiva individuale della garanzia: cfr. Corte cost., n. 272/1998, n. 4.1. del *considerato in diritto*, proprio in tema di criteri per l’assegnazione degli affari giudiziari.

65. Vds. Corte cost., nn. 61/1967, 123/1970 e 101/1973. Essa era giunta sino a ritenere infondata una questione di costituzionalità sollevata, in riferimento all’art. 25, comma 1, Cost., su una norma del previgente codice di rito che consentiva al pubblico ministero, nei giudizi direttissimi, di determinare la sezione e l’udienza nella quale presentare o far comparire l’imputato per il giudizio dibattimentale (cfr. sent. n. 146/1969), non mancando tuttavia di indirizzare al legislatore un monito volto a superare tale disciplina speciale del giudizio direttissimo, adottando «il normale meccanismo predisposto dalla legge per gli altri processi, pur con i necessari adeguamenti alla rapidità che è propria di detto giudizio» (così n. 164/1983, n. 6 del *considerato in diritto*).

66. Corte cost., n. 134/2002, n. 4.2. del *considerato in diritto*.

67. Vds., *mutatis mutandis*, Corte cost., n. 73/2010, n. 3 del *considerato in diritto*.

68. Cfr. Corte cost., nn. 77/2007, 281/2010, 119/2013, 182/2014 e 238/2014.

69. Ancora Corte cost., n. 419/1998, cit., n. 2 del *considerato in diritto*.

un siffatto principio, stante il rischio della perdita, in astratto, di quella terzietà-imparzialità alla cui tutela ultima è preposto tale principio⁷⁰. Neppure pare seriamente sostenibile che il ricorso a tale criterio possa essere giustificato da esigenze di efficienza e speditezza dei procedimenti, a salvaguardia del principio, anch'esso di rango costituzionale, della ragionevole durata del procedimento⁷¹.

I criteri di assegnazione degli affari giudiziari assumono rilevanza anche nella giurisprudenza europea, tanto in riferimento alle garanzie di imparzialità e di precostituzione del giudice quanto in riferimento alla garanzia di indipendenza interna al giudiziario⁷².

Orbene, alla luce degli orientamenti della Corte di Strasburgo sopra richiamati, il criterio dell'abbinamento deve sottoporsi al cd. *objective test*, assumendo rilievo il sistematico abbinamento tra quel pubblico ministero e quella sezione/collegio giudicante. Siamo infatti in presenza di un rapporto tra il giudice e una delle altre parti coinvolte nel processo idoneo a giustificare preoccupazioni «*objectively justified*» circa la imparzialità del giudice, quantomeno sulla sua *apparenza* di imparzialità⁷³.

Al medesimo scrutinio dovrebbe sottoporsi il criterio del cd. abbinamento sulla base dei principi affermati in materia dalla Corte di giustizia UE⁷⁴, la cui costante giurisprudenza ribadisce che «*le garanzie di indipendenza e di imparzialità richieste ai sensi del diritto dell'Unione presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di riconsunzione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo nei*

confronti di elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti»⁷⁵.

La Corte ha chiarito che dette garanzie costituiscono presidi di tutte le giurisdizioni preposte all'applicazione e all'interpretazione del diritto europeo, e dunque si applicano anche a tutte le giurisdizioni nazionali in veste di giudici europei.

Una volta acclarato che il criterio del cd. abbinamento pm/sezione collegio suscita dubbi legittimi (oggettive preoccupazioni) in riferimento al principio di imparzialità come declinato dalle giurisprudenze costituzionale ed europee, è giocoforza rilevare l'assenza nell'ordinamento interno di uno strumento a disposizione della parte per farli valere, stante la tassatività delle ipotesi di riconsunzione di cui all'art. 37, comma 1, cpp.

5. Apparenza di imparzialità, diritti del cittadino-magistrato e soggezione del giudice al diritto. Nuovi paradigmi per l'etica giudiziaria

Tornando brevemente al contesto in cui si sono svolte le riflessioni sulla imparzialità del giudice, non ci si può esimere, infine, dall'indugiare brevemente sulle ricadute che il difetto di imparzialità (anche soltanto apparente) del giudice ha in termini di fiducia nella magistratura, diretta conseguenza della peculiarità di un potere diffuso⁷⁶.

Si tratta, in altre parole, di chiedersi se le profonde trasformazioni del ruolo del giudiziario nel sistema costituzionale europeo (integrato) non concorrano a propiziare un profondo ripensamento dell'etica professionale dei magistrati⁷⁷.

70. In questo senso, in dottrina, vds. per tutti F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 84-87, part. p. 86.

71. In tal senso, invece, vds. Trib. Roma, ord. 24 settembre 2020, in cui si afferma che la regola tabellare sul cd. "abbinamento" risponderebbe ai principi di buon andamento dell'amministrazione giudiziaria e di ragionevole durata del processo, «*principi costituzionali di pari rango (artt. 97 e 111 Cost.)*» rispetto a quelli di imparzialità e precostituzione del giudice fatti valere dal ricorrente.

72. Cfr., ad esempio, Corte Edu: *Parlov-Tkalčić c. Croazia*, cit., §§ 78-97; *Daktaras c. Lituania*, n. 42095/98, 10 ottobre 2000, §§ 30-38. Vds. Ancora J. Sillen, *The concept of 'internal judicial independence'*, op. cit.

73. Cfr., *ex plurimis*, Corte Edu: *Morice c. Francia*, cit., § 78; *De Cubber c. Belgio*, n. 9186/80, 26 ottobre 1984, § 26.

74. Come da ultimo ribadita nelle sentenze del 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, e del 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, e in particolare in quella del 19 novembre 2019, C-585/18, *A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, resa dalla Grande Sezione.

75. Così da ultimo ancora Cgue [GS], 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, § 53, e giurisprudenza ivi richiamata.

76. Secondo la storica giurisprudenza costituzionale che, ai fini della legittimazione passiva e attiva a ricorrere per conflitto di attribuzione tra poteri, ha riconosciuto in capo a ciascun giudice (e anche al pubblico ministero: da ultimo, Corte cost., n. 170/2023) il potere di dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene (Corte cost., ord. nn. 228 e 229/1975).

77. Sulla necessità di un rinnovamento dell'etica giudiziaria in un'ottica interna, sollecitata dalle gravi vicende che hanno interessato di recente la magistratura italiana, vds. N. Rossi, *L'etica professionale dei magistrati: non un'immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2019, pp. 44-57 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/649/qg_2019-3_05.pdf).

Per le ragioni che si sono già segnalate in precedenza⁷⁸, particolarmente suggestivo e illuminante al riguardo pare il modello inglese⁷⁹, confezionato su misura per un giudice di *common law*. Ma ora anche un giudice di *civil law* che non è più soggetto «*soltanto alla legge*», come recita il secondo comma dell'art. 101 Cost., ma che soggiace al «*diritto*» in un sistema costituzionale multilivello integrato⁸⁰, sembra aver conquistato spazi di discrezionalità enormi, che ne hanno ridefinito il ruolo e i rapporti con gli altri poteri, e specialmente con il legislativo.

Una siffatta trasformazione non può non richiedere un mutamento di prospettiva anche nell'apprezzamento dei *comportamenti* del cittadino-magistrato.

Come spiega Lord Bingham: «*[a] judge must free himself of prejudice and partiality and so conduct himself, in court and out of it, as to give no ground*

for doubting his ability and willingness to decide cases before him solely on their legal and factual merits as they appear to him in the exercise of an objective, independent and impartial judgment»⁸¹.

La libertà di espressione (nella società dei *media*) e la libertà di associazione (nella società frammentata) del cittadino-magistrato rappresentano senza dubbio i terreni più fecondi dai quali muovere per immaginare paradigmi nuovi dell'etica giudiziaria, nella consapevolezza che *agire* il cambiamento *dall'interno* è l'unica via per non *subirlo dall'esterno*.

La “buona salute” del giudiziario è sintomo e condizione di tenuta dell'intera architettura costituzionale europea (integrata), essa perciò va difesa strenuamente tanto da roboanti tentativi di mutilazione provenienti dall'esterno, quanto da non meno perniciose infezioni interne.

78. Vds. *supra*, par. 2.

79. Sul quale vds. S. Shetreet e S. Turenne, *Judges on Trial*, *op. cit.*, part. pp. 179-271.

80. Vds. *supra*, par. 1.

81. T. Bingham, *The Judge as Lawmaker*, in P. Devlin, *The Judge*, Oxford University Press, Oxford, 1981, p. 3.

L'imparzialità giudiziale e la sua apparenza nell'esperienza giuridica inglese: uno schizzo

di *Mario Serio*

Il presente contributo affronta il tema della rilevanza dell'imparzialità giudiziaria nel diritto inglese, al fine di verificarne le conseguenze sul piano della regolarità e legittimità del processo nel caso della sua mancanza o del suo appannamento. Il principio fondamentale è che l'imparzialità implichi, in primo e decisivo luogo, l'assenza di pregiudizi nella mente del giudice, nozione riassunta nell'espressione inglese "bias". Tipica manifestazione della ricorrenza di una simile condizione è quella dell'esistenza di un interesse, diretto o indiretto, del giudice all'esito del processo. L'indagine si svolge attraverso l'esame della lunga linea di precedenti giurisprudenziali del *common law* inglese sul tema.

1. Premessa / 2. L'imparzialità giudiziale nel circuito del *fair trial* / 3. Il progressivo affinamento giurisprudenziale del concetto di imparzialità giudiziale / 4. La titolarità di interesse all'esito del processo come causa di lesione dell'imparzialità del giudice / 5. Se l'apparenza dell'imparzialità possa essere inquinata dalle inclinazioni culturali o dalle opinioni personali dei giudici inglesi / 6. Succinti tratti conclusivi

1. Premessa

L'ordinamento processuale inglese ha sempre mostrato spiccata attenzione al tema della fiducia che nei cittadini deve suscitare l'opera di amministrazione della giustizia. In particolare, è stata sempre avvertita preoccupazione nei confronti di comportamenti, situazioni, circostanze rivelatrici di atteggiamenti o posizioni dei titolari di funzioni giurisdizionali tali da dar vita a impedimenti ad una retta e affidabile attività di giudizio, o anche idonei a ingenerare il sospetto o l'apparenza che questa aspirazione possa, in effetti, non realizzarsi. Nel corso della lunga traiettoria giurisprudenziale dipanatasi nel tempo, si è venuta elaborando una nozione riassuntiva delle ipotesi compromissorie del valore dell'imparzialità giudiziale intesa come garanzia del concreto raggiungimento di un

risultato di giustizia rispettoso delle regole di equidistanza del giudice rispetto agli interessi delle parti del processo, anche sotto il profilo dell'impressione suscitata dalla sua figura e dalla sua biografia. Il termine "bias" rappresenta, infatti, quel disvalore, da riscontrare caso per caso, che consiste nell'allontanamento, per cause oggetto di rigorosa verifica, dell'operato del giudice dalla fondamentale direttrice di marcia della terzietà. Per quanto varia si sia presentata nel tempo la gamma delle specifiche circostanze la cui presenza può inquinare l'idea di un giusto processo assicurato, in primo luogo, dall'immagine di un giudice lontano dalla contesa e dalle contrapposizioni che vi si agitano, l'essenza della violazione del principio dell'imparzialità, effettiva o apparente, si condensa nell'accertata, o razionalmente presumibile, ricorrenza di un interesse di qualsivoglia natura, diretto o indiretto,

patrimoniale o non, del giudice all'esito del processo a lui affidato. A questa impostazione di base continuano a rimanere estranei altri stati soggettivi del giudice, quali quelli riferibili alle sue personali convinzioni in ogni campo di possibile esplicazione della personalità umana, che non si traducano in sintomi assertivi di un suo interesse nel senso prima delineato. Alla breve illustrazione di questa linea giurisprudenziale, che certamente incoraggia meritori slanci emulativi in altri ordinamenti, è dedicato il presente studio, dal quale resta – al contrario – esclusa l'indagine relativa alla rilevanza, sul piano deontologico e disciplinare, della mancata osservanza del dovere di imparzialità.

2. L'imparzialità giudiziale nel circuito del *fair trial*

La prima parte della sezione 6 dello *Human Rights Act* inglese del 1998, traspositivo in quell'ordinamento della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani del 1950, è intitolata, in simmetria con la disposizione convenzionale, al diritto a un giusto processo («*Right to a fair trial*»). Essa prevede che, ai fini dell'accertamento delle proprie posizioni giuridiche attive e passive sia in materia civile sia in materia penale, ogni cittadino abbia diritto a un processo equo e pubblico, da svolgersi in un tempo ragionevole e ad opera di un organo di giustizia costituito per legge, indipendente e imparziale¹. La tecnica, adottata dal legislatore britannico, di assoluta fedeltà alla lettera del testo del 1950 manifesta altresì una piena corrispondenza al relativo spirito che, tra i necessari requisiti atti a qualificare come *giusto* ogni processo giurisdizionale, annovera quello che l'organo giudicante, oltre che indipendente (e, quindi, posto al riparo da qualsiasi ingerenza esterna), sia imparziale. La mancanza di una definizione legislativa del concetto di "imparzialità" riferito al titolare di funzioni giurisdizionali non offusca certo la potenza del precetto, che possiede una tale energia da precludere la possibilità che, in assenza di un giudice imparziale, possa perfino concepirsi l'ipotesi della celebrazione di un processo giusto. Del resto, la generale conformazione dell'ordinamento inglese come ispirato a una matrice *judge made* ha reso possibile l'individuazione, per via del consolidamento di coerenti precedenti giudiziari, del significato tipico da attribuire all'espressione «*impartial tribunal*», utilizzata nel testo normativo del 1998.

Se è vero che l'introduzione nel tessuto ordinamentale inglese dei principi costitutivi della Convenzione europea li ha elevati al rango di parametri attraverso i quali misurare la obbligatoria compatibilità con essa delle disposizioni interne e legittimare i previsti interventi caducatori o di adeguamento nel caso di difformità, è altrettanto vero che è pienamente radicata nella ultrasecolare tradizione del *common law* d'Oltremarica l'aderenza al connaturale valore dell'imparzialità giudiziale. E questo non solo perché la storia processuale si è costantemente dispiegata in un senso assertivo del relativo dovere incombenente sui singoli esercenti funzioni giudiziarie e assicurato anche mediante temutissimi sistemi sanzionatori, culminati nella loro somministrazione da parte della infausta *Star Chamber*. E, infatti, risiede nella stessa coscienza collettiva la consapevolezza dell'indissociabilità del requisito dell'imparzialità dal corredo morale e professionale di cui deve dotarsi l'opera dell'amministrazione della giustizia. Di questo profondo sentimento, autentico presidio della credibilità del complessivo sistema, ha saputo farsi sensibile e intelligente interprete la stessa giurisprudenza, interpellata circa l'effettivo rispetto in circostanze determinate del precetto.

3. Il progressivo affinamento giurisprudenziale del concetto di imparzialità giudiziale

Il tronco che sorregge l'elaborazione giurisprudenziale sul tema dell'imparzialità non ha mai registrato flessioni quanto al ceppo su cui si è insediato, ma si è via via rinverdito di crescenti contributi chiarificatori.

L'analisi che segue è unicamente dedicata alla constatazione delle conseguenze dell'assenza del requisito dell'imparzialità sulla regolarità e legittimità del processo.

Una delle prime manifestazioni di opinioni giurisprudenziali da cui trarre un messaggio di convincente attenzione al tema, declinato sia nella sua versione positiva (affermazione del dovere di imparzialità) sia in quella opposta (divieto di derogarvi), si può facilmente cogliere nel *dictum* di Lord Hewart in un caso del 1924². Si trattava dell'impugnazione di una sentenza di condanna per lesioni personali conseguenti a un incidente stradale basata sulla circostanza, appresa successivamente alla conclusione

1. «*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*».

2. *Rex v Sussex Justices, Ex parte Mc Carthy* (1924) KB 259.

del procedimento di prima istanza, che l'assistente di studio dei giudici di primo grado (*clerk to justices*)³ appartenesse al medesimo studio legale che aveva inizialmente curato l'azione giudiziaria in sede civile nei confronti dell'imputato. I medesimi giudici di primo grado chiarirono, in virtù di una dichiarazione scritta acquisita agli atti di quello successivo, che l'assistente non era intervenuto alla discussione svoltasi durante la camera di consiglio, cui era stato ammesso, e non aveva interferito, pertanto, in alcun modo nella decisione. Tuttavia, il modo di ragionare sviluppato nell'opinione base di Lord Hewart della *King's Bench Division* (cui aderirono gli altri due componenti), che portò all'accoglimento dell'appello e al conseguente annullamento della prima sentenza, fu di tutt'altro tenore e influenzato dal timore che l'apparenza di una posizione preconcepita (*bias*) dei primi giudici, possibilmente causata dalla presenza e dalla posizione del *clerk*, potesse indurre il sospetto di una pronuncia viziata e non genuina. Egli, infatti, si espresse in termini che ancor oggi risuonano come perdurante principio di diritto e che restano scolpiti nella famosa frase secondo cui non basta che la giustizia venga effettivamente ben amministrata, essendo necessario che ciò risulti senza alcun dubbio evidente⁴. I giudici d'appello, sulla base di tale enunciazione di principio, ritennero che nella fattispecie contasse non già il fatto che effettivamente l'assistente fosse portatore di un pregiudizio sfavorevole a una delle parti in causa e favorevole all'altra, trasmettendo questo sentimento ai componenti l'organo di giustizia, quanto l'attitudine della relativa posizione a dar luogo al sospetto che potesse essersi determinata un'impropria intromissione nel retto corso della giustizia. E tale interferenza avrebbe potuto derivare la propria scaturigine dall'interesse diretto dell'assistente al successo processuale della parte rappresentata dallo studio professionale di sua appartenenza.

Da questa prima raffigurazione dell'atteggiamento giurisprudenziale inglese può ricavarsi, tralasciando per il momento la questione centrale del rilievo

dell'*apparenza* sul piano della preservazione dell'immagine dell'imparzialità giudiziale, che il drappo rosso agitato come nemico di quest'ultima sia stato fatto consistere nel pericolo che una singola circostanza, riferibile al modo di formazione del giudizio, potesse contaminarne la serenità sotto il profilo della necessaria mancanza di pregiudizi (*bias*). Attorno alla strenua difesa della roccaforte dell'attività giudicante, resa impenetrabile da cause perturbatrici esterne (di quelle interne, o meglio della loro irrilevanza, si scriverà più avanti) munite della capacità di appannare la fiducia della collettività, si è andata costruendo una diga concettuale che regge fino ai giorni nostri. Ma va anche aggiunto che le seguenti occasioni in cui è venuto alla ribalta il delicato tema della possibile lesione del principio di imparzialità hanno riconosciuto altri, meno evanescenti e soggettivi, metri di valutazione che via via sono emersi, come si vedrà.

Intanto, va detto che la riferita posizione inglese era stata preceduta da una pronuncia di segno corrispondente proveniente da una corte scozzese nel 1919⁵, nella quale fu affermato il principio per cui la ricorrenza di circostanze relative alla persona di un giudice tali da rivelarsi idonee a destare in una persona ragionevole sospetti circa la sua imparzialità è sufficiente a provocarne l'astensione o la ricasazione, seppur non sia in concreto registrabile alcun effettivo atteggiamento di pregiudizio (*bias*)⁶. La ineliminabile tensione all'effettivo adempimento, da parte del giudice, dell'obbligo di esercitare le proprie funzioni in forma imparziale e avulsa da posizioni precostituite sarebbe stata riaffermata, in una fondamentale sentenza del 1999 della *House of Lords*, da Lord Hope of Craighead, anch'egli di origine scozzese e, quindi, affezionato a un modello ordinamentale di stampo romanistico⁷.

A distanza di ben oltre un trentennio dal precedente che, preso nel suo stretto significato letterale, avrebbe potuto aprire le porte a un incontrollabile soggettivismo interpretativo in ordine all'ipotetica sussistenza di un *bias* impediente, la *Court of Appeal*

3. La figura del *clerk*, diffusa nell'esperienza britannica, corrisponde a quella di un esperto professionista forense incaricato di assistere i giudici attraverso raccolte di precedenti e sintesi delle attività dibattimentali. Può, se invitato, partecipare senza diritto di voto alle camere di consiglio, intervenendo solo, su richiesta dei giudicanti, per chiarimenti e integrazioni informative. Sul generale sistema di amministrazione della giustizia inglese, si può vedere G. Criscuoli e M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2021 (II ed.), part. pp. 251 ss.

4. «*It is not merely of some importance but it is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly seem to be done*».

5. *Law v Chartered Institute of Patent Agents* (1919) 2 Ch 279, in cui risalta l'opinione del giudice Eve.

6. M. Serio, *Appunti comparatistici sulla (apparenza della) imparzialità giudiziaria*, in *Questione giustizia online*, 12 ottobre 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/appunti-comparatistici-sulla-apparenza-della-imparzialita-giudiziaria).

7. *In re Pinochet* (1999) UKHL 1.

intervenne nel 1960⁸ per circoscrivere l'area di plausibilità dello stesso *bias*, opportunamente chiarendo che non può semplicemente consistere in una possibilità della sua effettiva ricorrenza, rivelandosi necessaria una concreta probabilità di esso e non la mera impressione⁹.

Il metodo di giudizio è stato riaffermato nel 1993 dalla *House of Lords*¹⁰, in un caso in cui l'imputato propose come motivo di impugnazione della sentenza di condanna la circostanza, la quale avrebbe concretato un *bias* a sé sfavorevole, che nella giuria sedesse una sua vicina di casa. Il debolissimo argomento fu d'acchito rigettato grazie a un'accurata opinione di Lord Goff of Chieveley, così argomentata: in linea di principio, perché non la semplice possibilità integra la figura ma la reale probabilità, desumibile dal giudizio di una persona ragionevole, che la mente del giudice possa essere stata deviata da un atteggiamento pregiudizialmente favorevole od ostile verso una delle parti. In punto di fatto, la sentenza puntualizzò che non ricorreva in concreto alcuna causa obbligatoria di astensione della giurata.

Si accennava alla coesistenza, più esattamente alla preesistenza, di un altro orientamento dedicato alla questione dell'imparzialità, che sposta il raggio di osservazione in una direzione più solida e meno opinabile, individuando, secondo il paradigma dell'attualità e non della semplice potenzialità, il principale fattore inquinante il valore di cui si discute. In un precedente del 1852¹¹ si controverteva dell'impugnazione di una sentenza civile in materia societaria il cui giudice di primo grado era azionista della società convenuta in giudizio. Il motivo tendente all'annullamento della pronuncia fu accolto, in quanto la posizione del giudice in questione configurava un'ipotesi tipica di provvedimento pronunciato da persona portatrice di un interesse diretto alla decisione e realizzava, pertanto, l'ipotesi, proibita per collisione con il principio di imparzialità, di *iudex in causa propria*¹². È indiscutibile l'importanza della prospettiva che incentra sul tema della – direttamente e obiettivamente – percettibile partecipazione del giudice alla sfera di interessi costituente l'oggetto del giu-

dizio l'accertamento della violazione dei doveri di imparzialità. Tale importanza si manifesta, in particolare, nel taglio del cordone ombelicale rispetto all'ipotesi dell'apparente violazione di tale dovere dedotta, come prima visto, da una prognosi fondata su un criterio probabilistico (seppur di concreta probabilità). Il rivolgere lo sguardo all'esistenza di uno specifico interesse, basato su dati obiettivi e incontrovertibili, riconverte il giudizio sul versante della effettività e tralascia quello scivoloso e, talvolta, pretestuoso del sospetto, facile esca utilizzabile per dilatorie e suggestive impugnazioni. Da questa linea rigida e sicura il diritto inglese non ha mai decampato, anche allorché si è visto offrire l'occasione per rendere fungibili tra loro le ipotesi della sicura violazione del dovere di imparzialità e del sospetto o del timore di essa.

4. La titolarità di interesse all'esito del processo come causa di lesione dell'imparzialità del giudice

Un modo efficace di descrivere la rilevanza che può assumere, nell'economia processuale inglese, il principio dell'imparzialità, e di riflesso l'identificazione delle cause della sua mancanza, può essere quello di tracciare una bisettrice tra le ipotesi, già passate in rassegna, di attentato ad esso sotto il profilo dell'apparenza, e quelle in cui se ne verifica l'effettiva lesione. Non può realmente dirsi che la giurisprudenza inglese si sia espressa in maniera così manichea, operando cioè una distinzione concettuale corrispondente alle concrete evenienze della pratica; tuttavia, la solidità della considerazione si regge sull'osservazione del fenomeno delle denunce in sede giurisdizionale della mancata osservanza del dovere di imparzialità. La già esplorata figura dello *iudex in causa propria* esprime molto brillantemente il diverso passo che, sul piano ricostruttivo, esibisce il caso della lesione concreta del principio rispetto all'altro, in cui l'attentato si risolve sul piano della semplice apparenza, a propria volta desunta alla stregua di un criterio probabilistico del giudizio.

8. *Reg v Barnsley Licensing Justices, Ex parte Barnsley and District Licensed Victuallers Association* (1960) 2 QB 187.

9. Queste le parole del giudice Devlin: «*We have to satisfy ourselves that there was a real likelihood of bias-not merely satisfy ourselves that that was the sort of impression that might reasonably get abroad*». Sulla sentenza, vds. F.A. Trinidade, *The Proper Test of A Real Likelihood of Bias*, in *Malaysia Law Review*, vol. 7, n. 1/1965, pp. 170 ss., secondo cui chi voglia ricusare un giudice adducendo un *bias* non ha l'onere di provare che esso abbia carattere di effettività e attualità, bastando dimostrarne una concreta probabilità: è esclusa la rilevanza della mera possibilità. Vds., altresì, P. Jackson, *A welter of authority*, in *The Modern Law Review*, vol. 34, n. 4/1970, pp. 445 ss., che depreca l'incertezza giurisprudenziale a suo avviso riscontrabile sul tema.

10. *In Reg v Gough*, AC 1993, 846.

11. *Dimes v Grand Junction Canal* (1852) 3 H.L.C. 793.

12. Nella propria celebre opinione, ripresa da Lord Goff of Chieveley nel caso *Pinochet*, cit. alla nota 7, Lord Campbell espresse il principio per cui «*A man shall not be a judge in his own case*».

Questa dicotomia, che, è utile ribadire, è frutto della qualificazione delle fattispecie rinvenibili nei repertori giurisprudenziali del *common law* britannico, assolve chiaramente una funzione semplificatrice del compito dell'interprete e del ricercatore perché affida a un elemento empiricamente accertabile la sussistenza di un interesse del giudice all'esito del processo a lui assegnato, il ruolo discrezionale tra casi di positiva ricorrenza del *bias* e casi di esclusione.

La linea di tendenza rivolta a rafforzare un'analisi oggettiva rispetto a un'altra poggiante su basi più fragili, se non addirittura congetturale, ha trovato modo di affermarsi anche allorché la strada della messa in pericolo del valore dell'apparenza dell'imparzialità avrebbe potuto non irragionevolmente essere percorsa.

L'occasione fu fornita alla *House of Lords* in un caso seminale del 1999, richiamato alla nota 7. La materia sottoposta alla cognizione dei supremi giudici aveva carattere eccezionale tanto per le circostanze che avevano dato luogo al processo, quanto per l'importanza del caso in sé. Ed infatti, era stato devoluto alla corte in via di rimedio straordinario il quesito in relazione alla legittimità di una sentenza adottata a stretta maggioranza qualche settimana prima da un collegio della stessa *House of Lords* in diversa composizione. La sentenza impugnata aveva accolto l'istanza di estradizione in Spagna, formulata da quel governo, nei confronti del sanguinoso dittatore Pinochet perché rispondeva di delitti di tortura commessi negli anni di esercizio del suo potere violento e antidemocratico, illecitamente conquistato con il sovvertimento dell'ordine legittimamente costituito. Aveva partecipato alla decisione con il proprio voto determinante un giudice, Lord Hoffmann, campione di illuminate posizioni progressiste, la cui moglie era dipendente di *Amnesty International*, intervenuta nel processo in senso adesivo alla richiesta di estradizione. Lo stesso giudice era, a propria volta, condirettore, a titolo puramente amichevole, di un'organizzazione collegata all'interveniente, l'*Amnesty International Charity Ltd*, che agiva nell'interesse di *Amnesty International* curandone le attività di carattere non volontaristico; l'organizzazione era, tuttavia, assolutamente indipendente da quella intervenuta in giudizio e non aveva preso parte alla decisione di costituirsi. Tali circostanze non erano note ai difensori dell'estradando, che le appresero successivamente al deposito della sentenza. Sulla base di questa sopravvenuta conoscenza, essi proposero ricorso straordinario (tale perché non risultavano precedenti in termini) alla stessa *House of Lords* in diversa composizione perché, alla luce delle esposte circostanze, intaccanti l'imparzialità e implicanti il *bias* di uno dei giudici che, alla prova della resistenza, si era rivelato

decisivo con il proprio voto, venisse caducata la pronuncia di estradizione.

Il bivio argomentativo che si poneva davanti al collegio era riducibile all'alternativa tra la propensione per la strada del *bias* temuto o presunto connesso al rapporto di lavoro subordinato che legava direttamente la moglie del giudice a una delle parti in causa (l'interveniente volontario adesivo) o per quella della dichiarazione di un interesse diretto (sussumibile sotto la pensilina dello *iudex in causa propria*) dello stesso in quanto dirigente, seppur a titolo gratuito, di un ente con il quale l'interveniente svolgeva attività istituzionali alle quali Lord Hoffmann era estraneo sul piano dell'interesse diretto, patrimoniale o meno. Non è difficile formulare il pensiero che, dal punto di vista dell'utilitarismo motivazionale, sarebbe riuscita molto più agevole la conclusione secondo cui avrebbe, con un alto grado di probabilità, destato dubbi circa l'apparenza dell'imparzialità del giudice il fatto che la coniuge fosse dipendente di una delle parti e ne venisse, pertanto, retribuita. Al cospetto di questa impostazione, che letteralmente avrebbe richiamato la figura in negativo della moglie di Cesare, se ne poneva un'altra, meno icastica ma più attenta a circondare di solidità il ragionamento della *House of Lords*, ossia quella fondata sul presupposto che la posizione di Lord Hoffmann all'interno di un ente le cui attività erano collegate a quelle di una delle parti avrebbe configurato un'ipotesi di appannamento immediato e diretto della sua immagine di imparzialità, in quanto il relativo ruolo era manifestazione sicura di un suo interesse all'esito del processo (intuitivamente, in senso favorevole alla posizione della parte interveniente). È evidente che, sul piano della logica astratta, ambedue le soluzioni avrebbero potuto esibire una propria forza, al contempo riconnettendola alla coerenza con i precedenti che le avrebbero egualmente legittimate. Di pari evidenza è la conseguenza che si sarebbe potuto trarre se il collegio si fosse limitato a esaminare i motivi di ricorso nell'ordine in cui erano stati posti, che vedeva come pregiudiziale e assorbente quello relativo alla posizione della moglie di Lord Hoffmann. Se così fosse avvenuto, il messaggio indirizzato agli interpreti e operatori si sarebbe potuto senza difficoltà individuare nella sostanziale equivalenza tra le due categorie di ipotesi di violazione del principio di imparzialità giudiziale, quella afferente all'attenduto all'apparenza, l'altra involgente la presenza di un interesse diretto del giudice all'esito della causa. In effetti, così non avvenne e la *House of Lords* compì una scelta netta in favore del secondo polo dell'alternativa, di certo ritenuto meno fluttuante e opinabile del primo. E infatti, l'istanza di annullamento del primo provvedimento fu ritenuta fondata con riguardo alla indiscutibile ricorrenza di un rapporto tra il giudice,

nella sua qualità di condirettore di un ente in diretti rapporti con una delle parti del giudizio, che, pur non contemplando alcuna forma di cointeressenza economica, configurava comunque un interesse di altra natura, tale da rappresentare una situazione di diretta partecipazione del giudice alla lite e, quindi, da porlo nella condizione di giudicare *in causa propria*. Fu, pertanto, dichiarata assorbita la questione, pur prospettata in via principale, del sospetto sull'imparzialità del marito nel giudicare di una causa nella quale fosse parte il datore di lavoro della moglie.

Non si intende sopravvalutare l'inversione dell'ordine di trattazione delle questioni dedotte davanti alla *House of Lords*, considerandola un sintomo incontrovertibile del desiderio di tracciare un nuovo indirizzo diretto a indebolire la presa dell'argomento dell'apparenza nella cornice del discorso sull'imparzialità giudiziale. È, d'altra parte, chiaro che la *House of Lords* non volle correre il rischio di pronunciarsi su un tema che aveva attratto l'interesse dell'opinione pubblica mondiale, e delle vittime delle torture inflitte dal regime guidato illegalmente da Pinochet, soltanto consegnando la propria pronuncia non a un fatto storico, quale l'interesse di uno dei giudici alla definizione del giudizio in senso conforme alla posizione processuale di una parte con la quale egli stesso, quale rappresentante di un ente, si trovava da tempo in relazioni negoziali, e non alle ricadute in termini puramente psicologici e soggettivi di un altro fatto storico che non riguardava direttamente il giudice, ma la moglie in quanto dipendente di una delle parti. E invero, mentre il primo fatto storico riguardava immediatamente la persona del giudice, realizzando l'ipotesi del suo interesse diretto alla causa, il secondo era privo di questa immediata efficacia deterministica ed era destinato a una sua valorizzazione in termini esclusivamente congetturali e, quindi, di semplice apparenza.

5. Se l'apparenza dell'imparzialità possa essere inquinata dalle inclinazioni culturali o dalle opinioni personali dei giudici inglesi

È opinione diffusa, che si riflette in insistite e tralaticie invocazioni dell'esempio inglese, quella che il *common law* britannico esalti a tal punto la dote dell'apparenza dell'imparzialità da farne una sorta di idolo da venerare in misura così estesa da dar spazio

a ogni possibile forma di soggettivismo interpretativo degli stati d'animo del giudice, staccandoli dalla concretezza di specifiche situazioni risolutive, per la loro univoca direzione significativa (quali, ad esempio, la conclamata amicizia con una delle parti)¹³, in senso affermativo del dubbio circa il suo difetto di imparzialità. Tuttavia, l'auspicio che *justice must be seen to be done*, che cioè l'amministrazione della giustizia non debba soffrire dell'occhiuta preoccupazione che i suoi autori possano essere portatori di una qualche bandita forma di *bias*, non sembra confortare l'indiscriminata tesi per la quale il puro sospetto derivante dalla vivisezione della vita personale, culturale, professionale del giudice sia in grado di per sé di trasformarsi in elemento probante della sua incapacità di assicurare nel singolo caso un servizio imparziale.

Ancora una volta, è d'aiuto a una misurata ponderazione dello stato del diritto inglese la lettura della sua evoluzione giurisprudenziale. In particolare, si possono ravvisare segni ben individuabili dell'assoluta mancanza di insofferenza verso posizioni scientifiche, culturali, ideali di singoli giudici, pubblicamente espresse, con riguardo a materie, temi, questioni costituenti possibile oggetto di esame giurisdizionale. La ragione sottintesa, mai resa palese perché mai se ne è posta la necessità, risiede nel rispetto della libertà di espressione del pensiero come momento elevato e incompressibile della personalità umana, senza che la relativa manifestazione possa di per sé dare origine al sospetto che tale retroterra ideale, pur se proiettato nel terreno di uno specifico processo, costituisca una forma di *bias* invalidante.

Una siffatta considerazione trova, ad esempio, pieno (per quanto tacito) suggello nell'analisi di un importante giudicato nel 2005, sempre dalla *House of Lords*¹⁴. La materia dibattuta riguardava l'ammissibilità, in un processo penale, di prove ottenute mediante tortura posta in essere da un governo straniero. Il Supremo collegio, in riforma della sentenza della *Court of Appeal*, escluse questa possibilità in quanto contrastante sia con il diritto internazionale (consuetudinario e convenzionale) sia con lo stesso *common law*, che proibiscono l'inflizione della tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Ora, del collegio faceva parte un giudice, Lord Hope of Stanhope, autore di un'opinione concorrente, che solo l'anno precedente aveva scritto, su una accreditata e diffusa rivista giuridica¹⁵, un saggio sulla tortura in cui si sottolineava come essa fosse brutale

13. A questa particolare situazione fece, ad esempio, riferimento esplicito Lord Goff of Chieveley nel caso *Pinochet* trattato nel testo.

14. *A v Secretary of State* (2005) UKHL 71.

15. D. Hope, *Torture*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n. 4/2004, pp. 807 ss.: «*Torture may be used on a large scale as an instrument of blatant expression of totalitarian government... torture is an instrument of power*».

espressione di forme di governo totalitarie, senza che ciò avesse indotto alcuna delle parti a lamentare la violazione della sua imparzialità, anche sotto l'aspetto dell'apparenza¹⁶.

6. Succinti tratti conclusivi

Qualunque valore espresso dagli ordinamenti giuridici in vista del raggiungimento di obiettivi alti e nobili, quali l'estensione delle garanzie di cui la collettività nel suo complesso ha diritto ad aspirare, reca in sé l'eventualità della sua – deliberata o inconsapevole – distorsione, ovvero della sua spendita con funzioni eteronome rispetto a quelle originarie e proprie. Al rischio della eterogenesi dei fini non appare insensibile, come l'esperienza inglese prova, il principio dell'imparzialità giudiziale, una volta che impropriamente lo si legga con un'inclinazione mentale più disposta ad esaltare il dato probabilistico che quello effettuale. In altri termini, mentre sarebbe eccessivo deprezzare il significato edificante del dovere di non alimentare con proprie condotte esterne la diffidenza sul proprio operato giurisdizionale, sarebbe d'altro canto imprudente accontentarsi della sola introspezione con esiti probabilistici degli anfratti dell'animo del giudice per riconoscerne elementi infirmanti la sua serenità di giudizio. E ben si può parlare di introspezione quando la prognosi di difetto di apparenza di imparzialità viene formulata sull'unico presupposto di espressioni di pensiero o di opinione effettuate dal giudice all'esterno del proprio circuito funzionale e nell'esercizio delle libertà fondamentali assicurate a lui come a qualunque altro cittadino. Né i precedenti inglesi possono incoraggiare una confutazione di questa tesi, anche se guardati nella loro esplicazione del divieto di compromissione dell'apparenza. Le occasioni in cui si è giudicato che «*justice did not seem to be done*» non si riferivano a momenti della vita del giudice confinati alla sfera della manifestazione del pensiero o della partecipazione in termini ideali alla vita della comunità di appartenenza, ma riguardavano comportamenti di rilevanza esteriore logicamente implicanti, se non la presenza di un interesse diretto e personale, la sussistenza di una situazione oggettiva che avrebbe potuto recidere il nesso di indifferenza rispetto all'esito del processo che costituisce garanzia di imparzialità. Conferma questa considerazione, ad esempio, la decisione adottata nel caso del 1960 citato nella nota 8, in cui fu ritenuta ostativa al riconoscimento dell'assenza di

bias nella pronuncia adottata da un organo amministrativo, dotata di effetti negativamente incidenti su situazioni pretensive al rilascio di una licenza per la mescolta di bevande alcoliche, l'appartenenza di uno dei decisori a un'associazione di categoria ostile all'allargamento del numero di gestori di locali destinati al consumo di tali prodotti. Benché l'accertato *bias* sia stato considerato rilevante sul piano della compromissione dell'apparenza dell'imparzialità, non può trascurarsi che il caso fosse inquadrabile nel franso terreno della agevole individuabilità di un motivo soggettivo – ma oggettivamente rilevabile – di tale portata da lasciar configurare in capo al decisore stesso un interesse eguale e contrario rispetto a quello di una delle parti. Il discorso torna così a essere circolare, nel senso che l'esperienza dimostra come sia normale che l'apparenza dell'imparzialità manchi se al giudice è riconducibile un interesse nella causa e, specularmente, che la figura dello *iudex in causa propria* naturalmente turbi la quiete dell'immagine dell'imparzialità stessa.

In questi rigorosi termini, poco proclivi a indulgere alla mitizzazione del concetto di apparenza dell'imparzialità come egemone in questa materia, sembra più appropriato rappresentare la conformazione del diritto inglese. E questo tenendo conto che la dilatazione del concetto di "apparenza", svincolata dall'obiettività delle circostanze e dalla univocità della loro interpretazione, trascina con sé il grave rischio della instabilità delle pronunce giudiziarie, solleticando oltremodo le velleità litigiose. Del resto, se l'apparenza non deve e non può soltanto limitarsi a una eterea formula verbale, essa deve essere vivificata da un'evidenza esterna, perfettamente rappresentata dalla pubblicazione delle ragioni del decidere, parametro di controllabilità esterna e democratica della persuasività di ogni provvedimento giurisdizionale.

È molto incoraggiante constatare che le corti italiane di vertice, nel richiamare la preziosità del generale valore dell'imparzialità, si siano mostrate perfettamente in grado di governarlo adattandolo a particolari fattispecie, quali l'iscrizione dei magistrati a partiti politici, nelle quali possa trasparire il pericolo attuale e concreto della contaminazione tra interesse di parte desumibile dalla condizione soggettiva del giudice e interesse pubblico a una retta amministrazione della giustizia. Molto chiaramente si sono, ad esempio, pronunciate in tema di disciplina dei magistrati le sezioni unite civili della Corte di cassazione¹⁷, affermando che «*il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità del*

16. Sia consentito il rinvio a M. Serio, *Appunti*, op. cit.

17. Cassazione civile, sez. unite, 14 maggio 2020, n. 8906.

giudice, assicurandogli una posizione “*super partes*” che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere». La Corte costituzionale¹⁸, in modo omogeneo, ha affermato che i magistrati sono tenuti «*ad apparire indipendenti ed imparziali agli occhi della collettività, evitando di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell’adempimento delle proprie funzioni*».

Alla fine, sembra possa dirsi confermata la conclusione, comune agli ordinamenti considerati, che attorno alla necessità di allontanare dalla figura del giudice la ricorrenza, suffragata da elementi concreti e non da pure supposizioni cerebrali, di un interesse circa la definizione del processo devolutogli, debba

appropriatamente condursi ogni discorso scientifico sul valore e sulla rilevazione dell’imparzialità giudiziale. È, allora, del tutto naturale che da tale discorso esuli ogni censura che, indebitamente, includa nel perimetro delle cause negativamente reagenti sull’effettiva osservanza del dovere di imparzialità le manifestazioni di pensiero poste in essere nell’esercizio delle libertà civili del giudice e in sedi diverse da quella funzionale.

Diversa potrebbe essere la prospettiva in chiave deontologica o disciplinare, senza che, in ogni caso, possa dirsi ammissibile la compressione della fondamentale libertà di continente espressione del pensiero.

18. Corte cost., 12 novembre 2018, n. 197.

Un connubio inconciliabile: legittimazione democratica e imparzialità dei giudici e dei *prosecutors* negli Stati Uniti

di Elisabetta Grande

L'articolo descrive il dilemma vissuto dal sistema statunitense statale che – unico al mondo – ha scelto di eleggere tanto i giudici quanto gli organi dell'accusa. Quanto più cresce la loro legittimazione democratica, tanto più diminuisce la legittimazione quali organi imparziali. La tensione fra democrazia e imparzialità si è decisamente accentuata negli ultimi decenni, creando un'*impasse* di difficile soluzione che – se non risolta – rischia di trasformare a tutti gli effetti il giudiziario e i *prosecutors* statali statunitensi del XXI secolo in un terzo potere politico, come tale privo della capacità di rappresentare la giustizia.

1. Introduzione / 2. Giudici elettivi e loro recente iper-politicizzazione / 3. Giudici elettivi e *majoritarian difficulty* / 4. Giudici elettivi e pericoli di favoritismo / 5. Il contrappeso mancato della giuria / 6. *Prosecutors* elettivi e tensione latente fra democraticità e neutralità / 7. *Prosecutors* elettivi, la tensione scoppia: il recente scontro fra poteri dello Stato / 8. Conclusioni

1. Introduzione

Non c'è sistema giuridico in cui la politica e il reclutamento dei giudici e degli organi dell'accusa siano più intrecciati fra di loro di quello statunitense, con tutto ciò che ne segue in termini di messa in crisi dell'imparzialità degli stessi. Ciò è vero sia sul piano federale che sul piano statale, nonostante i modi di reclutamento siano nei due casi differenti. A livello federale il meccanismo è politico, ma non direttamente democratico: tanto i giudici che i *prosecutors* (*U.S. Attorney General* e *U.S. District Attorneys*) sono, infatti, nominati dal Presidente con l'«*advice and consent*» del Senato (art II, sez. 2, Cost. federale). I *prosecutors* durano però in carica 4 anni, mentre i giudici mantengono a vita il loro incarico «*during*

good behavior» (art III, sez. 1, Cost. federale) e possono essere rimossi solo attraverso il meccanismo dell'*impeachment*. Si pone, pertanto, nei confronti dei giudici federali la cd. «*counter-majoritarian difficulty*», laddove essi interpretano le leggi – e, soprattutto, possono dichiararle incostituzionali – senza avere alcuna responsabilità di tipo politico nei confronti del *demos*, pur essendo tuttavia stati politicamente scelti. Una «difficoltà» che essi possono superare solo fornendo di sé un'immagine di tecnici puri, massimamente rispettosi della *rule of law* e, quindi, in nessun modo condizionati nelle loro decisioni dal «vizio di origine» di aver ricevuto una nomina politica. Ciò che, per i motivi che in altri lavori ho analizzato e a cui mi permetto di rimandare¹, soprattutto da ultimo si presenta assai problematico.

1. E. Grande, *La Corte suprema alla prova della politica*, in *MicroMega*, n. 1/2022, pp. 176 ss.; *Ead.*, *Amy Coney Barrett nel dilemma democratico*, in *Questione giustizia online*, 27 ottobre 2020 (www.questionegiustizia.it/articolo/amy-coney-barrett-nel-dilemma-democratico).

È invece sul tema dell'intreccio fra politica e reclutamento sul piano statale dei giudici e dei *prosecutors* che vorrei, in questa sede, soffermare l'attenzione. In relazione ad essi si pone qui l'opposto problema rispetto a ciò che avviene sul piano federale: si presenta per loro, cioè, la questione di una "*majoritarian difficulty*". In quanto democraticamente eletti o democraticamente confermati per un tempo determinato – in un contesto vieppiù politicizzato, come si avrà modo di spiegare – essi infatti rispondono alla maggioranza che li ha eletti o confermati, rischiando però di pretermettere i diritti e gli interessi della minoranza che non li ha votati. Ciò è tanto più vero se vorranno ripresentarsi al turno successivo, giacché verranno presumibilmente rieletti o riconfermati solo se le decisioni assunte o le scelte compiute nell'esercizio dell'azione penale durante il precedente mandato saranno state in sintonia con la visione della maggioranza che li aveva eletti.

Per avere chiaro un quadro che – per la grande varietà delle soluzioni a livello statale di cui si compone – è particolarmente complesso, occorre poi sottolineare come nella visione americana, certamente almeno dal realismo giuridico in poi, il diritto non sia considerato esclusivo appannaggio del legislatore, anche se costituzionale. Secondo un ormai disincantato approccio alle fonti del diritto e alla creazione della norma giuridica (anche non di *common law*), alla configurazione di quest'ultima contribuisce inevitabilmente anche il giudice, che – interpretandola – ne definisce i contorni effettivi esercitando un certa discrezionalità al riguardo. Lo stesso accade in relazione all'organo dell'accusa che, attraverso le scelte operate nell'esercizio fortemente discrezionale dell'azione penale, individua necessariamente i reali confini applicativi della legge e contribuisce quindi ad ampliarne o ridurne la portata e perciò a determinarne l'effettività. È proprio dunque nell'ottica del riconoscimento di un ruolo partecipativo nella costruzione del diritto vivente da parte di giudici e *prosecutors* che si giustifica il loro reclutamento popolare e democratico. Quanto più è politicizzato però il meccanismo della loro selezione, tanto più si presenta con forza il problema della loro imparzialità che, insieme all'essere espressione del popolo, rappresenta l'altro polo della loro legittimazione a giudicare e a esercitare l'azione penale. Per le ragioni che si tenteranno di chiarire nei successivi paragrafi, la tensione fra democrazia e imparzialità si è decisamente accentuata

negli ultimi decenni, creando un'*impasse* di difficile soluzione che – se non risolta – rischia di trasformare a tutti gli effetti il giudiziario e gli organi dell'accusa statali statunitensi del XXI secolo in un terzo potere politico, come tale privo della capacità di rappresentare la giustizia.

2. Giudici elettivi e loro recente iper-politicizzazione

«Per il resto del mondo il costume americano di eleggere i giudici è tanto incomprensibile quanto il nostro rifiuto del sistema metrico», affermava alla fine dello scorso secolo un giudice statunitense², mettendo in rilievo la peculiarità del suo ordinamento giuridico, che ad oggi vede circa il 90% del giudiziario statale soggetto a scrutinio popolare in 42 Stati. A seconda dello Stato e del tipo di corte, i giudici, che (salvo rarissime eccezioni) durano sempre in carica un periodo di tempo circoscritto, vengono selezionati tramite elezioni partitiche (metodo che tuttavia appare minoritario) oppure elezioni non partitiche o, ancora, attraverso la conferma di candidati scelti dal governatore con l'assistenza di una commissione, volta a volta nominata dal governatore stesso, oppure dall'ordine degli avvocati o ancora da entrambi. Quest'ultimo sistema è noto come "*Missouri Plan*" o "*merit selection*" o ancora "*assisted appointment*"³. Gli Stati americani non hanno, però, sempre eletto i loro giudici. I 13 Stati originari, infatti – ispirandosi alla modo di selezione dei giudici federali, sia pur nel loro caso per giudici che non ricevevano l'incarico a vita – facevano ricorso alla nomina legislativa oppure del governatore con l'assenso del legislatore o di un consiglio dell'esecutivo. È a partire dai primi decenni del XIX secolo che – sotto l'impulso dell'idea jacksoniana di democrazia diffusa – la stragrande maggioranza degli ordinamenti statali americani passa a sistemi di reclutamento di tipo elettivo. L'elezione popolare, secondo i riformatori, da un lato avrebbe reso democraticamente responsabili i giudici per la loro interpretazione necessariamente creativa del diritto, dando vita a una conversazione continua in ordine all'evoluzione del sistema giuridico fra i suoi guardiani e la collettività su cui l'applicazione delle norme sarebbe ricaduta. Dall'altro lato, avrebbe accresciuto la fiducia dei cittadini nei confronti del giudiziario, perché quest'ultimo sarebbe stato controllato non più

2. H.A. Linde, *Elective Judges: Some Comparative Comments*, *Southern California Law Review*, vol. 61, n. 6/1988, p. 1996.

3. Per maggiori dettagli in ordine ai differenti metodi di selezione di giudici negli USA, cfr.: https://ballotpedia.org/Judicial_selection_in_the_states.

da quell'*élite* politica della quale fino ad allora esso era parso espressione, bensì dal popolo⁴. Il controllo del potere politico-economico, che si voleva far uscire dalla porta, doveva però rientrare pesantemente dalla finestra, nonostante nel tempo le elezioni partitiche fossero state sempre più sostituite da quelle non partitiche o, nella stragrande maggioranza degli Stati, fosse stato adottato il cd. "Missouri Plan".

Fino all'inizio del nuovo secolo – per via di una regola di comportamento adottata dall'*American Bar Association* (ABA), cd. "announce clause", fatta propria da vari Stati – durante le elezioni (soprattutto se non partitiche) o le conferme dei nominati dal governatore, al fine di preservare un'immagine di imparzialità dei futuri giudici non era, infatti, permesso ai candidati di dichiarare il loro punto di vista su questioni giuridiche controverse o su temi politici. Nel 2002 una sentenza della Corte Suprema federale, *Republican Party of Minnesota v. White*⁵, entra però a gamba tesa nella questione e, alterando un già difficile equilibrio fra la legittimazione democratica del giudiziario e la sua imparzialità, sposta il pendolo a favore della prima dichiarando l'*announce clause* contraria al primo emendamento della Costituzione federale, in quanto eccessivamente limitatrice della libertà di espressione del pensiero dei candidati al giudiziario. Mossa dall'intento di consentire agli elettori di avere tutte le informazioni necessarie per esprimere il proprio voto consapevolmente e quindi di rendere effettiva la legittimazione democratica dei giudici eletti o confermati, la Corte – per la penna di Justice Scalia – rigetta l'argomento che l'aperta dichiarazione del proprio punto di vista da parte del candidato o della candidata su temi politici o giuridici controversi possa minacciare la sua imparzialità. Evitare pregiudizi nell'interpretazione del diritto è impossibile e finge-

re che il giudice non ne abbia è stolto e non auspicabile, afferma la Corte. Meglio l'aperta dichiarazione del proprio punto di vista, sempre che il candidato giudice non si impegni a decidere in un certo preciso modo: colui o colei che abbia soltanto annunciato la propria prospettiva, senza promettere di metterla in atto, secondo l'alto tribunale non si sentirà infatti obbligato a decidere in sintonia con il suo mero annuncio⁶. Contestata da tutti coloro che ritengono illusoria la distinzione fra l'annuncio di una visione interpretativa del diritto e la sua promessa di implementazione, la pronuncia ha quale effetto immediato quello di trasformare radicalmente le elezioni e le conferme a giudice nel mondo statunitense⁷.

Condotte prima di allora in un clima ovattato, senza una grande partecipazione popolare e al di fuori di ogni clamore mediatico, proprio perché dovevano essere rispettate regole di grande riservatezza, dopo il 2002 le campagne elettorali per l'elezione o la conferma del giudiziario statale si trasformano da un evento «emozionante quanto una partita a scacchi giocata per posta»⁸ in momenti politicamente estremamente caldi. I contributi economici, da parte tanto dei partiti quanto dei più vari gruppi di interesse, ai candidati – che non li possono sollecitare, ma che possono far uso di comitati che raccolgono per loro i danari⁹ – crescono subito esageratamente raggiungendo cifre milionarie e, con l'ingente flusso di danaro a favore dei candidati, aumentano a dismisura le propagande pubblicitarie televisive e *online* a favore dell'uno o dell'altra. Dopo il 2002 le campagne elettorali possono ormai essere condotte esplicitando la propria affiliazione partitica, anche laddove l'elezione non sia partitica¹⁰, e soprattutto – a differenza di prima – i candidati esprimono il proprio punto di vista non soltanto tecnico (per esempio: seguiremo i precedenti e

4. Sulle origini del reclutamento elettivo dei giudici, *cfr.*, fra i tanti: K.L. Hall, *The Judiciary on Trial: State Constitutional Reform and the Rise of an Elected Judiciary, 1846-1860*, in *Historian*, vol. 45, n. 3/1983, p. 337; C. Nelson, *A Re-Evaluation of Scholarly Explanations for the Rise of the Elective Judiciary in Antebellum America*, in *American Journal of Legal History*, vol. 37, n. 2/1993, p. 190, nonché la letteratura citata da R.L. Jolly, *Judges as Politicians: The Enduring Tension of Judicial Elections in the Twenty-First Century*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 92, 2016, pp. 73-74 (https://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2016/12/Jolly_Final.pdf).

5. 536 U.S. 765 (2002).

6. *Ivi*, pp. 778 ss.

7. Sul punto, a fondo, vds: D.E. Pozen, *The Irony of Judicial Elections*, in *Columbia Law Review*, vol. 108, n. 2/2008, p. 265; R.L. Jolly, *Judges as Politicians*, *op. cit.*

8. Così M.J. Streb, *Running For Judge: The Rising Political, Financial, And Legal Stakes Of Judicial Elections*, New York University Press, New York, 2007, p. 2 (cap. 1: «The Study of Judicial Elections»).

9. *Cfr.* *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 135 S. Ct. 1656 (2015).

10. *Cfr.* le decisioni del sesto, settimo e ottavo circuito federale, le quali hanno tutte ritenuto che, anche nelle elezioni non partitiche, i candidati debbano poter dichiarare a quale partito politico sono affiliati: *Carey v. Wolnitzek*, 614 F.3d 189 (6th Cir. 2010); *Siefert v. Alexander*, 608 F.3d 974 (7th Cir. 2010); *Republican Party of Minn. v. White*, 416 F.3d 738 (8th Cir. 2005 – *en banc*), ma anche *Winter v. Wolnitzek*, 834 F.3d 681 (6th Cir. 2016). Per tutte le cause a livello federale successive a *Minnesota v. White*, del 2002, relative alle limitazioni poste alle campagne elettorali giudiziarie, *cfr.* National Center for State Courts, *Case-law Following Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002), www.ncsc.org/_data/assets/pdf_file/0021/15429/caselawafterwhite.pdf.

la *rule of law*, saremo testualisti, originalisti o meno nell'interpretazione delle norme, etc.) ma anche e soprattutto politico, in aperte schermaglie con i propri avversari, dichiarando la propria posizione su aborto, pillola abortiva, pena di morte, politica criminale, diritto dei *transgender* a ottenere prestazioni mediche per il passaggio all'altro genere anche prima dei 18 anni, *gerrymandering*, riforma della responsabilità extracontrattuale, sindacalizzazione dei lavoratori, questioni climatiche, e via dicendo; ciò che comporta la iper-politicizzazione della loro campagna.

Il risultato è certamente un afflusso alle urne da parte dei cittadini assai maggiore di prima, perciò un'accresciuta legittimazione democratica dei giudici eletti. L'altro lato della medaglia è, però, la rottura di quell'equilibrio precario fra scelta popolare del giudiziario e sua imparzialità, tenuto in fondo in piedi fino a ieri proprio grazie a una mera parvenza di scrutinio democratico.

Alla *majoritarian difficulty*, ossia al serio pericolo che i giudici decidano assecondando la visione della propria maggioranza elettorale e interpretino quindi le norme sempre a discapito della minoranza – che cioè, per dirla brutalmente, fra mandare a morte Barabba o Gesù, scelgano sempre e inevitabilmente Gesù – si aggiunge il forte timore di favoritismo nei confronti di coloro da cui sono stati sostenuti finanziariamente nelle loro campagne elettorali.

3. Giudici elettivi e *majoritarian difficulty*

La prima preoccupazione è confermata dai tanti studi e sondaggi che evidenziano come, in un contesto di selezione popolare dei giudici, questi ultimi decidano quasi inevitabilmente tenendo presenti le istanze di coloro che rappresentano o intendono rappresentare, dando vita a interpretazioni del diritto fortemente populiste. Così, studi più risalenti

dimostrano come, già prima dell'attuale iper-politicizzazione della loro elezione, più del 60% dei giudici dichiarava che il timore di perdere la sfida elettorale impattava sulla loro lettura delle norme – e, questo, anche nell'ipotesi di una procedura di conferma popolare senza concorrenti¹¹. Analisi più recenti mettono poi in luce come, man mano che si avvicina il momento della loro rielezione, essi irroghino pene sempre più severe (soprattutto in caso di reati violenti) o rovescino con molta più parsimonia le pene di morte. D'altronde, più è insistente la propaganda televisiva, meno i membri delle supreme corti sotto rielezione giudicano a favore dell'imputato¹². «Non c'è possibilità che un giudice ignori le conseguenze politiche delle sue decisioni, soprattutto se è vicino alla rielezione. Immaginare il contrario sarebbe come non vedere un coccodrillo in una vasca da bagno», faceva già notare un ex-giudice della Corte suprema californiana¹³. «Giudici sottoposti allo scrutinio popolare, implicitamente o esplicitamente, prendono sempre le proprie decisioni a danno di coloro che sono politicamente sfavoriti», sintetizza uno studioso americano¹⁴.

4. Giudici elettivi e pericoli di favoritismo

La preoccupazione di favoritismo nei confronti dei gruppi di interesse o dei singoli che hanno contribuito con i loro danari alla vittoria elettorale del candidato giudice è, a sua volta, degna di rilievo e giustificata da una corsa al giudiziario in cui, dopo il 2002, vengono "investiti" molti quattrini, con quel che ne consegue in termini di "cattura" dei futuri giudici, che saranno spinti non soltanto a dare alle norme un significato in linea con un certo orientamento politico, ma anche a giudicare a favore di una parte piuttosto che di un'altra¹⁵. I casi di questo genere si sprecano e le ricusazioni dei giudici che hanno ovvi conflitti di interesse, e che dovrebbero per questo già autoescludersi, sono

11. Cfr. Greenberg Quinlan Rosner Research, Inc. *et al.*, *Justice at Stake-State Judge Frequency Questionnaire 5* (2002), www.justiceatstake.org/files/JASJudgesSurveyResults.pdf (on file with the *Columbia Law Review*).

12. Cfr. K. Berry, *How Judicial Elections Impact Criminal Cases*, working paper, 2015 (www.brennancenter.org/our-work/research-reports/how-judicial-elections-impact-criminal-cases). Lo studio analizza le tante ricerche empiriche effettuate sul punto.

13. Così Otto Klaus, citato da P. Reidinger, *The Politics of Judging*, in *American Bar Association Journal*, vol. 73, n. 5/1987, p. 58.

14. Così, R.L. Jolly, *Judges as Politicians*, *op. cit.*, p. 85.

15. Per uno studio che descrive l'influenza crescente sulle decisioni del giudiziario statale determinata dal danaro speso dai partiti politici durante le campagne elettorali per i propri candidati, sia nel senso di condizionarne un'interpretazione del diritto in sintonia con la prospettiva politica del partito, che nel senso di determinarne il favoritismo nei confronti della parte in causa affiliata al partito giudice, laddove «la partigianeria politica dei giudici elettivi cresce e i giudici eletti favoriscono tanto più il loro partito, quanto più esso contribuisce finanziariamente alla sua campagna elettorale», cfr. il report pubblicato nel 2015 da ACS: J. Shepherd e M.S. Kang, *Partisan Justice: How Campaign Money Politicizes Judicial Decisionmaking in Elections Cases*, www.acslaw.org/analysis/reports/partisan-justice/.

assai rare. Fra i tanti sta, per esempio, il caso *Avery v. State Farm Mutual Automobile Insurance*¹⁶, in cui la Corte suprema dello Stato dell'Illinois rovescia il verdetto della giuria, che aveva accordato all'attore in *class action* un risarcimento di danni di un miliardo e 456 milioni di dollari, grazie al voto di un giudice appena eletto, tal Lloyd Karmeier. Quest'ultimo, nonostante avesse ricevuto in campagna elettorale 350.000 dollari direttamente dalla *State Farm* e più di un milione di dollari da gruppi affiliati alla stessa società – in uno Stato in cui, come spesso accade negli USA, non sono previsti tetti massimi ai finanziamenti elettorali dei giudici –, non si autosospende e la pronuncia è considerata valida. Né, per risolvere casi di questo genere, viene in aiuto la Corte Suprema federale, la quale, in un'ipotesi eclatante di conflitto di interessi – in cui un giudice della Suprema corte della West Virginia aveva espresso il voto dirimente a favore di una società di carbone che aveva finanziato la sua campagna elettorale con 3 milioni di dollari –, ritiene sì che il giudice debba poter essere ricusato dalla parte sfavorita, ma stabilisce una regola generale assai ambigua e di scarsa efficacia pratica. «Non ogni contributo finanziario alla campagna elettorale del giudice crea un probabile pregiudizio di parzialità a favore della parte in causa che lo ha erogato», dice la Corte nel 2009, in *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*; solo quando esso «è troppo alto per essere costituzionalmente tollerabile» la ricusazione è necessaria per garantire una decisione *fair*, in coerenza con il XIV emendamento della Costituzione federale¹⁷. Come fa presente il *Chief Justice* Roberts nella sua opinione dissenziente, si tratta di una pronuncia che comporta più domande che risposte¹⁸. Quando, infatti, un contributo finanziario è troppo alto da risultare intollerabile? Nel caso specifico, il contributo della compagnia di carbone era stato addirittura il triplo di tutte le altre donazioni messe insieme, ma nella stragrande maggioranza delle situazioni la linea fra contributi elettorali costituzionalmente tollerabili o meno non è altrettanto facile da individuare. Senza contare come spesso sia difficile distinguere una prospettiva interpretativa del diritto del giudice,

casualmente favorevole alla parte che lo ha finanziariamente sostenuto nella sua corsa elettorale, da una decisione che la avvantaggia perché determinata dal conflitto di interessi. Lo scontato risultato è che i giudici non solo non sentono il dovere di autosospendersi quando una delle parti in causa ha finanziato la loro campagna elettorale, ma le danno addirittura ragione senza pudore, ben sapendo di non incorrere in sanzioni o di vedere dichiarata invalida la propria decisione in quanto *unfair* nei confronti dell'altra parte. È questo ciò che traspare inequivocabilmente dai lavori di chi, come l'esperto di diritto giurisprudenziale del *New York Times* – Adam Liptak –, nel 2006 analizza le pronunce della Corte suprema dell'Ohio e scopre che ciascun giudice ha votato per il 70% a favore del proprio sostenitore finanziario e, nel caso di uno di loro, ciò è avvenuto addirittura il 99% delle volte! Lo stesso studio mostra, poi, quanto poco i giudici si autosospendano quando si trovano in tali situazioni: «Su 215 casi con la più alta probabilità di un conflitto di interessi esaminati, i giudici si sono autosospesi solamente 9 volte»¹⁹. Chiosando quei risultati e chiarendo la fortissima tensione fra elezioni democratiche e imparzialità dei giudici, uno studioso afferma: «Quei giudici non assicurano la neutralità della corte: essi si assicurano il proprio posto in una corte democraticamente eletta»²⁰. Difficile dargli torto!

5. Il contrappeso mancato della giuria

Un ultimo punto va, infine, chiarito. Nel quadro dell'equilibrio costituzionale dei poteri, si dice, i rischi di un'eccessiva politicizzazione dei giudici vengono ridimensionati dal contrappeso costituito dalla giuria, che – come a metà dello scorso secolo ha affermato la Corte Suprema federale – garantisce «un inestimabile baluardo contro accusatori corrotti o troppo zelanti o contro giudici servili, affetti da pregiudizi o eccentrici»²¹. Se, per quel che riguarda i *prosecutors*, l'inefficacia di quel baluardo è resa evidente dal quasi 99% di procedimenti che si concludono con un *plea bargaining*, anche i giudici parziali non sempre

16. 835 N.E.2d 801 (Ill. 2005), *cert. denied*, 547 U.S. 1003 (2006).

17. Così *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009), pp. 884 e 872.

18. *Ivi*, pp. 893-898.

19. A. Liptak e J. Roberts, *Campaign Cash Mirrors a High Court's Rulings*, *New York Times*, 1° ottobre 2006 (www.nytimes.com/2006/10/01/us/01judges.html), citato da D.E. Pozen, *The Irony*, *op. cit.*, p. 303.

20. Così, R.L. Jolly, *Judges as Politicians*, *op. cit.*, p. 85.

21. Così Vittorio Fanchiotti, nel suo ormai storico *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 67 (ora sostituito dal più recente *La giustizia penale statunitense. Procedure v. Antiprocedure*, Giappichelli, Torino, 2022), che si riferisce al caso *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

trovano nella giuria il necessario contrappeso. Innanzitutto, essa è presente solo nel primo grado di giudizio, laddove effettivamente il giudice è “*mere umpire*”, ossia mero arbitro di un duello fra parti il cui esito è determinato dai giurati. Occorre però rilevare non solo quanto sempre più manageriale sia diventato il *trial judge*, con gli annessi conseguenti poteri²², ma anche come il giudizio possa svolgersi anche senza giuria (cd. “*bench trial*”) e come il giudice possa ordinare un *direct verdict* alla giuria, che viene così (legittimamente) privata della sua prerogativa decisoria sul fatto. D'altronde, la giuria è assente nei gradi successivi, in cui è solo il diritto – e non il fatto – che viene deciso dalle corti, le quali, come si è sopra visto, se troppo politicizzate non possono che apparire parziali, epperò prive della pur necessaria legittimazione a decidere in quanto organi di “giustizia”.

Il nuovo stile di elezione giudiziaria del XXI secolo – caratterizzato da iniezioni di danaro mai viste prima e da una politicizzazione e un interesse sul voto del tutto inediti – squarcia, insomma, quel velo che prima del 2002 nascondeva la fortissima tensione fra democrazia e imparzialità, quali contemporanee fonti di legittimazione dei giudici statunitensi. Oggi i candidati alla carica «non lasciano illusioni che una volta eletti saranno neutrali» e sono «sempre più visti come attori politici, che cominciano a muoversi come tali», commentava sul *New York Times* chi, nel marzo 2023, osservava la partita elettorale che si giocava in Wisconsin²³. A fronte di 30 milioni di dollari spesi in una campagna che aveva visto scontrarsi chi si presentava con prospettive opposte in ordine a un *gerrymandering* favorevole ai repubblicani o al futuro diritto di abortire delle donne del Wisconsin, c'erano davvero pochi dubbi che il vincitore (in questo caso, la vincitrice) avrebbe fatto valere – così come poi è avvenuto – le proprie opinioni politiche in cortea²⁴.

6. Prosecutors elettivi e tensione latente fra democraticità e neutralità

«Gli Stati Uniti sono l'unico Paese al mondo in cui gli organi dell'accusa vengono eletti», scrive Michael Ellis sul *Yale Law Journal* nel 2012²⁵. Essi godono, inoltre, di un'indipendenza e di una discrezionalità che non ha pari altrove²⁶. Come i giudici, anche i *prosecutors* non sono però sempre stati eletti. Inizialmente nominati dal legislativo o dall'esecutivo²⁷ – come avveniva per il giudiziario –, è nello stesso momento e per le stesse preoccupazioni di cattura da parte di un'élite politica partigiana (accusata di utilizzare metodi clientelari nella scelta degli organi dell'accusa) che essi diventano elettivi. Nelle intenzioni dei riformatori, l'elezione popolare avrebbe offerto ai cittadini un maggior controllo sulla selezione dei *prosecutors*, rendendo questi ultimi direttamente responsabili verso la comunità, sulla quale sarebbero ricadute le scelte nell'esercizio di un'azione penale che stava diventando sempre più discrezionale. Essi avrebbero quindi rispecchiato le priorità delle collettività locali, piuttosto che di quelle centrali. Fra il 1820 e il 1860, pertanto, gli Stati modificano le loro Costituzioni e, al momento della Guerra civile, sono 25 su 34 quelli che prevedono un'elezione popolare degli organi dell'accusa locali. Oggi tutti gli Stati eleggono, principalmente su basi partitiche, i *prosecutors* locali (D.A.), salvo il New Jersey, il Connecticut, l'Alaska, e il District of Columbia, mentre gli *Attorneys General* (A.G.) statali sono eletti in 43 Stati su 50²⁸.

Così come l'elezione dei giudici, anche quella degli organi dell'accusa – soprattutto perché rimasta, per lo più, su base partitica – solleva però, fin da subito, un problema di mancanza di neutralità. Da tempo i commentatori paventano una «sconveniente influenza dei partiti» sui *prosecutors* e sulle loro scelte discrezionali nell'esercizio dell'azione penale, oppure

22. J. Resnik, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, vol. 96, n. 2/1982, p. 374.

23. Così R.J. Epstein, *Costly Court Race Points to a Politicized Future for Judicial Elections*, *New York Times*, 28 marzo 2023 (www.nytimes.com/2023/03/28/us/politics/wisconsin-supreme-court-race.html).

24. A. Martínez, *How state and local judicial elections became so politicized*, *NPR News*, 6 aprile 2023 (www.npr.org/2023/04/06/1168327289/how-state-and-local-judicial-elections-became-so-politicized); J. Bosman, *Justices in Wisconsin Order New Legislative Maps*, *New York Times*, 22 dicembre 2023 (www.nytimes.com/2023/12/22/us/wisconsin-redistricting-maps-gerrymander.html).

25. M.J. Ellis, *The Origins of the Elected Prosecutors*, in *Yale Law Journal*, vol. 121, n. 6/2012, p. 1530.

26. Cfr. M. Damaška, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, in *Yale Law Journal*, vol. 84, n. 3/1975, p. 512 («*In most American states, public prosecutors are locally elected officials with surprisingly great and virtually uncontrolled authority. (...) Hierarchical subordination is negligible by continental [European] standards*»); A. Steinberg, *From Private Prosecution to Plea Bargaining: Criminal Prosecution, the District Attorney, and American Legal History*, in *Crime and Delinquency*, vol. 30, n. 4/1984, p. 568 («*the American prosecutor enjoys an independence and discretionary privileges unmatched in the world*»).

27. Cfr. M.J. Ellis, *The Origins*, op. cit., p. 1537.

28. Cfr. https://ballotpedia.org/Attorney_General_elections_2024.

notano una tendenza a concentrarsi sulle investigazioni di alto profilo per ottenere una copertura mediatica favorevole, o ancora temono un serio rischio di corruzione attraverso i contributi finanziari alle loro campagne²⁹. D'altronde, non è certo un mistero che l'essere eletto *prosecutor* negli Stati Uniti rappresenta il primo passo per una carriera di tipo politico (e qui il richiamo a Rudolph Giuliani è d'obbligo). Né lo è il dato che, più ci si avvicina al momento delle elezioni, più i *prosecutors* locali, nell'ambito della loro fortissima discrezionalità, esercitano l'azione penale scegliendo le imputazioni che prevedono le pene più alte oppure si accordano tramite *plea bargain* per sanzioni più severe, determinando in tal modo un aumento di ingressi in carcere e dei mesi di pena da scontare dei condannati. E ciò in perfetta sintonia con il sentimento collettivo. Così, laddove l'elettorato è maggiormente sensibile a un diritto penale retributivo e incapacitante, quegli effetti della vicinanza al momento delle elezioni sono più rilevanti; mentre se la contea o il distretto in cui viene eletto il *prosecutor* è principalmente orientato contro i neri e a favore dei bianchi, l'intero ciclo elettorale si caratterizza per una maggior persecuzione penale dei neri³⁰. D'altronde, assecondare il desiderio di forte uso del penale della propria maggioranza elettorale – allarmata da messaggi mediatici di insicurezza sociale – perseguendo i più poveri ha sempre ripagato i D.A., che (per le ragioni che ho altrove esposto) ne ottengono con maggior facilità la condanna³¹.

La tensione fra legittimazione democratica e imparzialità (cui purtuttavia anche il *prosecutor* è tenuto nella sua decisione in ordine a quali fatti perseguire e quali imputazioni formulare) è però fino a ieri rimasta tutto sommato latente, grazie a quei criteri tecnici e oggettivi – enunciati dagli organi dell'accusa per giustificare le loro scelte nell'esercizio dell'azione penale – che hanno occultato tanto i loro interessi personali alla rielezione quanto la *majoritarian difficulty*, ossia l'uso della discrezionalità penale ai danni e contro gli interessi della minoranza. Principi po-

sti in via declamatoria a sua guida, quali la maggior pericolosità sociale dei più indigenti (che hanno più difficoltà degli abbienti a reinserirsi socialmente) o dei neri che (a differenza dei bianchi, i quali vendono cocaina in luoghi chiusi) spacciano *crack* alla luce del sole e, più in generale, il paradigma penal-preventivo, fondato sulla teoria del rischio di determinate categorie di soggetti, hanno così facilmente giustificato – e spesso continuano ancora a giustificare – sul piano oggettivo della sicurezza collettiva un'attività di investigazione e di esercizio dell'azione penale in realtà discriminatoria, nonché politicamente e personalmente interessata da parte dei *prosecutors*.

7. *Prosecutors* elettivi, la tensione scoppia: il recente scontro fra poteri dello Stato

Un nuovo clima politico e una recente rottura, sia pure ai suoi esordi, di quel pensiero comune fra democratici e repubblicani – e, più in generale, all'interno dell'intera società americana – che fino a ieri ha postulato la necessità di un uso massiccio del diritto penale e che ha legittimato le normative penali improntate alla neutralizzazione dei condannati che hanno condotto alla cd. “incarcerazione di massa”³², hanno però scopercchiato il vaso e fatto esplodere la tensione di cui sopra.

La sostanziale condivisione per lungo tempo, fra democratici e repubblicani, di una politica criminale di “*toughness on crime*” e il corrispondente allineamento da parte dei *prosecutors*, se da un canto nascondeva infatti la partecipazione di questi ultimi al gioco della costruzione effettiva della norma penale (i cui confini applicativi sono necessariamente determinati dalle loro scelte nell'esercizio fortemente discrezionale dell'azione penale), d'altra parte faceva delle loro elezioni un momento poco sentito e partecipato, in cui spesso i candidati correvano incontrastati³³. Nel momento, però, in cui alcuni *prosecutors* locali,

29. Cfr. la letteratura citata da M.J. Ellis, *The Origins*, op. cit., p. 1532, note nn. 13, 14, 15. Interessante è, sotto il profilo del favoritismo determinato dal danaro, il caso dell'ex-D.A. di Manhattan, Cyrus Vance Jr., accusato da una parte dei newyorkesi del suo distretto di non aver esercitato l'azione penale contro imputati di una certa caratura per via delle ingenti somme ricevute, durante la campagna elettorale, dai rispettivi avvocati – cfr. J.C. McKinley Jr., *A Growing Call to Limit Lawyers' Donations to Prosecutors*, *New York Times*, 15 novembre 2017 (www.nytimes.com/2017/11/15/nyregion/defense-lawyers-donations-district-attorney.html).

30. Cfr., per tutto ciò, C.O. Okafor, *Prosecutor Politics: The Impact of Election Cycles on Criminal Sentencing in the Era of Rising Incarceration*, working paper, 4 luglio 2022, <https://scholar.harvard.edu/files/okafor/files/prosecutorpolitics.pdf>; cfr. anche J.F. Pfaff, *Locked In: The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, Basic Books, New York, 2017.

31. Mi permetto di rinviare ai miei: *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio, Palermo, 2007, pp. 83 ss., e *Politiche del diritto, povertà e prigionia negli Stati Uniti d'America oggi*, in *Iperstoria*, n. 14, 2019, pp. 54 ss.

32. Sul punto, mi permetto ancora un rinvio al mio *Il terzo strike*, op. cit., *passim*.

33. Cfr. R.F. Wright, *Beyond Prosecutor Elections*, in *SMU Law Review*, vol. 67, n. 3/2014, pp. 600-601; C. Byrne Hessick e M. Morse, *Picking Prosecutors*, in *Iowa Law Review*, vol. 105, n. 4/2020, pp. 1544-1545.

passando da un atteggiamento politico reattivo a uno pro-attivo, hanno cominciato ad abbracciare esplicitamente una politica criminale alternativa a quella *mainstream*, le loro elezioni sono diventate politicamente assai vivaci e molti di loro hanno ottenuto il consenso della maggioranza degli elettori. Si è allora appalesato tanto il ruolo politico dei novelli *prosecutors* riformatori, quanto l'eventualità di un'applicazione della norma penale in contrasto sia con il volere del legislatore statale che della minoranza del proprio elettorato. È questo il quadro all'interno del quale si consumano oggi scontri fra *prosecutors* locali (D.A.) e governi e legislatori statali mai conclamatisi con tanta virulenza in precedenza.

Un primo orientamento, espressione di un'aperta soggettività politica in contrasto con la logica pan-penalistica fino ad allora dominante, era già stato manifestato a livello federale durante la Presidenza Obama dal suo *General Attorney*, Eric Holder. Mai prima di allora un A.G. aveva dato disposizioni di tipo politico, e non tecnico, al proprio ufficio, come aveva fatto Holder quando aveva ordinato ai suoi sottoposti di esercitare l'azione penale federale solamente nei confronti dei reati di droga che non prevedessero minimi sanzionatori obbligatori (e quindi di negoziare sull'imputazione oppure di mettere in atto il cd. "*undercharging*")³⁴. Ciò con il chiaro obiettivo di vanificare le normative federali altamente carcerogene in tema di stupefacenti. Nonostante chi gli era succeduto avesse poi rapidamente fatto retromarcia, la sfida lanciata da Holder era destinata ad essere presto raccolta a livello statale da molti *prosecutors*, in particolare locali, appoggiati ora da una parte del partito democratico. Soprattutto nelle aree urbane più grandi e popolate, i candidati all'ufficio hanno infatti cominciato a correre promettendo di utilizzare la propria futura discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale per invertire la rotta rispetto alla logica criminale fortemente repressiva dominante. Abolizione della pena di morte³⁵, ridu-

zione della custodia cautelare, soppressione della cauzione, non persecuzione dei reati legati all'uso e allo spaccio della marijuana o di altre fattispecie criminose normalmente usate per colpire la popolazione nera, non persecuzione dei reati contro i poveri di strada, opposizione alle normative anti-aborto o a quelle volte a punire chi offre prestazioni mediche per il passaggio all'altro genere anche prima dei 18 anni, negoziazioni di pene più miti, potenziamento delle alternative al carcere, sono stati – fra i tanti – i temi delle piattaforme elettorali con cui essi hanno vinto in molte contee, fino ad arrivare a coprire aree abitate da circa 20 milioni di persone.

La risposta dei governi e dei legislatori statali non si è, però, fatta attendere e lo scontro fra poteri dello Stato, ciascuno con la propria legittimazione popolare, è esploso con violenza³⁶.

In un buon numero di Stati, il parlamento (a maggioranza repubblicana) ha emanato o proposto normative che permettono ai *prosecutors* statali di avocare a sé le indagini che non sono portate avanti dai *prosecutors* locali³⁷; in altri, come in Georgia, sono passate leggi che hanno sottoposto le decisioni degli organi dell'accusa al controllo di una commissione di nomina mista, governativa e legislativa, cancellando di fatto la loro discrezionalità. La nuova legge della Georgia (che sanziona con 10 anni di sospensione dall'incarico chi è colto in fallo) non solo dà, infatti, a quella commissione poteri di investigazione e disciplinari nei confronti dei *prosecutors* che non esercitano l'azione penale in casi specifici, ma li obbliga sostanzialmente a motivare la gran parte delle decisioni di archiviazione. Sono state, d'altronde, proprio le dichiarazioni, in campagna elettorale, di molti candidati – successivamente eletti quali *prosecutors* locali – di non voler più perseguire i reati di possesso di marijuana a convincere i parlamentari conservatori a votare la normativa, preoccupati per quella che sentivano come un'invasione di campo del loro potere legislativo in campo penale³⁸. Leggi simili

34. Vds. *Memorandum from Eric Holder, Att'y Gen., U.S. Dep't of Just., to U.S. Att'ys and Assistant Att'y Gen., Crim. Div., U.S. Dep't of Just., Department Policy on Charging Mandatory Minimum Sentences and Recidivist Enhancements in Certain Drug Cases*, 12 agosto 2013 (www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/ag-memo-department-policy-on-charging-mandatory-minimum-sentences-recidivist-enhancements-in-certain-drugcases.pdf).

35. Si tenga presente che è sempre il *prosecutor* a dover richiedere l'applicazione della pena di morte, pur già irrogata dalla giuria.

36. Cfr. L.M. Ouziel, *Prosecutors as Partisans*, Temple University Legal Studies, research paper destinato al *Fordham Urban Law Journal*, agosto 2023, p. 1093 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4542582#).

37. Cfr. K. Blakinger, *Prosecutors Who Want to Curb Mass Incarceration Hit a Roadblock: Tough-on-Crime Lawmakers, The Marshall Project*, 3 febbraio 2022 (www.themarshallproject.org/2022/02/03/prosecutors-who-want-to-curb-mass-incarceration-hit-a-roadblock-tough-on-crime-lawmakers).

38. Anche la risposta dei *prosecutors*, preoccupati a loro volta di perdere la propria autonomia, non è tardata ad arrivare e il caso è di recente finito di fronte a una corte di giustizia dello Stato della Georgia: cfr. H. Kanu, *Georgia prosecutors sue over state law they say undermines their power*, Reuters, 23 agosto 2023 (www.reuters.com/legal/government/column-georgia-prosecutors-sue-over-state-law-they-say-undermines-their-power-2023-08-02/). Quanto la questione delle reciproche invasioni di campo fra potere legislativo e

a quella della Georgia sono state proposte anche in Pennsylvania, Missouri e Indiana, così come in altri Stati conservatori che accusano oggi i *prosecutors* democratici di essere “*soft on crime*”. Lo scontro forse più duro si è però consumato in Florida, quando il governatore Ron De Santis, a seguito della firma di una lettera da parte di diversi *prosecutors* locali nazionali (fra cui due della Florida) in cui veniva apertamente denunciato il divieto di aborto, ha sospeso entrambi i D.A. del suo Stato, sostituendoli con due *prosecutors* in sintonia con la politica criminale conservatrice sua e della maggioranza del Parlamento. Quanto la reazione di De Santis sia stata legittima, o abbia invece violato il principio di indipendenza degli organi dell'accusa³⁹, è stato oggetto di discussione anche a livello di corti, tanto federali che statali; ma, al di là della soluzione giuridica nei due casi concreti (che si prospetta contrastante)⁴⁰, resta aperta la questione di quale e quanta discrezionalità il *prosecutor* disponga nella sua concreta applicazione delle leggi e se essa possa o meno ampliarsi fino al punto da permettergli/le di escludere apertamente l'esercizio dell'azione penale in relazione a un'intera categoria di reati⁴¹.

Si tratta di una questione che va al cuore dei rapporti fra due poteri dello Stato, il Parlamento e il *prosecutor*, i quali traggono entrambi la propria legittimazione dal consenso popolare, laddove tuttavia l'elettorato ha consegnato loro deleghe preferenziali di segno opposto.

8. Conclusioni

È chiaro, dunque, come il problema di fondo consista nell'enorme difficoltà di conciliare la legittimazione popolare dei giudici e dei *prosecutors* statunitensi con la discrezionalità di cui inevitabilmente essi godono nell'interpretazione della legge e nella sua applicazione pratica, e quindi con l'immagine di imparzialità che è loro richiesta nell'esercizio di quella discrezionalità.

Come è apparso evidente, quanto più – attraverso un'elezione partecipata – il sistema di reclutamento popolare raggiunge il suo scopo di legittimare appieno giudiziario e organi dell'accusa, tanto più giudici e *prosecutors* risultano eletti sulla base delle loro preferenze politiche, assumendo così un'esplicita veste di attori politici. La discrezionalità di cui godono non può, però, essere esercitata secondo linee-guida palesemente politiche, ma deve necessariamente affidarsi al piano tecnico, a pena di perdere la propria legittimazione quali organi imparziali. È questo il dilemma vissuto dal sistema statunitense statale, che – unico al mondo – ha scelto di eleggere tanto il giudiziario quanto gli organi dell'accusa. Si tratta di un dilemma irrisolvibile perché originato dall'inconciliabilità di fondo fra le due fonti di legittimazione di cui li si vuole investire... a meno di voler soprassedere sulla seconda, ossia l'imparzialità, con tutte le disastrose conseguenze che ciò produrrebbe.

organi dell'accusa sia estremamente sentita, nonché oggetto ovunque di grande attenzione, è testimoniato dalla dichiarazione di incostituzionalità, da parte di un giudice dello Stato di New York, di una legge simile a quella della Georgia, con cui il legislatore di New York aveva istituito una commissione nominata dal legislativo, dall'esecutivo e dal giudiziario per valutare la correttezza della condotta dei *prosecutors* (<https://apnews.com/general-news-20cc9c084cdcafa17d00f429dfd30679>).

39. In quest'ultimo senso si è pronunciata l'*American Bar Association: ABA Supports Protecting the Independence of Prosecutors*, 28 settembre 2023 (www.americanbar.org/advocacy/governmental_legislative_work/publications/washingtonletter/sept-23-wl/prosecutors-0923wl).

40. Cfr. A. Lacy, *De Santis Lawyer Can't Name A Single Policy That Led To Reform Prosecutor's Suspension*, *The Intercept*, 6 dicembre 2023; M. Dixon, *Judge rules De Santis' ouster of prosecutor was unconstitutional but upholds suspension*, *Politico*, 20 gennaio 2023 (www.politico.com/news/2023/01/20/judge-said-desantis-violated-constitution-in-suspending-warren-00078789).

41. Sul punto vds. Z. Price, *The Fifty States' Varied Laws on Prosecutorial Nonenforcement*, *SLoG Law Blog*, 27 gennaio 2022 (www.sloglaw.org/post/the-fifty-states-varied-laws-on-prosecutorial-nonenforcement).

L'imparzialità dei giudici e della giustizia in Francia... ... in un mondo dove gravitano i diritti fondamentali*

di Simone Gaboriau

Un viaggio nella storia del pensiero giuridico alla luce dell'esperienza francese, sulle tracce di un concetto connaturato al funzionamento della giustizia, reattivo ai tentativi di soppressione o mascheramento tuttora capaci di incidere sul ruolo del magistrato all'interno della società. Una società complessa e plurale, di cui egli è parte attiva a pieno titolo. Nella lucida e personalissima testimonianza di Simone Gaboriau, l'imparzialità emerge come principio-cardine dell'ordine democratico, fondato – necessariamente – sull'indipendenza dei poteri che lo reggono.

1. Introduzione / 1.1. la nascita dell'imparzialità / 1.2. Platone e la nascita dell'imparzialità «razionalista» / **2. Preambolo** / 2.1. La connessione tra la mia vita professionale e il principio di imparzialità / 2.2. Dalla legittimità democratica del principio di imparzialità alla tempesta contro il potere giudiziario e i diritti fondamentali / 2.3. Dal requisito normativo all'esperienza / **3. Il sorgere dell'imparzialità (e di molti altri principi)** / 3.1. Il mio ingresso nel mondo giudiziario / 3.2. L'appartenenza sindacale: dibattito e riflessione / **4. Anno 2023: storia di una distorsione dell'imparzialità** / 4.1. Imbavagliare i sindacati e, in particolare, il SM / 4.2. Un attacco al SM... Pretesto è Mayotte / 4.3. La distorsione del senso di imparzialità e le reazioni / 4.4. Epilogo / **5. I tempi nuovi dei giuramenti** / 5.1. Che senso deve avere un giuramento? / 5.2. Giuramenti nel tempo e nello spazio di giustizia / 5.3. Imparzialità, perché giungi così tardi? / **6. Intermezzo: alcune storie particolari** / 6.1. Il buon giudice Magnaud / 6.2. L'arringa di Baudot / **7. L'antidoto alla parzialità: apparenza e/o trasparenza?** / 7.1. Dietro l'imparzialità, la questione del senso della giustizia / 7.2. Il diritto secondo la Corte Edu / 7.3. La tirannia dell'apparenza / 7.4. Come cavarsela nel quotidiano? La missione non è impossibile, ma è difficile e fa parte dell'esercizio della professione che abbiamo scelto / **8. Il giudice dev'essere un "arbitro impegnato"** / 8.1. La necessità di un ruolo attivo del giudice nell'era dei diritti fondamentali / 8.2. Obbligo di chiarimento e di "dialogo" in capo al giudice. L'esempio pertinente della Germania / 8.3. Imparzialità allargata / 8.4. L'esempio dei diritti dei consumatori / **9. L'imparzialità sistematica** / 9.1. L'approccio sociale / 9.2. L'approccio organizzativo / **10. Fine-partita provvisorio: le più alte istanze giurisdizionali possono essere parziali?** / 10.1. La Corte di cassazione... sì! / 10.2. ... E il Consiglio costituzionale? Forse / **11. Conclusioni** / 11.1. Imparzialità: un concetto a elevata densità e di ampia portata / 11.2. Un passato che non passa / 11.3. L'imparzialità dei magistrati e la logica verticale del riarmo / 11.4. La decisione della Corte Edu del 20 febbraio 2024 chiuderà il dibattito sulla libertà di espressione dei magistrati?

* Traduzione a cura di Mosè Carrara Sutour.

1. Introduzione

1.1. la nascita dell'imparzialità

Nessuno può datare con precisione, anche a uno stadio embrionale, la nascita storica della giustizia come istituzione. Senza dubbio, vi furono giudici prima delle leggi¹. E tutto porta a credere che sia molto antico il sentimento di ingiustizia rivolto a un “partito preso” nell’esercizio di questa funzione regolatrice della società. Di certo risale alla notte dei tempi... Questo stesso sentimento portò, verso il XV secolo, alla definizione dell’aggettivo “parziale” con riferimento a colui che è prevenuto, nutre pregiudizi, non è equo. Ne derivò, poi, il concetto di “imparzialità” per qualificare, in senso elogiativo, chi non si schiera da una parte o dall’altra. Lo si applicò ai giudici, ma anche agli storici, come testimonia la prima versione del «Dizionario» dell’Académie Française (III edizione, 1740), definendolo così: «Qualità di chi è imparziale. L'imparzialità è una qualità essenziale per essere un buon giudice e un buono storico».

Nel suo «Trattato sulla tolleranza» (1763), pubblicato nel 1763 per riabilitare Jean Calas, crudelmente giustiziato a seguito di un tragico errore giudiziario² del Parlamento di Tolosa (apice della faziosità basata sull’intolleranza religiosa), Voltaire impiega cinque volte la parola “imparziale”.

L’esistenza, risalente nei secoli, delle procedure di ricasazione dei giudici nel diritto francese (codificate da Luigi XIV nel 1667) testimonia di questa particolare sensibilità all'imparzialità degli attori della giustizia. Per giustificare la ricasazione di un giudice, si possono trovare formulazioni de tipo: «[rischiava di concedere a una delle parti] una protezione che oltrepassava anche la giustizia»³.

1.2. Platone e la nascita dell'imparzialità «razionalista»

Già Platone, per tutta la sua vita, fu “perseguitato” dal processo (399 a.C.) del suo maestro Socrate e dall’ingiustizia di cui egli fu vittima. Tra gli approcci filosofici all'imparzialità, Platone è il padre di una visione pressoché dominante, definita «razionalista» da Julie Allard, che scrive: «L'imparzialità implica

una messa a distanza dei sentimenti, delle opinioni, delle convinzioni, delle emozioni, per fondare il giudizio sulla ragione – restando inteso che è la ragione che salva la soggettività umana dal suo proprio arbitrio», e aggiunge: «In fondo, solo un morto potrebbe dar prova di una simile imparzialità, in cui giudicherebbe secondo puro spirito razionale, senza mai essere colpito o toccato da ciò che giudica. Platone pensa allora alla vera giustizia come a una giustizia disincarnata (senza corpo)»⁴. Così Platone giunse a ritenere che chi giudica, per essere davvero imparziale... dev’essere morto, o Dio, quindi “puro spirito”.

La complessità del concetto è, così, messa in luce e altri filosofi l’affronteranno. Il giudice, dal canto suo, si trova ad affrontarla quotidianamente.

Una delle condizioni preliminari dell'imparzialità è che il giudice eserciti la sua funzione in una cornice istituzionale che gli garantisca un esercizio indipendente di essa, affinché sia libero di prendere le sue decisioni.

2. Preambolo

2.1. La connessione tra la mia vita professionale e il principio di imparzialità

Per quarant’anni ho servito la giustizia. Le ho dedicato molti scritti e le sue esigenze di “bontà” continuano a interpellarmi.

A proposito di questa istituzione, che porta il nome di una Virtù, sono sempre stata animata dalla volontà di non rendere decisioni ingiuste... e, certo, mi guardo bene dal credere di aver sempre raggiunto l’obiettivo! In ciò oso pensare di aver raggiunto Paul Ricoeur:

«Intenzionalmente, evocando i ricordi d’infanzia, nomino l’“ingiusto” prima del “giusto”. Il nostro primo ingresso nella regione del diritto non è forse stato segnato dal grido: “è ingiusto!”?. Tale è il grido dell’indignazione, la cui intuizione a volte confonde, commisurata alle nostre esitazioni di adulti chiamati a pronunciarsi sul giusto in termini positivi». «Ma allora», prosegue Ricoeur, «perché non limitarsi all’indignazione? Cosa le manca per eguagliare un autentico senso della giustizia? Non è sufficiente dire che,

1. «C'erano dei giudici prima che vi fossero delle leggi»: discorso di Portalis al corpo legislativo per sostenere l’articolo 6 del codice civile, che vieta al giudice il rifiuto di giudicare con il pretesto del silenzio, dell’oscurità o dell’insufficienza della legge – 23 Frimaio, anno X, 14 dicembre 1801.

2. Protestante, fu falsamente accusato di aver assassinato il proprio figlio per evitare che quest’ultimo si convertisse al cattolicesimo.

3. Giurisprudenza del Parlement di Tolosa, 1665.

4. Ead., *L'impartialité au cœur de l'autorité du Juge? Approches philosophiques*, in *Cahiers de la justice*, n. 4/2020, pp. 661-672.

ancora, mancano i criteri positivi del giusto (...) Si propone un'importante equazione, in cui il giusto inizia a distinguersi dal "non giusto": quella tra giustizia e imparzialità. "Giusta distanza", "mediazione di un terzo", "imparzialità" divengono i grandi sinonimi di quel senso della giustizia verso il quale l'indignazione ci ha portati fin dalla più giovane età»⁵.

È proprio per dare un senso a questa indignazione che è nata molto presto in me (avevo quindici anni) la vocazione di giudice, pensando che se fossi entrata a far parte dell'Istituzione, almeno avrei cercato di trovare la via del *giusto*. Dopo quella dell'indipendenza, la questione dell'imparzialità è arrivata a imporsi.

Nelle righe che seguono, vi porterò in varie direzioni: dal racconto vissuto ai racconti storici, con soste più o meno brevi in epoche diverse, dall'*Ancien Régime* ai periodi repubblicani... e in luoghi diversi, da Mayotte a Château Thierry, in Germania, in Europa...

2.2. Dalla legittimità democratica del principio di imparzialità alla tempesta contro il potere giudiziario e i diritti fondamentali

Prima, però, occorre sottolineare che, in via generale, l'imparzialità è parte della democrazia, come Pierre Rosanvallon ha posto in rilievo in un'opera sulla «legittimità democratica»⁶, associandola ai due indispensabili complementi della *riflessione* e della *prossimità*. L'imparzialità diviene così uno dei principi-cardine della democrazia, di cui il buon funzionamento della giustizia è parte integrante.

Tuttavia, il ruolo democratico della giustizia è sempre più contestato in nome della stigmatizzazione del "potere dei giudici", che pregiudica il potere del popolo sovrano. Rosanvallon ha avuto, d'altronde, occasione di sottolineare che «i regimi populistici (...) vogliono sottomettere le corti costituzionali, sopprimere gli organismi indipendenti e considerare come nemici le facoltà di analisi e di giudizio (...). Oggi, in tutto il mondo, si sente dire questo (...). La posta in gioco è una certa concezione della democrazia (...). Bisogna difendere l'idea che la democrazia non è solo il po-

polo dell'elettorato, ma anche i suoi contro-poteri»⁷. L'offensiva contro i giudici diventa sempre più attuale, non solo nei regimi cd. "populisti", ma anche in altri contesti che non si qualificano come tali. Ad esempio, in Francia, dietro il pretesto di ottenere ad ogni costo una legge contro l'immigrazione, il Governo ha concluso un patto faustiano con la destra, alleata della destra estremista, che porta all'adozione di un testo indegno. Questo atto legislativo ha sollevato una mobilitazione generale di tutti i movimenti e le personalità impegnati nella salvaguardia dei diritti fondamentali. Esso comprendeva misure manifestamente contrarie alla Costituzione, in parte derivanti da emendamenti fortemente destrorsi. Così, l'esecutivo ha fatto ricorso deliberato all'incostituzionalità della legge quale tecnica di governo mentre la funzione politica ben si è adattata, nel suo esercizio, al di là dei confini legali.

Il *Conseil constitutionnel* ha censurato una trentina di disposizioni contenute nella legge, ma per semplici difetti "di fabbricazione", senza portare l'attenzione su «i principi legati al rispetto della dignità di ogni persona umana e la solidarietà necessaria alla sopravvivenza di una comunità umana»⁸, non frapponendo così alcun ostacolo all'eventuale proposta parlamentare di un testo che riprenderebbe le disposizioni censurate. Le restanti disposizioni sono rivelatrici di un segnale molto forte, inviato al mondo intero: «la Repubblica francese non ha più compassione»⁹. Malgrado l'intervento del Consiglio, la legge in oggetto è una delle più repressive dal 1945, data del primo testo in materia di immigrazione¹⁰ nella Francia liberata. Eppure, a valle della censura richiamata – che, lo si ripete, non riguarda il merito –, si è udito il *refrain* di alcuni politici sul "governo dei giudici", oltre alla denuncia di un "hold-up (anti) democratico". Uno di loro, peraltro molto esperto di questioni giuridiche, ha persino osato proporre una riforma – giuridicamente impossibile – che consenta al Parlamento di avere l'ultima parola in seguito alla pronuncia del Consiglio costituzionale. Non pochi eccessi di questo tenore rivelano l'ostilità, sempre in aumento, verso le decisioni dei giudici, anche di

5. P. Ricœur, *Le Juste*, Esprit, Parigi, 1995.

6. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Parigi, 2008.

7. Intervista con N. Truong, *Le Monde*, 2 marzo 2017.

8. L. Fontaine, *Le Conseil constitutionnel « sauve » les droits, au prix d'une incroyable lâcheté*, in *Mediapart.fr (blog)*, 27 gennaio 2024 (<https://blogs.mediapart.fr/laureline-fontaine/blog/270124/le-conseil-constitutionnel-sauve-les-droits-au-prix-d-une-incroyable-la-chete>).

9. *Ivi*. Vds. anche *Loi « immigration » : « Des digues ont sauté face à la xénophobie et à la remise en cause de l'Etat de droit »*, *Le Monde*, 15 febbraio 2024 (www.lemonde.fr/idees/article/2024/02/15/loi-immigration-des-digues-ont-saute-face-a-la-xenophobie-et-a-la-remise-en-cause-de-l-etat-de-droit_6216711_3232.html).

10. Ordinanza 2 novembre 1945, n. 45-2658, disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri in Francia.

quelli costituzionali (che Oltralpe non sono giudici professionisti, laddove questi ultimi figurano come bersagli abituali degli anti-“potere giudiziario”, denominato «autorità giudiziaria» dalla Costituzione francese).

Prima di offrire un quadro della situazione francese rispetto all'esigenza di imparzialità, l'esempio sopra riportato denota fino a che punto la tempesta in corso sia diretta contro il diritto e le istituzioni giudiziarie

2.3. Dal requisito normativo all'esperienza

Dal punto di vista normativo, in Francia il principio di imparzialità si basa principalmente sull'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, intitolato «*Diritto a un equo processo*»: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge (...)» (comma 1). Sottoscritto dagli Stati membri del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950 ed entrato in vigore il 3 settembre 1953, questo trattato fu ratificato tardivamente (il 3 maggio 1974) proprio dalla Francia, «Patria dei diritti dell'uomo»... Ho iniziato la mia carriera il 13 luglio 1971, prima ancora di quella ratifica, senza dimenticare che il diritto al ricorso individuale è stato riconosciuto soltanto il 2 ottobre 1981. Ministro della giustizia era allora il compianto Robert Badinter¹¹ (che ci ha lasciati il 9 febbraio scorso), un uomo che ha segnato la sua epoca, forte del suo ideale umanista e della passione spesa per l'abolizione della pena di morte.

Inizierò ricordando questo momento personale di confronto con la realtà giudiziaria. Infatti, se l'imparzialità è un principio, è anche un'esperienza. E l'esperienza, si sa, non dà prova dei principi, ma li mette – significativamente – alla prova.

3. Il sorgere dell'imparzialità (e di molti altri principi)

3.1. Il mio ingresso nel mondo giudiziario

Entrata all'*École nationale de la magistrature* (ENM) nel 1969, dopo aver superato il concorso l'anno precedente, e assunte prime funzioni nel luglio 1971, posso dire che di deontologia, imparzialità, etica e cose del genere non si parlava. A scuola,

nessuna riflessione particolare su questo tema, tutt'al più qualche vaga allusione alle regole di astensione e riconsuazione.

Posso, anzi, dire che ci veniva insegnata una certa parzialità. Così il magistrato che trattava della funzione della Procura ci raccontava la sua pratica, ai suoi occhi manifestamente esemplare: archiviava le denunce per violenza tra coniugi, che riteneva un modo per le donne di fabbricarsi una prova per una causa di divorzio in arrivo (all'epoca esisteva solo il divorzio per colpa) – preciso che in Francia vige il principio dell'opportunità dell'azione penale e non, come in Italia, quello della obbligatorietà.

In generale, regnava una gran ipocrisia e l'interventismo era tutt'altro che infrequente: pressioni gerarchiche sui magistrati della Procura per archiviare procedimenti che coinvolgevano un personaggio celebre; telefonate a un giudice per rivelare, al di fuori del dibattimento, informazioni ritenute utili alla soluzione di una controversia o, palesemente, ad influenzarne l'esito, etc... Potrei citare molti esempi in cui tentarono di condizionarmi nel prendere decisioni favorevoli a una parte o all'altra, anche se presto capirono che non funzionava.

Dell'imparzialità come concetto non si parlava veramente: si supposeva esistesse, senza avvertire il bisogno di esprimerla a parole. La riconsuazione e l'astensione esistevano, ma si verificavano raramente.

Io stessa sono invece stata criticata più o meno direttamente per mancanza di imparzialità: giudice istruttore intrattabile sulle violenze poliziesche, molto rigoroso sul rispetto delle regole d'indagine da parte della polizia, nei confronti della quale mi si considerò “di parte”; impegnata nella difesa dei più vulnerabili, degli indigenti, dei consumatori, etc., alla ricerca di pratiche che tenessero nella dovuta considerazione la loro situazione e il loro vissuto. Così, agli occhi di molti, agivo ideologicamente, per partito preso. Lo stesso vale per le mie risposte in materia penale, non necessariamente fondate sulla detenzione e, in generale (senza, ovviamente, la certezza del risultato), ricercavano il rispetto dei diritti fondamentali.

Ma ho anche incontrato colleghi e ausiliari di giustizia sensibili a queste preoccupazioni. Così, per quanto riguarda il discorso sull'imparzialità, le cose si sono mosse, in particolare a causa dell'aumento delle aspettative dei cittadini, poco fiduciosi nei confronti della giustizia.

A metà degli anni novanta, all'ENM è stata avviata sul tema una formazione continua alla quale ho partecipato. Animato da un ex-primo presidente della

11. Che ci ha lasciati lo scorso 9 febbraio. Vds. C. Lazerges, *Hommage à Robert Badinter : l'exigence de justice*, in *Revue des droits de l'homme*, 15 febbraio 2024 (<https://journals.openedition.org/revdh/19590#quotation>).

Corte di cassazione, che riuniva intorno alla libertà di parola un piccolo gruppo di magistrati, questo ciclo di incontri terminò con un convegno. Fu una vera e propria “prima”. Quando, però, si trattò di scrivere un libro, il materiale era insufficiente. Di certo, la nostra riflessione meritava ulteriori approfondimenti.

Ognuno continuò a sciamare sul tema e, via via, i riflettori si sono accesi. Dopo la caduta del Muro di Berlino, ho partecipato a incontri con colleghi esponenti delle “nuove” democrazie, anche in Russia nel 2002 (quando tutti speravano in una democratizzazione del Paese). Ho Ricordo sempre un episodio commovente. Durante un incontro con un centinaio di colleghi russi, io stessa e due magistrati francesi abbiamo descritto la teoria della distanza, del non coinvolgimento personale, richiamando alcune regole deontologiche di base. Un collega russo appartenente a una minoranza asiatica perseguitata e ostracizzata sotto Stalin, poi ufficialmente reintegrata nel “popolo russo”, pur continuando ad affrontare il razzismo, ci pose la domanda: «Devo astenermi quando qualcuno della mia comunità viene giudicato? Se lo faccio, chi nella decisione farà conoscere la sua cultura, le difficoltà del suo vivere, le reazioni razziste che subisce quotidianamente?». Naturalmente non ci pronunciammo a favore di una concezione “comunitaria” dell'imparzialità. Lui, evidentemente, si sforzava di essere parte del collegio giudicante quando un membro della sua comunità era sotto processo e, forse, c'era la tendenza ad estrometterlo. Non essendo la parola dei nostri colleghi totalmente libera, non potevamo cogliere la realtà in tutte le sue sfumature.

Quella reazione mi è sempre rimasta impressa nella mente, perché dimostrava con pertinenza che un giudice non è imparziale se non conosce la realtà sociale della persona che giudica e, in quel caso, non può renderle la sua parte di giustizia. È così che, progressivamente, ho costruito la mia riflessione sull'imparzialità, la quale – devo dirlo – è sempre *in fieri*.

3.2. *L'appartenenza sindacale: dibattito e riflessione*

Intanto, nel 1982 avevo ricoperto le funzioni di presidente del Sindacato della magistratura e contribuito, nel giugno 1985, a creare MEDEL («Magistrati Europei per la Democrazia e le Libertà»). La ricerca del senso della giustizia e la volontà di resistere alla situazione deleteria di allora presto mi portarono a convergere con un'organizzazione sindacale, il *Syndicat de la Magistrature* (SM), istituita nel

maggio del 1968. Tutti i giovani magistrati restavano, come me, colpiti dall'enorme divario esistente tra la realtà giudiziaria che scoprivano e l'idea alta che si erano fatti della “giustizia” prima di conoscerla. In effetti, pochi anni di esercizio professionale bastavano ai neo-magistrati per constatare, con stupore e in tutta lucidità, l'astrattezza di proclamazioni quali «indipendenza della giustizia» o «uguaglianza di tutti di fronte alla giustizia».

Rompendo il silenzio sul reale funzionamento della giustizia, il SM fu la testa di ponte dell'indipendenza della magistratura e della ricerca di un'autentica imparzialità. La questione dell'indipendenza era prioritaria nelle nostre lotte, in quanto costituiva un'urgenza vitale per la giustizia. Occorre ricordare, a questo proposito, le parole del Primo ministro Georges Pompidou in un discorso televisivo del 16 maggio 1968: «Ho dato prova del mio desiderio di conciliazione. (...) Ho liberato i manifestanti arrestati. (...)». Resta il fatto che era una decisione della Corte d'appello di Parigi ad aver messo fine alla detenzione provvisoria degli imputati! Parole rivelatrici della confusione tra i poteri. L'inedita rimozione dei lacci alla parola dei magistrati, e la sua risonanza nei *media*, hanno inevitabilmente creato malumore tra chi avrebbe continuato a preferire un corpo di magistrati muti. Così, molto presto il SM fu oggetto di aspre critiche, se non di attacchi virulenti.

Spesso, l'accusa di una “politicizzazione” della giustizia – cioè: di parzialità – fondata su presupposti ideologici è stata la leva di questi attacchi. Così, già nel 1975, un ex-Primo ministro, in un articolo pubblicato su *Le Figaro* con il titolo «*Giudici contro la giustizia*», definiva il SM un'«organizzazione sovversiva di sinistra». Eravamo «le toghe rosse»!

Periodicamente l'accusa si è rinnovata, con toni talvolta veementi. Il SM fa paura perché ha integrato la questione sociale nel funzionamento dell'istituzione.

Nondimeno, i nostri governi si allontanano sempre di più dalla Repubblica «sociale» proclamata dall'articolo 1 della Costituzione del 1958¹². E regna una forte tendenza, da parte dei movimenti politici dominanti, a predicare un populismo penale fondato sull'iper-repressione, abbandonando la dimensione sociale e, anzi, facendo uso della forza come unica risposta al disagio sociale di una parte della popolazione. Va da sé che il *Syndicat* e i suoi membri rappresentano il bersaglio privilegiato delle loro invettive.

Nelle righe che seguono, mi concentrerò sull'imparzialità, situata alla convergenza tra le convinzioni

12. «*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion*».

del giudice e la “teoria delle apparenze” elaborata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo: nel manifestarsi all’esterno, l’impegno del giudice – se non la sua militanza – non tradirebbe un “pregiudizio” o, in ogni caso, non lascerebbe spazio a un legittimo timore di mancanza d’imparzialità da parte sua? Una domanda che non ho voluto evitare.

4. Anno 2023: storia di una distorsione dell’imparzialità

4.1. Imbavagliare i sindacati e, in particolare, il SM

Come abbiamo visto, tutto ciò che rappresenta “il potere giudiziario” è disprezzato, a iniziare, per ciò che interessa il funzionamento dell’istituzione, dai magistrati del SM. Col pretesto di imporre il rispetto dell’imparzialità ai giudici (rispetto che è, di per sé, un’evidenza), parte degli eletti ha voluto imbavagliare i magistrati prendendo di mira i sindacati.

Quest’estate è stata votata una legge organica [*id est*: “rinforzata”, ma subordinata alle leggi costituzionali – *ndr*] sulla «apertura, la modernizzazione e la responsabilità del giudiziario». Al momento del deposito del relativo ddl, il 3 maggio, l’«imparzialità» non era menzionata né tra principi generali né all’interno del giuramento dei magistrati. Le numerose disposizioni andavano a integrare una legge, anch’essa sottoposta al voto del Parlamento, di profonda revisione del funzionamento della giustizia, in vista di un «piano d’azione per una giustizia più rapida ed efficace».

Durante la prima lettura in Senato, l’8 giugno, fu proposto da un deputato di “Union centriste” (un partito di destra) un emendamento – poi approvato – che esigeva il rispetto del principio di imparzialità per i magistrati iscritti a un sindacato: «Riteniamo che ogni sindacato di magistrati abbia una totale libertà di espressione (...). Resta la nozione di imparzialità. Essa è talmente importante che deve permeare l’azio-

ne individuale dei magistrati, ma anche la loro azione collettiva. Non vediamo in che cosa la nozione di imparzialità potrebbe essere di ostacolo alla libertà di espressione». Sintomaticamente, l’emendamento aveva ricevuto un parere favorevole dalla relatrice del testo, che aveva sottolineato: «Con quello che è accaduto a Mayotte, inserire l’imparzialità dei magistrati nella legge non è senza utilità».

L’emendamento chiaramente presentava una notevole confusione giuridica. Infatti, l’imparzialità s’impone ai giudici nell’esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, il che nulla ha a che vedere con la libertà di espressione sindacale, che si esercita al di fuori di tali funzioni.

4.2. Un attacco al SM... Pretesto è Mayotte

Il riferimento maorese¹³ riguardava un’ordinanza di urgenza emessa il 24 aprile 2023 dalla presidente del Tribunale di Mamoudzou, che aveva ordinato al prefetto di «cessare ogni operazione di evacuazione e di demolizione degli abitati» in una determinata zona geografica, prevista il giorno successivo in esecuzione della decisione prefettizia.

Mentre la legittimità e la legalità dell’intervento dell’autorità giudiziaria non erano discutibili, si fece largo una congrega composta da parte della stampa e da alcuni deputati che accusarono la presidente del tribunale, additata come ex-vicepresidente del SM, di essere “di parte” nella sua decisione¹⁴.

Come ogni decisione giudiziaria, poteva essere contestata e riformata in appello, ciò che avvenne il 17 maggio con sentenza della Corte d’appello di Saint Denis, che non è stata oggetto di ricorso per cassazione. La nozione giuridica di «via di fatto», posta a fondamento della decisione maorese, è complessa e ha dato luogo a variazioni giurisprudenziali. Una giurisprudenza, anche se consolidata, può sempre evolvere. Per semplicità, diremo che questa nozione permette al giudice di censurare una decisione prefettizia la cui contestazione (fatta eccezione per la caratterizzazione di detta «via di fatto») sarebbe

13. Territorio dipartimentale della Repubblica francese, Mayotte richiederebbe, di per sé, numerose spiegazioni e una riflessione sulla volontà dei pubblici poteri di una parzialità sistematica, dato che questo Dipartimento costituisce terreno di eccezioni legali ancora accentuate dall’ultima legge sull’immigrazione. Piccola isola dell’Oceano Indiano appartenente all’arcipelago delle Comore, facente interamente parte dell’impero coloniale francese, con il referendum del 1974 aveva rifiutato l’indipendenza, mentre le altre isole l’avevano auspicata e acquisita. Questa scissione di un’entità territoriale coerente ha portato l’ONU a non riconoscere la sovranità francese sull’isola per la necessità di rispettare l’unità e l’integrità territoriale dell’arcipelago delle Comore.

14. Un esempio: «Il Governo fa il possibile per riportare l’ordine inviando rinforzi di polizia. Ha anche deciso di distruggere una baraccola insalubre, che ospita emigranti comoriani, ma non si farà. Infatti (...) la ex-presidente del Tribunale di Mayotte, gli ha opposto il suo veto. La sua personalità chiarisce la sua decisione. È membro del Sindacato della Magistratura e ne è stata vicepresidente. Pretende, così, di difendere i “diritti umani dei migranti”» – così B. Rayski, *Mayotte : le Syndicat de la magistrature à la manoeuvre...*, Atlantico, 30 aprile 2023 (<https://atlantico.fr/article/decryptage/mayotte-le-syndicat-de-la-magistrature-a-la-manoeuvre-justice-france-immigration-migrants-mineurs-isoles-insecurite-comores-operation-wuambushu-benoit-rayski>).

di competenza del giudice amministrativo; la definizione di tale valutazione spetta, in ultima istanza, a un'alta giurisdizione, il Tribunale dei conflitti, composto pariteticamente da magistrati della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato.

Le operazioni di sgombero e demolizione iniziarono a fine maggio e, nel frattempo, il giudice amministrativo dispose le condizioni necessarie per l'esecuzione. Il provvedimento del prefetto esprimeva la volontà di smantellare «alloggi indegni» e di lottare contro l'immigrazione clandestina. In effetti, quegli alloggi di fortuna erano occupati da famiglie da molti anni; inoltre, per la specificità di Mayotte e la sua storia comune con le Isole Comore, diverse famiglie sono in parte francesi e in parte comoriane.

La decisione prefettizia¹⁵ era appoggiata da una parte della popolazione, mentre un'altra parte, rappresentata soprattutto da associazioni, denunciava l'assenza di una concreta possibilità di ricollocazione e il rischio di disgregazione delle famiglie franco-comoriane.

Le associazioni denunciavano anche pratiche di espulsione illegali attraverso la consegna arbitraria di minori ad adulti terzi, che non conoscevano, con lo scopo di provvedere al loro allontanamento...

4.3. La distorsione del senso di imparzialità e le reazioni

Nei dibattiti accusatori che questa decisione giurisdizionale suscitò fin dalla sua pronuncia, ci si spinse fino a chiedere la ricusazione dei magistrati membri del SM.

Per far tacere le accuse di parzialità, in un comunicato del 4 maggio il Csm si espresse in questi termini:

«Il Consiglio superiore della magistratura tiene a ricordare che, in uno Stato di diritto democratico, la critica di una decisione giudiziaria non deve in alcun caso esprimersi con l'accusa personale del magistrato autore della decisione. Ribadisce che la libertà sindacale è riconosciuta ai magistrati e ricorda che le prese di posizione di un'organizzazione sindacale non possono servire da base per mettere in discussione l'imparzialità di un magistrato, per il solo motivo che egli sarebbe membro di tale organizzazione. Il Consiglio tiene, infine, a ricordare che questi principi, relativi

all'indipendenza della giustizia, fondano lo Stato di diritto in tutti i territori della Repubblica».

Nondimeno, il 2 maggio, il Ministro della giustizia ha presentato al Csm una richiesta di parere sulla libertà di espressione dei magistrati, compresa quella esercitata in ambito sindacale: il SM era nel mirino, pur senza essere nominato. Il Csm rispose¹⁶ (trascorsi sei mesi di riflessione) che la libertà di espressione sindacale caratterizza un diritto ad esprimersi «ancora più ampio di quello che risulta dal diritto comune»; che un «tono polemico» e un «certo vigore (...) sono anche possibili», pur nel rispetto di «una certa misura» ed escludendo qualsivoglia insulto o commento denigratorio. Per giustificarla, portò a sostegno della sua risposta la giurisprudenza del Consiglio di Stato, del Consiglio costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

A questo proposito, merita particolare interesse una sentenza, pronunciata – il caso vuole – il 6 giugno, ossia due giorni prima del deposito dello scellerato emendamento: Corte Edu, *Sarisu Pehlivan c. Turchia* (n. 63029/19)¹⁷.

La questione riguardava le critiche, rivolte dalla segretaria generale di un sindacato di magistrati turco, alle riforme sul funzionamento della giustizia, critiche che le erano valse una sanzione. La Corte di Strasburgo ha ricordato che i temi relativi all'indipendenza della giustizia dal potere politico rientrano, in un modo o nell'altro, nella politica generale che interessa la struttura organizzativa e il funzionamento dello Stato. Ha, poi, rilevato che la ricorrente – tenuta a rispettare il dovere di riservatezza e di moderazione inerente alla sua funzione di magistrato – assumeva peraltro, in quanto segretaria generale di un sindacato di magistrati, un ruolo di attore della società civile. In tal modo, l'interessata aveva il diritto e il dovere di esprimere il proprio parere su riforme costituzionali suscettibili di incidere sulla magistratura e sulla sua indipendenza. Per la prima volta – a quanto mi risulta – la Corte Edu ha evocato la funzione di «cane da guardia sociale» dell'organizzazione non governativa formata da un sindacato di magistrati.

Il 13 giugno MEDEL¹⁸ ha esortato le autorità nazionali a rinunciare al loro progetto di restrizione della libertà di espressione dei membri della magistratura: «È con la massima preoccupazione che MEDEL

15. Ord. n. 2022-SGA-1441, 2 dicembre 2022.

16. www.conseil-superieur-magistrature.fr/actualites/avis-de-la-formation-pleniere-du-conseil-superieur-de-la-magistrature-du-13-decembre-2023.

17. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-225022%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-225022%22]}).

18. <https://medelnet.eu/after-poland-and-hungary-france/>.

prende atto della volontà delle autorità francesi di rimettere in discussione la libertà di espressione dei magistrati e, attraverso di essa, di pregiudicare l'indipendenza della giustizia francese».

4.4. Epilogo

La versione definitiva del testo è stata la seguente: «La manifestazione pubblica del proprio pensiero [«*expression publique*» – ndr] da parte dei magistrati non può pregiudicare l'esercizio imparziale delle loro funzioni né l'indipendenza della giustizia».

La nozione di «*expression publique*» riferita ai «magistrati» ha dato luogo a una confusione in ordine ai diversi contesti nei quali essa può intervenire e sui suoi contenuti, autorizzati o meno. Nel primo caso, può trattarsi di un contesto collettivo, sindacale o individuale, professionale o extra-professionale; può riguardare argomenti relativi a cause in corso (ad esempio, la comunicazione istituzionale del procuratore della Repubblica sullo stato di un procedimento), a politiche penali o giurisdizionali (come i discorsi tenuti dai vertici di un organo giurisdizionale in occasione delle udienze solenni di inizio anno giudiziario), all'organizzazione della giustizia, o ancora a temi più generali legati all'indipendenza della giustizia o al ruolo di custode della libertà individuale affidato all'«autorità giudiziaria» dalla Costituzione. Alcuni vi includerebbero volentieri l'«espressione pubblica» in ambito sindacale (in particolare, nell'ambito del SM), come hanno dimostrato certe esternazioni politiche durante la votazione della legge.

Per tutti questi motivi, sarebbe stata auspicabile una riserva d'interpretazione che permettesse di ricordare l'assoluta necessità del rispetto della libertà sindacale. Tuttavia, il Consiglio costituzionale non ha ravvisato nella formulazione della legge alcun rischio di arbitrarietà: «Queste disposizioni si limitano a ricordare alcuni dei doveri che s'impongono a ogni magistrato e non disconoscono nessuna *esigenza costituzionale*». Per quest'ultimo aspetto (corsivo aggiunto), vanno senz'altro richiamate l'analisi – molto motivata – del Csm e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

5. I tempi nuovi dei giuramenti

5.1. Che senso deve avere un giuramento?

In Francia nessun politico, quali che siano le sue funzioni istituzionali, deve prestare giuramento. Qualche volta, il “giuramento politico” è stato preso in esame in una proposta di legge, senza mai avere successo.

Storici come Robert Jacob¹⁹ ci dicono che, dopo la fine delle ordalie e di altri rituali simili, i giudici sono diventati decisori, e non più semplici notai, dell'esito del duello giudiziario. Per legittimare questa nuova funzione, dovevano prestare giuramento, il che costituiva una garanzia – rafforzata dal rituale religioso – della fedeltà al potere del Re; esso sanciva, inoltre, l'obbligo per il giudice di conservare i segreti della Corte. Quest'obbligo rimase al centro del giuramento insieme alla lealtà, il cui significato si è necessariamente evoluto nel tempo. Nel nostro regime di democrazia repubblicana, solo un impegno al servizio dei principi fondatori della democrazia può essere legittimamente espresso. Esso subì una rottura durante l'occupazione nazista, con la promessa di parzialità derivante dalla subordinazione al Capo dello Stato. (vds. *infra*).

5.2. Giuramenti nel tempo e nello spazio di giustizia

Il potere giudiziario – «l'autorità giudiziaria», a partire dalla Costituzione del 1958 – è costituito implicitamente²⁰ da due ambiti di giurisdizione: ordinaria e amministrativa. Al vertice della giurisdizione amministrativa si trova il Consiglio di Stato, una figura istituzionale “portante” del sistema francese. La giustizia amministrativa²¹ ha un proprio statuto, che non appartiene all'ordine giuridico formalmente definito dalla Costituzione.

La legge organica (promulgata previo controllo del Consiglio costituzionale) prevede una nuova formulazione del giuramento dei magistrati ordinari che, per la prima volta, contiene un riferimento all'imparzialità.

19. R. Jacob, *Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire*, in R. Verdier et al. (a cura di), *Le Serment*, Edizioni del CNRS, Parigi, 1991, pp. 439-457.

20. L'unico articolo della Costituzione che evoca la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato deriva dall'introduzione, nel luglio 2008, della «questione prioritaria di costituzionalità» (QPC), con l'aggiunta dell'art. 61-1 («*Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé*»).

21. Vds. S. Gaboriau, *La Repubblica francese sconvolta*, in questa *Rivista trimestrale*, Speciale *Terrorismo*, 2016, pp. 305-327, part. p. 320 (www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/702/qg-speciale_2016-1_22.pdf).

Il nuovo giuramento dei magistrati ordinari è: «Giuro di svolgere le mie funzioni con indipendenza, imparzialità e umanità, di comportarmi come un magistrato degno, integro e leale e di rispettare il segreto professionale e quello delle decisioni».

Il giuramento che ho prestato è stato questo: «Giuro di adempiere bene e fedelmente le mie funzioni, di custodire religiosamente il segreto sulle decisioni e di comportarmi in tutto come magistrato degno e leale». Fatta eccezione per la soppressione, nel 2016, del riferimento religioso – fuori luogo in una Repubblica laica –, questa formula è rimasta immutata per un buon centinaio di anni. Tuttavia, nel periodo dello «Stato francese» e della collaborazione con l'occupante nazista, si aggiunse, a mo' di preambolo: «Giuro fedeltà alla persona del Capo dello Stato», vale a dire il Maresciallo Pétain. Il giuramento fu prestato da tutti i magistrati, tranne uno. Anche se alcuni si dimostrarono zelanti nel collaborare, quell'atto formale non impedì ad alcuni magistrati²² di entrare, con varie modalità, nella Resistenza. Così uno di loro, alla fine del 1943, lanciò un appello da Radio Londra ai colleghi francesi, esortandoli a rifiutare di applicare le leggi allora in vigore:

«Magistrati di Francia, non c'è testo che possa vincolarvi. Al di sopra della legge scritta c'è la legge morale. Nella carenza delle leggi, un magistrato ha per guida solo la sua coscienza, e voi avete un solo dovere: seguire i suoi ordini». Quanti l'hanno sentito? Quanti l'hanno ascoltato? Quanti l'hanno seguito? Sessanta magistrati furono decorati con la medaglia della Resistenza e uno di loro, morto sotto tortura, fu nominato «Compagno della Liberazione». La seconda legge sulla giustizia, promulgata lo stesso giorno, ha definito – un fatto storico²³ – un giuramento per i giudici amministrativi, compresi i membri del Consiglio di Stato. Da allora, essi avrebbero giurato di «svolgere le loro funzioni in piena indipendenza, probità e imparzialità, di mantenere il segreto sulle decisioni e di comportarsi in tutto onore e dignità». Ormai, allora, sia i magistrati ordinari che quelli amministrativi si impegnano solennemente a rispettare la propria imparzialità, unendosi così ai membri del Consiglio costituzionale, i quali giurano al Presidente della Repubblica «di svolgere bene e fedelmente le loro funzioni, di esercitarle in tutta imparzialità nel rispetto della Costituzione, di mantenere il segreto sulle deliberazioni e le votazioni e di non prendere alcuna posizione di rilevanza pubblica, né prestarsi ad

alcuna consultazione sulle questioni di competenza del Consiglio».

In compenso, il giuramento per i giudici di corte di assise tace al riguardo, non comportando alcun riferimento esplicito all'imparzialità. Tuttavia, tale requisito figurava nel giuramento dei primi giudici popolari introdotti nella giustizia francese dalla Rivoluzione del 1789, nonché, sotto il Primo Impero, in quello dei giurati d'assise previsti dal *Code d'instruction criminelle* del 1808.

Questo riferimento all'imparzialità non si ritrova in nessun altro giuramento concernente i diversi attori della giustizia francese – né per i membri della Corte di giustizia della Repubblica né per i giudici dei tribunali di commercio, né, ancora, per i membri del Consiglio dei probiviri (*prud'hommes*).

Così, non vi è coerenza deontologica nelle formulazioni dei vari giuramenti, che pure corrispondono alle diverse funzioni del giudicare, le quali esigono il rispetto dell'imparzialità.

5.3. Imparzialità, perché giungi così tardi?

«A seconda che siate potenti o miserabili, i giudizi di corte vi faranno bianco o nero», scriveva nel 1678 Jean de La Fontaine, nel suo «*Gli animali malati di peste*». Certo, in alcuni *parlements* si prestava giuramento di «fare giustizia ai poveri e ai ricchi»²⁴, ma non si può pretendere che la giustizia fosse davvero un modello di imparzialità; il nostro celebre favolista ne ha talentuosamente denunciato le carenze e, più tardi, Voltaire ha dimostrato come i pregiudizi di un *parlement* potessero causare il dramma di un tragico errore giudiziario. «Una volta (...) legislatori e magistrati si reclutavano nella stessa classe sociale ed erano d'accordo che dei vantaggi del diritto beneficiassero soltanto i loro pari. I giudici manifestavano la propria imparzialità sottomettendosi alla legge e vietandosi di porla in dubbio: il *giuridico* poteva essere diverso dal *giusto*»: parola di Paul Martens, presidente onorario della Corte costituzionale del Belgio (c.vi aggiunti)²⁵. Ecco perché il giuramento dei giudici era privo di riferimento all'imparzialità.

La questione dell'imparzialità non si poneva nella misura in cui, attraverso la giustizia, si esprimeva il potere politico e regnava l'adagio «*dura lex, sed lex*», massima spietata, che permetteva giudizi ingiusti senza alcuna colpa di coloro che li pronunciavano. Il giudice non era forse la «bocca della legge», secondo

22. Vds. J.-P. Jean, *Le serment de fidélité au maréchal Pétain, péché originel des juges ?*, in *Cahiers de la Justice*, n. 2/ 2013, pp. 7-11.

23. In un lontano passato, sotto il Consolato (1799-1804), diversi presidenti del Consiglio di Stato prestarono giuramento davanti ai consoli.

24. Giuramento prestato dai magistrati di Normandia all'*Échiquier* (*parlement* di Rouen), 1485.

25. www.justice-en-ligne.be/article188.html.

un'interpretazione letterale delle parole di Montesquieu? Spesso si dimentica che, per il filosofo di La Brède, «le leggi sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose» (*L'esprit des lois*) e che la sua celebre formula meriterebbe allora seri approfondimenti, tanto più che ha anche scritto: «Una cosa non è giusta perché è legge (...), ma deve essere legge perché è giusta» (*Cahiers posthumes*).

Va detto che la cultura politica francese è stata fortemente segnata dalla filosofia politica del periodo rivoluzionario. Diffidando dei *parlements*, che avevano dato prova d'indipendenza nei confronti del potere regio, e temendo di scontrarsi con una replica di simili manifestazioni, i rivoluzionari francesi misero quei tribunali in congedo definitivo. Non concedendo poteri propri alla giustizia, essi negavano ai tribunali ogni legittimità democratica. Restituendo il potere al popolo, sognavano di creare un diritto “semplice come la natura”. Così, respinsero il concetto stesso di *giurisprudenza*.

La separazione dei poteri, proclamata dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, del 26 agosto 1789, ha dovuto adattarsi allo spauracchio, spinto fino all'ossessione, del “governo dei giudici”. La giustizia non era che una leva per estendere la «volontà generale» espressa dalle leggi, fino agli estremi confini della Nazione. Si postulava che la legge arrivasse a esprimere l'interesse (necessariamente *uno*) della Nazione (*una*). La legge non poteva che essere fondamentalmente ragionevole e benefica. Uguale per tutti, essendo ciascun cittadino uguale di fronte ad essa (art. 6 Dichiarazione dei diritti dell'uomo), la legge non poteva che esprimere le indispensabili garanzie di imparzialità meccanicamente riprodotte dai giudici. Soltanto i giurati, giudici non professionisti, prestavano giuramenti che contemplavano un obbligo di imparzialità.

Certo, simili concezioni sembrano appartenere al passato per una società che si rivendichi democratica; tuttavia, esse permeano tuttora gran parte della cultura politica nazionale.

6. Intermezzo: alcune storie particolari

Due racconti (forse tra i meno conosciuti) dimostrano approcci dissidenti alla teoria dominante di una neutralizzazione dell'intervento del giudice, basata su un positivismo giuridico che si rifà a una concezione meccanicistica dell'atto di giudicare.

6.1. Il buon giudice Magnaud

Mentre la Repubblica era saldamente (e definitivamente) insediata, il giudice Magnaud²⁶, presidente del Tribunale penale di Château Thierry, emise, il 4 marzo 1898, la seguente sentenza di assoluzione:

«Poiché è deplorabile che, in una società ben organizzata, uno dei membri di questa società, soprattutto una madre di famiglia, possa mancare di pane se non per colpa sua; quando tale situazione si presenta, il giudice può e deve interpretare umanamente le rigide prescrizioni della legge. Dato che la fame può togliere ad ogni essere umano una parte del suo libero arbitrio e ridurre in lui la nozione di bene e di male, e che un atto, solitamente riprovevole, perde molto del suo carattere fraudolento quando chi lo commette agisce solo spinto dall'impellente bisogno di procurarsi un alimento di prima necessità; (...) che l'irresponsabilità deve essere ammessa a favore di coloro che hanno agito solo sotto l'impulso irresistibile della fame (...) occorre, pertanto, dichiarare l'imputata non colpevole, dispensandola da ogni spesa».

L'imputata era stata accusata di aver rubato del pane per nutrire suo figlio. Il giudice Magnaud aveva inventato per lei lo “stato di necessità”, che in seguito sarebbe stato integrato nel codice penale. La sentenza ebbe un'ampia eco anche all'estero, e «il buon giudice Magnaud», che rese molte altre decisioni ispirate dalla stessa umanità, divenne famoso e venerato. Al volgere della sua carriera, nel 1912, il suo superiore gerarchico lo dipinse così: «Monsieur Magnaud è rimasto il “buon giudice”, ossia un magistrato penoso, che nulla intende del dovere sociale del magistrato e che ignora tutto della legge che ha avuto il dovere professionale di applicare».

Egli rivendicava espressamente una parte di interpretazione per poter rendere giustizia equamente. «Ritengo», affermava, «che il giudice non sia fatto per applicare la legge in modo meccanico, come uno scolaro che copia delle pagine scritte»²⁷ respingendo (e così anticipando la valutazione di Paul Martens, più sopra riportata) «la giustizia giuridica, questa piaga sociale».

6.2. L'arringa di Baudot

Nell'estate 1974, Oswald Baudot, allora sostituto procuratore della Repubblica di Marsiglia e membro del SM, ha lanciato lo stesso grido d'indignazione di quello – già evocato – di Paul Ricoeur in una «*Arringa ai magistrati che si avviano*»²⁸. Lo scritto, molto

26. A.-D. Houte, *Le bon juge Magnaud et l'imaginaire de la magistrature à l'aube du XX siècle*, in *Délibérée*, n. 3/2018, pp. 38-42 (www.cairn.info/revue-deliberée-2018-3-page-38.htm).

27. Paul Magnaud, *Le juge contemporain*, *Le Journal*, 16 luglio 1905.

28. A.-D. Houte, *Le bon juge*, *op. cit.*

personale e diffuso di propria iniziativa dal suo autore, conobbe una certa risonanza a seguito di una campagna di stampa orchestrata dai detrattori del SM.

Colpito dallo stigma della realtà quotidiana della giustizia, questo bel testo, pieno di umorismo ammantato di filosofia, non fu un fulmine anti-deontologico a cielo sereno, ma un arcobaleno umanista in un cielo torbido. Rivelava l'impensabile, o meglio, il *non formulato*, ciò che non si voleva dire (né sentire): il trattamento giudiziario differenziale dei ricchi e dei poveri, la disuguaglianza nell'accesso ai diritti e alla giustizia, la sovra-rappresentazione nelle carceri delle categorie sociali più povere, e... l'omertà deontologica diffusa – in breve, ciò che solo tre anni prima avevo scoperto diventando magistrata. «Siate di parte, per mantenere l'equilibrio tra il forte e il debole, il ricco e il povero, che non sono pesati sulla stessa bilancia: dovette inclinarla un po' da un lato...»: tuttora, i detrattori del SM non cessano di stigmatizzarci ricordando, in particolare, questo passo²⁹. Una formula provocatoria e paradossale, scelta da Oswald Baudot per esprimere la sua volontà di esercitare la professione preoccupandosi dell'uguaglianza sostanziale davanti alla giustizia, imponendo un'attenzione particolare alla parte debole. Isolando quell'esortazione dal resto del testo, i suoi narratori si rifiutavano (e si rifiutano ancora: un'anomalia che merita di essere denunciata) di guardare in faccia la realtà concreta della macchina giudiziaria, passata al vaglio di un ideale di giustizia. In fondo, alla maniera del pittore belga Magritte, Baudot diceva ironicamente l'opposto di ciò che scriveva: questo era davvero un appello per l'imparzialità – che, però, non poteva essere di pura forma!

7. L'antidoto alla parzialità: apparenza e/o trasparenza?

7.1. Dietro l'imparzialità, la questione del senso della giustizia

Un'indagine³⁰ del 2021 rivela che quasi un quarto degli intervistati percepisce la giustizia come ingiusta, ineguale, “a due velocità”, soggetta al giogo di una

“parzialità sociale”, a suo tempo già denunciata da La Fontaine. Come rivela l'attuale saggistica³¹, la popolazione francese è sempre più sensibile al sentimento di ingiustizia: nulla di nuovo, potrebbe obiettarsi, ma l'ingiustizia risulta qualcosa di incompatibile con le promesse della democrazia e del nostro motto repubblicano: «libertà, eguaglianza, fraternità». Certo, il sentimento di ingiustizia di chi viene condannato o perde il processo non è necessariamente rivelatore di una parzialità del giudice, anche se egli lo vive così. Una decisione giudiziaria opera necessariamente una scelta tra diversi interessi, civili e penali, e, di conseguenza, corre il rischio di scontentare una parte. E questo, anche se il giudice si sforza di essere convincente – ma, bisogna ammetterlo, non è sempre il caso delle decisioni giudiziarie in Francia.

Grande sarà la tentazione, per colui al quale il giudice ha dato torto, di ricercare nella persona stessa del magistrato le cause della sua insoddisfazione, ritenendo che lei/lui nutrisse un pregiudizio.

«La parte che vince trova che il suo senso di giustizia sia soddisfatto e quella che perde trova che il suo senso di giustizia sia offeso. La vittima pensa che il responsabile non espia mai abbastanza, e la pena è sempre troppo pesante per chi ama il colpevole» sottolinea Marie Anne Frison Roche³².

Si è soliti dire, in Francia, che la parte scontenta ha 48 ore (o 24, a seconda delle versioni) per maledire il suo giudice (oltre, naturalmente, alle vie di ricorso). Ciò non dispensa, tuttavia, il giudice dal prendere una decisione per la quale le norme giuridiche sono strumento necessario; decisione che deve corrispondere a un senso oggettivo di giustizia, garanzia di successo della funzione del giudice di comporre i conflitti. «Il giudice non deve emettere sentenze incomprensibili e spetta a lui organizzare la partecipazione delle persone coinvolte nei procedimenti, che gli consente di accrescere la propria conoscenza – definizione oggettiva del principio del contraddittorio. In sostanza, il giudice deve creare uno spazio entro il quale poter ammettere colui che accetta la legge della discussione, ammettendo in anticipo che gli argomenti che gli saranno opposti non sono privi di pertinenza», raccomanda giustamente Frison Roche³³.

29. Vds., ad esempio, J.-É. Schoettl (ex-segretario generale del Consiglio costituzionale), *La démocratie au péril des prétoires : de l'État de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, Parigi, 2022.

30. www.senat.fr/fileadmin/import/files/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2021/2021-Documents_PDF/20210928_Rapport_complet_CSA.pdf.

31. Vds. P. Rosanvallon, *Les Épreuves de la vie. Comprendre autrement les Français*, Le Seuil, Parigi, 2021; N. Duvoux, *L'Avenir confié*, PUF, Parigi, 2023; C. Fleury, *La Clinique de la dignité*, Le Seuil, Parigi, 2023.

32. *Le juge et le sentiment de justice*, in Aa.Vv., *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard: le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, Parigi, 2002, pp. 41-53.

33. *Ivi*.

Per rispondere a questa ricerca del giusto, la Corte di Strasburgo (Corte Edu) ha inventato la teoria dell'apparenza.

7.2. Il diritto secondo la Corte Edu

Il quadro giurisprudenziale del nostro diritto relativo all'indispensabile imparzialità è, ormai, ben identificabile e la Corte Edu ne affina, caso per caso, l'applicazione.

I principi generali del requisito necessario dell'imparzialità, ai sensi dell'articolo 6, § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sono i seguenti: la valutazione oggettiva, consistente nel chiedersi se, a prescindere dalla condotta personale del giudice, alcuni fatti verificabili inducano a sospettare la mancanza di imparzialità di quest'ultimo; ne consegue che, per caratterizzare un difetto d'imparzialità, la visione personale entra in gioco senza svolgere un ruolo decisivo; occorre stabilire se le valutazioni dell'interessato appaiono oggettivamente giustificate, per poi cercare eventuali legami di dipendenza tra uno degli attori del processo e il giudice e/o la giurisdizione coinvolti. In tale ambito, la Corte ritiene che anche le apparenze possono avere importanza – come dice l'adagio inglese: “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”. Ne va della fiducia che i tribunali di una società democratica devono ispirare ai suoi cittadini.

7.3. La tirannia dell'apparenza

Mettendo l'accento sull'“apparenza”, la Corte Edu ci ha reso sensibili al concetto... E tuttavia, come sottolinea Paul Martens, bisogna diffidare della «tirannia dell'apparenza». Analizzando la sentenza *Procola*³⁴, ha scritto, molto opportunamente:

«Non è vero che il giudice deve sempre affrontare un caso con la mente “vergine” da qualsiasi opinione». Martens contesta «l'esistenza di un diritto fondamentale alla verginità intellettuale del giudice, che quest'ultimo dovrebbe mantenere intatta fino al giorno della pronuncia della decisione». Per lui «ciò che rende insostenibile il pregiudizio è il fatto che il giudice lo abbia concepito al di fuori del dibattimento, in forza di elementi che non sono stati sottoposti al vaglio del contraddittorio». Sottolineando che «quanto viene deliberato non è che una successione di convinzioni provvisorie», fustiga «i giudici passivi, le sfingi impenetrabili», incitando «i giudici a esprimere opinioni nel corso dei dibattimenti, per consegnarle alla prova del contraddittorio».

7.4. Come cavarsela nel quotidiano? La missione non è impossibile, ma è difficile e fa parte dell'esercizio della professione che abbiamo scelto

Scrive Frison Roche:

«L'imparzialità è definita come il principio, per un giudice, di attribuire pertinenza agli argomenti e alle interpretazioni che si svilupperanno dinanzi a lui. (...) Al contrario, vi è parzialità laddove, quali che siano i fatti, gli argomenti e le interpretazioni che una parte fa valere, la loro articolazione non avrà alcuna influenza poiché la valutazione, da parte del giudice, del merito della causa è già definitivamente acquisita»³⁵.

Non si può sottacere che il giudice ben può fingere di ascoltare e prendere in considerazione detti argomenti, e tuttavia, nel suo foro interno, impedire a questi di influire sull'esito della controversia. A questo proposito, la *motivazione* deve essere un mezzo efficace per combattere l'eventuale tendenza di un magistrato a rimanere preda dei suoi pregiudizi. Nondimeno, conosciamo le motivazioni stereotipate, indotte spesso dalla spinta “produttivista”, e la *governance* della giustizia basata sui numeri.

Grazie a un'autentica motivazione, invece, la parte in causa, ma anche – in forza della pubblicità del processo – l'opinione pubblica, potranno essere sicuri dell'impatto degli argomenti posti a confronto (che siano stati adottati o scartati).

Così, affinché la fiducia nella giustizia si possa costruire, la sola maniera di essere imparziali è esserlo pubblicamente e in modo controllabile, basandosi su una motivazione di alto livello qualitativo. È così che concepisco l'«apparenza», evitando che si trasformi in tirannia; a questo proposito, occorre rilevare che un ruolo attivo e impegnato del giudice (vds. *infra*) è perfettamente compatibile con la concezione appena sviluppata.

In nome dell'imparzialità, alcuni vorrebbero relegare il giudice “fuori dal mondo”, in quanto qualsiasi impegno *nel* mondo porterebbe alla formazione di pregiudizi.

Il giudice ha delle opinioni personali, non è un essere “disincarnato”. Fatto di carne e sangue, ha necessariamente delle convinzioni. Nessuno desidera che i giudici perdano contatto con la sfera dell'umano. Ricordiamo la conclusione di Platone: solo un uomo morto o Dio potrebbero essere imparziali!

Noi giudici sappiamo tutti – perché tacere? – di avere preferenze personali, che derivano dalla nostra

34. *La tyrannie de l'apparence*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 28, 1996, p. 627 (www.rtdh.eu/fr/journal/revtrim-drh/1996-28/index.html#back/).

35. *L'impartialité du juge*, in *Recueil Dalloz*, n. 6/1999, pp. 53-57.

cultura, dalla nostra educazione, dai valori in cui crediamo. I giudici votano, in Francia possono aderire a un partito e presentarsi alle elezioni politiche (al di fuori della loro circoscrizione), sono credenti, atei, agnostici... Alcuni giudici sono più sensibili ai diritti dei proprietari, altri a quelli degli inquilini; o, ancora, a quelli dei datori di lavoro o dei lavoratori; alla difesa dell'ambiente... L'imparzialità non consiste nel cessare di avere opinioni, ma semplicemente richiede la capacità di essere toccati da un fatto, di essere convinti dagli argomenti o dall'interpretazione giuridica proposti da una parte.

Ciò che l'imparzialità vieta non è di avere un'opinione, bensì il fatto di non poterla cambiare in presenza di una data situazione e di un'argomentazione, di tenersi a distanza dal dibattito giudiziario.

Anche in questo caso, le condizioni di lavoro dei giudici, le modalità di composizione dell'organo (collegiale o meno), lo sviluppo delle udienze a giudice unico, che segue la logica della redditività ad ogni costo, costituiscono ostacoli alla realizzazione di una vera imparzialità. In particolare, il dibattimento collegiale (effettivo), è un potente fattore di attuazione dell'imparzialità.

In conclusione direi che, non meno che l'apparenza – o anche di più –, scelgo la trasparenza. Così il giudice dev'essere in grado di conoscersi, il «conosci te stesso» di Socrate diventa necessario: non gli è chiesto di giudicare al di fuori di se stesso, ma *con se stesso*, forte della capacità di essere toccato da ciò che viene dibattuto, sottoponendo al principio del contraddittorio tutti gli elementi che possono essere tali da fondare la sua decisione.

8. Il giudice dev'essere un “arbitro impegnato”

8.1. La necessità di un ruolo attivo del giudice nell'era dei diritti fondamentali

Dopo aver scritto, nel 2008, un articolo in un quaderno collettivo di MEDEL, intitolato «*L'imparzialità del giudice non è neutralità: per una concezione impegnata della funzione giurisdizionale*»³⁶, ho avuto la piacevole sorpresa di trovarlo citato in una rivista giuridica canadese. Qui era ripreso il nucleo profondo della mia riflessione, situandola in un mondo (un universo) dove gravitano i diritti fondamentali. «Bi-

sogna avere la capacità di comprendere l'insieme della realtà sociale, di essere toccati da tutte le sue componenti, per essere in grado di percepire la pertinenza fattuale e giuridica di ogni singolo percorso».

Ho applicato al giudice l'espressione di Raymond Aron, che aveva intitolato uno dei suoi libri «*Lo spettatore impegnato*», per significare che si può essere sia *terzi* che *impegnati*. Il giudice dev'essere un “arbitro impegnato” professionalmente: sia per percepire questa realtà sociale che per essere attivo nel procedimento.

8.2. Obbligo di chiarimento e di “dialogo” in capo al giudice. L'esempio pertinente della Germania

I tedeschi hanno una concezione del giudice e del suo ruolo particolarmente interessante, che si riallaccia alla posizione citata sopra da Paul Martens. In base a una pratica specifica, il giudice civile tedesco ha l'obbligo di far conoscere la sua analisi giuridica alle parti con la finalità, per lui obbligatoria, di evitare decisioni a sorpresa.

Ecco come una collega tedesca descrive questa pratica³⁷:

«Il § 139 dello ZPO [il codice di procedura civile tedesco – *ndr*] contiene un obbligo che si applica a tutti i procedimenti civili, anche quando entrambe le parti sono rappresentate dai propri avvocati. Esso prevede un esame e una discussione con le parti, se necessario. Tale obbligo, che riguarda soltanto la domanda principale, conferisce al giudice un ruolo molto attivo nell'udienza. Il giudice dovrebbe fare una sintesi dei fatti della controversia e porre domande per chiarire alcuni aspetti.

Inoltre, il giudice è tenuto a fornire la sua valutazione giuridica della controversia. Nella prassi, ciò si traduce spesso in una discussione aperta tra il giudice e gli avvocati sui problemi giuridici che pone il caso in esame. Al momento dell'udienza, il giudice non ha l'obbligo di effettuare una valutazione giuridica irremovibile, e può esporre il proprio ragionamento e gli argomenti che lo sostengono, precisando che non si tratta ancora della decisione finale. Inoltre, il giudice non è vincolato dal suo ragionamento: può rivederlo o modificarlo, nel qual caso ha il dovere di informare le parti. Ciò rivela un altro obiettivo della norma: evitare decisioni “a sorpresa”. In questa situazione, il giudice emetterà un provvedimento esplicativo prima di proseguire nel procedimento».

36. <https://medelnet.eu/wp-content/uploads/2012/06/Gaboriau.pdf>.

37. Vds. Gabrielle Scotten (giudice del Tribunale distrettuale di Colonia), *La conciliation par le juge : vers quels horizons ?*, in *La semaine juridique*, supplemento al n. 24, 19 giugno 2023, pp. 45 e 46.

8.3. Imparzialità allargata

Antoine Garapon, la cui preoccupazione pare anch'essa legata alla necessità di un ruolo attivo del giudice, ha scritto:

«Il senso della sua [del giudice] nuova missione politica è di garantire, non più personalmente come giudice, ma collettivamente, la capacità riconosciuta a tutti di comportarsi come uomini». Per questo occorre, a mio avviso, poter conoscere “tutti gli uomini”. Egli parla, al riguardo, «dell'imparzialità allargata come [di una] nuova qualità del giudice», che richiede «di abbandonare la concezione tradizionale dell'imparzialità per interessarsi di più alla concretezza delle situazioni vissute dalle parti e verificare chi ha accesso alla giustizia, e a quale costo»³⁸.

Non sono forse, per un giudice, preoccupazioni quotidiane l'accesso indispensabile alla giustizia, l'uguaglianza necessaria nella difesa, l'equità imperativa nell'imparzialità? Quale giudice non si è trovato di fronte a uno squilibrio nella qualità delle pretese portate davanti alla giustizia? Chi non ha mai riconosciuto l'omissione di questo strumento giuridico [l'imparzialità] essenziale per una parte – in genere la più povera – ? Allora, se il giudice si addentra nel dibattito giudiziario e vi introduce un argomento che cambia tutto, lo fa per partito preso? Perché è condizionato da un pregiudizio? No, in quanto l'imparzialità non si identifica con la neutralità: troppo spesso i due concetti sono confusi. “Neutrale”, in tempo di guerra, è chi non prendere posizione tra i belligeranti. Il giudice, per essenza, deve prendere una posizione attraverso ciò che decide. “Neutro”, nel senso fisico del termine, è un luogo estraneo a qualsiasi corrente. Il giudice non sta fuori dalla società, non è neutro rispetto ad essa, ma vive nella “corrente sociale”.

Si deve invece esigere neutralità nel funzionamento del servizio pubblico della giustizia, ma si tratta di un'altra questione, declinata in atti quali garantire le parti nel loro accesso al procedimento, fornire informazioni sul suo svolgimento e in merito alle decisioni adottate, consentire, più in generale, l'accesso al sistema giustizia...

8.4. L'esempio dei diritti dei consumatori

A proposito del ruolo direttivo del giudice, può essere citato un esempio significativo in materia di consumo e, più in particolare, di contratti di credito.

Alcuni anni fa, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione francese, il giudice non poteva eccepire d'ufficio una causa di nullità in un tale contratto. Confrontati alla realtà sociale di soggetti che, mediante l'applicazione di tale giurisprudenza, si sono trovati vittime di un debito insanabile, alcuni magistrati hanno deciso, alla fine del 2000, di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea (allora “delle Comunità europee”, CGCE) per una questione pregiudiziale sul funzionamento della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993. Nella memoria presentata dinanzi alla Corte dalla società di credito, parte in causa che sosteneva la conformità europea della giurisprudenza della Cassazione, si denunciavano un «clima di ribellione improduttiva» e la «fronda alimentata da alcuni giudici e dai loro sindacati, nonché da alcuni membri del Syndicat de la Magistrature».

Il 21 novembre 2002³⁹, il Giudice di Lussemburgo, ribaltando la giurisprudenza francese, stabilì che «la tutela che la direttiva europea garantisce ai consumatori si oppone a una disciplina interna la quale, in un'azione intentata da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto concluso tra loro, vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine perentorio, di rilevare, d'ufficio o in seguito a un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita in detto contratto».

Che cosa era successo? Le «forze immaginanti del diritto» care a Mireille Delmas Marty⁴⁰ si erano messe in moto! Decisi a prendere conoscenza della realtà sociale del contenzioso che trattavano, due giudici⁴¹ si sono resi conto che nella maggior parte dei casi i debitori non si presentavano all'udienza e, le rare volte in cui erano presenti, non erano assistiti da un avvocato; di conseguenza, questi giudici si sono mobilitati per trovare una soluzione giuridica soddisfacente. Nel proporre una questione pregiudiziale, dopo varie ricerche, si sono ispirati a una sentenza della Corte di giustizia che riguardava la Spagna. Questo esempio

38. Vds. MEDEL, *Pour une nouvelle justice civile. La crise d'efficacité de la justice en Europe*, Annonces de la Seine, Parigi, 1999 (incontro del 29 e 30 gennaio).

39. Cgue, *Cofidis c. Fredout*, C-473/00 (<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=FB3AA70449B8B66B42D1BBC78E122515?text=&docid=47530&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2247451>).

40. *Le Relatif et l'Universel. Les Forces imaginantes du droit*, tomo I, Le Seuil, Parigi, 2004.

41. www.lemonde.fr/festival/article/2016/08/02/comment-deux-petits-juges-ont-decroche-l-anneau-de-gollum_4977371_4415198.html.

dimostra anche come l'ufficio del giudice sia cambiato grazie all'attuazione del diritto internazionale e, specialmente, del diritto europeo, a livello sia dell'Ue sia del Consiglio d'Europa. Il giudice può ora farsi giudice della legge. Inoltre, la Cedu lo invita a soppesare tutti i diritti in gioco in una causa – ad esempio, da un lato, il diritto di proprietà e, dall'altro lato, il diritto alla vita privata.

9. L'imparzialità sistematica

9.1. L'approccio sociale

Tale approccio merita un approfondimento. Nel corso della storia, infatti, la giustizia è stata spesso vista come faziosa poiché era il riflesso della classe dirigente. Così Jean Jaurès, nel 1895, aveva interpellato il Ministro della giustizia nel contesto di uno sciopero emblematico per la storia del movimento operaio in Francia, quello dei vetrai di Carmaux, denunciando l'eccessiva repressione del movimento e criticando i giudici e il Governo, che approfittava dell'attitudine alla severità dei primi: «Questi magistrati, sentendosi "accerchiati" dalle lotte politiche e sociali che imperverano necessariamente nel nostro Paese, si lasciano andare alle loro impressioni, alle loro emozioni e alla loro collera, via via degenerando, se non li si richiama al rispetto della legge e della propria dignità»⁴². Non c'è dubbio che questi giudici applicavano meccanicamente la legge penale, con tutto il margine repressivo che essa gli lasciava a disposizione; tuttavia era la loro "precultura" a orientarli già verso una severità molto forte e, in definitiva, eccessiva.

La questione della rappresentanza, all'interno del corpo della magistratura, delle varie estrazioni sociali rimane attualissima. La creazione, nel 1958, di una Scuola della magistratura repubblicana (ENM) ha incontestabilmente consentito, almeno all'inizio, una maggior diversità sociale di reclutamento; tuttavia, essa resta estremamente limitata. Poiché il concorso di accesso all'ENM si prepara in larghissima parte iscrivendosi a corsi preparatori a pagamento, dal 2008 la Scuola ha istituito dei corsi riservati ai titolari di borsa di studio. Tuttavia, la

percentuale degli ammessi che arrivano da quei corsi rimane minima: nel 2024, che ha appena visto una storica promozione di 459 uditori, solo 25 tra loro provengono da quella formazione. Per gli anni a venire sono previsti ingressi massicci, e si dovrà prestare attenzione all'evolversi (o meno) dell'eterogeneità sociale dei futuri magistrati.

Resta un'altra questione fondamentale, ancorché occultata: quella della rappresentanza infinitesimale delle "minoranze visibili" (il caso del collega russo, più sopra richiamato, ne è un esempio). La Francia, per la sua storia, è un Paese multiculturale ed "etnicamente" variegato. La diversificazione delle origini sociali e culturali nella magistratura è estremamente auspicabile, anche se, teoricamente, un giudice non ha bisogno di essere cresciuto nei quartieri difficili per capire le *banlieues*, né di essere di origine africana per comprendere le realtà umane a sud del Mediterraneo... Ogni essere dotato di ragione deve poter cogliere situazioni anche sociologicamente "lontane", alle quali non sia possibile accedere sul piano relazionale e "comunitario". Una conoscenza di questo tipo si costruisce grazie all'immaginazione, che Hannah Arendt⁴³ descrive come la facoltà che «trasforma un oggetto in qualcosa a cui non ho bisogno di essere direttamente confrontato, ma che ho in qualche modo interiorizzato». La filosofa chiama in causa il pensiero allargato: «pensare mettendosi al posto di ogni altro», e afferma che «[l']immaginazione predispose al giudizio». Allora il giudice non può restare distante dal "mondo", dalla realtà sociale, ma deve andar loro incontro. Così, «prendere parte al mondo» porta alla sua necessaria comprensione attraverso la giustizia, rendendone a ciascuno la parte che gli spetta. Un pluralismo sociale della magistratura faciliterebbe questa comprensione e contribuirebbe a consolidare la tanto indispensabile fiducia nella giustizia. Giustizia resa in nome del popolo francese⁴⁴, in tutta la sua diversità. E in nome del rispetto dello Stato verso i suoi impegni internazionali, che trovano riscontro nella Cedu e, in generale, in tutti i trattati europei e internazionali che impegnano la Francia.

A tal fine, sono assolutamente necessarie politiche pubbliche volontaristiche e innovative, che assicurino l'accesso ai diritti e alla giustizia per la popolazione francese, nella sua pluralità.

42. Cfr. N. Olszak, *Mouvement ouvrier et système judiciaire (1830-1950)*, tesi di dottorato, Strasburgo, 1987, p. 223.

43. Juger. *Sur la philosophie de Kant*, cit. da M. Revault d'Allonnes, *L'imparzialità del giudice. Una problematica di tutti i tempi*, in S. Gaboriau e H. Pauliat (a cura di), *L'Éthique des gens de justice*, in *Entretiens d'Aguesseau*, Presses Universitaires de Limoges, Limoges, 2001 (www.daguesseau.fr/lethique-des-gens-de-justice/).

44. La giustizia in Francia è stata originariamente resa in nome di Dio, poi del Re e in seguito, in particolare sotto il Secondo Impero, in nome del Capo dello Stato. Solo poco a poco (fin dalla Prima Repubblica per i giudici ordinari; molto più tardi per quelli di diritto pubblico), si è riconosciuto che la giustizia si rendeva "in nome del popolo francese": così M. Touzeil-Divina, *Institutions juridictionnelles en 9 thèmes*, Dalloz, Parigi, 2022, cap. 1.

9.2. L'approccio organizzativo

Il principio del “giudice naturale” in Francia... non esiste.

Riconosciuto dalla cultura giuridica francese⁴⁵ almeno dal XVI secolo e consacrato in tutti i testi rivoluzionari, il principio del diritto al giudice naturale non è ancora rispettato dal sistema francese, per come è regolato dal Codice dell'organizzazione giudiziaria, mentre oggi fa parte della Costituzione di numerosi Stati europei (in particolare: Italia, Germania, Spagna e Portogallo). È stato abbandonato, in Francia, in circostanze storiche che sono emblematiche della sua funzione di protezione dell'indipendenza dei giudici e di rispetto del principio di imparzialità, poiché fu il regime di Vichy a inferirgli un colpo fatale. Una legge del 14 agosto 1943, firmata da Pierre Laval⁴⁶, ha rimesso in discussione questa lunga tradizione, decidendo che la rotazione negli incarichi, fino ad allora definita da una commissione ristretta, sarebbe stata prerogativa del primo presidente, per le corti, e del presidente, per i tribunali di primo grado (dal 2020 denominati “tribunali giudiziari” – TJ): il controllo della scelta dei giudici era strategicamente importante per il regime. Successivamente, quel testo di legge non sarà rimesso in discussione nella sua disposizione essenziale, mantenendo così in capo ai presidenti la scelta dell'assegnazione dei giudici. L'art. L121-3 del Codice di organizzazione giudiziaria è erede di quel testo: «Ogni anno il primo presidente della Corte di cassazione, il primo presidente della Corte d'appello e il presidente del tribunale giudiziario ripartiscono i giudici nei diversi poli specializzati, sezioni e servizi della giurisdizione»⁴⁷. Il parere dell'assemblea generale di tali organi non è vincolante per il presidente. Si potrebbero citare esempi di deliberata esclusione di giudici “sgradevoli” a causa del loro modo di giudicare o, al contrario, di assegnazioni motivate della prevedibilità decisionale di certi magistrati. In tal modo, un superiore gerarchico può designare uno o più giudici per trattare un determinato contenzioso in funzione della giurisprudenza che, si presume – considerate le loro pratiche abituali –, adotteranno. L'imputato si troverà, così, faccia a faccia con un giudice che è stato scelto per la “preoccupazione” suscitata dal suo caso.

Citiamo la raccomandazione del Consiglio d'Europa agli Stati membri sui giudici: «[I]ndipendenza, efficacia e responsabilità» [CM/Rec(2010)12], del 17 novembre 2010: «La distribuzione degli affari all'interno di un tribunale deve seguire criteri oggettivi predeterminati, al fine di garantire il diritto a un giudice indipendente e imparziale. Non deve essere influenzata dai desideri di una parte in causa, né di qualsiasi altra persona interessata all'esito dell'affare».

10. Fine-partita provvisorio: le più alte istanze giurisdizionali possono essere parziali?

10.1. La Corte di cassazione... sì!

In una sentenza pronunciata dalla Corte Edu il 14 dicembre 2023, *Sindacato nazionale dei giornalisti et al. c. Francia* (n. 41236/18)⁴⁸, la Francia è stata condannata per violazione del diritto a un equo processo a causa del mancato rispetto dell'esigenza di imparzialità da parte della Corte di cassazione, basato sulla omessa sostituzione di tre consiglieri che compongono la Corte.

Nel 2018, i dibattiti sull'imparzialità della Suprema corte nel caso in questione (*Wolters Kluwer*) avevano riempito le pagine della cronaca scientifica e mediatica francese. La *Chambre sociale* della Corte di cassazione aveva, il 28 febbraio 2018, annullato senza rinvio una sentenza della Corte d'appello di Versailles del 2016, che condannava l'editore Wolters Kluwer France (WKF – specializzata nella formazione professionale, in particolare giuridica). La Corte d'appello aveva ritenuto che Wolters Kluwer avesse artificialmente indebitato la sua controllata francese in un'operazione di ottimizzazione fiscale, per non versare, dal 2007 al 2015, partecipazioni agli utili dovuti ai dipendenti. Pur sottolineando che il contributo dei magistrati alla diffusione del diritto rientra nell'ambito delle loro funzioni, il Giudice di Strasburgo ha constatato che le relazioni professionali di tre consiglieri componenti la *Chambre sociale* con una delle parti del procedimento erano regolari, strette e retribuite, deducendo che

45. S. Gaboriau e H.-E. Böttcher, *Le juge naturel, un principe oublié en France et sacré par la Constitution en Allemagne*, colloqui di MEDEL (*L'administration de la justice : un enjeu démocratique*, 24 giugno 2022) – di prossima pubblicazione.

46. Capo del Governo sotto Philippe Pétain e uno degli artefici della politica di collaborazione con la Germania nazista, fuggì al momento della Liberazione. Arrestato e condannato a morte dall'Alta Corte di giustizia, fu giustiziato il 15 ottobre 1945. Pétain, condannato a morte, fu graziato dal Generale De Gaulle.

47. Per un approfondimento di sintesi, cfr.: www.diritto.it/le-grandi-riforme-in-corso-nellordinamento-giudiziario-francese/.

48. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-229417%22%5D%7D>.

ciò era sufficiente a dimostrare che avrebbero dovuto astenersi e che i timori dei ricorrenti quanto alla loro mancanza di imparzialità potevano essere, nel caso in esame, oggettivamente giustificati. Ne è seguita una constatazione di violazione dell'art. 6, primo paragrafo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il 19 dicembre 2019, il Csm, adito dai sindacati, aveva emesso una decisione che offriva una solida base argomentativa alla Corte Edu – la quale, tuttavia, non aveva (a differenza del Csm) da pronunciarsi in merito a un'infrazione disciplinare dei tre consiglieri. Il Csm ha considerato che la loro partecipazione regolare e remunerata ai corsi di formazione giuridica organizzati dalla WKF costituisse un legame d'interesse, che ben poteva far sorgere un dubbio legittimo sulla loro imparzialità: di conseguenza, secondo il Consiglio, i tre magistrati avrebbero dovuto astenersi. Tuttavia, il Csm ha ritenuto che l'inosservanza delle norme deontologiche da parte dei consiglieri non fosse sufficientemente grave da integrare un illecito disciplinare.

10.2. ... E il Consiglio costituzionale? Forse

Un comitato delle Nazioni Unite, cd. "Comitato di Aarhus", incaricato del controllo dell'applicazione della Convenzione sull'accesso all'informazione alla giustizia in materia ambientale, è stato adito da tre associazioni francesi, *France Nature Environnement*, *Greenpeace France* e *La Sphinx*, per una contestazione relativa al funzionamento del Consiglio costituzionale.

Sulla questione, Laureline Fontaine, Thomas Perroud e Dominique Rousseau, docenti universitari di Diritto pubblico, lo scorso ottobre hanno presentato al Comitato una serie di osservazioni⁴⁹.

In un articolo apparso il 17 gennaio su *Le Monde*⁵⁰, essi riassumono la loro posizione, sottolineando le lacune che riguardano il Consiglio costituzionale, in particolare la sua composizione e, quindi, la sua mancanza d'imparzialità:

«È importante ricordare che violazioni di principio della democrazia risultano dalla composizione e dal funzionamento del Consiglio costituzionale: parzialità e incompetenza dei "giudici", mancanza d'indipendenza effettiva nei confronti dei poteri che esso stesso controlla, gravi carenze nella formulazione delle decisioni. Queste critiche sono già state fatte, ma la constatazione rimane. Un caso ben si presta, all'occasione, ad essere citato. La situazione del Con-

siglio è attualmente sottoposta all'esame di un comitato ONU, il Comitato di Aarhus, il cui compito è quello di monitorare l'applicazione della Convenzione omonima, che riguarda in particolare la questione dell'accesso alla giustizia ai fini della protezione dell'ambiente. Il 10 aprile 2022, il Consiglio costituzionale aveva emesso una decisione a proposito della legge relativa allo sviluppo dell'edilizia abitativa, della pianificazione e del digitale su una questione di costituzionalità sollevata dall'associazione *La Sphinx*. Il Consiglio confermò allora la costituzionalità della disposizione che privava le associazioni della possibilità di ricorrere contro le concessioni edilizie, qualora dette associazioni fossero costituite da meno di un anno (...). Tra gli addebiti rivolti dalle tre associazioni al Consiglio costituzionale dinanzi al Comitato ONU, figurano le condizioni in cui è stata emessa la decisione del 10 aprile 2022: *in primis*, si rileva l'assenza di imparzialità del Consiglio, un'assenza aggravata da norme procedurali inadeguate e da una forma di dipendenza dai poteri controllati».

La decisione, qualunque essa sia, sarà di sicuro interesse.

11. Conclusioni

11.1. Imparzialità: un concetto a elevata densità e di ampia portata

Al termine di queste dieci "sequenze", altre componenti dell'imparzialità avrebbero sicuramente meritato un richiamo, identificandone le sfumature o, addirittura, le varianti.

Queste ultime possono declinarsi, in tutti gli ordinamenti giudiziari, secondo: a) la natura delle funzioni (giudicante o requirente); b) la giurisdizione (penale, civile o amministrativa, compresa quella speciale per il diritto di asilo); c) il tipo di legittimazione, che cambia in base alle qualifiche soggettive: professionisti, rappresentanti dei settori economici, imprenditori commerciali (tribunali di commercio), datori di lavoro o lavoratori dipendenti (*Conseil des prud'hommes*), o anche deputati, per quanto riguarda i membri della Corte di giustizia della Repubblica...

Per una maggiore completezza, sarebbe necessario un esame comparativo con le giurisdizioni internazionali, la cui imparzialità meriterebbe di essere messa in discussione: Corte internazionale

49. <https://questions-constitutionnelles.fr/limpartialite-des-membres-du-conseil-constitutionnel-en-question/>.

50. www.lemonde.fr/idees/article/2024/01/17/incompetence-des-juges-absence-d-independance-reelle-les-entorses-du-conseil-constitutionnel-a-la-democratie_6211253_3232.html.

di giustizia, Corte penale internazionale, Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo... Molto altro giustificerebbe un approfondimento, come l'imparzialità nelle procedure amichevoli, in quelle assicurate dal giudice⁵¹, ma anche da terzi in veste mediatori o conciliatori. Ancora, meriterebbe un'attenzione particolare il ruolo giocato dell'emozione, molto più positivo di quanto si è soliti affermare⁵².

L'inserimento del presente contributo in uno scritto più esaustivo porterà, sicuramente, ulteriori complementi.

11.2. Un passato che non passa

In principio era la ricerca del giusto, di una "buona giustizia", e l'imparzialità era una necessità. Con il suo perpetuo divenire, la storia ha dimostrato le vicissitudini di questo concetto nel tempo.

Nell'esperienza francese, trascorso il momento rivoluzionario che aveva, in nome dell'applicazione "meccanica" della legge, negato al giudice un ruolo nella sentenza, è stato riattribuito alla giurisprudenza il suo diritto di cittadinanza. Tuttavia, la forza di questa negazione originaria non è scomparsa da un gran numero di coscienze; il sospetto di parzialità, dietro il pretesto del pregiudizio ideologico, sorge ancora troppo spesso quando una sentenza non piace.

Dopo la Seconda guerra mondiale, provocata da regimi politici totalitari che si abbandonavano a pratiche omicide e di sterminio di popoli, fu eretto a *diritto fondamentale dell'uomo il diritto a un giudice indipendente e imparziale*, presente nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ripreso dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale esigenza è stata seguita dall'Unione europea che, considerando il valore dello Stato di diritto come par-

te dell'identità stessa dell'Unione, imponeva agli Stati membri il rispetto del diritto a un tribunale indipendente e imparziale (si vedano, in proposito, tutte le decisioni passate relative alla giustizia in Polonia).

Attualmente la Francia è china sul suo passato, sta riabilitando nel suo *pantheon* i combattenti di origine extraeuropea⁵³ che hanno servito la causa nazionale e sottoponendo a un esame legittimamente severo l'applicazione, da parte delle diverse giurisdizioni, delle leggi antisemite del regime di Vichy⁵⁴.

I giudici sono giunti a questo risultato: «accettando di applicare e interpretare le norme che definivano l'«Ebreo», hanno contribuito all'accettazione dell'idea – quasi che fosse un'evidenza – che gli ebrei erano di una specie, di una "razza" diversa, che non erano cittadini né soggetti di diritto come gli altri. Che, in ultima analisi, non erano uomini come gli altri»⁵⁵. Rifiutando di applicare un diritto antisemita, di fare dell'ignominia la normalità dell'ordine giuridico costituito, i giudici sarebbero stati parziali?

11.3. L'imparzialità dei magistrati e la logica verticale del riarmo

Il termine "riarmo" è nell'aria del tempo. È un *mantra* politico al più alto livello dello Stato, associato ad ogni sorta di argomento (morale, sicurezza, economia, demografia...).

Al giuramento in occasione della "storica" promozione dei futuri magistrati (*cf. supra*, par. 9.1.), il 9 febbraio 2024, il Presidente della Repubblica ha proclamato la necessità di riarmare il potere giudiziario nei seguenti termini: «L'ordine e il progresso sono alla radice della nostra Repubblica, dei suoi stessi principi. Ecco perché ho avviato questo riarmo dello Stato: riarmo delle nostre forze di sicurezza interne, con la legge di programmazione, riarmo dei nostri eserciti, riarmo dell'autorità giudiziaria».

51. Vds. *La semaine juridique* supplemento al n. 24, 19 giugno 2023: *La conciliation par le juge : vers quels horizons ?*, atti del 30 marzo 2023, dove il tema dell'imparzialità è trattato a più riprese; vds. altresì, *si vis*, S. Gaboriau, *La conciliation par le juge en France : un rendez-vous manqué ?*, pp. 15-22, dove sottolinea in che misura il giudice conciliatore attivi tutti i requisiti della sua funzione di giudice, in primo luogo l'imparzialità (www.assas-universite.fr/sites/default/files/sjg231024.pdf).

52. Si domanda Emmanuel Jeuland: «Non è pericoloso mettere a distanza le proprie emozioni (...) per giungere al giudizio? (...) Sembra acquisito, a seguito delle scoperte delle neuroscienze, che Cartesio si sia sbagliato a distinguere corpo e mente, ragione ed emozione (...). Una ragione priva di emozione conduce a decisioni sbagliate, emozioni mal gestite conducono a cattive intuizioni», cit. da S. Gaboriau, *Liberté et humanité du juge : deux valeurs cardinales de la justice. La justice numérique permettra-t-elle la fidélité à ces valeurs ? Quelques réflexions illustrées par l'expérience française*, intervento al Convegno di Bari, «Giustizia predittiva e prevedibilità delle decisioni. Dalla certezza del diritto alla certezza dell'algoritmo», Università "Aldo Moro", 5 ottobre 2018.

53. *Cfr.* B. Gurrey, *Missak et Melinée Manouchian entrent au Panthéon à l'issue d'une cérémonie émouvante et engagée*, *Le Monde*, 22 febbraio 2024 (www.lemonde.fr/politique/article/2024/02/22/missak-et-melinee-manouchian-entrent-au-pantheon-a-l-issue-d-une-ceremonie-emoouvante-et-engagee_6217869_823448.html).

54. *Cfr.* F. Johannès, *Les pratiques zélées du Conseil d'État vis-à-vis des juifs sous le régime de Vichy*, *Le Monde*, 6 febbraio 2024 (www.lemonde.fr/societe/article/2024/02/06/les-pratiques-zelees-du-conseil-d-etat-vis-a-vis-des-juifs-sous-le-regime-de-vichy_6214973_3224.html).

55. D. Lochak, *Le juge doit-il appliquer une loi inique ?*, *Le Genre humain*, vol. n. 28, n. 1/1994, pp. 29-39.

Scrive Bénédicte Chéron, specialista di storia militare⁵⁶: «Per quei dirigenti politici che provano un certo sgomento di fronte alla moltiplicazione delle crisi, utilizzare un lessico militare costituisce un modo assai visivo per manifestare l'autorità dello Stato e della sua forza sovrana». E constatiamo che una simile espressione, enunciata dal Capo del potere esecutivo e associata all'«autorità giudiziaria» (cioè al potere giudiziario), è incompatibile con il principio costituzionale della separazione dei poteri.

In quel discorso, molto solenne, il Presidente ha esplicitato la sua visione dell'imparzialità: «Nella Repubblica, il popolo è sovrano, e presto renderete giustizia in suo nome. Ora, il giuramento di magistrato obbliga quest'ultimo a “svolgere le sue funzioni con indipendenza, imparzialità, umanità” (...). Qui si gioca la fiducia che tutti devono avere nell'imparzialità dei magistrati, ma anche nel rigoroso rispetto del loro dovere di riservatezza, garanzia della loro indipendenza di spirito e di giudizio. La libertà di espressione dei magistrati è una libertà costituzionale e nessuno pensa di metterla in discussione. Essa deve avere per corollario uno “scarto” sistematico, da parte loro, per giudicare una causa quando la loro precedente parola pubblica lasci legittimamente dubitare il soggetto interessato che sarà giudicato da un giudice imparziale» – un'allusione a Mayotte?

Inoltre, il Capo dello Stato ha annunciato una riflessione futura sulla questione della libertà di espressione pubblica (individuale o collettiva) dei magistrati, che peraltro si riteneva ben ponderata e apprezzata nel parere del Csm del 13 dicembre 2023. Tali dichiarazioni, mentre una carta deontologica attende di essere elaborata in applicazione della legge del 23 novembre 2023, dimostrano più che mai come la questione, associata a quella dell'imparzialità, rimanga di bruciante attualità, e necessiti del richiamo ai principi fondamentali.

È importante far uscire la questione dell'imparzialità dall'“esclusiva deontologica” per poterne approfondire in pieno la complessità. Essa implica, oltre al dovere del magistrato stesso, quello dello Stato, del potere politico, che deve garantire effettivamente l'indipendenza della giustizia e il suo buon funzionamento, in particolare assicurando mezzi necessari

e condizioni dignitose di lavoro per i magistrati⁵⁷. Sono altresì necessarie, per garantire un'imparzialità ampia e sistematica, politiche pubbliche⁵⁸ destinate soprattutto a incrementare l'accesso alla giustizia e a permettere alle giurisdizioni di adeguarsi a profili socialmente diversificati, alle più varie esigenze e alla disparità dei mezzi individuali. Senza contare la necessità di aprire finalmente le porte, nel nostro diritto, al principio del “giudice naturale”.

In ogni caso, l'imparzialità non può essere sottoposta alla logica verticale del «riarmo» dello Stato.

11.4. La decisione della Corte Edu del 20 febbraio 2024 chiuderà il dibattito sulla libertà di espressione dei magistrati?

Con la sentenza *Danilet c. Romania*⁵⁹, il 20 febbraio scorso la Corte di Strasburgo ha condannato lo Stato rumeno in applicazione dell'art. 10 Cedu, che tutela la libertà di espressione, a causa della sanzione disciplinare inflitta a un giudice rumeno per le sue affermazioni su *Facebook*. Sul suo profilo (molto seguito), quest'ultimo si era mostrato particolarmente critico nei confronti di una riforma giudiziaria in corso, nonché della classe politica e della sua presunta influenza sulla polizia, la magistratura e l'esercito. Questa decisione sottolinea, una volta di più, la piena legittimità dei magistrati a partecipare in maniera attiva e impegnata – e anche molto critica, come in quel caso – al dibattito democratico in corso nello spazio pubblico. Essa ha, inoltre, offerto precisazioni sull'ambito della libertà di espressione e del dovere di riserbo dei magistrati. La Corte, infatti, ha riaffermato «il principio secondo cui si è in diritto di attendersi da un magistrato che egli utilizzi con moderazione la propria libertà di espressione, essendo l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario suscettibili di essere messe in discussione. Tuttavia, nella fattispecie non si trattava di affermazioni manifestamente illecite, diffamatorie, incitanti all'odio o alla violenza».

In qualche modo, la Corte ha fatto della libertà di espressione dei giudici un “santuario” protetto e ha integrato il parere del Csm più sopra citato, ponendo come limiti a tale libertà l'illiceità, l'odio, l'appello alla violenza, la diffamazione.

56. Cit. da M.-O. Bherer, *Le Monde*, 14 febbraio 2024 (www.lemonde.fr/idees/article/2024/02/14/en-invoquant-le-rearmement-emmanuel-macron-tente-de-sauver-une-rhetorique-qui-s-use-avec-le-temps_6216440_3232.html).

57. <https://start.lesechos.fr/travailler-mieux/metiers-reconversion/dans-lenfer-du-quotidien-des-magistrats-1942531>.

58. <https://gip-ierdj.fr/fr/actualites/appel-a-communications-deuxieme-rendez-vous-international-de-linnovation-en-justice/>.

59. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-231084%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-231084%22]).

L'indipendenza e l'imparzialità delle corti internazionali tra *accountability* e *judicial restraint*

di Daniela Cardamone

Dalla fine della Seconda guerra mondiale, il numero delle corti internazionali è aumentato in modo esponenziale. Il loro campo di azione è molto ampio e l'impatto delle loro decisioni, vincolanti sulle politiche interne e sui sistemi giuridici degli Stati, induce a interrogarsi sulla loro legittimità, efficacia e indipendenza.

1. La proliferazione delle corti internazionali e la questione della loro imparzialità e indipendenza / 2. La protezione dell'indipendenza delle corti internazionali / 3. Fattori che influenzano l'imparzialità e l'indipendenza delle corti internazionali / 4. Sostanza o apparenza di imparzialità? / 5. Rapporto tra indipendenza e responsabilità come strumenti di legittimazione delle corti internazionali / 6. Conclusioni

1. La proliferazione delle corti internazionali e la questione della loro imparzialità e indipendenza

Dalla fine della Seconda guerra mondiale, in un mondo in cui i confini nazionali sono sempre più permeabili alle persone, ai beni e alle informazioni, la comunità internazionale si è trovata ad affrontare problemi che non consentivano soluzioni unilaterali e la creazione di giurisdizioni internazionali è stata uno strumento necessario per rafforzare la cooperazione tra Stati.

Si è avuto quindi un aumento esponenziale del numero dei tribunali internazionali, ai quali è stato conferito un campo di azione molto ampio, in quanto decidono questioni che vanno dagli accordi commer-

ciali ai diritti umani, risolvono controversie commerciali di grande impatto economico tra le superpotenze economiche, possono far rispettare la legge del mare, possono condannare gli Stati per violazioni dei diritti fondamentali dei propri cittadini e punire i criminali di guerra.

Dato che le loro decisioni sono vincolanti, è evidente che l'impatto che i tribunali internazionali possono avere sulle politiche interne degli Stati e sui loro ordinamenti giuridici è molto significativo¹. Si stima che i tribunali internazionali abbiano ormai emesso migliaia di sentenze giuridicamente vincolanti, che si traducono in notevoli cambiamenti nella politica e nelle azioni degli Stati. La giurisdizione obbligatoria di molti di questi tribunali, il fatto che diverse corti internazionali siano aperte ad attori non statali, come

1. C.P.R. Romano, *The proliferation of international judicial bodies: the piece of the puzzle*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4/1999, p. 709 (<http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-on-Proliferation.pdf>).

individui e società, sono fattori che si traducono in una crescente influenza dei loro giudizi su quelli che, tradizionalmente, vengono considerati aspetti interni degli Stati².

Alcuni hanno descritto questo fenomeno come «giurisdizionalizzazione dell'ordine giuridico internazionale», che significa che il diritto internazionale, che tradizionalmente è la “legge del più forte”, è progressivamente soggetto ai principi dello Stato di diritto attraverso la volontà degli Stati stessi³.

Il fenomeno della proliferazione dei tribunali internazionali e il loro ampio potere hanno suscitato un crescente interesse per la loro credibilità, legittimazione ed efficacia.

La riflessione sulla legittimazione delle corti internazionali è strettamente connessa al tema della loro imparzialità e indipendenza da altri poteri, che – molto familiare nel diritto interno – è relativamente inesplorato in ambito internazionale.

A questo proposito, la prima questione da valutare è se l'indipendenza dei tribunali internazionali debba essere affrontata in termini diversi rispetto a quella delle giurisdizioni nazionali. In altre parole, i tribunali internazionali e i loro giudici devono essere considerati dispensatori di giustizia imparziale, che emettono decisioni basate su norme giuridiche, oppure sono, piuttosto, una manifestazione del potere e dell'influenza statale nelle relazioni internazionali ed emettono decisioni che sono ispirate da motivazioni diverse da quelle strettamente giuridiche? I giudici internazionali sono «diplomatici in toga»⁴ oppure agiscono secondo gli stessi principi di indipendenza dei sistemi giuridici nazionali?

Si pone, quindi, la questione se l'indipendenza di un giudice internazionale debba essere valutata secondo i parametri propri degli ordinamenti nazionali oppure sulla base di uno *standard* diverso, opportunamente calibrato per il contesto internazionale.

Alla base di tutte queste domande c'è una questione fondamentale da analizzare: l'indipendenza della magistratura internazionale deve essere valutata come quella dei giudici nazionali oppure c'è qualcosa di qualitativamente diverso nelle corti interna-

zionali? In altre parole, la giustizia internazionale è uno strumento di politica internazionale tale da richiedere l'applicazione di regole diverse rispetto alla giurisdizione nazionale e un livello diverso o inferiore di indipendenza?

Nel corso della presente analisi vedremo che, nel contesto dei tribunali internazionali, è meno evidente quale debba essere il significato di indipendenza e imparzialità.

2. La protezione dell'indipendenza delle corti internazionali

L'indipendenza e imparzialità dei giudici delle corti internazionali può essere considerata un dato formalmente acquisito nel diritto internazionale⁵.

Ad esempio, l'articolo 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma che «tutti hanno diritto in piena uguaglianza ad un processo equo e pubblico davanti a un tribunale indipendente e imparziale nella determinazione dei suoi diritti e obblighi e in merito a qualsiasi accusa penale contro di lui».

L'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) afferma che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

Inoltre, la conferenza internazionale in cui la comunità internazionale ha deciso di istituire la Corte penale internazionale (Cpi) ha affermato che «c'è un ampio consenso sul fatto che la Corte dovrebbe essere un sistema giudiziario penale internazionale indipendente, giusto, imparziale, efficace e ampiamente rappresentativo, e che dovrebbe essere libero da influenze politiche o di altro tipo». È stato, inoltre sottolineato, che la Cpi non dovrebbe diventare uno strumento di lotte politiche o un mezzo per interferire negli affari interni di altri Paesi⁶.

2. C.P.R. Romano, *op. ult. cit.*

3. L'espressione «*judicialization of the international legal order*» è di: G. Ulfstein, *International Courts and Judges: Independence, Interaction, and Legitimacy*, in *NYU Journal of International Law and Politics*, *PluriCourts Research Paper* (RP) n. 14-13, 2014, Università di Oslo, Facoltà di Giurisprudenza, RP n. 2014-14 (<https://ssrn.com/abstract=2433584>).

4. Questa efficace definizione è di: E. Voeten, *International Judicial Independence*, RP, 30 settembre 2011 (<https://ssrn.com/abstract=1936132> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1936132>).

5. T. Meron, *Editorial Comment: Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals*, in *The American Journal of International Law*, vol. 99, n. 2/2005, p. 359.

6. *Press Release, U.N. Diplomatic Conference Concludes in Rome with Decision to Establish Permanent International Criminal Court*, U.N. Doc. L/ROM/22n, 17 luglio 1998.

Sebbene esistano profonde differenze tra l'indipendenza dei giudici nazionali e quella delle corti internazionali, come meglio si dirà in seguito, sembra possibile individuare un minimo comune denominatore secondo il quale si tratta di un requisito imprescindibile, che consente ai giudici di decidere senza essere influenzati o vincolati dalle preferenze e opinioni di altri soggetti.

L'indipendenza dei giudici internazionali, così com'è intesa, è riconosciuta come un fattore essenziale per la salvaguardia della credibilità e della legittimazione delle corti e dei tribunali internazionali.

A questo proposito, infatti, sono emerse nel contesto internazionale almeno due esigenze imprescindibili: innanzitutto, la necessità di garantire che il giudice possa decidere senza essere influenzato da preferenze e opinioni altrui; in secondo luogo, garantire l'indipendenza delle corti e dei tribunali internazionali dagli organismi politici⁷.

In tale ottica, ad esempio, molti trattati e regolamenti che istituiscono e disciplinano le corti internazionali prevedono espressamente che i giudici, una volta eletti, non sono delegati di alcuno Stato membro e che devono esercitare il loro mandato in modo imparziale⁸.

Oltre a godere della inamovibilità⁹ i giudici delle corti internazionali godono, inoltre, dei privilegi e delle immunità diplomatiche, anche dopo la fine del mandato, per ogni responsabilità relativa all'attività svolta e/o alle opinioni espresse durante lo svolgimento delle loro funzioni¹⁰.

In alcuni casi il mandato è rinnovabile una volta (ad esempio, per i giudici della Corte internazionale

di giustizia e della Corte europea di giustizia); in altri casi è, invece, esclusa la possibilità di rielezione (ad esempio, per la Corte penale internazionale e per la Corte europea dei diritti dell'uomo)¹¹.

Talvolta, le norme che regolano il funzionamento dei tribunali internazionali prevedono divieti di svolgimento di quelle attività che possano compromettere l'indipendenza e l'imparzialità¹².

3. Fattori che influenzano l'imparzialità e l'indipendenza delle corti internazionali

Sebbene, *prima facie*, il concetto di indipendenza sembri applicarsi ai giudici internazionali allo stesso modo di quelli nazionali, una serie di caratteristiche dell'ordinamento sovranazionale suggerisce che il recepimento diretto dei principi validi a livello nazionale non è sempre appropriato¹³.

I giudici delle corti internazionali condividono con i giudici nazionali analoghe problematiche relative all'indipendenza dal potere politico, ma si confrontano con questioni ulteriori, derivanti dalla diversa natura dell'ordinamento giuridico internazionale.

La dottrina evidenzia, in proposito, l'esistenza di una serie di meccanismi di controllo *ex-ante* ed *ex-post* che i governi potrebbero utilizzare per influenzare l'azione dei tribunali internazionali¹⁴.

In proposito, va evidenziato, in primo luogo, che una differenza fondamentale tra il funzionamento del sistema internazionale e quello interno agli Stati è il modo in cui vengono applicate le sentenze e le decisioni.

7. R. Mackenzie e P. Sand, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n. 1/2003, pp. 271 ss. (www.pict-pecti.org/publications/PICT_articles/mackenzie2.pdf).

8. Vds., ad esempio, quanto stabilito per la Corte internazionale di giustizia: «Una volta eletto, un membro della Corte non è delegato né del governo del proprio Stato né di quello di qualsiasi altro Stato»; analogamente, per la Corte Edu, l'art. 21, par. 2 della Cedu prevede: «I giudici siedono alla Corte a titolo individuale».

9. Ad esempio: art. 18 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia; art. 23 della Cedu.

10. Solo per fare alcuni esempi, le immunità sono previste dallo Statuto della Corte internazionale di giustizia all'art. 19, dallo Statuto della Corte penale internazionale all'art. 48, dalla Cedu all'art. 51; lo stesso vale per la Corte europea di giustizia, per la quale vds. il Protocollo n. 3 sul relativo Statuto («Protocol no 3 annexed to the Treaties on the Statute of the Court of Justice of the European Union» – https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:07cc36e9-56a0-4008-ada4-08d640803855.0012.02/DOC_10&format=PDF).

11. Per una disamina delle norme a tutela dell'indipendenza delle principali corti internazionali, vds. P. Pinto de Albuquerque e Hyun-Soo Lim, *Protecting the independence of International judges: current practice and recommendations*, in P. Pinto de Albuquerque e K. Wojtyczek (a cura di), *Judicial power in a globalized world*, Springer Nature, Cham (Svizzera), 2019, pp. 413 ss.

12. Ad esempio: art. 21, par. 3, Cedu: «Per tutta la durata del loro mandato, i giudici non possono esercitare alcuna attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, di imparzialità o di disponibilità richieste da un'attività esercitata a tempo pieno»; art. 40, par. 2, Statuto Cpi: «I giudici non devono intraprendere alcuna attività che possa interferire con le loro funzioni giudiziarie o incidere sulla fiducia nella loro indipendenza».

13. K. Dzehtsiarou e D. Coffey, *Legitimacy and Independence of International Tribunals: An Analysis of the European Court of Human Rights*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 37, n. 2/2014, pp. 269 ss. (<https://ssrn.com/abstract=2584377>).

14. Per una panoramica di tali strumenti, vds. L.R. Helfer e A.M. Slaughter, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, in *California Law Review*, vol. 93, n. 3/2005, pp. 899 ss. (https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2027; https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2655&context=faculty_scholarship).

Negli ordinamenti nazionali, le corti e i tribunali svolgono il loro ruolo nell'ambito di un ordinamento giuridico complesso e di carattere originario, che non deriva la sua validità da nessun altro ordinamento superiore, in cui il potere legislativo, esecutivo e giudiziario agiscono attraverso norme e decisioni vincolanti per tutti i cittadini. I tribunali nazionali operano all'interno di un sistema giuridico che ha portata universale entro i confini dello Stato e dispongono, quindi, di strumenti efficaci per eseguire le sentenze¹⁵.

Le corti internazionali, invece, non operano come parte di un governo mondiale coerente, unificato e sovrano, ma agiscono all'interno di un sistema senza organizzazione gerarchica, in cui l'esecuzione delle loro decisioni è lasciata alla volontà degli stessi Stati da cui traggono la loro legittimazione¹⁶.

L'esecuzione delle sentenze delle corti internazionali dipende da meccanismi molto più complessi, rimessi alla volontà degli Stati che devono accettare di eseguirle e che possono minacciare di non farlo o, più o meno implicitamente, ignorare le sentenze o addirittura abbandonare la giurisdizione di un tribunale.

Ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) non ha il potere di far rispettare le sue decisioni e sentenze in modo coercitivo e le parti contraenti devono accettare la legittimità delle sentenze della Corte, anche quando si è pronunciata contro di esse¹⁷.

Allo stesso modo, senza un proprio meccanismo di applicazione, l'efficacia e l'effettività dell'azione della Corte penale internazionale dipende in larga misura dalla cooperazione che riceve dagli Stati, dalle Nazioni Unite, dalle organizzazioni regionali e da altri soggetti rilevanti, sin dalla fase delle indagini¹⁸.

Un altro aspetto che rende più esposte a pressioni politiche le giurisdizioni internazionali è la loro dipendenza dagli Stati per il finanziamento delle proprie attività. Lo strumento finanziario è probabilmente quello con cui gli Stati possono maggiormente influenzare il corretto funzionamento delle corti e dei tribunali internazionali. Le consultazioni che precedono l'adozione del bilancio dei tribunali internazionali non sono solo di natura finanziaria, ma sono ispirate da ragioni politiche, riguardanti il modo in cui gli Stati concepiscono il loro ruolo nel sistema giuridico internazionale¹⁹.

Oltre che nel controllo delle risorse materiali e umane, la dottrina ha evidenziato, tra i fattori determinanti più importanti in tema di indipendenza e imparzialità dei giudici internazionali, i meccanismi di selezione e di permanenza in carica dei giudici.

I meccanismi di nomina e la durata del mandato sono indicati quali componenti importanti dell'indipendenza dei tribunali internazionali perché aiutano a proteggere i giudici dalle ritorsioni dei governi per sentenze sfavorevoli; ciò significa che l'indipendenza delle corti internazionali è più forte quando i governi hanno meno opportunità di influenzare la selezione e il mandato dei giudici²⁰.

Un altro meccanismo che può influenzare l'indipendenza dei tribunali internazionali è la partecipazione degli Stati, direttamente o indirettamente, ai procedimenti, ad esempio attraverso la nomina di giudici nazionali *ad hoc*²¹.

In sostanza, i meccanismi di nomina dei giudici delle corti internazionali appaiono rivolti, nella maggior parte dei casi, a porre dei filtri tra la designazione, pur sempre governativa, del candidato e l'elezione da parte di organi che sono in ogni caso espressione

15. L.R. Helfer e A.M. Slaughter, *op. ult. cit.*

16. *Ivi.*

17. D. Forst, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, in *ICL Journal*, vol. 7, n. 3/2013, pp. 1-51 (www.icl-journal.com/media/ICL_Thesis_Vol_7_3_13.pdf).

18. R. Sifris, *Weighing Judicial Independence Against Judicial Accountability: Do the Scales of the International Criminal Court Balance?*, in *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, n. 8/2008, pp. 88 ss. (<https://ssrn.com/abstract=2292769>); A.S. Weiner, *Prudent Politics: The International Criminal Court, International Relations, and Prosecutorial Independence*, in *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 12, n. 3/2013, pp. 545 ss. (https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1452&context=law_globalstudies).

19. N. Blokker, *The Governance of International Courts and Tribunals: Organizing and Guaranteeing Independence and Accountability - A Appeal for Research*, in *European Society of International Law (ESIL), Conference Paper n. 5/2015*, Oslo, 31 dicembre 2015 (<https://ssrn.com/abstract=2709626> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2709626>).

20. E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *International Organization*, vol. 61, n. 4/2007, pp. 669 ss.; A. Torres Pérez, *The Independence of International Human Rights Courts: The Case of the Inter-American Court of Human Rights*, Yale Law School, RP, https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Torres_CV_Eng20130524.pdf.

21. S.M. Schwebel, *National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, n. 4/1999, pp. 889-900 (www.jstor.org/stable/761738); M.D. Kotlik, *Ad Hoc Judges and Nationality of Judges in the Inter-American Court of Human Rights*, RP, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/OC_2008/obser_kot_ing.pdf.

dei governi degli Stati membri, in modo da garantire, quantomeno in apparenza, l'indipendenza del giudice dallo Stato che lo ha designato²².

La letteratura si occupa quasi esclusivamente del grado in cui i governi influenzano i tribunali internazionali, ma molti altri soggetti possono esercitare concretamente la loro influenza. Ad esempio, le organizzazioni non governative possono fare pressione sui governi e sulle organizzazioni intergovernative per rinnovare finanziamenti, prorogare le scadenze e per altri tipi di sostegno²³, o intervenire come terza parte davanti alle corti per contestare leggi, prassi e interpretazioni nazionali, per stabilire precedenti²⁴ e promuovere determinate interpretazioni del diritto²⁵.

Ciò si potrebbe tradurre in una potenziale minaccia all'indipendenza delle corti internazionali, che ha ricevuto poca attenzione, forse perché gli studiosi la percepiscono come più innocua dell'influenza dei governi o perché lo studio del diritto internazionale è stato tradizionalmente incentrato sugli Stati.

4. Sostanza o apparenza di imparzialità?

Il quadro sinteticamente descritto dimostra che le norme che regolamentano la nomina, la durata del mandato, le incompatibilità e le immunità dei giudici che compongono i tribunali internazionali, pur idonee a garantire un'apparenza di indipendenza e a osservare la regola che i giudici, oltre che *essere*, devono anche *apparire* imparziali, possono risultare insufficienti a garantirne la piena indipendenza e imparzialità nella sostanza, in quanto, nella realtà in cui le corti internazionali operano, queste sono esposte a diverse pressioni da parte di soggetti statali e non statali.

Peraltro, pare che la piena indipendenza e imparzialità delle corti internazionali non sia neanche

unanimemente percepita quale un valore da tutelare incondizionatamente.

Il riferimento è al dibattito avvenuto tra alcuni studiosi riguardo alla tesi di Eric Posner e John Yoo, i quali hanno sostenuto che «l'indipendenza impedisce ai tribunali internazionali di essere efficaci». Secondo questa teoria, i tribunali internazionali più efficaci sono quelli “dipendenti”, composti cioè da giudici controllati dai governi attraverso il potere di riconferma o la minaccia di ritorsione. Al contrario, i tribunali indipendenti, cioè i tribunali internazionali che assomigliano a quelli nazionali, rappresentano un pericolo per la cooperazione internazionale²⁶.

A questo proposito, è interessante notare che anche coloro che hanno fortemente criticato tale tesi non sono arrivati ad affermare che i giudici internazionali debbano godere di assoluta indipendenza, ma hanno sostenuto la tesi di una “indipendenza vincolata”. In particolare, Laurence R. Helfer e Anne-Marie Slaughter hanno contestato la tesi secondo cui i tribunali formalmente dipendenti sono più efficaci e hanno sostenuto una contro-teoria di «indipendenza vincolata» («*constrained independence*»), secondo la quale gli Stati istituiscono tribunali internazionali indipendenti per aumentare la credibilità dei loro impegni in specifici contesti multilaterali e poi utilizzano meccanismi strutturali, politici e persuasivi per garantire che i giudici indipendenti operino comunque entro determinati vincoli legali e politici, e per limitare il potenziale di un eccessivo attivismo giudiziario²⁷.

Helfer e Slaughter sostengono infatti che: «L'indipendenza vincolata massimizza i benefici della delega a decisori indipendenti minimizzandone i costi. Permette agli Stati di aumentare la credibilità dei loro impegni segnalando al tempo stesso a corti, tribunali e organi di revisione quasi-giudiziari indipendenti quando si stanno avvicinando – o hanno

22. Per una disamina dei sistemi di elezione e per una proposta di soluzione, vds. P. Pinto de Albuquerque e Hyun-Soo Lim, *Protecting*, op. cit.

23. A.M. Danner, *When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War*, in *Vanderbilt Law Review*, 2006, vol. 59, n. 1/2006, pp. 1 ss.

24. L. Van den Eynde, *An empirical look at the amicus curiae practice of human rights NGOs before the European Court of human rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, n. 3/2013, pp. 271 ss.; F. Viljoen e A. Abebe, *Amicus Curiae Participation Before Regional Human Rights Bodies in Africa*, in *Journal of African Law*, vol. 58, n. 1/2014, pp. 22 ss.

25. A. Danner e E. Voeten, *Who is Running the International Criminal Justice System?*, in D. Avant - M. Finnemore - S. Sell (a cura di), *Who Governs the Globe?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; F. Jeßberger e L. Steinl, *Strategic litigation in international criminal justice*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, n. 2/2022, pp. 379 ss.

26. E.A. Posner e J.C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, in *California Law Review*, vol. 93, n. 1/2005, pp. 3 ss. (https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2758&context=journal_articles).

27. L.R. Helfer e A.M. Slaughter, *Why States*, op. cit., part. cap. IV (pp. 942 ss.; https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2655&context=faculty_scholarship) – «Our theory asserts that states (1) establish formally independent international tribunals to enhance the credibility of their commitments, and (2) then rely on a range of structural, political, and discursive mechanisms to ensure that independent judges are nevertheless operating within a set of legal and political constraints».

superato – i limiti politicamente accettabili della loro autorità»²⁸.

In tale contesto, è utile richiamare quella forma di interazione tra i tribunali internazionali e gli Stati che si basa sul principio di sussidiarietà e che può essere vista quale esempio di “indipendenza vincolata”. Il principio di sussidiarietà mira a proteggere la sovranità nazionale lasciando il processo decisionale agli Stati, che sono in una posizione migliore per proteggere i diritti fondamentali dei loro cittadini. La giurisdizione internazionale entra in gioco solo quando gli Stati hanno dimostrato di non riuscire a proteggere questi diritti²⁹.

Il principio di sussidiarietà può fornire una guida ai tribunali internazionali nell'interpretazione degli obblighi internazionali e, d'altro canto, lasciare spazio a una certa discrezionalità da parte degli Stati.

È noto, ad esempio, che la Corte europea dei diritti dell'uomo applica la dottrina del “margine di apprezzamento” nella sua interpretazione della Cedu, lasciando agli Stati la discrezionalità quanto ai mezzi più idonei a raggiungere gli scopi di tutela imposti dalla Convenzione³⁰.

Il principio del margine di apprezzamento è collegato a quello di “consenso europeo”, che si riferisce al livello di uniformità presente nei sistemi giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa su un particolare argomento. La Corte Edu utilizza la dottrina del margine di apprezzamento sia per giustificare un'ampia discrezionalità concessa agli Stati membri in assenza di consenso, frenando così lo sviluppo della giurisprudenza, sia per imporre nuovi *standard* di tutela dei diritti fondamentali, laddove esista una chiara tendenza nella maggior parte degli Stati membri, facendo in tal modo avanzare l'interpretazione della Convenzione nel suo essere “strumento vivente”.

5. Rapporto tra indipendenza e responsabilità come strumenti di legittimazione delle corti internazionali

Sulla base di queste premesse, quindi, può essere pienamente condivisa l'affermazione secondo cui «l'attività dei tribunali internazionali non può mai essere completamente separata dal mondo della politica internazionale»³¹.

Alla luce di queste considerazioni, è stata sollevata in dottrina la questione se i tribunali nazionali debbano attuare le decisioni emesse da giudici internazionali che non sono indipendenti secondo gli *standard* normativi nazionali, in quanto la loro attività non può mai essere completamente separata dalla politica, e che non sono responsabili in quanto godono delle immunità³².

Alla base di questa domanda c'è una preoccupazione fondamentale: il diritto internazionale conferisce autorità decisionale a soggetti internazionali che non sono responsabili? L'idea che i soggetti internazionali non siano sufficientemente responsabili delle loro decisioni e azioni viene spesso esposta, in termini generali, come motivo per contestare la legittimità del diritto internazionale³³.

D'altro canto, è opinione diffusa che i tribunali internazionali dovrebbero agire solo entro i limiti dei principi interpretativi riconosciuti dal diritto internazionale e garantire che anche le loro decisioni “strategiche” si muovano sempre entro i confini legali. Essi, infatti, non sono legislatori e non sono organi politici³⁴.

Si tratta di una questione che è alla base di ogni società democratica dove esiste una stretta correlazione tra potere e responsabilità, e dove la responsabilità è una componente fondamentale della legittimazione.

28. *Ivi*.

29. P.G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, vol. 97, n. 1/2003, pp. 38 ss. (https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/564); M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 5/2004, pp. 907 ss. (<https://academic.oup.com/ejil/article/15/5/907/533491?login=false>).

30. Sull'inversione di tendenza dell'attivismo della Corte Edu a partire dalla Conferenza di Brighton in poi, all'esito della quale il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento sono stati inseriti nel *Preambolo* della Cedu, e sull'impatto sulla indipendenza della Corte Edu, vds. P. Pinto de Albuquerque e D. Cardamone, *Efficacia della dissenting opinion*, in questa *Rivista trimestrale*, speciale monografico «*La Corte di Strasburgo*», a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, aprile 2019, pp. 148-155 (www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/731/qg-speciale_2019-1_27.pdf).

31. D. Terris - C.P.R. Romano - L. Swigart, *The International Judge. An introduction to the Men and Women who decide the World's cases*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (per un estratto della *Introduzione* al volume: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969035).

32. R. Mackenzie e P. Sand, *International Courts and Tribunals*, *op. cit.*

33. A. von Bogdandy, *The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14, n. 2/2013, pp. 361 ss. (www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/138/115).

34. G. Ulfstein, *International Courts and Judges*, *op. cit.*

Il significato di “responsabilità” è estremamente complesso e dipende dalla natura della particolare organizzazione interessata. Pertanto, quando si discute del concetto generale di responsabilità nel diritto internazionale, è difficile individuare una definizione specifica³⁵.

Poiché l’indipendenza della giurisdizione è una componente fondamentale della democrazia, un presupposto altrettanto fondamentale è che dovrebbero esserci controlli sull’esercizio del potere, che se incontrollato può tradursi in un abuso di potere³⁶.

Indipendenza e responsabilità giudiziaria non sono necessariamente in conflitto, in quanto «i sistemi giuridici maturi sono caratterizzati sia dall’indipendenza che dalla responsabilità del potere giudiziario»³⁷.

Come si è visto in merito all’opinione di Helfer e Slaughter sul rapporto tra indipendenza ed efficacia, l’obiettivo pare non essere un’indipendenza illimitata. L’obiettivo sembra, piuttosto, quello di garantire un livello di indipendenza che consenta ai giudici di decidere sui casi «in modo legittimo e imparziale, senza controllo e influenza impropri»³⁸.

Quindi l’obiettivo sarebbe quello di bilanciare indipendenza e controllo politico al fine di stabilire un livello adeguato di *judicial restraint* senza compromettere l’essenza dell’indipendenza giudiziaria.

In altre parole, secondo questa impostazione teorica, i giudici internazionali dovrebbero essere messi nelle condizioni di prendere decisioni che non subiscano un controllo inappropriato da parte di altri ma, allo stesso tempo, deve essere garantito un certo livello di controllo altrui nell’esercizio del processo decisionale.

Come sostengono Helfer e Slaughter, i giudici internazionali indipendenti si trovano ad affrontare una serie ancora maggiore di «vincoli strutturali, politici e persuasivi», molti dei quali possono essere manipolati dagli stessi Stati. Il risultato è un sistema giuridico internazionale in cui è improbabile che i tribunali indipendenti oltrepassino i propri limiti, mentre è verosimile che siano molto più propensi a promuovere gli interessi a lungo termine degli Stati³⁹.

6. Conclusioni

Esiste una costante tensione tra l’aspirazione all’indipendenza delle corti internazionali, da un lato, e la responsabilità verso le aspettative e gli interessi dei principali *stakeholder*, dall’altro.

Infatti, mentre l’indipendenza del potere giurisdizionale è una componente fondamentale della democrazia, un principio altrettanto fondamentale è che debbano esserci controlli sull’esercizio del potere e, quindi, anche sull’esercizio del potere giudiziario delle corti internazionali, specie per le caratteristiche – in senso ampio – *politiche* del potere da loro esercitato.

A questo proposito, sembra che la scelta che si pone non sia tra tribunali internazionali dipendenti e indipendenti, ma tra “dipendenza completa” e “indipendenza vincolata”; ciò significa che gli Stati istituiscono tribunali internazionali indipendenti per migliorare la credibilità degli impegni assunti in specifici contesti multilaterali, ma poi utilizzano meccanismi strutturali e politici per controllare la loro indipendenza.

In conclusione, sembra che lo scopo dell’indipendenza e imparzialità dei tribunali internazionali, a differenza di quello dei tribunali nazionali, non sia una “indipendenza incondizionata”. Sembra, piuttosto, che la tendenza sia quella di garantire un livello di indipendenza che consenta ai giudici di decidere sui casi “legittimamente e imparzialmente, senza controlli e influenze improprie”. Pertanto, l’obiettivo sarebbe quello di trovare un equilibrio che consenta di imporre adeguate restrizioni senza compromettere l’essenza dell’indipendenza delle corti internazionali e la loro credibilità.

In altre parole, gli Stati istituiscono tribunali internazionali indipendenti perché sono interessati a perseguire obiettivi politici, ma solo attraverso tribunali indipendenti possono effettivamente perseguire questi interessi, laddove tribunali privi di indipendenza non sarebbero credibili.

Alla luce di quanto sopra, sembra che la questione ancora aperta sia: è concepibile un livello “politica-

35. R.W. Grant e R.O. Keohane, *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, in *The American Political Science Review*, vol. 99, n. 1/2005, pp. 36-37.

36. R.W. Grant e R. O. Keohane, *op. ult. cit.*

37. Vds. P. Gewirtz, *Independence and Accountability of Courts* [2002], in *China Law Review*, vol. 1, n. 1/2005, pp. 11 ss. (www.tandfonline.com/toc/rclr20/1/1; https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Intellectual_Life/CL-independence_eng.pdf).

38. P. Gewirtz, *op. ult. cit.*

39. L.R. Helfer e A.M. Slaughter, *Why States*, *op. cit.*

mente ottimale” di indipendenza giudiziaria internazionale o, piuttosto, l’indipendenza è un valore da preservare incondizionatamente? Il punto cruciale, infatti, è se le giurisdizioni internazionali composte da giudici sottoposti a diverse forme di pressione, più

o meno visibili e concrete, possano essere considerate credibili ed esercitare una funzione fondamentale come quella di contribuire all’affermazione dello Stato di diritto a livello internazionale.

Autonomia vuol dire (anche) farsi comprendere

Conversazione fra *Enrico Scoditti* e *Gianrico Carofiglio*

E.S. Partiamo da un dato incontrovertito: come prevede l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, possono essere fissate per legge condizioni e restrizioni alla libertà di espressione a garanzia dell'imparzialità del potere giudiziario. Gli interrogativi e i dilemmi intervengono quando iniziamo a chiederci: "entro quali limiti?" e "in quali situazioni?".

Ti pongo un primo quesito: non pensi che vi sia una relazione inversa fra la restrizione alla libertà di espressione e il grado di concretezza dell'idea comunicata, per cui tanto più astratta e generale è l'idea, tanto minore è il vincolo da porre alla libertà, mentre quanto più l'opinione espressa si approssima al caso concreto, tanto più il self-restraint deve essere avvertito dal magistrato, perché questo potrebbe significare l'anticipazione del giudizio rispetto a un caso che ha o potrebbe avere in trattazione?

G.C. Non avrei dubbi sul punto. Su temi generali e astratti, relativi per esempio all'etica pubblica, su questioni che hanno a che fare con la natura della democrazia, sugli assetti istituzionali, sui progetti di riforma della giustizia o addirittura della Costituzione, qualsiasi cittadino, e dunque qualsiasi magistrato, deve poter esprimere senza restrizioni la sua opinione. Se ne ha una.

Più aumenta il tasso di specificità della questione, più aumenta il rischio che il magistrato che interviene sia percepito come parte o, addirittura, avversario politico. O che le dichiarazioni vengano strumentalizzate in mala fede, ipotesi di cui ci si deve sempre fare carico. Dunque, aumenta la necessità di cautela, nei contenuti e nei modi. I secondi sono importanti almeno quanto i primi. Si parla poco della necessità di un galateo della manifestazione pubblica del pensiero da parte del magistrato. Proprio come nel galateo, le formule servono a facilitare le interazioni

sociali, a promuovere e garantire la convivenza civile a evitare gli equivoci. In concreto: il modo corretto di entrare nel dibattito pubblico da parte di un magistrato mi è sempre sembrato quello che chiarisce esplicitamente gli ambiti, che sottolinea ciò che per molti è ovvio, ma per molti altri non lo è: intervengo su un tema generale ribadendo che il contenuto di questo intervento si colloca in un ambito diverso e separato dall'esercizio delle funzioni, con il quale non interferirà.

E.S. A monte dell'imparzialità c'è l'indipendenza: la prima è una conseguenza della seconda, e non viceversa. Se questo è il criterio, in quale misura il parametro dell'indipendenza consente di fissare i limiti dell'ostensione pubblica della scelta politica da parte del magistrato?

G.C. In generale direi che dichiarare una scelta politica, nel senso di indicare il proprio voto, la propria preferenza per uno specifico partito politico, è sconsigliabile. Non per una questione di ipocrisia, ma perché una simile dichiarazione pubblica si presta a strumentalizzazioni da una parte e dall'altra ed è lesiva dell'immagine di indipendenza del magistrato; immagine che è importante quanto l'indipendenza stessa nella sua sostanza. A pensarci bene: le due cose si identificano. Io credo che i limiti siano quelli, fluidi, cui abbiamo già fatto cenno: intervenire liberamente sulle questioni fondamentali della vita democratica; con maggiore cautela e discernimento rispetto a specifiche vicende, specifici contenuti politici; prestare sempre estrema attenzione al modo, al linguaggio, ai tempi, anche al contesto dell'intervento. Tenere sempre presente che ci saranno interlocutori in mala fede pronti alla manipolazione e interlocutori in buona fede cui occorre, però, spiegare con chiarezza le proprie posizioni.

E.S. *Afferma la Corte costituzionale che il magistrato può manifestare legittimamente le proprie idee politiche, «a condizione che ciò avvenga con l'equilibrio e la misura che non possono caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica». Prima questione: c'è un'esigenza di terapia linguistica a garanzia dell'immagine di imparzialità del magistrato? Quanto il linguaggio può condizionare questa immagine?*

G.C. È quello che dicevamo prima. I modi sono fondamentali, l'igiene linguistica è indispensabile. Questo significa che bisogna farsi capire e, per farsi capire, bisogna mettersi dal punto di vista del destinatario del messaggio. Molti dei magistrati che intervengono nel dibattito pubblico con posizioni e riflessioni ampiamente condivisibili (spesso ovvie, a fronte di certe manipolazioni della politica politicante) lo fanno senza controllare i codici linguistici, a volte usando un gergo improponibile, a volte dando per scontati concetti e categorie che per il comune cittadino, anche se politicamente sensibile e attivo, non lo sono affatto. Questo condanna, nel migliore dei casi, all'irrelevanza. Per il filosofo John Searle, il primario contratto sociale di una comunità è la fiducia in un linguaggio condiviso. Io sono del tutto d'accordo. Le società in cui prevalgono le asserzioni oscure o, peggio, vuote di significato sono in cattiva salute. Alla perdita di senso o anche solo di comprensibilità del discorso pubblico consegue una pericolosa caduta di legittimazione delle istituzioni.

E.S. *Seconda questione, muovendo sempre da quel passaggio della Corte costituzionale: quanto una posizione politica che miri a bilanciare le diverse ragioni in campo è preferibile a opzioni radicali al fine di salvaguardare questa immagine di imparzialità? Il giudice che difenda in pubblico le proprie scelte politiche deve farsi carico delle ragioni dell'altro, nella definizione di ciò che è bene per la comunità, più di quanto possa farlo un comune cittadino? Oppure la costitutiva parzialità del punto di vista politico comporta che «l'equilibrio e la misura» attingano solo la forma del dialogo democratico?*

G.C. La mia personale regola sull'agire politico, sull'intervenire nella politica è la seguente: radicalità nei valori, moderazione nei modi. Laddove la moderazione nei modi include la capacità di ascolto delle opinioni altrui e la pratica della cd. "carità interpretativa". Una categoria elaborata dai filosofi analitici e imperniata sull'idea che, quando ci scontriamo con la posizione di un interlocutore, dobbiamo farlo prendendo in considerazione la versione migliore della sua

tesi. Dobbiamo partire dal presupposto che la prospettiva della nostra controparte abbia una coerenza interna, invece di liquidarla come irragionevole. E dobbiamo dare per scontato – salva, naturalmente, la prova del contrario – che tale prospettiva sia concepita in buona fede. Questo non vuol dire arrendevolezza rispetto a tesi che consideriamo sbagliate. Tutt'altro. Si tratta di un principio epistemologico e di un metodo per praticare con civiltà, ma anche con estrema efficacia, il discorso pubblico.

E.S. *Ho sostenuto in alcuni scritti che il giudice, in sede di interpretazione del diritto, debba assumere un dovere di indipendenza da se stesso. Si tratta, ovviamente, di un dover essere, e non di uno stato di fatto. Se convieni sull'esistenza di un simile dovere, ritieni che sia sufficiente garanzia di imparzialità, per un magistrato che renda pubbliche le sue scelte politiche, la circostanza che poi assuma un dovere di indipendenza da se stesso e renda conto mediante la motivazione del provvedimento giurisdizionale dell'effettiva assunzione di quel dovere? Oppure pensi che qualcosa di più debba esservi nei modi del suo rendere pubbliche le proprie scelte di valore?*

G.C. Sono d'accordo sulla necessità di praticare quella che tu chiami "indipendenza da se stessi". Come ci insegnano molti sistemi di pensiero, primo fra tutti quello psicanalitico (uso l'espressione in senso ampio e, dunque, inevitabilmente impreciso), il solo modo per non farci condizionare o addirittura governare dai nostri pre-giudizi è di esserne consapevoli, portarli alla superficie e osservarli criticamente, anche solo nel monologo interiore. Detto questo: le decisioni del magistrato si valutano (ed eventualmente si criticano) esaminando le motivazioni dei suoi provvedimenti. Ragioni di opportunità – forse anche di etica civile – suggeriscono però che il magistrato attivo nel dibattito pubblico renda esplicita, nei suoi interventi, la differenza dei piani e come, nella decisione dei casi sottoposti alla sua attenzione, egli o ella si sforzi di tenere distinte le proprie personali convinzioni dalle ragioni interpretative.

E.S. *C'è una fenomenologia di ipotesi di presenza pubblica del magistrato, che possiamo immaginare, collegata a vicende processuali che egli ha in trattazione: nel corso del processo il giudice può, in relazione alla materia oggetto del suo caso, partecipare a un convegno scientifico, esponendo tesi minoritarie che potrebbero peraltro non tornare nella sua decisione, basata invece sulla giurisprudenza dominante, o può prendere parte attivamente a una manifestazione di critica politica, sia pure*

non caratterizzata dal punto di vista partitico, della legge di cui a breve dovrà fare applicazione. A quale complesso di conseguenze, giuridiche e non, ti fanno pensare questi due casi, sempre che delle conseguenze debbano esserci?

G.C. Non vedo conseguenze giuridiche. Per entrambe le ipotesi il tema, ancora una volta, è quello del senso di opportunità, che ha una ineliminabile dimensione soggettiva. Quando facevo il magistrato partecipavo a convegni scientifici esprimendo le mie posizioni su questioni interpretative e di politica del diritto; evitavo di prendere parte attiva a manifestazioni politiche, soprattutto per evitare il rischio delle polemiche strumentali.

E.S. *Avviamoci alla conclusione. Vengo da una scuola di pensiero in cui le ambivalenze e i cerchi che non è possibile quadrare residuano sempre alle nostre ambizioni di trovare formule nelle quali tutti i conti tornino e possano fare, per così dire, sistema. Cosa pensi che nel tema “magistrati: essere ed apparire imparziali” resti irrisolto? Quali possono essere i nodi non sciolti con i quali dobbiamo accettare di convivere, come quotidianamente facciamo per quella buona dose di imperfezione che troviamo in noi stessi e nel mondo che ci circonda?*

G.C. Possiamo e dobbiamo elaborare categorie generali, ma nella consapevolezza – parlando di regole di condotta non tipizzate, siano esse di natura etica, deontologica o di altro genere – che abbiamo a che fare con un sapere casistico. Dunque, dobbiamo accettare l'idea che qualche specifica circostanza di fatto sfugga alla nostra capacità di prevederla, di classificarla *a priori*. Questo dipende da molti fattori, primo fra tutti, oggi, lo sviluppo delle nuove tecnolo-

gie. Le regole di comportamento dei magistrati praticate anche solo vent'anni fa sembrano in buona parte reperti archeologici nell'era dei *social*. E non abbiamo idea di come e quanto l'intelligenza artificiale influirà anche su questi temi. Non so quali siano i nodi non sciolti (lo scopriremo quando verranno al pettine, mi verrebbe da dire, rimanendo nella metafora), ma so che esiste, in questo come in ogni altro ambito del pensare e dell'agire politico, una questione cruciale di metodo. E su questo punto mi piace concludere allargando l'orizzonte con un riferimento che potrebbe sembrare lontano dalle cose di cui abbiamo parlato. Ma forse no, se guardiamo con attenzione. Penso a un concetto elaborato dal poeta inglese John Keats: quello di “capacità negativa”. Per Keats essa è la dote fondamentale dell'uomo in grado di conseguire risultati autentici, di risolvere davvero i problemi. Keats chiamò “negativa” questa capacità per contrapporla all'atteggiamento positivo di chi affronta i problemi alla ricerca di soluzioni immediate, nel tentativo di piegare la realtà al proprio bisogno di certezze.

Per Keats, accettando l'incertezza, il caso, il disordine, l'errore, il dubbio è possibile osservare più in profondità, cogliere le sfumature e i dettagli, porre nuove domande, anche paradossali, e allargare i confini della conoscenza e della consapevolezza.

La capacità negativa implica accettare l'idea che si possano conoscere elementi singoli della realtà o anche, in qualche misura, blocchi complessi, ma che le teorie onnicomprendenti e assolute (le *verità* assolute, che discendono dall'incapacità di vivere l'ansia della complessità) siano destinate a crollare dinanzi ai fatti. In estrema sintesi: la complessità del mondo in cui viviamo supera la nostra capacità di comprenderlo *in toto*. Accettare coraggiosamente questa verità è una delle premesse per un agire (e un pensare) politico laico, tollerante ed efficace.

Il caso Apostolico: essere e apparire imparziali nell'epoca dell'emergenza migratoria

di Nello Rossi

È ancora possibile, nell'epoca della emergenza migratoria, ragionare dell'imparzialità dei magistrati andando oltre le aggressioni, le mistificazioni e l'elogio del silenzio e dell'ipocrisia?

La giusta esigenza di garantire anche l'"apparenza" dell'imparzialità riguarda soprattutto il "come" un magistrato si comporta nel processo o prende la parola in pubblico e partecipa alla vita collettiva. In particolare, il cittadino ha il diritto di attendersi che il suo potenziale accusatore o giudice parli e argomenti in modo chiaro e comprensibile; che partecipi al discorso pubblico come un attore razionale; che non prorompa nell'urlo fazioso, nell'invettiva, nella semplificazione. È il rispetto di questi criteri di misura, di sobrietà, equilibrio, ragionevolezza e disponibilità al dialogo e al confronto nella vita pubblica che vale a preservare, meglio di ogni silenzio, astensione o mascheramento, la credibilità e l'immagine di imparzialità dei magistrati.

1. Il nodo immigrazione / 2. Oltre l'indignazione / 3. Il valore preminente dell'imparzialità / 4. Un episodio di un lontano passato: il Senatore Pera e i magistrati di Md / 5. Essere imparziali / 6. Apparire imparziali / [Post scriptum]

1. Il nodo immigrazione

Nei tragici sconvolgimenti del presente, segnati da una inquietante moltiplicazione dei fronti di guerra, l'immigrazione incontrollata è probabilmente, per l'intera Europa, il problema politico di più difficile soluzione. E, se possibile, lo è in misura ancora maggiore per il nostro Paese, sia per la sua esposta posizione di frontiera marittima del Continente europeo, sia per l'evidente impossibilità del Governo di destra di tener fede alle mirabolanti e ingannevoli promesse di rapida soluzione del problema fatte dai suoi principali esponenti nel corso della campagna elettorale.

L'esistenza di un'ardua e spinosissima "questione immigrazione" è la chiave per comprendere e valutare la furibonda reazione del Governo, della sua maggio-

ranza e dei *media* della destra – oggi in posizione di assoluta preminenza – a pronunce dei giudici che, in applicazione delle norme della Ue e della Costituzione, tutelano diritti fondamentali dei migranti, entrando in rotta di collisione con una politica governativa che si sta rivelando, insieme, autoritaria e inefficace.

La "questione immigrazione" è così divenuta il campo di una battaglia senza quartiere nella quale la destra addita alcuni giudici come i nemici interni, sabotatori dell'azione governativa, muovendo loro l'accusa più squalificante che si può muovere a un giudice, quella di parzialità.

A questa insidiosissima offensiva mediatica e istituzionale occorrerà che i giudici e i giuristi liberali – superando la pur sacrosanta indignazione per i metodi e i contenuti della aggressiva polemica in

atto – rispondano con il massimo di freddezza e di razionalità, ragionando di imparzialità dei magistrati con argomenti che sappiano parlare tanto alla cultura giuridica quanto alla più vasta opinione pubblica.

Con la costante consapevolezza che moltissimi cittadini italiani guardano con ansia crescente al fenomeno dell’immigrazione – non solo per le sue attuali dimensioni, ma per le sue prospettive future e per l’assenza di una credibile e chiara politica europea e italiana – e possono perciò subire la suggestione di campagne dirette a mascherare i fallimenti delle politiche governative attraverso l’individuazione di responsabili interni delle loro gravi *defaillances*.

Nell’affrontare il drammatico nodo dell’immigrazione, bisogna avere sempre presente che in discussione non è solo il rispetto di fondamentali diritti umani dei migranti, ma anche il futuro e la sopravvivenza del nostro Stato democratico di diritto.

2. Oltre l’indignazione

Per avere emesso una pronuncia non condivisa, o, per dirla tutta, invisibile al Governo e alla sua maggioranza, il giudice Iolanda Apostolico si è trovata al centro di una tempesta politica e mediatica ed è stata oggetto di uno *screening* mirato su opinioni e atti, suoi e perfino del marito, avente lo scopo di additarla all’opinione pubblica come un giudice prevenuto e parziale, al fine di incrinare in radice tanto la sua immagine professionale quanto la validità della decisione da lei adottata.

Nel parossistico crescendo di accuse mosse alla giudice, si è giunti addirittura a chiedere le sue “dimissioni” senza darsi troppo pena di chiarire per quale ragione giuridica.

Per aver scritto una sentenza che molti e qualificati giuristi hanno ritenuto giusta e corretta?

O per avere compostamente partecipato, nell’agosto 2018, a una manifestazione di carattere umanitario, promossa da associazioni cattoliche e della società civile, in favore dello sbarco di 137 persone stremate che avevano attraversato il mare, trascorso dieci giorni su una nave della Guardia costiera ed erano bloccate da cinque giorni nel porto di Catania? Magari perfino scandendo, insieme ad altri, che lei è antifascista?

È dunque comprensibile e pienamente giustificata la ripulsa tanto per i metodi e i toni con i quali esponenti politici della maggioranza di governo e molti (non tutti i) commentatori hanno parlato della giudice, quanto per la richiesta di ispezioni e punizioni che suona come offesa al buon senso e al diritto ed è avanzata al fine di intimidire tutti gli altri magistrati, dimostrando loro che domani potranno trovarsi

anch’essi nella bufera se adotteranno provvedimenti sgraditi al Governo.

Per i magistrati sarebbe, però, un errore limitarsi a reagire in maniera indignata alle falsità, alle forzature, alle letture artificiali che – a partire dalla Presidente del Consiglio, e giù giù fino a Bruno Vespa – non hanno esitato a raccontare agli italiani che le improbabili dichiarazioni dei migranti tunisini sulla loro situazione in patria sono state le “ragioni giuridiche” dei provvedimenti di diniego di convalida del loro trattenimento.

La vicenda ha infatti riproposto – ancora una volta – il tema dell’imparzialità dei magistrati e della sua conciliabilità con la loro partecipazione alla vita pubblica.

Un tema che non cessa di essere serio solo perché dai più è sollevato in maniera interessata e faziosa e affrontato con triti luoghi comuni, senza alcuna volontà di esplorarlo seriamente.

Proviamo allora a cambiare registro, ragionando apertamente di una “questione di giustizia” che richiede di essere affrontata con amore di verità, e che può essere trattata e compresa non facendosi opprimere dai clamori dell’ennesimo urto tra politica e magistratura, provando a dare risposte ad alcune domande di fondo.

È possibile, è concepibile un magistrato che sia civilmente impegnato e, al tempo stesso, imparziale?

E il modello di giudice cittadino, partecipe della vita della città, è desiderabile o da ripudiare, relegandolo in soffitta, in una fase nella quale il rapporto tra politica e giurisdizione è divenuto sin troppo teso e ravvicinato?

Le due dimensioni – impegno civile del magistrato e sua imparzialità – sono inevitabilmente contraddittorie, destinate a cozzare, a confliggere tra di loro, oppure possono convivere, coesistere, trovare forme di possibile armonizzazione?

E se sì, a quali condizioni, sulla base di quali regole, di quali comportamenti dei magistrati, di quali prassi?

3. Il valore preminente dell’imparzialità

Va subito chiarito che, nella coppia concettuale “impegno civile” e “imparzialità”, il valore preminente da garantire ad ogni costo è l’imparzialità del magistrato.

Imparzialità di chi giudica. Ma anche imparzialità del magistrato del pubblico ministero.

Tutto il resto viene dopo, è corollario. Importante quanto si vuole, ma pur sempre un corollario.

Senza attesa, senza speranza, senza una vera e propria pretesa di imparzialità non c’è giurisdizione possibile, non c’è possibilità di giustizia.

Non ci stancherò mai di ripetere che i cittadini accettano di farsi giudicare dai magistrati non perché questi siano più intelligenti, più capaci, più colti, più saggi di loro, giacché spesso non lo sono affatto.

I cittadini accettano di farsi giudicare dai magistrati per l'aspettativa, sottesa all'intero ordinamento giuridico, di trovarsi di fronte a giudici imparziali, in grado di chinarsi sul loro caso – senza pregiudizi o vincendo i loro naturali pregiudizi – mostrandosi capaci di ascolto e di valutazione delle diverse ragioni in campo e di adottare una decisione conforme al diritto.

Questo significa che, nell'esercizio della giurisdizione, i magistrati non sono, non possono essere, in nessun caso e a nessun costo, parziali né avere "avversari" sul terreno sociale e politico.

La giurisdizione ha oggi molti "avversari", nel senso che l'attività del giudicare suscita, come la cronaca ampiamente dimostra, inimicizie, aggressioni, ritorsioni.

Ma non vale il contrario, pena la perdita di ogni legittimazione a giudicare e accusare.

4. Un episodio di un lontano passato: il Senatore Pera e i magistrati di Md

Se mi è consentito rievocare un episodio di un passato ormai lontano, ricorderò che il Senatore Marcello Pera, in un momento nel quale era da tutti ritenuto il Ministro della giustizia *in pectore* del Governo Berlusconi (diverrà poi presidente del Senato, e al Ministero della giustizia andrà il leghista Roberto Castelli), intervenne al Congresso di Md che si teneva a Venezia.

Nel suo discorso il Senatore affermò che, assumendo determinate posizioni sul terreno sociale e istituzionale, i magistrati di Md divenivano o potevano essere percepiti come avversari della sua parte politica, il partito di Forza Italia.

Una frase raggelante, perché conteneva il germe della più radicale delegittimazione.

In replica a tale inquietante affermazione, sentii allora il bisogno di scrivere sulle colonne di *Questione giustizia* un breve saggio intitolato «*Lettera aperta ad impossibili avversari*»¹.

Traendo esempi dalla concreta esperienza giudiziaria e, segnatamente, dall'analisi dei comportamenti tenuti da magistrati aderenti a Magistratura democratica sui terreni della giustizia civile e del contrasto al terrorismo, alla grande criminalità organizzata e alla corruzione politico-amministrativa, mi proponevo di dimostrare che quei magistrati non avevano mai

considerato alla stregua di "avversari" nessuna delle persone incontrate nello svolgimento delle loro funzioni giudiziarie.

In quell'occasione sostenni anche – e ripeto ora – che un magistrato imparziale non è un essere vuoto di convinzioni e di ideali o privo di passione civile, ma una persona capace di tendersi consapevolmente verso l'imparzialità all'atto del decidere.

Di questa affermazione, della quale resto profondamente convinto, occorre ragionare più da vicino.

5. Essere imparziali

Il nucleo centrale del ragionamento è che l'imparzialità non è un dato *a priori*, un tratto della personalità del magistrato esistente una volta per tutte, una permanente caratteristica psicologica di chi è chiamato a giudicare, ma un "risultato" da raggiungere, di volta in volta e spesso molto faticosamente, nello svolgimento dell'attività giudiziaria.

Più precisamente, è l'effetto ultimo di una consapevole "tensione" verso l'imparzialità, realizzata da chi – ponendosi nel giudizio di fronte a una vicenda della vita reale e alle norme destinate a regolarla – è capace di fare la tara alle proprie convinzioni e alla propria "precomprensione" della realtà effettuale e del significato dei dati normativi, e interpreta i fatti e le norme impegnandosi a far sì che le sue convinzioni non prevalgano sulla razionale applicazione del diritto nel caso concreto.

Immerso nella vita sociale, culturale e politica della collettività di cui è parte, il giudice non è – e, anche se lo volesse, non può essere – l'essere inanimato vagheggiato da Montesquieu, vuoto di idee e di opinioni, il quale, in forza di tale condizione, dovrebbe essere in grado di aderire perfettamente alla legge da applicare e di leggere spassionatamente i fatti su cui è chiamato a giudicare.

Eppure, nonostante l'evidente irrealtà della metafora, l'immagine di Montesquieu corre sotterranea nelle ricorrenti polemiche sull'imparzialità dei giudici, nelle quali il modello estremo dell'essere inanimato ricompare ora come aspirazione, ora come intima-zione, ora come parametro virtuoso.

In quest'ottica, la partecipazione alle vicende della città è inevitabile contaminazione dalla quale astenersi per mantenere l'imparzialità, considerata alla stregua di una condizione primigenia da preservare intatta.

Ora, da un lato, questa figura di giudice atarassico, vuoto di convinzioni e per questa via imparziale *a priori*, non esiste nella realtà effettuale. Dall'altro lato, se esistesse, sarebbe un pessimo giudice.

1. N. Rossi, *Lettera aperta ad "impossibili" avversari*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/2001, pp. 333-342.

Anche se ci trovassimo di fronte a un magistrato del tutto privo di convinzioni politiche e di idee sulla società, questi avrebbe pur sempre esperienze di vita e potrebbe essere chiamato a giudicare proprio negli ambiti nei quali ha maturato tali esperienze.

L'aver subito un grave incidente stradale, l'aver affrontato un divorzio fortemente conflittuale, l'essere stato vittima di un furto non potrebbero certamente precludergli di giudicare in materia di incidenti stradali, di separazioni coniugali o di furti; ma è certo che, per essere imparziale nel giudizio, egli dovrebbe sorvegliarsi, ridurre consapevolmente il peso della sua esperienza personale, fare la tara ai suoi pregiudizi per lasciare il posto a una valutazione schiettamente razionale dei fatti da giudicare e dei temi di diritto da affrontare.

La valutazione imparziale dei fatti e delle norme si presenta così come una prestazione professionale – la più alta che il magistrato è chiamato a rendere – che può essere realizzata solo se egli sa divenire, nel corso del procedimento e nel momento del giudizio, indipendente anche da se stesso².

Questa impegnativa attuazione dell'imparzialità deve risultare "visibile", già durante la conduzione del procedimento (beninteso, nei casi in cui il provvedimento del giudice sia emesso all'esito di un procedimento), nella correttezza del rapporto con le parti e nella capacità di ascolto delle loro ragioni; ma essa trova nella motivazione dei provvedimenti un momento fondamentale di verifica e di controllo.

La motivazione, infatti, descrive l'itinerario della ragione che il giudice ha seguito nel leggere i fatti, nell'interpretare le norme e nel formare il suo convincimento, così che il controllo della parte motiva di un provvedimento da parte di un giudice successivo, e segnatamente da parte del giudice di legittimità, può rilevare insieme agli errori di logica e di diritto anche le incongruenze, le forzature, gli errori interpretativi scaturenti da un atteggiamento pregiudiziale e parziale del giudicante.

Ed è significativo che la nostra Costituzione, all'art. 111, preveda sempre il ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, garantendo la presenza e il controllo di un organo collegiale della massima autorevolezza tutte le volte che sia in gioco il valore supremo della libertà personale.

Come è noto, in altri ordinamenti – nei quali i comuni cittadini che compongono la giuria sono chiamati a esprimere un verdetto immotivato – è talora affidato alle parti del processo un penetrante potere di selezione preventiva dei componenti del collegio

giudicante, al fine di escludere i portatori di pregiudizi sociali o cognitivi suscettibili di condizionare, anche inconsapevolmente, il giudizio.

Nel nostro Paese, invece, il ruolo giocato da magistrati professionali e l'obbligo di motivazione fanno sì che le cause di incompatibilità, astensione e ricusazione mirino solo a evitare il pregiudizio derivante dall'emissione di un precedente provvedimento nel processo o a garantire l'estraneità agli interessi delle parti in causa, e non prendano in considerazione le opinioni personali e le scelte sui valori.

Un segno ulteriore, questo, che la tensione verso l'imparzialità nel momento della decisione è concepita come una componente essenziale della prestazione professionale del magistrato.

Per altro verso, un giudice, disinteressato alle materie su cui deve giudicare e privo di idee generali e di preesistenti opinioni su di esse, sarebbe anche un giudice pessimo e indesiderabile, che in pochi vorrebbero trovarsi di fronte.

Quale parte di una causa potrebbe essere tranquilla e soddisfatta di un giudice che non ha riflettuto e studiato, formandosi delle convinzioni, le problematiche sociali coinvolte nei temi da giudicare?

E chi, in un giudizio su questioni economiche, vorrebbe essere giudicato da un giudice privo di cultura economica, disinformato e senza interesse per questa tematica?

E come potrebbe un giudice che non avesse maturato convincimenti critici, precedenti all'applicazione di una norma, dubitare della sua legittimità costituzionale?

Essere imparziali è dunque una prestazione professionale del magistrato, la più alta – come si è detto – che egli è chiamato a rendere, grazie a una costante sorveglianza su se stesso che gli consenta, nell'atto del decidere, una lettura dei fatti e una interpretazione della legge non condizionate e distorte dai suoi personali convincimenti.

6. Apparire imparziali

Come si è già accennato, l'imparzialità può (e deve) essere resa visibile già nel processo, tanto attraverso la condotta tenuta dai magistrati nello svolgimento della procedura, quanto nella rappresentazione delle ragioni giuridiche poste a base della decisione che è offerta nella motivazione.

Sono dati, questi, troppo superficialmente svalutati da quanti sostengono l'importanza dell'apparire imparziali.

2. Sull'indipendenza del giudice "anche da se stesso" ha ragionato in più scritti Enrico Scoditti, da ultimo nel saggio *L'ora della responsabilità per la magistratura*, in *Questione giustizia online*, 17 giugno 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-ora-della-responsabilita-per-la-magistratura).

Sottovalutando l'ancoraggio a elementi processuali controllabili, quanti ricordano l'importanza dell'"apparenza" di imparzialità finiscono con il rifugiarsi solo in una sorta di elogio del silenzio e dell'ipocrisia.

Pur riconoscendo che il magistrato è un "essere animato" da idee, opinioni, convinzioni, egli è invitato in vario modo a occultarle e a mascherarle, tenendole segrete e non manifestandole pubblicamente.

Come a dire: "occhio non vede, cuore non duole", la ricetta della magistratura burocratica degli anni cinquanta e sessanta, silenziosissima perché integralmente allineata alle classi dominanti e pronta all'ossequio nei confronti del potere.

È importante notare che la gamma delle "manifestazioni" ritenute "inopportune" è vastissima e varia moltissimo a seconda della fantasia e delle suscettibilità degli "opinionisti".

Secondo taluni, sono compromettenti gli scritti sui *social*; secondo altri, la partecipazione a manifestazioni, anche non strettamente politiche; secondo altri ancora, una intervista, un articolo di giornale o perfino uno scritto scientifico su una rivista possono essere indizio di pregiudizio, e così via, in una sequenza infinita di dissertazioni su esempi di varia natura.

In realtà, non è sfogliando questo arbitrario e fantasioso catalogo di comportamenti che si può trovare una risposta soddisfacente alla legittima esigenza che il magistrato, oltre ad essere, "appaia" imparziale.

La risposta infatti – salvo ipotesi estreme – non ha a che fare con le occasioni esterne di presenza e di parola del magistrato, ma riguarda soprattutto il "come" un magistrato può prendere la parola o partecipare alla vita pubblica preservando la sua credibilità e la sua immagine di imparzialità.

Come ho già avuto modo di scrivere, «quando è un magistrato a prendere la parola o a scrivere per il grande pubblico, il cittadino ha il diritto di attendersi che il suo potenziale accusatore o giudice parli e argomenta in modo chiaro e comprensibile; che partecipi al discorso pubblico come un attore razionale, capace di ascolto degli argomenta altrui e di repliche meditate; che non prorompa nell'urlo fazioso, nell'invettiva, nella semplificazione magari brillante ma brutale e fuorviante»³.

Valido per la parola del magistrato, questo approccio non cessa di esserlo per altre forme di manifestazione del pensiero, tra cui rientra la partecipazione a una manifestazione, soprattutto quando non si tratti di una manifestazione di una parte politica ma della società civile.

Ciò che conta, in sostanza, è che la partecipazione alla vita civile non si ponga in contrasto con il ruolo sociale del magistrato e con le aspettative – di ragionevolezza, di apertura al dialogo, di equilibrio espressivo e di misura – che comprensibilmente su tale ruolo si appuntano nella società.

Di queste risposte saranno insoddisfatti, lo sappiamo, i cantori dell'ipocrisia.

Per essi è un articolo di fede credere alla "immacolata concezione" di magistrati silenziosissimi, improvvisamente arruolati, soprattutto a destra, nelle file della politica e pronti ad accusare di politicizzazione i loro colleghi solo perché partecipano ad associazioni di magistrati, scrivono articoli o disinteressatamente (senza averne vantaggi e senza assumere impegni verso chicchessia) partecipano a una manifestazione a sostegno di poveri cristi cui è impedito di scendere a terra.

Questi *laudatores* del silenzio e dell'astensione sono anche pronti a chiudere gli occhi di fronte al roteare delle *sliding doors* verso la politica, attraversate con invidiabile disinvoltura da magistrati che, il giorno dopo dell'ingresso nell'agone politico, sono i più zelanti nelle accuse di politicizzazione verso i loro ex-colleghi.

Così come capita di ascoltare lezioni di etica professionale da parte di magistrati divenuti parlamentari, che per anni hanno posto in essere sistematiche violazioni del codice etico dei magistrati (ad esempio, attraverso comparsate nei processi simulati in tv).

Di queste miserie e di questi paradossi ne abbiamo visti molti negli ultimi decenni, e a volte è forte la voglia di dire che la misura è colma.

Ma su questo delicatissimo terreno i nostri reali interlocutori sono i cittadini, ai quali occorre instancabilmente continuare a dire la verità senza infingimenti e senza orpelli, fidando nella loro buona fede, nel loro senso della realtà, nella loro ragionevolezza.

Non dimenticando mai di ricordare che non sono le idee pubblicamente e disinteressatamente espresse il reale pericolo per l'imparzialità del magistrato, ma i suoi legami di interesse sotterranei, invisibili, opachi.

[Post scriptum]

Certo, se si mettono accuratamente in fila (come ha fatto Luigi Ferrarella nel suo articolo sul *Corriere della Sera*)⁴ tutti i casi nei quali, nel corso del 2023, i magistrati sono stati oggetto di iniziative disciplinari

3. N. Rossi, *Il silenzio e la parola dei magistrati. Dall'arte di tacere alla scelta di comunicare*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018, pp. 245-254 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/568/qg_2018-4_25.pdf).

4. *Il caso Catania: se il giudice si chiede «cosa rischio»*, *Corriere della Sera*, 8 ottobre 2023 (www.corriere.it/opinioni/23_ottobre_08/caso-catania-se-giudice-si-chiede-cosa-rischio-f0511bae-65f3-11ee-be50-fc53f6bb2a42.shtml).

o di aggressive campagne mediatiche per decisioni sgradite al potere o per interventi su casi controversi, emerge un quadro impressionante. La destra che governa mostra di voler essere obbedita dai giudici e mal sopporta quella indipendenza di *status* e di giudizio che è la prima garanzia della imparzialità dei giudici nei processi che riguardano i comuni cittadini. Ai quali vanno ricordate le mostruose violazioni dei diritti che si verificano in Russia, in Turchia, in Iran e in tutti i Paesi nei quali la giustizia è solo il

braccio armato e l'altra faccia del potere. Resta però che, tra tutti i temi di giustizia al centro di polemiche e contrasti, quello dell'immigrazione è il più spinoso e rappresenta il crogiuolo incandescente nel quale si versano e si confondono regole di umanità e paure sociali, principi irrinunciabili di civiltà e pulsioni elementari, e nel quale si deciderà tanto del rispetto di diritti umani fondamentali delle persone quanto della sorte dello Stato democratico di diritto.

I nodi del costituzionalismo contemporaneo e la sfida per l'Associazione nazionale magistrati

di Enrico Scoditti

Il costituzionalismo contemporaneo è segnato da una serie di nodi ancora tutti da sciogliere: il depotenziamento della funzione costituzionale di indirizzo fondamentale e il parallelo potenziamento della funzione di garanzia; quale equilibrio fra la sovranità popolare e il potere dei giudici di interpretare la legge; l'imparzialità dell'interprete e i confini della libertà di espressione del magistrato. A quasi cinquant'anni dal Congresso di Gardone, il prossimo congresso dell'Anm può essere l'occasione per un contributo della magistratura associata alla risoluzione di questi nodi.

1. I due volti della moderna costituzione / 2. Cronaca di un mutamento / 3. *Constituere* e interpretazione conforme / 4. L'interpretazione della legge nell'epoca del pluralismo dei principi / 5. L'imparzialità dell'interprete / 6. La sfida per l'associazionismo giudiziario

1. I due volti della moderna costituzione

La costituzione moderna ha il duplice volto di Giano. Essa è *constituere* e *constitutio*. Da un canto è costruzione di un nuovo ordine sociale attraverso la potenza della politica, dall'altro è preservazione di un ordine, originario o conseguito, dalle pretese della politica di manometterlo. Da una parte vi è l'indirizzo fondamentale dei poteri costituiti, che corrisponde a un progetto di società e che rinvia a una decisione politica fondamentale, dall'altra l'esercizio di una funzione di garanzia dei diritti, affidata alla giurisdizione costituzionale e a quella comune. L'indirizzo fondamentale della Costituzione italiana è inscritto nell'art. 3 cpv.: la rimozione degli ostacoli economico-sociali che, limitando l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione del Paese. È un «compito della Repubblica», come prevede la norma, non un comune principio.

Non è difficile rintracciare le origini storiche di questi due lati del costituzionalismo moderno. Il *con-*

stituere risale alla presa della Bastiglia, il 14 luglio 1789. Il suo problema storico è quello della costituzione di un nuovo ordine mediante l'abbattimento della gerarchia dei ceti e la promozione della società dei cittadini portatori di eguali diritti. La *constitutio* rinvia, invece, il suo paradigma originario nella Rivoluzione americana, il cui problema storico non era un antico regime da abbattere, ma la protezione dei diritti dei coloni dalla madrepatria inglese. Non è un caso che sia stata la Corte Suprema americana ad avere affermato, per la prima volta, nel 1803 (*Marbury v. Madison*), il primato della Costituzione sugli atti legislativi. Nell'idea di *constitutio*, quale preservazione dell'ordine vigente, residua il fondo di tradizionalismo della *old constitution* che i cittadini del Nuovo Mondo ereditano dalla vecchia Inghilterra, e con essa il primato medievale del diritto sulla politica, ma nel corso del tempo il costituzionalismo americano ha avuto anche il segno della trasformazione sociale.

Nell'esperienza occidentale i due lati del costituzionalismo non sono, infatti, rimasti reciprocamente non comunicanti. Al contrario, vi sono state forme di

ibridazione, perché l'assolutezza del *constituere* ha il costo del *deficit* in termini di garanzia dei diritti derivante dal perseguimento dell'impresa collettiva, mentre l'assolutezza della *constitutio* ha il costo di un potere pubblico che non ha altro scopo che la protezione dei diritti individuali. Le costituzioni dell'Europa continentale hanno sviluppato, in primo luogo attraverso i tribunali costituzionali, la funzione di garanzia dei diritti, mentre il costituzionalismo americano è diventato fattore di progresso sociale attraverso la "politica" dei diritti sviluppata dalla Corte Suprema.

Quanto abbiamo finora tratteggiato corrisponde ai modelli storici e alle tendenze di lungo periodo. Una costituzione vivente ideale sarebbe quella che realizzi un perfetto equilibrio fra i due lati del *constituere* e della *constitutio*. È il progetto, storico e normativo, del Moderno cui dovremmo restare saldamente ancorati. I processi costituzionali non possono però essere scritti a tavolino sulla base di un documento scritto, ma vivono del contesto materiale, si nutrono, cioè, del processo storico-sociale. È acquisendo questo punto di vista che possiamo scorgere i nodi, ancora da sciogliere, del costituzionalismo contemporaneo.

2. Cronaca di un mutamento

Le società dell'Europa continentale, e in particolare quella italiana, sono profondamente cambiate, nel trentennio che ha fatto seguito al Secondo conflitto mondiale, grazie a politiche di redistribuzione economico-sociale e di trasferimento di risorse fra gruppi sociali, che inveravano il «compito» che l'art. 3 cpv. Cost. affida alla Repubblica. La pervasività dell'indirizzo fondamentale, supportata da un sistema di partiti politici con un forte radicamento sociale e dalle organizzazioni dei lavoratori, teneva fermo il legame sociale intorno a un'impresa collettiva. Vi era il conflitto sociale, ma vi era anche un'incisiva organizzazione politica dei rapporti sociali, che contribuiva al mantenimento di una fondamentale coesione su obiettivi comuni. In tutto questo vi era il segno profondo di un costituzionalismo centrato sul *constituere*. Quest'ultimo è anche un modello di potere pubblico: tutte le istituzioni repubblicane, compresa la magistratura, sono attraversate da un comune indirizzo fondamentale, mentre il modello di origine statunitense del pluralismo istituzionale non conosce un indirizzo unitario dei poteri, ma solo l'effetto di libertà che deriva dal gioco del potere che frena l'altro potere, perché l'imperativo istituzionale non è in questo caso la trasformazione sociale, ma la tutela dei diritti individuali. Non è comprensibile la svolta del Congresso di Gardone (1965) dell'Associazione nazio-

nale magistrati, nella cui mozione finale si legge che il giudice «deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia», senza l'inclusione della magistratura fra le istituzioni della Costituzione quale indirizzo fondamentale.

Con gli anni ottanta si avvia un processo che non è solo costituzionale, ma anche socio-politico. In breve, si assiste a un progressivo depotenziamento della funzione costituzionale di indirizzo delle istituzioni e della società, cui, a partire dalla seconda metà del decennio, anche grazie a una sempre più penetrante legislazione comunitaria, si accompagna una progressiva espansione della funzione di garanzia, di cui ben presto diventa protagonista non solo la giurisdizione costituzionale, ma anche quella comune.

Rispetto alla vecchia giurisprudenza costituzionale dei limiti naturali dei diritti fondamentali, la funzione di garanzia si arricchisce di due nuove dimensioni: sulla scena appaiono i principi e la garanzia costituzionale si esercita come bilanciamento fra principi all'insegna del criterio della compressione strettamente necessaria del principio soccombente (cd. criterio di proporzionalità); la fonte primaria non è più solo quella costituzionale, ma ad essa si accompagna la fonte sovranazionale del diritto comunitario (poi euro-unitario) e quella internazionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Principi e pluralismo delle fonti disegnano in modo nuovo la funzione costituzionale di garanzia, della quale i giudici comuni diventano soggetto attivo non solo grazie all'incidente di costituzionalità, ma anche grazie alla cd. interpretazione conforme a Costituzione.

Viene inoltre a maturazione una tendenza che, sul piano dell'interpretazione in generale della legge, si era già affacciata nel trentennio del costituzionalismo come *constituere*. La funzione precettiva, e non meramente programmatica, della costituzione aveva portato i giuristi a mettere in discussione il neutralismo dell'ermeneutica tradizionale basata sulla coincidenza di legge e significato linguistico del testo normativo, in realtà veicolo di inserimento nell'attività interpretativa dei valori soggettivi dell'interprete. Doveva schiettamente prendersi atto della portata di mero enunciato linguistico della disposizione legislativa. La norma si produceva così nel corso dell'interpretazione sulla base di quanto rivelato dall'enunciato e con la compartecipazione valoriale dell'interprete, ormai educato ai valori costituzionali.

Questa tendenza si è oggi stabilizzata nei termini seguenti: il precetto che la giurisprudenza porta alla luce è quello che è già contenuto nell'enunciato linguistico, i cui confini non possono essere superati, pena – come affermano le sezioni unite della Corte di cassazione (n. 9659/2023) – l'usurpazione di funzioni normative da parte dell'interprete, che così

creerebbe una nuova disposizione, un enunciato linguistico cioè, non esistente nell'ordinamento. Non c'è creazione di norma in senso proprio se l'interprete resta nei margini delle potenzialità semantiche dell'enunciato linguistico, il quale resta tuttavia il vincolo in ultima istanza dell'attività interpretativa. «L'attività interpretativa, quindi, non può superare i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza» (Cass., sez. unite, n. 24413/2021).

Depotenziamento della funzione di indirizzo, potenziamento di quella di garanzia e vincolo essenzialmente linguistico nell'interpretazione della legge: sono questi i nodi da affrontare.

3. *Constituere e interpretazione conforme*

Non c'è un rapporto di causa-effetto, ma c'è sicuramente il medesimo contesto temporale nella ricorrenza sia di un'abbondanza di dichiarazioni di diritti e di corti addette alla loro applicazione, come mai prima la civiltà occidentale aveva conosciuto, che di una crisi sempre più profonda del sistema democratico in termini di «partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3 cpv. Cost.). L'espansione del giudiziario avviene in un ambiente di diffusa disaffezione alla politica, di cui l'imponente astensionismo elettorale, ma anche la stessa volatilità degli elettori, sono la manifestazione più evidente. Ciò che le democrazie contemporanee sembrano evidenziare è la perdita della percezione della partecipazione a un'impresa collettiva e dell'identificazione in un comune indirizzo fondamentale, con la slabbratura del legame sociale e l'avvio di processi di identificazione mobile e contingente, su base individuale e non collettiva, esposti alle derive più diverse. A una stagione di forti appartenenze collettive subentra un'epoca di polverizzazione e atomizzazione sociale, che fa parlare perfino di declino della democrazia, quale esperienza collettiva di autogoverno mediante la rappresentanza politica. Insomma, un paesaggio sociale e politico decisamente differente da quello del trentennio successivo al 1945.

Se, da una parte, procedono i fenomeni di disintermediazione politica e disgregazione sociale, dall'altra la tendenza è alla giurisdizionalizzazione dei rapporti sociali. Il governo della propria vita è afferato non prendendo parte ai procedimenti, a diversi livelli, della decisione politica, ma facendo ricorso a

un giudice. Di fronte a questo scenario, il primo passo è cominciare a prendere di petto alcuni nodi e provare a scioglierli. Il primo nodo è certamente quello del depotenziamento della funzione costituzionale di indirizzo, perché è innegabile che un nesso vi sia fra l'indebolimento del versante del *constituere* e lo sfilacciamento del legame sociale e della partecipazione al processo democratico.

Un costituzionalismo appiattito sulla funzione di garanzia è politicamente destrutturato dal punto di vista della costituzione quale politica fondamentale di una comunità. Esso esprime la logica postmoderna dell'identità liquida, nella quale non vi sono più imprese collettive, non si fanno più avanti istanze di autodeterminazione del proprio destino all'interno di una comunità, secondo quanto la modernità europea ha proposto nel corso della sua formazione secolare, ma vi sono solo individui, sciolti da nessi di appartenenza, disponibili a qualsiasi deriva che possa rappresentare una forma di identificazione e orientati a fare dell'iniziativa giudiziaria l'unico mezzo di contatto con il pubblico potere. Non più cittadini che concorrono «con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.), ma parti in giudizio o autori di esposti presso le procure della Repubblica.

Si tratta ovviamente di un ragionamento ideal-tipico, perché la nostra non è un'epoca di giuridificazione integrale dei rapporti, come lo era l'ordine giuridico medievale, ma si tratta tuttavia di segni, questa volta negativi, dei tempi. Non è dalla magistratura che può partire la riattivazione della funzione costituzionale del *constituere*, perché quest'ultima non si colloca dal lato della garanzia, che è quello della giurisdizione, ma dal lato della trasformazione sociale (anzi, un attivismo giudiziario, da questo lato, potrebbe aggravare la fuga dalla politica nella direzione della giurisdizione, e la magistratura non può essere complice del processo di depoliticizzazione della società). Il costituzionalismo è, su questo versante, un fenomeno materiale, è l'esito di un processo complesso, dove prendono parte una pluralità di soggetti istituzionali, politici e sociali. È la *Weltanschauung* di una società, globalmente considerata. Una ripresa del costituzionalismo quale politica fondamentale di una comunità deve poi confrontarsi, in un'epoca di sovranazionalismo, con la variabile "Unione europea".

Non si può naturalmente negare che anche la garanzia dei diritti possa essere un fattore di promozione sociale. È troppo facile richiamare il diritto del lavoro, perché quest'ultimo appare, come elemento di trasformazione sociale, proprio nella stagione costituzionale dell'indirizzo fondamentale. Si può invece richiamare il cambiamento sociale dovuto all'introduzione di una serie di diritti civili o alle politiche antidiscriminatorie che vengono dall'Unione europea.

Tutto questo significa indubbiamente civilizzazione dei rapporti attraverso il diritto, ma ciò a cui stiamo guardando ora è il compito di rimozione delle diseguaglianze economico-sociali che l'art. 3 cpv. affida alla Repubblica, un tema riaperto prepotentemente dopo il ritorno, negli anni ottanta, della centralità della mediazione di mercato e il dominio del capitalismo finanziario nei successivi decenni di globalizzazione. Dal ristretto punto di vista della magistratura, quello su cui bisogna interrogarsi è il rapporto fra il precetto dell'art. 3 cpv. e il bilanciamento dei principi costituzionali.

Il bilanciamento fra principi, cui provvede il legislatore nel porre la norma, corrisponde a una scelta politica e in questo ambito è libero. Politica è l'opzione in favore di un determinato principio, piuttosto che in favore di un altro, ma politica è la stessa posizione della fattispecie legale, quale espressione tecnico-giuridica della graduazione e combinazione dei principi. Il limite giuridico di questa libera scelta risiede nel canone di proporzionalità, corollario della regola suprema di eguaglianza formale, in base al quale la compressione del principio soccombente deve avvenire nello stretto necessario per realizzare il principio prevalente e in modo che il nucleo indisponibile del principio perdente lasci una traccia e non sia del tutto sacrificato. Se, però, si tratta di una norma di attuazione dell'eguaglianza sostanziale, il bilanciamento non è più libero. La rimozione delle diseguaglianze economico-sociali non è un principio che cada in un bilanciamento, è un compito della Repubblica, come prevede espressamente l'art. 3 cpv. Non c'è da bilanciare questo compito fondamentale della Repubblica, c'è da darvi obbligatoriamente attuazione, per cui gli altri principi sono sempre soccombenti. La scelta politica è giuridificata dall'essere espressione della scelta politica costituzionale. I principi riemergono dal lato della compressione proporzionata e sufficiente del principio che, nell'occasione, sia rimasto cedevole di fronte all'imperativo dell'eguaglianza sostanziale. La direzione del bilanciamento è imposta dalla Costituzione, ma il principio soccombente deve essere salvaguardato nel suo nucleo essenziale.

L'interpretazione conforme all'art. 3 cpv. è il contributo limitato che la magistratura, come istituzione della Repubblica, ancor prima che come organo di garanzia, può dare alla ripresa di un costituzionalismo quale politica fondamentale del potere pubblico. È un compito della Repubblica che la magistratura, in questo modo, assume, coerentemente al modello di costituzione-indirizzo fondamentale. Gardone rappresenta qui ancora un punto di non ritorno. Il volto dell'istituzione repubblicana è nella finalizzazione dell'interpretazione conforme al superamento della diseguaglianza economico-sociale, il volto del giudice

risiede nell'inclusione del criterio ermeneutico della proporzionalità nella compressione del principio soccombente. L'interpretazione conforme va esercitata nei confronti della legge che, dovendo rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale di cui all'art. 3 cpv., manchi il suo obiettivo perché nel bilanciamento tale compito resta soccombente o perché, pur trattandosi di legge di promozione sociale, il mezzo previsto non sia conciliabile con il fine dell'eguaglianza sostanziale, sempre che i margini linguistici della disposizione consentano l'adeguamento a Costituzione.

Quest'ultimo aspetto consente di introdurre un tema più generale sulla interpretazione della legge nel contesto del costituzionalismo contemporaneo: è coerente soggezione del giudice alla legge la riduzione di quest'ultima a enunciato linguistico? Il punto fisso e inaggirabile da cui muovere per l'attività interpretativa è dato solo dalle potenzialità semantiche dell'enunciato?

4. L'interpretazione della legge nell'epoca del pluralismo dei principi

Si suole discorrere di "creazionismo giudiziario" quando si tematizza il rapporto fra disposizione e norma. La metafora della creazione è adoperata perché la norma, tratta dalla disposizione, corrispondente all'enunciato linguistico, non c'è prima dell'interpretazione, ma questo non significa che l'interprete sia produttore di diritto, significa solo che la disposizione rivela la norma, che in essa è depositata, solo grazie al contributo dell'interprete. Si misura qui la diversa valenza dei discorsi interpretativi, quello della giurisprudenza con valenza prescrittiva su cosa è diritto e quello della dottrina con valenza soltanto descrittiva. Il primo costituisce un valore giuridico e partecipa della funzione prescrittiva dell'ordinamento, il secondo è conoscenza scientifica.

Costituisce usurpazione di funzioni normative ("eccesso di potere giurisdizionale") l'interpretazione giurisprudenziale che ecceda i confini del linguaggio, fraintendendo la stessa portata semantica dell'enunciato. Il percepire diversamente il significante linguistico dell'enunciato corrisponde, così, alla posizione di una disposizione diversa da quella che il legislatore ha posto, attraverso l'introduzione di una possibilità di significato normativo che non c'è nell'ordinamento. Non di interpretazione in senso proprio si tratta, ma dello stadio precedente rappresentato dalla percezione linguistica. Ma se ciò integra l'assunzione di funzioni para-normative da parte dell'interprete, il limite dell'interpretazione in generale non può essere dato soltanto dal mero enunciato linguistico, perché vi è un vincolo ulteriore rispetto al linguaggio, che

costituisce in realtà la sostanza della soggezione del giudice alla legge. Fra l'eccesso di potere, derivante dal fraintendimento linguistico, e il rispetto delle potenzialità semantiche dell'enunciato non c'è la libertà senza limiti dell'interprete.

Come ho detto in precedenza, la divaricazione di norma e disposizione ha avuto il merito storico del superamento dell'appiattimento dell'interpretazione alla lettera della legge, secondo i canoni di una scuola esegetica che occultava le scelte di valore dell'interprete dietro la neutralità del rispetto del testo. La legge era soprattutto il codice, ed il codice non poteva più essere interpretato in modo disancorato dalla costituzione. Era questo il contesto del cambio di paradigma. Il codice, per sua parte, rinviava all'omogeneità sociale di una società basata su divisioni semplici e limitate linee di frattura. Quando nel costituzionalismo entra la problematica dei principi e del loro bilanciamento, quello è il segno che la società è cambiata e, con essa, anche la legge. Non a caso, da una certa epoca in poi si comincia a parlare di età della decodificazione e di moltiplicazione della legislazione speciale.

Lo spartiacque fra il vecchio codice e la nuova legge è il pluralismo, quale cifra fondamentale della società a qualsiasi livello, sociale, valoriale, religioso, culturale. Questo pluralismo si riflette nel costituzionalismo come pluralismo di principi. Ogni principio e ogni forma di relazione (prevalenza o soccombenza) fra principi corrisponde a una scelta politica, la quale a sua volta rinvia a valori e culture diverse. Anche l'interprete sta di fronte alla legge con i principi corrispondenti alla sua scelta politica, ma, a fronte del dominio del pluralismo, non è più il tempo di concepire l'interpretazione come l'accostamento a un enunciato linguistico dal punto di vista dei valori di cui l'interprete medesimo si fa portatore. La legge ha ora una densità di principi che impone all'interprete di mettere da parte il principio che corrisponde alla sua scelta politica.

Costituisce un'acquisizione irreversibile la forza maieutica dell'interpretazione. La disposizione ha, tuttavia, un nocciolo duro che fa attrito rispetto all'estrazione della norma per via interpretativa e che non può essere circoscritto alle potenzialità semantiche dell'enunciato. Per riprendere la definizione di Herbert L.A. Hart di norma come struttura aperta, il nucleo di certezza, intorno al quale vi sono i margini di dubbio affidati al dispiegarsi dei fenomeni interpretativi, non è dato solo dal significato linguistico, ma da un ulteriore limite che precede l'attività interpretativa. Coerentemente alla genesi della legge moderna nel pluralismo, il limite è dato dalla scelta del principio prevalente da parte del legislatore nell'ambito di un bilanciamento. Di questo sono consapevoli le sezioni unite, quando affermano che la posizione

della norma avviene «nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione» (Cass., sez. unite, n. 12193/2019). Il nucleo di certezza della disposizione, ulteriore rispetto all'enunciato linguistico, corrisponde alla scelta politica del legislatore in favore di un principio nell'ambito di una graduazione fra principi. L'interprete non può sostituire la scelta politica del legislatore con quella propria in favore di un diverso principio. Sull'asse della scelta politica, indisponibile per l'interprete, ruota la norma, quale mezzo giuridico apprestato per il perseguimento del fine politico, norma che resta affidata al dispiegarsi dei diversi fenomeni interpretativi nel corso del tempo. È la radice dinamica ed evolutiva della giurisprudenza, mediante la quale il fondo precettivo della disposizione si rivela in modo cumulativo e progressivo.

L'indisponibilità per l'interprete del senso politico del diritto non significa che un'interpretazione della legge, da parte della Corte di cassazione o delle corti superiori delle giurisdizioni speciali, che contraddica la scelta politica soggiacente alla norma, possa costituire usurpazione di poteri normativi. Tale è, come abbiamo visto, soltanto la posizione di una nuova disposizione mediante il fraintendimento linguistico dell'enunciato. La scelta politica non è parte della norma, ma la fonda, condizionando l'interpretazione. Il contenuto del precetto è uno svolgimento del giudizio di valore iniziale (del legislatore o dell'interprete). La sostituzione della scelta politica del legislatore con quella dell'interprete si riflette nell'ermeneutica della disposizione. È sempre, dunque, l'interpretazione a essere in gioco, e l'interpretazione non può costituire materia per un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato (legislativo e giudiziario), perché è il *proprium* del potere giudiziario. L'unica autorità legittimata a rilevare l'interpretazione *contra legem* è la stessa giurisprudenza, la quale, supportata in questo dal contributo fondamentale della dottrina, apporta gli aggiustamenti necessari nella sua funzione di attuazione dell'ordinamento giuridico secondo la logica incrementale e progressiva che è propria alla giurisprudenza. È questo il punto di equilibrio fra la sovranità popolare, che si manifesta attraverso la rappresentanza politica, e il potere dei giudici di interpretare la legge.

Il vincolo della scelta politica non viene meno neanche con l'interpretazione conforme a Costituzione. Quest'ultima è espressione della gerarchia fra le fonti (o della cessione di sovranità, nel caso della disciplina euro-unitaria) e del criterio della conservazione degli atti giuridici. La supremazia costituzionale e la conservazione della legge impongono di guardare alla disposizione unicamente quale complesso di

segni linguistici. Poiché, però, la non conformità a Costituzione risiede nella compressione non proporzionata del principio soccombente, ciò che l'interpretazione conforme richiede non è un mutamento della scelta politica, cioè di quale debba essere il principio prevalente, ma soltanto una modifica nel bilanciamento, in modo da giungere alla compressione del principio perdente nella misura strettamente necessaria e in modo da salvaguardare il suo nucleo indisponibile. L'interpretazione conforme copre l'area solo di ciò che appare incostituzionale. La norma che l'interprete deve estrarre dall'enunciato linguistico, fermi i confini di quest'ultimo, deve corrispondere alla compressione proporzionata del principio soccombente, che il cattivo bilanciamento non ha rispettato, facendo salva la scelta politica del legislatore in favore di un principio determinato, perché non è quest'ultima l'oggetto dalla valutazione di incostituzionalità. Soltanto nel caso dell'interpretazione conforme all'art. 3 cpv. può essere mutato il segno della scelta politica, ma qui, come si è visto nel precedente paragrafo, la scelta politica che si fa valere è quella del Costituente, mentre, nel caso della normativa euro-unitaria, il relativo adeguamento non è altro che il riempimento dell'involucro linguistico con la scelta politica unionale.

Possiamo agevolmente rileggere il fenomeno dell'interpretazione conforme alla luce della conversione del contratto nullo di cui all'art. 1424 cc, che esprime la regola aurea del principio di conservazione degli atti giuridici: la legge, come il contratto nullo, «può produrre gli effetti» di una norma diversa, della quale contenga gli stessi «requisiti» linguistici («di sostanza e di forma»), purché sia rispettata la scelta politica del legislatore («lo scopo perseguito dalle parti»), dovendo soltanto così ritenersi che questi «avrebbe[ro] voluto» la norma diversa in presenza della correzione della causa di «nullità» (ossia il sacrificio del principio soccombente nello stesso necessario, salvaguardando il suo nucleo indisponibile). Si consegue così, anche nel campo dell'interpretazione conforme, l'equilibrio fra sovranità popolare e potere giudiziario.

5. L'imparzialità dell'interprete

Proprio perché la legge moderna è un condensato di principi da decifrare, l'interprete deve mettere da parte i principi che corrispondono alle sue scelte politiche e di valore, e accostarsi in modo neutrale e imparziale alla disposizione. Ho scritto più volte che il giudice deve assumere un dovere di indipendenza da se stesso, non solo quando deve interpretare la legge, ma anche quando deve renderla conforme alla Costi-

tuzione, in questo secondo caso perché, stendendo un velo di ignoranza sul principio corrispondente alla sua scelta politica, egli deve identificare la proporzione ideale di compressione del principio soccombente nel bilanciamento, senza sostituire la scelta politica alla base della norma con una propria scelta politica. Lo stato di fatto dell'interprete è quello della collocazione in un determinato contesto di valori e culture. Il dover essere, che da lui si pretende, è quello di un auto-trascendimento, in vista dell'emancipazione dalle proprie appartenenze valoriali. È un esercizio che bisogna compiere, e la motivazione del provvedimento, che il giudice adotterà, darà conto di questo percorso di ascesi. Vi è un'imperfezione da scontare in questi esercizi, ed è la natura umana, e non ercule, per dirla con Ronald Dworkin, dell'interprete. Ciò che importa è la coerente assunzione del dovere di indifferenza rispetto alle proprie concezioni di ciò che è bene per la comunità.

L'assunzione del dovere di indipendenza da se stessi attiene alla responsabilità del giudicare. Il giudice deve puntare a una condizione ideale di emancipazione dalla propria soggettività quale assunzione di una responsabilità. Il cattivo esercizio della giurisdizione, se derivante dall'inadempimento del dovere di indipendenza da se stessi, non produce conseguenze giuridiche sul piano dello statuto del magistrato, perché il tutto si risolve all'interno del sistema delle impugnazioni della decisione. Il diritto, però, non è soltanto un sistema di fattispecie legali produttrici di conseguenze giuridiche, come sostiene la concezione legalistica. Se si allarga lo sguardo, e si guarda pure alla concezione cd. istituzionalistica, il diritto è anche un complesso di regole costitutive di una prassi, la quale non esisterebbe senza quelle regole, come il gioco degli scacchi, che non esiste prima delle regole che lo costituiscono. La prassi che le regole costituiscono è un'istituzione, e non rispettare quelle regole significa muoversi fuori della funzione istituzionale che le regole identificano. Come muovere un cavallo in diagonale vuol dire smettere di giocare a scacchi, così per un giudice non puntare all'indipendenza da se stesso vuol dire muoversi all'esterno della prassi istituzionale del giudicare e non restare leali all'istituzione, la quale va servita con «disciplina ed onore», come prevede per ogni cittadino cui siano affidate funzioni pubbliche l'art. 54 Cost. L'indipendenza costituzionale del giudice dagli altri poteri, prevista dal primo comma dell'art. 104 Cost., comporta l'indipendenza del giudice da se stesso, quale dovere identificativo della funzione istituzionale e coefficiente di responsabilità dell'indipendenza costituzionale.

Viene così in gioco la regola costitutiva della funzione giudiziaria rappresentata dall'imparzialità. Si innesta qui un altro lato del problema: la necessità

che l'interprete non solo sia, ma anche appaia imparziale. L'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede che per legge possono essere fissate condizioni e restrizioni alla libertà di espressione a garanzia dell'imparzialità del potere giudiziario. Il dovere di riserbo del magistrato non deve farci dimenticare che, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Żurek c. Polonia*, del 16 giugno 2022, «il diritto generale alla libertà di espressione dei giudici nell'affrontare questioni riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario può trasformarsi in un corrispondente dovere di parlare in difesa dello Stato di diritto e dell'indipendenza giudiziaria quando questi valori fondamentali sono minacciati».

Lo statuto della libertà di espressione del giudice nella moderna società democratica è un *work in progress* che si alimenta delle diverse circostanze nelle quali quella libertà interferisce con la necessità che, per quanto appare all'esterno, le parti del processo possano fare affidamento su un giudice imparziale. A differenza della violazione del dovere di indipendenza da se stesso, le cui conseguenze giuridiche restano sul piano dell'impugnazione della decisione, non apparire imparziali potrebbe mettere in moto una fattispecie legale al livello dello statuto del magistrato e produrre degli effetti giuridici, a parte l'illecito disciplinare derivante dall'iscrizione ai partiti politici e dalla partecipazione sistematica e continuativa ad essi, nonché dal «coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato» (art. 3, comma 1, lett. h, legge n. 109/2006).

In linea di principio, non c'è materia né per l'illecito disciplinare, che si ha, oltre che nel caso appena richiamato, quando la violazione dei doveri di imparzialità e riserbo arreca ingiusto danno o indebito vantaggio a una delle parti (art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs n. 109/2006), né per l'obbligo di astensione, le cui ragioni sono sempre relative al processo e al caso concreto, mentre l'intervento in sede dottrinale o la manifestazione di dissenso politico rispetto a una legge restano sul piano astratto e generale (senza, poi, considerare il rispetto che il giudice deve al valore dell'uniformità della giurisprudenza, anche quest'ultima regola costitutiva della funzione giudiziaria, la quale obbliga il giudice, entro certi limiti, a mettere da parte le sue convinzioni quale studioso del diritto). Si tratta, piuttosto, di una questione di professionalità del magistrato in senso tecnico-giuridico, che può quindi incidere sulle relative valutazioni cui è periodicamente addetto il Consiglio superiore della magistratura.

Sul punto, due criteri possono essere fissati. Il primo, ricavato dal principio soggiacente all'art. 3, comma 1, lett. h, legge n. 109/2006, è che la liber-

tà di espressione va esercitata fino al punto in cui essa non rinvii a un'appartenenza che possa minare l'indipendenza del giudice, perché ciò che, in realtà, deve apparire non è tanto l'imparzialità, che ne è la conseguenza, ma l'indipendenza. Il secondo è che la libertà di espressione va esercitata secondo modalità che non consentano alle parti del processo di dubitare circa l'assunzione, da parte del giudice, di un dovere di indipendenza da se stesso. Un magistrato che, assegnato alla trattazione (in via esclusiva o prevalente) degli affari in materia consumeristica, sia un impegnato attivista, con una forte e riconosciuta presenza pubblica, nelle associazioni a difesa dei consumatori non consente al professionista, controparte in giudizio del consumatore, di confidare sulle capacità del giudice di auto-trascendersi al momento del giudizio. Una cosa è la fredda argomentazione tecnica spesa in un convegno scientifico, altra cosa è la passione e il calore che accompagna un attivo impegno politico, sia pure non partitico, in un'associazione quale quella a difesa dei consumatori.

6. La sfida per l'associazionismo giudiziario

Di fronte alla magistratura associata c'è, oggi, la costellazione di nodi che abbiamo tratteggiato. Il prossimo Congresso dell'Anm, dedicato proprio al tema "magistratura e legge tra imparzialità e interpretazione", potrebbe avere una valenza costitutiva, come accadde a Gardone nel 1965. A quel tempo, come ho anticipato, si era nel cuore della stagione del *constituere*: in una fase in cui la Costituzione era il motore della trasformazione sociale, bisognava prendere sul serio il modello di società che essa prefigurava e adattare ad esso la legge, fuori dal falso agnosticismo di una interpretazione fedele osservante del testo normativo. Oggi siamo al cospetto di un costituzionalismo in frammenti: l'attuazione sospesa del disegno costituzionale di società, lo spostamento degli individui dai luoghi della democrazia alle aule di giustizia, le domande nuove che la forma di legge pone all'interprete. Questi frammenti si proiettano nell'associazionismo giudiziario e formano le diverse anime che lo compongono. Il punto è che, proiettandosi come frammenti, sono esposti a percorsi di avvistamento involutivi.

La centralità di una politica costituzionale dell'eguaglianza sostanziale, se non si accorda al tema dell'imparzialità dell'interpretazione e alla esigenza di garanzia del nucleo essenziale dei principi soccombenenti rispetto all'imperativo egualitario, rischia la deriva nel primato della scelta politica dell'interprete. D'altra parte, una visione puramente concentrata

sulla pluralità dei principi e i diversi livelli di fonti del diritto, per un verso, rischia di essere politicamente destrutturata dal punto di vista costituzionale, perché smarrisce il senso dell'attraversamento di tutte le istituzioni repubblicane da parte dell'imperativo politico-costituzionale della trasformazione sociale; per l'altro rischia di restare inconsapevole di quanto la giurisdizionalizzazione dei rapporti possa allontanare i cittadini dai circuiti del processo democratico.

Più in generale, deve essere compreso il vero significato dell'immagine del giudice garante dei diritti fondamentali. Questi ultimi, nel costituzionalismo contemporaneo, sono formulati per principi. Ciascuno di essi corrisponde a una scelta politica e il compito della giurisdizione non è perseguire la scelta politica in favore di un principio, ma salvaguardare il rispetto del criterio di proporzionalità nel bilanciamento fra principi che il legislatore ha stabilito. È il rispetto del criterio di proporzionalità, e non il diritto fondamentale *ut sic*, che il giudice garantisce quando provvede all'interpretazione conforme a Costituzione. Per restare a una terminologia tradizionale, ciò che il giudice deve garantire è l'applicazione del diritto oggettivo, solo che questo non è più soltanto la legge, ma anche il corretto bilanciamento dei principi costituzionali e, naturalmente, le fonti plurali che integrano l'ordinamento.

Soltanto nell'ipotesi residuale della diretta attuazione dei principi costituzionali, ove manchi la fattispecie legale e non vi sia riserva di legge, il giudice presta garanzia al principio che reputa prevalente sulla base di una scelta di valore, la quale sarà recessiva una volta che il legislatore, introducendo la fattispecie legale, abbia fatto la propria scelta politica. Si tratta di un'ipotesi eccezionale, che trova un addentellato nella giurisprudenza costituzionale sulle sentenze additive di principio, e in relazione alla quale è il divieto del *non liquet* a giustificare una scelta politica, quale è quella dell'identificazione del principio prevalente, sia pure per fissare il diritto di un caso concreto, da parte di un organo estraneo alla rappresentanza politica. Si comprende così perché sia la necessità di fare scelte politiche a imporre la legge e a non permettere che il diritto sia affidato alla sola Costituzione.

Infine, la legge. Riproporre il tema della soggezione alla legge, senza immetterlo nel contesto del

moderno pluralismo dei principi, e senza saldarlo sia all'inevitabile contributo dell'interprete nella costruzione del fenomeno interpretativo che alla necessità di tenere ferma l'interpretazione conforme, significa restare avviluppati nel testualismo e nella vecchia scuola dell'esegesi, inconsapevoli della distanza che c'è fra noi giuristi del XXI secolo e un'epoca in cui tutto il diritto era racchiuso nel codice e affidato a una pedissequa applicazione burocratica. Negli stessi termini, invocare l'apparenza di imparzialità dell'interprete astraendola dal contesto della democrazia repubblicana, nella quale tutti prendono parte alla discussione politica su ciò che è bene per la comunità, significa risospingere il magistrato nella vecchia società liberale, dove la vita pubblica del cittadino non era altro che la preservazione della propria sfera privata dalle intrusioni del potere politico.

Le diverse anime dell'associazionismo giudiziario hanno tutto da perdere se restano isolate nel loro punto di vista, mentre hanno tutto da guadagnare se trovano i punti di integrazione e di raccordo. Non solo perché questo significa evitare derive involutive, ma anche, soprattutto, perché dalla sintesi delle diverse sensibilità può emergere qualcosa di nuovo che non sia la mera sommatoria dei suoi elementi. Il pluralismo associativo è una risorsa perché tiene viva l'attenzione sui diversi lati della problematica costituzionale della magistratura, che un irrigidimento unitario può smarrire. Ma oggi, nel contesto dei nuovi interrogativi che il costituzionalismo pone, e di una crisi importante nel circuito magistratura-istituzioni-società, è necessario comporre un quadro unitario. Riemerge qui la ragione costitutiva dell'associazionismo giudiziario, che è quella di formare a un ruolo costituzionale, e dunque al costituzionalismo, un corpo di funzionari selezionati per concorso.

Fare sintesi dovrebbe essere, così, il compito dell'Associazione nazionale magistrati e il prossimo congresso, da questo punto di vista, è un'occasione da non perdere. A quasi cinquant'anni da Gardone, potrebbe venire dalla magistratura associata un nuovo contributo al costituzionalismo, in una stagione che non è, come quella degli anni sessanta del secolo scorso, di "magnifiche sorti e progressive", ma di crisi e di ripiegamenti. Dal fondo oscuro e difficile di un'epoca possono nascere nuove visioni.

Una nuova idea di imparzialità si aggira per l'Europa: i tanti volti dell'attacco alla libertà di parola e di associazione dei magistrati

di *Mariarosaria Guglielmi*

Dalla “legge-museruola” in Polonia alla proposta (per ora respinta) dell’“emendamento-bavaglio” in Francia: nel panorama europeo si limita e si tenta di limitare la libertà di parola dei magistrati.

Con le accuse di *interferenze* all’Anm, che interviene sulla riforma della giustizia, e di *militanza politica* ai giudici e ai pubblici ministeri per i provvedimenti adottati nell’esercizio delle loro funzioni, anche nel nostro Paese si ripropone l’attacco all’associazionismo giudiziario e ai valori della giurisdizione.

1. Francia, 8 giugno 2023 / 2. Mayotte / 3. Significative coincidenze e l'importante posta in gioco / 4. Uno sguardo all'Europa

1. Francia, 8 giugno 2023

Nella seduta dedicata all’esame del disegno di legge relativo «all’apertura, alla modernizzazione e alla responsabilità della magistratura», i senatori approvano un emendamento per inquadrare la libertà di associazione dei magistrati, stabilendo che deve essere esercitata «*nel rispetto del principio di imparzialità che si applica ai membri della magistratura*»[%]. Philippe Bonnacarrère, autore dell’emendamento, ricorda nel suo intervento che l’indipendenza e l’im-

parzialità sono due aspetti centrali quando si parla di giustizia e che, se certo va riconosciuta piena libertà di espressione alle associazioni, comprese quelle giudiziarie, tuttavia la nozione di imparzialità deve caratterizzare non solo l’agire individuale dei magistrati, ma anche la loro azione collettiva. E rassicura: «non crediamo che il concetto di imparzialità possa essere visto come un ostacolo alla libertà di espressione collettiva dei magistrati».

L’origine e il senso dell’emendamento diventano più chiari nelle parole di Agnès Canayer: lo scopo di

¹ Considerando i riferimenti fattuali e le fonti ivi citate, si segnala che il presente articolo è stato pubblicato, nelle lingue italiana e inglese, su *Questione giustizia online* il 27 luglio 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/polonia-ungheria-francia).

Sono disponibili in italiano, alla stessa pagina, anche l’appello di Medel, *Dopo Polonia e Ungheria, la Francia?*, del 13 giugno 2023 (www.questionegiustizia.it/data/doc/3613/dopo-la-polonia-e-l-ungheria-la-francia.pdf), e il comunicato del *Syndicat de la Magistrature*, *Bavaglio alla magistratura: un passo indietro per la democrazia*, del 17 giugno (www.questionegiustizia.it/data/doc/3613/bavaglio-alla-magistratura.pdf).

[%] www.senat.fr/amendements/2022-2023/662/Amdt_38.html.

questa previsione è ribadire che il diritto di fare attività associativa per i magistrati deve essere compatibile con il dovere dell'imparzialità inerente al loro *status* perché, «se si può riconoscere che il principio di imparzialità esiste, non è superfluo fissarlo nella legge, come dimostrato dai recenti incidenti di Mayotte»[&].

2. Mayotte

Nei mesi di marzo e aprile 2023, il *Syndicat de la Magistrature*¹ aveva preso pubblicamente posizione sull'operazione di sicurezza pubblica e di contrasto all'immigrazione irregolare, denominata “*Wuambushu*” (“ripresa”), in corso sull'isola di Mayotte. Rivendicando il diritto e la «necessità democratica» di partecipare al dibattito su questioni riguardanti i valori dello Stato di diritto, il *Syndicat* aveva condiviso l'allarme espresso anche da numerosi osservatori internazionali (*Défenseur des droits*, UNICEF, CN-CDH, Consiglio d'Europa) per le ricadute sui diritti fondamentali e sulla possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale in considerazione della portata e modalità della spettacolare operazione finalizzata allo sgombero delle persone residenti nelle *bidonvilles*².

Gli attacchi e le critiche sui *media* alla libertà di espressione dei magistrati e alla giudice del tribunale locale – in passato vicepresidente del *Syndicat* –, che aveva deciso la sospensione in via d'urgenza delle operazioni di sgombero, si inasprivano fino a determinare una chiara presa di posizione da parte del Consiglio superiore della magistratura: «in uno Stato democratico governato dallo Stato di diritto, le critiche a una decisione giudiziaria non devono mai essere espresse attraverso attacchi personali al giudice che ha preso la decisione»; «la libertà di associazione è riconosciuta ai membri della magistratura»; «le posizioni assunte da un'associazione non possono essere utilizzate come base per mettere in discussione l'imparzialità di un magistrato per il solo fatto che fa parte di tale organizzazione»³. In questo contesto si inseriva anche l'iniziativa del Ministro della giustizia

Eric Dupond-Moretti, che richiedeva al Consiglio di esprimere un parere sui limiti del diritto di parola dei magistrati.

La magistratura francese si è fortemente mobilitata in difesa del diritto di parola e di associazione. Come denunciato nel documento «*Bavaglio alla magistratura: un passo indietro per la democrazia*», promosso dal *Syndicat de la Magistrature*, che ha raccolto in poco tempo l'adesione di molte associazioni e di numerose personalità della cultura, scopo dell'emendamento era dare concretezza all'assunto che un magistrato impegnato nell'attività associativa sia necessariamente *di parte* nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie: una limitazione alla libertà di pensiero e di parola che spetta ai singoli in quanto tali e alle loro associazioni; un *vulnus* alla funzione giurisdizionale, compromessa dal discredito verso ogni decisione resa da un giudice o da un pubblico ministero in quanto aderente a un'associazione⁴.

Nella sua dichiarazione del 13 giugno, Medel ha ribadito che il tentativo di limitare la libertà di espressione appare ancora più grave quando si prendono di mira le posizioni assunte dalla magistratura per ricordare il compito di salvaguardia dei diritti fondamentali che spetta all'autorità giudiziaria in ogni società democratica, e l'indipendenza che le deve essere per questo riconosciuta⁵.

3. Significative coincidenze e l'importante posta in gioco

L'iter legislativo di approvazione della legge organica sullo *status* della magistratura non si è ancora definitivamente concluso, ma nella votazione del 18 luglio da parte dell'Assemblea nazionale l'emendamento è stato respinto. L'allarme è – per ora – rientrato, ma non è cessato. E resta un segnale preoccupante: ovunque la libertà di espressione dei magistrati e delle loro associazioni è sotto accusa.

La vicenda francese ci dice quanto radicata e diffusa sia l'insofferenza per l'idea di una magistratura

& www.senat.fr/seances/s202306/s20230608/s20230608001.html#Niv1_SOM1.

¹. L'Associazione di giudici e pubblici ministeri, costituita nel 1968, è membro fondatore di Medel.

(. www.syndicat-magistrature.fr/component/tags/tag/mayotte.html).

) <https://rassemblementnational.fr/communiqués/le-syndicat-de-la-magistrature-contre-linteret-des-mahorais>.

Il Deputato LR per Mayotte, Mansour Kamardine, in un comunicato (aprile 2023), denunciava «l'accanimento giudiziario orchestrato da associazioni “*droitdelhommistes*”, mano nella mano con giudici di parte» (www.zinfos974.com/Wuambushu-Mansour-Kamardine-par-le-de-harcelement-judiciaire-orchestre-par-des-associations_a195255.html);

www.conseil-superieur-magistrature.fr/publications/avis-et-communiqués/communication-du-4-mai-2023.

*. www.syndicat-magistrature.fr/notre-action/defense-des-libertes/liberte-d-expression/2601-tribune-baillonner-la-magistrature-une-regression-democratique.html.

+ <https://medelnet.eu/after-poland-and-hungary-france/>.

che “prende la parola”, e comune il linguaggio di chi si fa portavoce di tale insofferenza nel dibattito politico e pubblico.

Dietro all'impropria sovrapposizione fra l'*imparzialità* del giudice, garanzia essenziale del giusto processo e di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e i limiti alla sua libertà di espressione c'è la visione di una magistratura silente, di un corpo burocratico e separato dalla società, escluso dal confronto pubblico e dal dibattito democratico; c'è l'idea di magistrati ripiegati su se stessi e sulle loro “carte”, incapaci di elaborare ed esprimere posizioni collettive che non siano rivendicazioni salariali e di carriera; c'è la prospettiva di una magistratura che, come scriveva Stefano Rodotà, si sottrae al difficile confronto con la realtà quando chiama in causa la funzione di garanzia della giurisdizione, tornando a chiudersi dietro alle alte mura della sua separatezza.

Abbiamo avvertito l'eco del dibattito francese quando il nostro Ministro, che annuncia e promuove importanti riforme della giustizia, anche costituzionali, ha accusato di *interferenze* l'Anm (il “sindacato dei magistrati”) per le opinioni espresse nel dibattito pubblico sul punto⁸.

Difficile considerare questa accusa come un'innocua affermazione perché, come sempre, la forza persuasiva che può acquisire un messaggio immesso nel dibattito pubblico prescinde dalla sua fondatezza.

E, nel dibattito pubblico, l'allarme del Ministro per lo sconfinamento è stato condiviso e rilanciato da interventi che hanno evocato un deragliamento istituzionale, causato dalle modalità con le quali i magistrati, in quanto singoli o per mezzo dall'Anm, manifestano il loro pensiero travalicando la separazione e l'equilibrio dei poteri, o la stortura democratica di una Anm che si pone come titolare di sovranità. E anche da questo dibattito è arrivato il richiamo improprio all'*imparzialità* quale limite al diritto di parola dei magistrati che partecipano al confronto democratico sui temi della giustizia e dello Stato di diritto⁹.

Significative coincidenze, che nel nostro contesto fanno parte di una nuova stagione di difficoltà per la magistratura e la giurisdizione.

Aperto il cantiere delle riforme della giustizia all'insegna della necessità di intervenire per porre fine

agli abusi di una magistratura “di parte”, politicizzata e consapevolmente strumentalizzata dall'opposizione politica, ciò che ci si può attendere è che si porti acqua al mulino di queste riforme delegittimando ogni presa di posizione critica da parte dei magistrati, singoli e associati.

E il fronte di attacco si va pericolosamente spostando verso la giurisdizione: dopo la denuncia di *interferenza* alla magistratura che ostacola il percorso delle riforme con prese di posizione nel dibattito pubblico, il passo successivo è stato l'accusa ai giudici e ai pubblici ministeri di perseguire finalità politiche con le decisioni nei processi e nelle indagini. Le recenti gravi affermazioni provenienti da fonti governative sul ruolo di “opposizione politica” assunto dalla magistratura con i procedimenti che riguardano titolari di cariche politiche dimostrano chiaramente quale può diventare la posta in gioco: il ruolo della giurisdizione e la sua legittimazione. E l'allarme, questa volta lanciato dall'Anm, per le ricadute sulla separazione dei poteri e sulle prerogative di una giurisdizione indipendente non ha trovato una eguale attenzione, neppure nell'organo di tutela dell'indipendenza della magistratura¹⁰.

4. Uno sguardo all'Europa

Come spesso accade, il dibattito sulla giustizia e sullo statuto dei magistrati nei contesti nazionali, e nel nostro in particolare, prende direzioni opposte a quelle suggerite dall'esperienza e dal confronto in ambito europeo. E, oggi, a quelle imposte dagli sviluppi della “crisi europea” dello Stato di diritto. L'evoluzione democratica nei confini dell'Unione ha significato, in Polonia, assoggettamento all'esecutivo di tutto il sistema giudiziario; un Consiglio superiore della magistratura (KRS) che – anziché agire come garante della magistratura – è risultato attivamente coinvolto nella demolizione dell'indipendenza dei giudici e dei tribunali¹¹; una Corte costituzionale che oggi sfida apertamente non solo il primato del diritto dell'Unione europea, ma anche il sistema della Cedu; ritorsioni disciplinari e penali contro i giudici e i pubblici ministeri che hanno osato prendere la parola

8. www.ilsole24ore.com/art/nordio-contro-l-anm-loro-interferenze-l-associazione-magistrati-hanno-diritto-dovere-parlare-AEtzVrjD.

9. www.ildubbio.news/interviste/cassese-cosi-lanm-rischia-di-violare-la-separazione-dei-poteri-06ygcdsn; www.corriere.it/economia/lavoro/23_luglio_09/violante-governo-accercchiato-sindrome-diffusa-ma-dall-anm-toni-sbagliati-7066f8aa-1e8b-11ee-9790-534f50182f9e.shtml.

10. www.associazionemagistrati.it/doc/3999/rispettare-le-prerogative-della-giurisdizione.htm; www.associazionemagistrati.it/doc/4000/lessenziale-ruolo-dellanm.htm.

11. Cfr. la proposta di esclusione del KRS dalla Rete dei consigli di giustizia (ENCJ): <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/EGA%20Vilnius%202021/ENCJ%20EB%20proposals%20to%20expel%20KRS%20.pdf> (27 maggio 2020 – agg.: settembre 2021).

contro le riforme della giustizia adottate per sovvertire il principio di separazione dei poteri.

La scure della repressione autoritaria più dura, con la quale si è colpita a morte la democrazia in Turchia, si è abbattuta sul sistema giudiziario, su tutto il sistema di garanzie giurisdizionale, e sui singoli magistrati – come sugli avvocati e i difensori dei diritti umani – attraverso la privazione della libertà personale e le condanne definitive di coloro che si sono impegnati pubblicamente nella difesa dell'indipendenza della magistratura e dei valori della democrazia. Murat Arslan, presidente di Yarsav (associazione di giudici e pubblici ministeri turchi aderente a Medel, sciolta in base alla legislazione di emergenza dopo il tentativo di colpo di Stato, nel luglio 2016), è stato il testimone non silenzioso della fine dello Stato di diritto in Turchia: detenuto dall'ottobre 2016 e, dopo un processo condotto in violazione di tutte le essenziali garanzie del giusto processo, condannato a dieci anni di reclusione, Murat ha pagato in prima persona il prezzo del suo impegno a favore dei diritti e di una giustizia indipendente.

Rispetto a questo contesto, proprio per quanto riguarda la partecipazione del magistrato al dibattito pubblico, oggi si afferma la sussistenza di un *dovere* dei giudici di prendere la parola quando la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali sono a rischio (così la Rete dei Consigli di giustizia nella dichiarazione di Atene del giugno 2022 e il Consiglio consultivo dei giudici europei nel parere del dicembre 2022 sulla libertà di espressione dei giudici)¹².

Due importanti pronunce delle Corti europee sono intervenute di recente sulla libertà di parola e su quella associativa.

Il 6 giugno la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione dell'articolo 10 (libertà di espressione) della Convenzione da parte della Turchia per la sanzione disciplinare inflitta dal Consiglio dei giudici e dei pubblici ministeri alla ricorrente – magistrata, all'epoca dei fatti segretaria generale del sindacato dei giudici – a seguito di un'intervista pubblicata da un quotidiano nazionale in cui si esprimeva criticamente sulle conseguenze delle modifiche apportate al Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori (HCJP) dagli emendamenti costituzionali. La Corte

chiaramente afferma che, se da un lato esiste un dovere di riserbo e di continenza correlato alle funzioni di magistrato, il ruolo di segretaria generale di un sindacato magistrati è un «ruolo di attore della società civile». La ricorrente aveva dunque il diritto e il dovere di esprimere la propria opinione sulle riforme costituzionali suscettibili di avere un impatto sulla magistratura e sull'indipendenza della magistratura¹³.

È del 5 giugno la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha accolto il ricorso della Commissione contro la Polonia e bocciato la cd. «legge museruola»¹⁴. Una riforma approvata nel 2019, con la quale la Polonia ancora una volta si è posta in rotta di collisione con i principi dello Stato di diritto e il primato del diritto dell'Unione. Oltre a misure per consentire di sanzionare disciplinarmente i giudici per gli interventi critici sulle riforme e quelli chiamati a verificare il rispetto dei requisiti essenziali per la tutela giurisdizionale effettiva, sanciti dal diritto dell'Unione, e di far valere il suo primato, la legge ha imposto ai giudici anche l'obbligo di comunicare informazioni relative alle loro attività nell'ambito di associazioni o fondazioni, nonché una eventuale precedente appartenenza politica, e ha previsto la pubblicazione di tali informazioni.

La Polonia ha difeso la riforma dinanzi alla Corte, affermando che l'obiettivo di queste misure era rafforzare la *neutralità politica* e l'*imparzialità* dei giudici, nonché consentire alle parti di essere informate delle precedenti attività politiche dei giudici interessati, e di un eventuale pregiudizio all'obiettività del giudice in una determinata causa.

Torna l'argomento della imparzialità, un *pass-partout* a tutte le latitudini per agire con strette autoritarie sulla libertà di pensiero e di associazione dei magistrati.

Non siamo in Polonia e non siamo in Turchia. Ma, come sempre, alzare lo sguardo verso quello che accade oltre i confini nazionali, aiuta ad acquisire consapevolezza dei mutamenti che preannunciano l'avvio di pericolose e inarrestabili involuzioni. E di capire su quale piano inclinato ci si pone quando la torsione strumentale riguarda i principi che tutelano l'indipendenza della giurisdizione e quelli che sono alla base della sua legittimazione.

12. <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/GA%2022/ENCJ%20Athens%20Declaration%202022.pdf>; <https://rm.coe.int/opinion-no-25-2022-final/1680a973ef%0A%0A>.

13. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-225022%22%5D%7D>.

14. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-06/cp230089en.pdf>.

Magistrato e cittadino: l'imparzialità dell'interprete in discussione

di Enrico Scoditti

Dopo la fase del costituzionalismo politico che, superando la concezione dell'applicazione burocratica del diritto, aveva immesso la giurisdizione nell'attuazione dell'indirizzo politico-costituzionale, ponendo all'inizio dell'interpretazione del diritto i valori dell'interprete, nell'odierna stagione del costituzionalismo per principi l'imparzialità dell'interprete è affidata all'assunzione di un dovere di indipendenza da se stesso. Che il magistrato debba anche apparire imparziale non significa però astenersi dal prendere parte al dibattito democratico, cui il magistrato partecipa esprimendo le proprie scelte politiche al pari di ogni cittadino, ma significa essere ed apparire indipendente da formazioni politiche e soggetti operanti nel settore economico o finanziario, perché la sostanza dell'imparzialità è l'indipendenza.

1. Sapere tecnico e sterilizzazione politica del giudiziario / 2. La stagione del costituzionalismo politico: la politica dentro la giurisdizione / 3. Il costituzionalismo giuridico: il ritiro della politica dalla giurisdizione / 4. Il cittadino-magistrato: anatomia di un attore politico sulla scena pubblica

1. Sapere tecnico e sterilizzazione politica del giudiziario

Nella cultura giuridica statunitense è quasi ovvio identificare nella *Supreme Court* una componente progressista e una conservatrice, attribuendo queste qualifiche ai suoi singoli componenti, senza che il loro *status* di giudici supremi venga compromesso. Perché nella cultura giuridica dell'Europa continentale, e segnatamente nel nostro contesto nazionale, una simile qualifica offuscherebbe, a dir poco, l'aura di imparzialità del magistrato? Molte cose vanno messe a punto per rispondere a questa domanda, a partire dalla fondamentale differenza fra mondo anglosassone e continente europeo sul piano della civiltà giuridica. Partiamo da quest'ultimo elemento di base.

La cultura giuridica americana non si è evoluta nel senso della specializzazione tecnica della teoria e della prassi del sapere giuridico, ma è cresciuta in

continuità con altri saperi e lo stesso *ethos* collettivo. La mancata sublimazione tecnica del sapere giuridico nell'universo anglosassone, tanto deprecata da Max Weber, è l'esito della continuità di diritto, costume e cultura sociale, che invece in Europa l'ingresso della forma codice ha spezzato. La nozione di «morale costituzionale», al centro del pensiero giuridico di Ronald Dworkin, il più influente teorico del diritto in Occidente nell'ultimo quarto del secolo scorso, non è che il precipitato della logica pre-positiva che presiede alla continuità, nel mondo statunitense, fra diritto e società. Se il diritto è specchio immediato, senza soluzione di continuità, di quello che ribolle nella sfera materiale dei rapporti sociali, non sorprende che progressismo, o conservatorismo, giuridico siano ancora diritto.

In Europa continentale non viene reputato che sia così. Un magistrato progressista, o conservatore, è colui che antepone la propria scelta politica alla

mediazione giuridica. C'è un'ideologia giuridica alla base di questo giudizio. L'apparizione del codice civile, al principio del XIX secolo, ha separato il diritto dalla cultura sociale e ne ha fatto un sistema rigorosamente tecnico, improntato alla razionalità formale, che Weber, meglio di tutti, ha descritto. È giocoforza che un diritto siffatto non possa essere applicato da un giudice che sia espressione della comunità. Ad esso si adatta perfettamente il funzionario di estrazione napoleonica, che provvede all'applicazione burocratica del diritto, *sine ira et studio*. Deriva da qui non solo la «sterilizzazione politica del giudiziario»¹, ma anche la peculiare collocazione di quest'ultimo rispetto al sistema politico. Mentre nella tradizione europea l'ordine/potere giudiziario è privo di capacità di indirizzo politico, nella Costituzione americana il potere giudiziario «si attribuisce continuamente una sorta di potere costituente che mostra la “forza politica” complessiva della costituzione»².

Il giudice-funzionario che applica burocraticamente il diritto, *sine ira et studio*, non possiede una vera teoria dell'interpretazione giuridica. La sua dottrina ermeneutica è rappresentata dalla scuola dell'esegesi che, nel XIX secolo, fece della massima aderenza alla formulazione letterale della legge, in particolare quella del codice, il canone della esatta, “vera” interpretazione del diritto. Ben lungi dalla nota distinzione crisafulliana, non c'è qui distinzione fra disposizione e norma, enunciato linguistico e precetto: il significato normativo deve coincidere con il significante linguistico.

2. La stagione del costituzionalismo politico: la politica dentro la giurisdizione

L'organizzazione tecnica del sapere giuridico è stata trasformata nel profondo dalla comparsa delle costituzioni democratiche novecentesche. C'è una prima fase del costituzionalismo democratico a cui va dato un nome, ed è il costituzionalismo politico³. Essa contraddistingue il cd. “trentennio glorioso” (1945-1975), nel quale la politica non era solo il gioco degli attori politici, ma aveva anche, quale indirizzo fonda-

mentale dell'intero tessuto istituzionale, un precipuo contenuto costituzionale. Tutti i soggetti istituzionali erano mossi dall'imperativo di politica costituzionale della trasformazione sociale, prescritto dall'art. 3 cpv. Cost. Fra *questa* politica costituzionale e il diritto, ben lungi dall'indifferenza politica del giurista ottocentesco, vi era finalmente continuità. La sfera giuridica diventava la leva privilegiata dell'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale, come testimonia l'evoluzione in quegli anni del diritto e del processo del lavoro. E la magistratura, che avevamo lasciato alla *vulgata* della scuola dell'esegesi?

La magistratura è specchio dei movimenti costituzionali complessivi. Essa agisce secondo le logiche materiali della costituzione in azione. Nella stagione del costituzionalismo politico la magistratura non poteva non essere partecipe della continuità di diritto e politica. «*Giudici a sinistra*», per riprendere il titolo di una storia di Magistratura democratica⁴, era segno di parzialità? L'endiadi “giudici e sinistra” non esprimeva la parzialità del gioco politico, ma intercettava “i segni dei tempi”, la tendenza fondamentale della stagione costituzionale, nella quale la politica dell'attuazione dell'art. 3 cpv. era niente di meno che la chiave di volta del costituzionalismo democratico, affermatosi dopo l'epoca dei totalitarismi. C'era un vento nella storia e quei magistrati lo colsero. Era una magistratura che faceva una scelta politica, quella in favore della politica come forma della costituzione. Nel costituzionalismo politico la politica entra nella giurisdizione perché è la costituzione stessa che *si fa* attraverso la politica. L'imparzialità del giudice riposa qui sull'assunzione dell'indirizzo politico-costituzionale. Per una generazione di magistrati quell'indirizzo corrispose anche alla loro scelta politica in qualità di cittadini.

È nella stagione del costituzionalismo politico che nasce una vera teoria dell'interpretazione. Alle spalle vi è il grande pensiero filosofico novecentesco sull'ermeneutica. Il problema interpretativo non è più quello della verità e oggettività, ma è quello della trasparenza. L'interprete non può liberarsi dalle assunzioni di valore che condizionano la sua indagine. L'importante è la consapevolezza delle proprie precomprensioni di senso allo scopo di renderle pubbliche e, così,

1. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 476.

2. A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, SugarCo, Varese, 1992, p. 204.

3. Ho approfondito questa nozione in rapporto a quella di “costituzionalismo giuridico”, su cui più avanti nel testo, in *Essere un potere costituzionale. I giudici, l'associazionismo e il costituzionalismo*, in *Questione giustizia online*, 23 maggio 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/potere-costituzionale-giudici). Alla base di queste nozioni vi sono i fondamentali studi sui modelli costituzionali di Maurizio Fioravanti.

4. G. Palombarini, *Giudici a sinistra. I 36 anni della storia di Magistratura Democratica: una proposta per una nuova politica per la giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

controllarle⁵. Anche la filosofia analitica del diritto, in quegli anni, va nella medesima direzione. Scrive Luigi Ferrajoli nella sua prima opera (1970) che le scelte politiche, alla base del sistema giuridico teorizzato, «sono tenute rigidamente distinte dal discorso teorico che ne consegue, onde risultino chiaramente esposte alla critica e alla discussione», rendendo consapevole il giurista «della convenzionalità delle sue assunzioni e delle loro inevitabili implicazioni ideologiche, e sollecitandone quindi l'impegno non solo scientifico, ma anche civile e politico, in una loro fondazione argomentata, coerente e controllata»⁶. Il precetto normativo non è più appiattito sull'enunciato linguistico, ma diventa l'oggetto di un'interpretazione che, muovendo da quell'enunciato (la cd. "disposizione"), ritrova la norma a partire dal punto di vista in cui l'interprete è collocato, e che diventa preciso dovere etico-epistemologico di quest'ultimo dichiarare.

La storia del Novecento europeo non termina però, come è noto, con il costituzionalismo politico. Già a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, nella temperie del sovranazionalismo e internazionalismo giuridico avanzante, un nuovo modello costituzionale si fa avanti e prende il sopravvento. Non è la sede questa per una analisi del complesso contesto storico-sociale in cui quel mutamento prende forma. Articolati processi, ovviamente non solo giuridici, sono alle sue spalle. Si tratta del costituzionalismo giuridico, nel quale l'indirizzo politico-costituzionale non ha più il monopolio della scena, ma sconta l'irruzione dei principi, la cui struttura è intimamente pluralistica. È la nostra stagione.

3. Il costituzionalismo giuridico: il ritiro della politica dalla giurisdizione

Rapportati al caso concreto, i principi sono necessariamente controversi. Si deve a Dworkin, già a partire dagli anni settanta del secolo scorso, la prima individuazione di questo nuovo campo teorico: «quando i principi si intersecano (per esempio, la politica di proteggere i consumatori di automobili può confliggere con i principi della libertà contrattuale), per risolvere il conflitto, occorre prendere in considerazione il peso relativo di ciascun principio»⁷. La

tecnica per saggiare il peso e l'importanza dei singoli principi in relazione alle circostanze del caso concreto, dice Dworkin, enucleando un concetto che sarà decisivo nella giurisprudenza costituzionale dei successivi decenni, è quella del "bilanciamento". Il costituzionalismo giuridico, o per principi, restaura una separazione fra diritto e politica, ovviamente diversa dal formalismo giuridico che ha preceduto il costituzionalismo politico.

La norma è il risultato del bilanciamento fra principi costituzionali cui provvede il legislatore. Si tratta di una scelta politica perché politica è l'opzione in favore di un determinato principio, piuttosto che in favore di un altro, e politica è anche la concreta forma del bilanciamento, il quale è espressione del principio scelto dalla maggioranza politica. Interamente giuridico è invece il controllo di legittimità, sul piano costituzionale, della scelta politica di bilanciamento. Il criterio di valutazione è riposto nel canone di proporzionalità, il quale, in quanto pari considerazione delle ragioni di ogni principio, rinvia alla suprema regola dell'eguaglianza. In base a tale canone, la compressione del principio soccombente deve avvenire nello stretto necessario per realizzare il principio prevalente e in modo che il nucleo indisponibile del principio perdente lasci una traccia e non sia del tutto sacrificato. Risiede in ciò la discontinuità fra diritto e politica che il costituzionalismo giuridico introduce: politica è la scelta tanto del principio prevalente quanto della forma del bilanciamento; giuridico è il sindacato di proporzionalità sulle modalità di prevalenza del principio vincente nella disciplina normativa.

La valutazione di proporzionalità non è solo opera dei tribunali costituzionali. Anche i giudici comuni vi provvedono quando si tratta di interpretare in modo conforme a costituzione la norma ordinaria o quando, nei casi di assenza sia della fattispecie legale che della riserva di legge, provvedono alla diretta attuazione dei principi costituzionali. Il bilanciamento del legislatore è politico, quello del giudice, come quando identifica il diritto del caso concreto per la mancanza della fattispecie legale, è giuridico: il primo fissa ciò che è bene per la comunità in base a una particolare concezione di vita buona, il secondo ha di mira ciò che è giusto, per riprendere una distinzione che risale a John Rawls⁸. Il sindacato di

5. H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983, pp. 316 ss.

6. L. Ferrajoli, *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 10. Uberto Scarpelli, in quello che resta uno dei più bei libri della filosofia italiana del diritto, scrive che alla base della catena dei giudizi di validità che caratterizza il positivismo giuridico vi è una scelta politica, «la scelta liberale della maggiore libertà possibile di scelta contro la scelta che esclude ogni altra scelta» – *Id.*, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 151.

7. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 96.

8. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1986, pp. 367 ss.

proporzionalità, proprio perché interamente giuridico, ha carattere tecnico e ben può quindi essere affidato a giudici che sono un corpo di funzionari, senza optare per il giudice espressione della comunità. Il sistema giudiziario concepito due secoli fa in Europa è ancora attuale, perché la forma del giudice-funzionario, grazie al costituzionalismo, si è caricata, in base a una virtuosa eterogenesi dei fini, di significati ignoti al tempo della sua elaborazione. Nel costituzionalismo giuridico la politica non entra più nella giurisdizione perché, attraverso il controllo di proporzionalità del bilanciamento fra principi, la scelta politica non è più parte della valutazione giuridica, ma ne diventa l'oggetto⁹.

La ricerca della giusta proporzione nella compressione del principio soccombente impone un cambiamento nella teoria dell'interpretazione. Anche in questo caso vi è uno sfondo filosofico ed è il subentro, al modello di ragione storico-ermeneutico basato sul punto di vista, situato e contestuale, del singolo interprete, di un modello di ragione normativa, del quale il principale alfiere è stato Jürgen Habermas, seguito poi da autori come Robert B. Brandom, nel campo della filosofia teoretica, e Robert Alexy, nel campo di quella giuridica. Ragione normativa non vuol dire ritorno alla verità oggettiva della scuola dell'esegesi. Dopo che, con la filosofia ermeneutica, è stato affermato che la norma non è specchio dell'enunciato linguistico, ma è il risultato di un'attività interpretativa, non si può più tornare indietro. L'enunciato linguistico resta silente per ciò che concerne la norma. Lo svelamento di quest'ultima è affidato all'interprete. Il testo senza l'interpretazione è muto e tuttavia, come scriveva Umberto Eco, dice dei "no", impedendo determinate ricostruzioni interpretative¹⁰. È noto, del resto, che il limite dell'interpretazione conforme risiede proprio nei "no" che l'enunciato linguistico oppone.

Ciò che differisce rispetto al passato è che l'interprete non estrae dalla disposizione la norma sulla base delle proprie assunzioni di valore, che rende esplicite al principio dell'attività interpretativa, ma assumendo la posizione dell'interprete ideale, libero

da contaminazioni soggettive, posizione che non è uno stato di fatto, ma un dover essere cui tendere. Rispetto al silenzio, al livello del precetto, del testo quale complesso di segni linguistici, l'interprete assume un impegno normativo, che è quello di ascendere a una condizione ideale libera da condizionamenti, allo scopo di trasformare in fenomeno pubblico il precipitato giuridico che giace al fondo dell'enunciato. L'espressione "fenomeno" non è casuale perché, rispetto a quella essenza normativa che parla solo attraverso le interpretazioni, altri fenomeni potranno farsi avanti all'interno di una dinamica evolutiva, perché la verità non parla da sé, ma solo attraverso fenomeni¹¹. Ciò che importa è l'impegno di ascensione a una condizione ideale che l'interprete deve assumere.

Proprio l'identificazione della proporzione ideale di compressione del principio soccombente, ferma la scelta politica in favore di un determinato bilanciamento di principi, rende evidente il dover essere cui l'interprete ha da sottoporsi. Il giudice, come ogni cittadino, fa le sue scelte politiche in materia di principi, ma quando deve dirimere la controversia su quale sia la giusta proporzione nel bilanciamento fra principi, in modo da adeguare a tale regola ideale il bilanciamento operato dal legislatore (salvo i "no" che l'enunciato linguistico possa opporre, dovendo a quel punto essere sollevato l'incidente di costituzionalità), deve essere imparziale. Per fare ciò deve assumere un impegno di indipendenza da se stesso, stendendo un velo di ignoranza sulle sue scelte politiche in favore di un principio, piuttosto che un altro, e sulle sue assunzioni culturali e di valore in generale, sospendendo così ogni precomprensione di senso¹². L'indipendenza da se stesso non è uno stato di fatto, ma è l'ideale regolativo dell'attività interpretativa che l'interprete deve seguire, allo scopo di puntare al risultato dell'imparzialità. È il *telos*, l'idea-limite che contraddistingue la precipua prestazione professionale del giudicare nel contesto del costituzionalismo per principi. La sede del controllo pubblico di questo percorso di emancipazione dai propri pregiudizi è la motivazione del provvedimento.

9. Il costituzionalismo è soltanto il limite della scelta politica, la quale, inverando il moderno concetto di autogoverno, rappresenta il cuore della democrazia – E. Scoditti, *I diritti non sono la fine della storia*, in *Questione giustizia online*, 21 settembre 2023 (www.QUESTIONEGIUSTIZIA.IT/articolo/i-diritti-non-sono-la-fine-della-storia).

10. U. Eco, *Ci sono delle cose che non si possono dire. Di un Realismo Negativo*, in *Alfabetaz*, n. 17, marzo 2012, pp. 23-25.

11. La verità, secondo la concezione cd. del "realismo esterno", è uno spazio di possibilità: «l'esistenza di un modo in cui le cose sono nel mondo indipendentemente dalle nostre rappresentazioni di esse non è una condizione di verità, ma piuttosto una condizione della forma di intelligibilità che tali asserzioni hanno» – J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, Milano 1996, p. 210.

12. Per un approfondimento sul piano dei presupposti teorici, rinvio a E. Scoditti, *Il giudice ed il dovere di indipendenza da sé stesso*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 217.

4. Il cittadino-magistrato: anatomia di un attore politico sulla scena pubblica

Come la restaurazione di una separazione di diritto e politica, che il costituzionalismo giuridico comporta, non significa ritorno alla scuola dell'esegesi sul piano interpretativo, così il ritiro della politica dalla giurisdizione non ricaccia il magistrato nella vecchia società liberale, neutralizzata al livello dei conflitti politici. L'imparzialità dello *ius dicere* rispetto alle diverse scelte politiche non è sinonimo di neutralità politica del cittadino-magistrato. Il giudice funzionario del XIX secolo era organico alla concezione liberale di cittadino, titolare essenzialmente di diritti negativi nei confronti del potere pubblico e dei concittadini, a protezione della sua sfera di interessi privati. Fra il cittadino e il magistrato non si interponeva la sfera pubblica della partecipazione politica perché il modello liberale di società conosceva solo cittadini titolari di pretese negative nei confronti dello Stato. Quel magistrato era per davvero, anche come cittadino, neutralizzato sul piano politico, per cui all'esercizio della funzione *sine ira et studio* si accompagnava il perfetto anonimato dal punto di vista della politica.

È il costituzionalismo democratico del XX secolo che introduce una sfera pubblica della politica. Diritti costituzionali quali la libertà di riunione (art. 17), di associazione (art. 18), di manifestazione del proprio pensiero (art. 21) sono specchio di una società politicamente mobilitata, in cui la dimensione pubblica non è più mera protezione dalle altrui interferenze, ma è condizionamento attraverso la discussione democratica, e non solo l'esercizio dei diritti di elettorato, del processo della decisione politica. Il cittadino non è solo titolare di diritti negativi, ma è portatore dell'interesse a ciò che è pubblico, fa delle scelte politiche e queste, proprio perché relative alla sfera collettiva, per definizione entrano in un'agone comunitario e sono rese visibili e trasparenti. A differenza del vecchio magistrato della società liberale, l'esperienza del magistrato della moderna società democratica è contrassegnata non solo dall'esercizio imparziale della funzione, ma anche dalla parzialità delle scelte politiche che, quale cittadino, esprime nel pubblico processo della politica. La controversia politica, che il pluralismo delle società contemporanee propone, è su quale principio costituzionale debba prevalere nei diversi contesti particolari, e come debba prevalere: è questo l'oggetto della scelta politica che il magistrato,

come ogni cittadino, fa e che sottopone alla discussione pubblica. La scelta politica è in favore di un principio, piuttosto che un altro.

E tuttavia, noi sappiamo, che «l'esercizio della funzione giurisdizionale impone al giudice il dovere non soltanto di “essere” imparziale, ma anche di “apparire” tale; gli impone non soltanto di essere esente da ogni “parzialità”, ma anche di essere “al di sopra di ogni sospetto di parzialità”»¹³. È questo l'ammonimento non solo delle sezioni unite della Corte di cassazione in sede di giudizio disciplinare, ma anche del giudice costituzionale: «va preservato il significato dei principi di indipendenza e imparzialità, nonché della loro apparenza, quali requisiti essenziali che caratterizzano la figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica»¹⁴. Rendere pubblica, nella discussione del processo democratico, la propria scelta politica, fa apparire non imparziale il magistrato?

La questione non è quella dell'imparzialità, ma quella dell'indipendenza. Per un magistrato, che è anche un cittadino, il quale fa inevitabilmente le proprie scelte politiche, essere imparziale nell'esercizio delle funzioni vuol dire assumere il dovere di indipendenza da quelle scelte politiche. Essere imparziale fuori dall'esercizio delle funzioni vuol dire ancora essere indipendente, ma ovviamente non da se stesso, bensì da soggetti che, minando la sua indipendenza, offuscano la sua immagine di imparzialità.

È il tema dell'iscrizione ai partiti politici, al centro della giurisprudenza appena richiamata, ma non solo. La norma sull'illecito disciplinare contempla non solo l'iscrizione ai partiti politici, e la partecipazione sistematica e continuativa ad essi, quale surrogato dell'iscrizione, ma anche «il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato» (art. 3, comma 1, lett. h, legge n. 109/2006), segno che ciò che mina l'indipendenza, come ha sottolineato la Corte costituzionale, è «l'insorgere di legami suscettibili di condizionare (anche per il futuro) l'esercizio delle funzioni»¹⁵, a prescindere dalla natura di quei legami, politica, economica o finanziaria. È il vincolo a un soggetto che compromette l'indipendenza e, per conseguenza, l'apparenza di imparzialità.

È quanto affermano molto chiaramente la giurisprudenza costituzionale e quella comune: «il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità

13. Cass., sez. unite, 14 maggio 2020, n. 8906.

14. Corte cost., 20 luglio 2018, n. 170.

15. *Ivi*.

del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere»; «l'autonomia e l'indipendenza di cui gode la magistratura, lungi dal costituire privilegi dell'ordine giudiziario, sono funzionalmente necessarie per assicurare l'imparzialità del magistrato nell'applicazione della legge, costituiscono cioè le "guarentigie" dell'imparzialità del giudice e della sua soggezione alla legge»¹⁶.

Un magistrato che, quale cittadino, partecipi al processo democratico, difendendo e diffondendo la propria scelta politica in favore di uno dei principi che il moderno pluralismo propone, non fa mostra di parzialità se conserva la propria indipendenza dai soggetti collettivi che formano il mondo organizzato della politica. Quel che appare è ciò che il giudice è, cioè un cittadino che professa le proprie scelte politiche, ma quello che *deve* apparire (e deve naturalmente anche essere) è l'indipendenza da legami politici, economici o finanziari che possono «compromettere l'immagine del magistrato». Ciò che il magistrato deve evitare è che la sua partecipazione al dibattito democratico, per le particolari circostanze del caso, possa apparire come appartenenza a soggetti collettivi in grado di condizionarne l'autonomia e indipendenza, dove appartenenza non è solo iscrizione, come dimostra l'equiparazione a quest'ultima della «partecipazione sistematica e continuativa» a partiti politici nella norma sull'illecito disciplinare (art. 3 cit.). Una partecipazione a partiti, che non sia «sistematica e continuativa», non costituisce un illecito disciplinare, ma un magistrato che intenda non solo essere, ma anche apparire indipendente, e perciò imparziale, deve valutare se le circostanze del caso impongano di astenersi da quella partecipazione, se in grado di rinviare a un'appartenenza. Si tratta di un problema non disciplinare, ma di professionalità nell'esercizio della funzione. Per converso, nel limite sempre della

preservazione dell'indipendenza, nessuno può dubitare che un magistrato, perseguendo le proprie scelte politiche, possa aggregarsi ad associazioni, esterne al circuito della politica organizzata, costituite per la difesa di determinati principi costituzionali.

La sostanza dell'imparzialità è l'indipendenza. Apparire imparziali vuol dire apparire indipendenti. Minare l'indipendenza e avrete dei giudici parziali. Si può essere imparziali, se si è indipendenti. Non possiamo dubitare dell'imparzialità di un magistrato, che discuta nell'arena pubblica le proprie scelte politiche, se quel magistrato è ed appare indipendente da legami di appartenenza in grado di pregiudicarne l'indipendenza e se nell'esercizio delle funzioni dimostri, attraverso la motivazione dei propri provvedimenti, di essersi fatto carico dell'imperativo categorico dell'indipendenza da se stesso. Riassumendo tutto questo in una battuta: il dover essere è l'imparzialità, l'essere e l'apparire sono l'indipendenza.

Per finire: il magistrato può manifestare legittimamente le proprie idee politiche, «a condizione che ciò avvenga con l'equilibrio e la misura che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica»¹⁷. Ciò che qui esigiamo dal magistrato è quello che dovremmo esigere da ogni partecipante al dialogo democratico. Esigerlo espressamente dal magistrato, quale suo dovere extra-funzionale, costituisce un punto di collegamento, fra il cittadino e il magistrato, ulteriore rispetto a quello di apparire imparziale, ossia indipendente. Nel suo essere attore di un dibattito democratico il magistrato mette «equilibrio e misura». Non stiamo parlando della competenza che deriva dalla qualificazione tecnica, ma della dote che ha sviluppato chi, per professione, fa continui esercizi di auto-trascendimento, e che dovrebbe saper mettere a disposizione quando, da cittadino, si confronta con altri cittadini su ciò che è bene per la comunità.

16. Rispettivamente: Corte cost., 20 luglio 2018, n. 170 e Cass., sez. unite, 14 maggio 2020, n. 8906 (il divieto di iscrizione ai partiti politici «si correla ad un dovere di imparzialità» – Corte cost., 17 luglio 2009, n. 224).

17. Corte cost., 20 luglio 2018, n. 170.

La libertà di espressione dei magistrati e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

di Francesco Buffa

L'argomento che mi è stato affidato riguarda la libertà di espressione dei giudici secondo la CEDU. Prima di affrontare questo tema, però, vorrei allargare un po' la prospettiva, fornendo un panorama più generale delle principali norme e principi applicabili in materia a livello mondiale, degli *standard* internazionali di tutela di questo diritto e dell'evoluzione giurisprudenziale. Anticipo qui le mie conclusioni: la giurisprudenza della Corte Edu non solo è conforme agli *standard* internazionali di tutela, ma ha anche svolto e svolge un ruolo fondamentale nella creazione di tali *standard*.

1. Il diritto alla libertà di espressione e lo *standard* generale di protezione internazionale / 2. Contenuto del diritto / 3. Restrizioni generali / 4. Rischi specifici dei *social media* / 5. Alcuni casi / 6. Fonti del diritto / 7. Il sistema di protezione della libertà di espressione della CEDU / 8. L'imparzialità dei giudici (art. 6)... / 9. ... e la loro libertà di espressione / 10. Sito *web* e *blog*, collegamento ipertestuale, *like* / 11. Alcune conclusioni

1. Il diritto alla libertà di espressione e lo *standard* generale di protezione internazionale

La libertà di opinione e la libertà di espressione sono condizioni indispensabili per il pieno sviluppo della persona. Sono essenziali per qualsiasi società. Esse costituiscono il fondamento di ogni società libera e democratica (Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, commento generale n. 34). Mentre i giudici hanno tradizionalmente esercitato una certa moderazione nell'esprimersi pubblicamente, oggi c'è una crescente aspettativa che essi spieghino i loro processi decisionali al pubblico in generale. I giudici, poi, partecipano al dibattito politico ed esprimono le

loro opinioni sulle riforme legislative e su altri argomenti di interesse generale.

Nella società contemporanea, dove tutti, attraverso i *social media*, sono connessi agli altri senza confini di tempo e di spazio, i giudici hanno una maggiore visibilità ed esposizione pubblica. Questi sviluppi sollevano nuove questioni sull'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, che sono essenziali per il diritto a un giusto processo. Seguendo l'approccio più diffuso che tutti conosciamo, infatti, "bisogna essere giusti, ma anche apparire giusti".

Le considerazioni che seguono cercano di trovare un equilibrio tra questi interessi contrastanti, quello legato alla libertà di espressione e quello relativo all'imparzialità dei giudici.

* Relazione all'incontro «*Justice et liberté d'expression – La liberté d'expression des magistrats et ses évolutions récentes sur les réseaux sociaux*», organizzato dall'*École nationale de la magistrature* (Enm) e dal *Conseil supérieur de la magistrature* (Csm), con il sostegno dell'Unione europea, 12 e 13 maggio 2022, Issy-les-Moulineaux, Francia (testo originale in francese e inglese).

Molte fonti di diritto internazionale tutelano la libertà di espressione. Questo diritto, riconosciuto dall'articolo 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (UDHR), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, è stato così ampiamente riconosciuto da diventare vincolante per gli Stati come materia di diritto internazionale consuetudinario.

L'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) garantisce il diritto di avere opinioni senza interferenze e il diritto alla libertà di espressione, che comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni tipo, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto o a mezzo stampa, sotto forma di arte o attraverso qualsiasi altro mezzo di comunicazione.

La stessa fonte prevede tuttavia che «L'esercizio dei diritti previsti dal paragrafo 2 del presente articolo comporta particolari doveri e responsabilità. Può quindi essere soggetto ad alcune restrizioni, ma queste sono solo quelle previste dalla legge e necessarie: (a) per il rispetto dei diritti o della reputazione altrui; (b) per la protezione della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico, o della salute o della morale pubblica».

Le fonti principali per l'interpretazione del linguaggio dei trattati sulla libertà di espressione sono gli organismi istituiti da tali trattati, che sono generalmente responsabili della supervisione dell'attuazione del trattato. Nel caso dell'ICCPR, quest'organo è il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, un gruppo di 18 esperti internazionali che prestano servizio a titolo personale (non come rappresentanti dei rispettivi governi). Il Comitato per i diritti umani riceve e commenta i rapporti periodici degli Stati sull'attuazione dell'ICCPR e decide anche sui casi individuali dei Paesi che hanno accettato questo sistema di supervisione. Il Comitato emette anche interpretazioni delle disposizioni legali dell'ICCPR in un formato noto come "commenti generali".

Nell'ambito delle Nazioni Unite, nel 1993 la Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite ha creato un relatore speciale sulla libertà di opinione e di espressione, che ha pubblicato un rapporto sull'indipendenza di giudici e avvocati (rapporto A/HRC/41/48 del 12/7/2019).

I trattati regionali sui diritti umani in Africa, nelle Americhe e in Europa contengono protezioni simili per la libertà di espressione (la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adottata il 26 giugno 1981; la Convenzione americana sui diritti dell'uomo, adottata il 22 novembre 1969; la Carta araba dei diritti dell'uomo e, prima fra tutte, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950).

Le autorità giudiziarie che presiedono a questi trattati regionali sono spesso influenti al di là del loro ambito territoriale, atteso il loro specifico mandato in materia di diritti umani e l'esperienza che apportano nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati sui diritti umani. Vi fornirò tre esempi.

Il primo. La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, nella causa *Lohe Issa Konate c. Burkina Faso*, che riguardava una condanna a 12 mesi di reclusione per diffamazione e oltraggio alla corte per articoli che denunciavano la corruzione del procuratore e di altri, ha stabilito che la reclusione non può mai essere giustificata per la diffamazione.

Il secondo. Nella causa *Lopez Lone et al. c. Honduras*, la Corte interamericana dei diritti umani ha riconosciuto che la libertà di espressione deve essere garantita non solo per quanto riguarda la diffusione di informazioni e idee accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che lo Stato o qualsiasi settore della popolazione considera discutibili. Il caso riguardava giudici honduregni che si erano opposti al colpo di Stato del 2009. Due giudici erano presenti alle proteste anti-*golpe*, un terzo aveva partecipato alla presentazione di un *amparo* (un ricorso per applicazione di un diritto costituzionale) per conto del Presidente deposto e un quarto aveva scritto un articolo e tenuto una conferenza in cui sosteneva che quanto accaduto costituiva un colpo di Stato. Tutti e quattro erano stati rimossi dall'incarico o avevano subito misure disciplinari. La Corte ha ritenuto che le dette azioni costituissero un discorso protetto e che i procedimenti contro i giudici costituissero una restrizione impropria della loro libertà di espressione. La decisione osserva che, anche se i giudici hanno normalmente l'obbligo di evitare l'attività politica, questo può essere sospeso durante un colpo di Stato, quando gli obblighi morali o legali possono costringere i giudici a difendere l'ordine democratico. La tutela del diritto alla libertà di espressione dei giudici non è, tuttavia, limitata ai momenti in cui la democrazia è a rischio.

Il terzo. Il caso *Handyside c. Regno Unito* della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), del 1976, riguardava il sequestro di un libro osceno. Nella sua sentenza sul caso, la Corte ha affermato che «la libertà di espressione (...) è applicabile non solo alle "informazioni" o alle "idee" che sono accolte favorevolmente (...) ma anche a quelle che offendono, scioccano o disturbano lo Stato o qualsiasi settore della popolazione». Tuttavia, la Corte Edu ha ritenuto che, nel caso in questione, fosse legittimo limitare la libertà di espressione dell'editore e ha articolato un test rigoroso per stabilire quando la libertà di espressione può essere lecitamente limitata.

Tutti questi principi hanno influenzato lo sviluppo della successiva dottrina a livello regionale e internazionale.

2. Contenuto del diritto

Alcuni diritti umani sono considerati assoluti, ovvero non possono essere limitati in nessuna circostanza. Ad esempio, secondo l'ICCPR e la CEDU, il diritto di essere liberi dalla tortura e il diritto di non essere tenuti in schiavitù sono diritti assoluti.

La libertà di opinione è un diritto assoluto, il che significa che non può essere limitata per nessun motivo. Ciò significa che gli Stati non possono criminalizzare il possesso di determinate opinioni e non possono arrestare, imprigionare, accusare o altrimenti molestare o intimidire una persona semplicemente a causa delle sue opinioni.

L'espressione di tali opinioni, invece, non è un diritto assoluto, e può essere limitata in alcune circostanze ben definite, seguendo – come dirò di seguito – un test in tre parti.

La libertà di espressione dei giudici è tutelata, compresa la loro capacità di partecipare alle discussioni che riguardano il funzionamento efficiente della magistratura. In quanto titolare di tale diritto di esprimersi liberamente, un giudice non deve aspettarsi che l'esercizio della libertà di espressione possa esporlo a sanzioni disciplinari.

Non solo a un giudice non è vietato l'uso dei *social media*, ma i *social media* costituiscono una nuova forma di interazione pubblica che è diventata parte della vita e della cultura quotidiana. I giudici sono certamente incoraggiati a mantenere una vita sociale e tutti concordano sul fatto che dovrebbero farlo, e non ci si aspetta che essi diventino "isolati e sterilizzati" dalla comunità in cui vivono. I giudici che non conoscono il pubblico hanno meno probabilità di essere efficaci.

I giudici che scrivono sui *social media* danno poi un enorme impulso alla trasparenza giudiziaria, fornendo all'opinione pubblica un quadro chiaro e una visione dei procedimenti giudiziari e dei percorsi giurisdizionali, evitando ogni opacità.

Un giudice, infine, proprio per le sue specifiche competenze, si trova in una posizione unica per contribuire al miglioramento della legge, del sistema legale e dell'amministrazione della giustizia.

La maggior parte dei comitati etici degli Stati Uniti che hanno affrontato la questione dei *social media* suggerisce che gli attuali *standard* etici non vietano al giudice di utilizzare i *social network*, a condizione che rispetti i suoi doveri etici (ad esempio, California, Kentucky, Massachusetts, Ohio, Oklahoma, New York, South Carolina, Florida; vds. anche il parere 17-2009 della Commissione etica del South Carolina).

Analogamente, secondo il Comitato etico giudiziario della California (parere 66), «la partecipazione di un giudice a un sito di *social network online* non mette di per sé in ragionevole dubbio la capacità del

giudice di agire in modo imparziale, non sminuisce l'ufficio giudiziario né interferisce con il corretto svolgimento dei doveri giudiziari del giudice più di qualsiasi altro tipo di attività sociale» (lo stesso Comitato ha affermato che un giudice «ha l'obbligo di cancellare, nascondere alla vista del pubblico e ripudiare in ogni altro modo i commenti avvilenti od offensivi fatti da altri che appaiono sul sito *social network* del giudice. Inoltre, un giudice ha l'obbligo di controllare frequentemente la propria pagina di rete per verificare se qualcuno vi abbia inserito *post* offensivi». Il Comitato ha ritenuto che, se un giudice lascia tali commenti sulla sua pagina, può dare l'impressione di approvarli tacitamente).

3. Restrizioni generali

Il modo in cui i giudici utilizzano i *social media* può avere un impatto sulla percezione che il pubblico ha dei giudici e sulla sua fiducia nel sistema giudiziario.

I Principi di condotta giudiziaria di Bangalore definiscono gli *standard* minimi di condotta etica dei giudici e costituiscono un quadro normativo della condotta giudiziaria.

Nel luglio 2006, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) ha adottato una risoluzione che riconosce i Principi di Bangalore come un ulteriore sviluppo e un complemento dei Principi fondamentali delle Nazioni Unite sull'indipendenza della magistratura del 1985. L'ECOSOC ha invitato gli Stati a incoraggiare le proprie magistrature a prendere in considerazione i Principi al momento della revisione o dello sviluppo di norme relative alla condotta giudiziaria.

Tra i principi, ricordo in particolare i seguenti:

«Valore 2 - Imparzialità

2.2. *Un giudice deve fare in modo che la sua condotta, sia in tribunale che fuori, mantenga e rafforzi la fiducia del pubblico, della professione legale e delle parti in causa nell'imparzialità del giudice e della magistratura.* 2.3. *Un giudice deve, per quanto ragionevole, comportarsi in modo tale da ridurre al minimo le occasioni in cui sarà necessario che il giudice sia recusato per l'udienza o per la decisione delle cause.* 2.4. *Un giudice non deve, mentre è in corso o potrebbe essere in corso un procedimento, fare consapevolmente alcun commento che possa ragionevolmente influenzare l'esito di tale procedimento o compromettere la manifesta equità del processo, né deve fare alcun commento in pubblico o in altro modo che possa influenzare l'equo processo di qualsiasi persona o questione.* 2.5. *Un giudice deve astenersi dal partecipare*

a qualsiasi procedimento in cui non sia in grado di decidere in modo imparziale o in cui possa sembrare a un osservatore ragionevole che il giudice non sia in grado di decidere in modo imparziale»;

«Valore 4 - Correttezza

La correttezza e l'apparenza della correttezza sono essenziali per lo svolgimento di tutte le attività di un giudice. (...) 4.1. Un giudice deve evitare la scorrettezza e l'apparenza di scorrettezza in tutte le sue attività. 4.2. In quanto soggetto a un costante controllo pubblico, il giudice deve accettare restrizioni personali che potrebbero essere considerate onerose dal cittadino comune e deve farlo liberamente e di buon grado. In particolare, il giudice deve comportarsi in modo coerente con la dignità dell'ufficio giudiziario. 4.3. Nei suoi rapporti personali con i singoli membri della professione legale che esercitano regolarmente presso il tribunale del giudice, il giudice deve evitare situazioni che potrebbero ragionevolmente dare adito al sospetto o all'apparenza di favoritismi o parzialità. (...) 4.6. Un giudice, come ogni altro cittadino, ha diritto alla libertà di espressione, di credo, di associazione e di riunione, ma, nell'esercizio di tali diritti, deve sempre comportarsi in modo da preservare la dignità dell'ufficio giudiziario e l'imparzialità e l'indipendenza della magistratura».

Lo scorso aprile 2018, l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine (UNODC) ha istituito una Rete globale per l'integrità giudiziaria e ha adottato una Dichiarazione sull'integrità giudiziaria. In particolare, la Dichiarazione ha evidenziato che:

«Data la natura dell'ufficio giudiziario e l'importanza vitale della fiducia del pubblico nell'integrità e nell'imparzialità dei tribunali, l'uso dei social media da parte dei giudici, sia individualmente che collettivamente, solleva questioni specifiche e rischi etici che dovrebbero essere affrontati. Sebbene i giudici, come gli altri cittadini, abbiano diritto alla libertà di espressione, di credo, di associazione e di riunione, essi dovrebbero sempre comportarsi in modo da preservare la dignità del loro ufficio e l'imparzialità e l'indipendenza della magistratura. Il modo in cui un singolo giudice utilizza i social media può avere un impatto sulla percezione pubblica di tutti i giudici e sulla fiducia nei sistemi giudiziari in generale. Il tema dell'uso dei social media da parte dei giudici è complesso. Da un lato, casi particolari di giudici che utilizzano i social media hanno portato a situazioni in cui questi giudici sono stati percepiti come parziali o soggetti a influenze esterne inappropriate. D'altro canto, i social media possono creare opportunità per diffondere le competenze dei giudici, aumentare la comprensione della legge da parte del pubblico e promuovere un ambiente di giustizia aperta e vicina

alle comunità che i giudici servono. Inoltre, si sono verificati casi in cui i social media sono serviti come piattaforma per abusi o molestie online nei confronti dei giudici. I Principi di condotta giudiziaria di Bangalore, universalmente riconosciuti, identificano sei valori fondamentali che dovrebbero guidare il lavoro e la vita di ogni giudice: indipendenza, imparzialità, integrità, correttezza, uguaglianza, competenza e diligenza. Quando utilizzano i social media, i giudici dovrebbero sempre essere guidati dai Principi di Bangalore e dal commento dettagliato che li accompagna. Tuttavia, va notato che quando questi documenti sono stati redatti per la prima volta, le piattaforme di social media non esistevano (...).

Oggi è disponibile una vasta gamma di piattaforme di social media, ognuna delle quali offre servizi diversi, fornisce diverse opportunità di interazione e si rivolge a pubblici diversi. Di conseguenza, possono sorgere aspettative diverse per quanto riguarda i contenuti, il tipo e la frequenza di coinvolgimento per le diverse piattaforme. Inoltre, la maggior parte delle piattaforme di social media è in continua evoluzione. Di conseguenza, possono essere appropriati approcci diversi a seconda della natura e del tipo di piattaforma di social media. I social media offrono sempre più opportunità per un'ampia varietà di connessioni e relazioni online con i giudici. Ciò può avere un impatto, tra l'altro, sulle norme e sui principi che regolano le comunicazioni ex parte, i pregiudizi e le influenze esterne. Concetti come "friending" e "following" nel contesto dei social media differiscono dall'uso tradizionale. In alcuni casi, possono non significare molto di più del rapporto che si instaura tra un fornitore di contenuti (come un giornalista di un giornale) e un lettore o un abbonato. In altri casi, invece, il grado di interazione online può diventare più personale o addirittura intimo e quindi richiederà cautela da parte del giudice, ed eventualmente la manifestazione al pubblico, l'interdizione, la ricusazione o altre azioni simili a quelle stabilite per le relazioni offline tradizionali.

(...) I giudici non devono scambiare informazioni su siti di social media o servizi di messaggistica con le parti, i loro rappresentanti o il pubblico in generale su cause che sono o potrebbero essere sottoposte alla loro decisione. I giudici devono essere cauti nei toni e nel linguaggio ed essere professionali e prudenti in tutte le interazioni su tutte le piattaforme di social media. Può essere utile considerare, in relazione a ciascun contenuto dei social media (come post, commenti a post, aggiornamenti di stato, fotografie, ecc.), quale potrebbe essere il suo impatto sulla dignità giudiziaria se divulgato al pubblico. La stessa cautela si applica quando si reagisce ai contenuti dei social media caricati da altri. I giudici devono trattare gli altri

con dignità e rispetto, non usare i social media per banalizzare le preoccupazioni altrui o fare commenti discriminatori per motivi vietati.

(...) Se un giudice è stato insultato o maltrattato online, deve chiedere consiglio ai colleghi magistrati più anziani o ad altri meccanismi in vigore nella magistratura, ma deve astenersi dal rispondere direttamente.

(...) I giudici devono assicurarsi di non utilizzare i loro account sui social media per promuovere, direttamente o indirettamente, interessi finanziari o commerciali propri o di terzi.

(...) quando il grado di interazione, online o di altro tipo, diventa più personale o intimo, i giudici dovrebbero continuare a osservare i Principi di condotta giudiziaria di Bangalore, richiedendo, in situazioni appropriate, cautela, divulgazione, squalifica, ricusazione o altre azioni simili a quelle stabilite per le relazioni offline convenzionali.

I giudici devono monitorare periodicamente gli account dei social media passati e presenti e devono adottare misure per esaminare i contenuti (...) e applicare coerentemente un'etichetta appropriata per rimuovere e/o bloccare i follower/amici/ecc.

È prudente e saggio per i giudici esercitare la dovuta attenzione e diligenza quando creano amicizie e connessioni online e/o accettano richieste di amicizia online.

(...) A prescindere dalle impostazioni, è consigliabile che i giudici non facciano commenti o assumano comportamenti sui social media che potrebbero essere imbarazzanti o impropri se diventassero di dominio pubblico».

Il parere n. 3 del Consiglio consultivo dei giudici europei afferma che:

«il sistema giudiziario può funzionare correttamente solo se i giudici non sono isolati dalla società in cui vivono (...). In quanto cittadini, i giudici godono dei diritti e delle libertà fondamentali tutelati, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (libertà di opinione, libertà religiosa, ecc.) (...). Tuttavia, tali attività possono mettere a repentaglio la loro imparzialità o talvolta persino la loro indipendenza. Occorre quindi trovare un ragionevole equilibrio tra il grado di coinvolgimento dei giudici nella società e la necessità che essi siano e siano considerati indipendenti e imparziali nell'esercizio delle loro funzioni».

La Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) ha adottato una «Relazione sulla libertà di espressione dei giudici» nel corso della sua 103a sessione plenaria (Venezia, 19-20 giugno 2015); ha ricordato che nel diritto comparato il livello di restrizione dell'esercizio delle suddette libertà per i giudici varia da Paese a Paese, in base alle

rispettive culture giuridiche: «sebbene i giudici possano essere membri di un partito politico in Germania e Austria, ciò è vietato in Turchia, Croazia o Romania. Mentre in Lituania i giudici dovrebbero evitare di dichiarare pubblicamente le proprie opinioni politiche e in Ucraina non dovrebbero partecipare ad alcuna attività politica, in Svezia le restrizioni ai discorsi politici dei giudici sono molto più limitate».

La Commissione ha inoltre ricordato che la CEDU, nel valutare la proporzionalità di un'interferenza con la libertà di espressione di un giudice in relazione ai suoi specifici doveri e responsabilità, considera la dichiarazione contestata alla luce di tutte le circostanze concrete del caso, tra cui la carica ricoperta dal richiedente, il contenuto della dichiarazione contestata, il contesto in cui la dichiarazione è stata fatta e la natura e la gravità delle sanzioni imposte.

4. Rischi specifici dei social media

I giudici che partecipano ai social media devono tenere presente che i codici di condotta giudiziaria si applicano con la stessa forza alle azioni virtuali e ai commenti online: le violazioni etiche online sarebbero improprie come se fossero avvenute per telefono o di persona; quindi è il contenuto, non il mezzo (i social media), a essere oggetto di scrutinio e valutazione.

Inoltre, rispetto alle forme di comunicazione tradizionali, i social media presentano alcuni rischi addizionali e inediti, di cui i giudici devono essere consapevoli.

1) Le comunicazioni e le relazioni sui social media sono molto più pubbliche rispetto ai media e alle relazioni più tradizionali, e presentano un rischio maggiore di creare nell'opinione pubblica un'apparenza di scorrettezza; i social media sono diversi in termini di immediatezza, ampiezza e forte visibilità pubblica.

2) Alcuni social media utilizzano varie etichette (ad esempio: "amici", "follower") che, in determinate circostanze, connotano un rapporto personale più stretto di quanto non esista in realtà. L'obbligo di evitare pregiudizi o parzialità effettive o percepite non consiste semplicemente nell'astenersi dal fare o dal "mettere mi piace" a commenti inappropriati, ma nell'espungere tali commenti fatti da altri dalla pagina del giudice stesso (e magari nel "togliergli il like") per evitare di creare l'impressione che il giudice sia d'accordo con essi.

3) un giudice che partecipa a un sito di social network perde probabilmente il controllo sulla privacy delle proprie comunicazioni con gli altri. Poiché le informazioni pubblicate sui social media sono facilmente accessibili e diffuse, potrebbero non rimanere private nonostante le impostazioni di privacy più rigide.

4) Le persone che utilizzano i social media accettano il rischio che i loro post vengano estrapolati

dal contesto. Esprimere le proprie opinioni in un ambiente virtuale, dove le informazioni vengono scambiate in modo frettoloso, è intrinsecamente diverso dall'interazione interpersonale in natura, e lascia quindi spazio a interpretazioni errate, o addirittura a comunicazioni sbagliate e malintenzionate.

5) Alcuni *network online* consentono ad altri membri di pubblicare contenuti sul sito di un giudice. Sebbene gli utenti debbano esercitare cautela nell'esprimere le proprie opinioni personali *online*, non possono in alcun caso impedire ad altri utenti di pubblicare commenti indesiderati o addirittura inappropriati sulla loro pagina di *social media*. Non è improbabile che tali commenti, indipendentemente dalla loro approvazione o cancellazione, vengano associati al titolare dell'*account* del *social media*.

5. Alcuni casi

I rischi citati, specificamente legati ai nuovi media, sono testimoniati dai seguenti casi, che non sono studi di caso, ma casi reali.

a) Amici su Facebook

In Canada, un giudice è stato ricusato dai difensori quale presidente di un maxiprocesso per droga con più imputati perché molti dei suoi amici su Facebook erano procuratori della Corona.

In Francia, un avvocato ha presentato ricorso in Cassazione perché un caso disciplinare nei suoi confronti era stato giudicato da membri dell'Ordine la cui imparzialità era stata messa in discussione per la loro amicizia su Facebook (caso giudicato dalla II sez. civile della Cassazione, 5 gennaio 2019 -16.12.394) che ha respinto il ricorso, in quanto: «*le terme d'ami employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoient pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession*».

In Ohio, il Board of Commissioners on Grievances & Discipline (parere 2010-7) ha ricordato che «un "amico" di un *social network* può essere o non essere un amico nel senso tradizionale del termine e l'essere "amico" di qualcuno sui *social media* non significa necessariamente che siano coinvolti un affetto speciale, una fiducia reciproca e una stima, e può in effetti significare molto poco. (...) un'"amicizia" su Facebook può in realtà equivalere a una semplice conoscenza, che da sola può non costituire una ragione sufficiente per l'esclusione».

Anche il Comitato consultivo per l'etica giudiziaria dello Stato di New York ha respinto l'apparenza di scorrettezza basata unicamente su una precedente "amicizia" con persone coinvolte in qualche modo in un'azione legale in corso (parere 13-39).

Il Comitato etico giudiziario della California (parere 66) ha individuato una serie di fattori per valutare l'apparenza di scorrettezza, quali: i) la natura della particolare pagina di *social media*, ii) il numero di amici che il giudice ha (un numero inferiore suggerisce un rapporto più stretto), iii) la prassi del giudice nell'accettare le richieste di "amicizia" e iv) la regolarità con cui il particolare avvocato "amico" compare davanti al giudice.

Questo approccio è stato recentemente affermato anche dall'American Bar Association, nel parere formale 462, in cui si afferma che «il contesto è significativo. La semplice designazione di un collegamento ai *social media* non indica, di per sé, il grado o l'intensità del rapporto di un giudice con una persona».

Un parere del comitato consultivo di etica giudiziaria nominato dalla Corte Suprema della Florida sosteneva che la selezione di alcuni avvocati come amici su Facebook, il rifiuto di altri e la comunicazione implicita di queste scelte sulla rete trasmettevano e consentivano ad altri di trasmettere l'impressione di essere in una posizione speciale per influenzare il giudice. Negli anni successivi è emersa un'opinione contraria e la stessa Corte Suprema della Florida, con un voto di 5 a 3, si è trovata in disaccordo con il proprio comitato consultivo, affermando che «l'affermazione che un giudice sia "amico" di Facebook di un avvocato che compare davanti al giudice, da sola, non è una base giuridicamente sufficiente per la ricusazione», come ha ritenuto la maggioranza di 5 membri. I tre giudici dissenzianti hanno concluso che le amicizie tradizionali e quelle su Facebook non sono paragonabili:

«Un amico di Facebook ha accesso a tutte le informazioni personali presenti sulla pagina del profilo dell'utente, comprese le fotografie, gli aggiornamenti di stato, i like, i dislike, le informazioni sul lavoro, la storia scolastica, le immagini digitali, i video, i contenuti di altri siti web e una serie di altre informazioni, anche quando l'utente sceglie di rendere tutte le sue informazioni private al pubblico in generale (...) [e] gli "amici" di Facebook vengono a conoscenza di un numero considerevole di informazioni, comprese quelle potenzialmente personali, su base quasi quotidiana».

b) Like

In Bosnia Erzegovina, in un post su Facebook, qualcuno ha screditato la magistratura bosniaca e ha fatto commenti negativi sulle condizioni del sistema giudiziario. Un pubblico ministero (che li gode dello stesso status di un giudice) ha apprezzato il post, appo-

nendovi un “like”, ed è stato avviato un procedimento contro il pubblico ministero a causa della “dichiarazione” (nella misura in cui un “like” può essere considerato tale). Per quanto ne so, il caso è ancora pendente.

c) Post su Facebook

Un giudice canadese si è pensionato piuttosto che affrontare un’udienza disciplinare per i commenti che avrebbe inavvertitamente pubblicato su Facebook su altri due giudici.

In Slovenia, in un post del suo account privato chiuso al pubblico su Facebook, un giudice ha etichettato il Primo ministro come “il grande dittatore”, lamentandosi duramente per le misure adottate per combattere l’epidemia di Covid-19. Alcuni suoi amici hanno abusato della sua fiducia e hanno trasferito i suoi post al Segretario di Stato del gabinetto del Primo ministro sloveno, che ha reso pubblico il post. Il Consiglio giudiziario ha sottolineato che l’uso di un linguaggio irrispettoso nelle comunicazioni di un giudice, siano esse private o pubbliche, non è conforme all’integrità di un giudice. Tuttavia, la Corte disciplinare ha ritenuto che il giudice non avesse violato le regole disciplinari. Le sue dichiarazioni hanno anche dato origine allo sviluppo di linee-guida sull’uso dei social media da parte della Commissione etica.

In Georgia, un influente giudice ha pubblicato sulla sua pagina personale di Facebook un messaggio che esprimeva il suo atteggiamento negativo nei confronti dei partiti di opposizione e delle organizzazioni non governative.

d) TikTok

In Albania, un giudice è stato sospeso dall’Alto ispettore di giustizia per un periodo di sei mesi per comportamento inappropriato nell’uso di TikTok.

In Romania, la sezione disciplinare del Csm ha allontanato un giudice dalla magistratura per aver postato due video di TikTok nell’ambito della sua vita privata, per la violazione dell’art. 99(a) della legge n. 303/2004, e successive modifiche, relativa allo status dei giudici e dei pubblici ministeri, che punisce le azioni che ledono l’onore professionale o l’integrità del prestigio della giustizia commesse durante o al di fuori dell’esercizio delle funzioni lavorative. La decisione è stata impugnata dal giudice presso l’Alta Corte di cassazione e giustizia.

e) Immagini

In Bosnia Erzegovina, la giudice che presiedeva una causa pendente ha caricato su Facebook un “selfie” accompagnato da un commento che esprimeva la sua felicità mentre era seduta in un ristorante; in seguito le è stato assegnato un caso che coinvolgeva quel ristorante, dove si è pronunciata a favore del ge-

store del ristorante. All’esito del procedimento disciplinare, la giudice ha ricevuto un’ammonizione.

In Germania, il presidente di una divisione penale di un tribunale regionale si è presentato sul suo sito pubblico di Facebook bevendo birra e indossando una maglietta con la scritta “Diamo una casa al vostro futuro: la prigione”. Uno degli avvocati della difesa, in un processo per rapina davanti alla stessa divisione penale, ha contestato il giudice mettendo in dubbio la sua imparzialità. Il tribunale ha respinto l’istanza ritenendola infondata, affermando che la questione riguardava solo la sua vita privata e che il giudice stava solo scherzando. Gli imputati sono stati condannati a otto e cinque anni di reclusione e hanno presentato ricorso alla Corte federale di giustizia, che ha ritenuto che la sentenza fosse basata su una violazione della legge (perché la mozione di ricusazione era stata erroneamente respinta) e ha annullato la condanna e rinviato la questione a un altro tribunale regionale. La Corte ha affermato che l’apparizione sui social media non era una questione di vita privata del giudice, poiché egli aveva fatto esplicito riferimento alla sua professione, ritraendosi in un modo incompatibile con la necessaria imparzialità di un giudice penale.

Nel caso *Lorenzana c. Austria*, una giudice molto attraente, presumibilmente allo scopo di trovare un partner compatibile, ha mostrato le sue foto su Friendster e ha postato i suoi dati personali come giudice; ha posato con la parte superiore del corpo appena coperta da uno scialle, presumibilmente lasciando intendere che sotto non indossasse nulla. Con un severo avvertimento, il giudice è stato ammonito ad astenersi da ulteriori atti di scorrettezza. La sanzione è stata messa in discussione in quanto le foto non erano volgari, l’abbigliamento *off-shoulder* è un abbigliamento sociale accettabile secondo gli standard contemporanei e non è vietato, e infine perché non vi è alcun divieto per le donne attraenti di essere giudici. La Corte Suprema ha confermato la legittimità della sanzione affermando che, sebbene ai giudici non sia vietato diventare membri e partecipare ad attività di social network, essi in questo modo non si liberano del loro status di giudici, sicché, nell’esercizio della libertà di espressione, devono sempre comportarsi in modo da preservare la dignità dell’ufficio giudiziario e l’imparzialità e l’indipendenza della magistratura.

In Germania, l’immagine del profilo del giudice era una foto di un berretto dell’uniforme della divisione “SS”, indossata dalla divisione militare responsabile dei campi di concentramento nella Seconda guerra mondiale e responsabile di crimini di guerra e genocidi; l’immagine era commentata con le parole: “Cari migranti, questo berretto vi permette di identificare il funzionario responsabile della vostra richiesta di asilo”. Il giudice è stato dimesso per gravi violazioni dei suoi doveri d’ufficio.

f) *Netflix*

In un caso italiano riguardante le dichiarazioni rese da un pubblico ministero, nell'ambito di un documentario prodotto da *Netflix* su un omicidio oggetto di notevole attenzione da parte dei *media* di tutto il mondo – procedimento giudiziario ormai definitivamente chiuso a seguito della sentenza della Corte di cassazione –, è stata esclusa la sanzione disciplinare. La sezione disciplinare del Csm ha tenuto conto della circostanza che il procedimento penale era già stato deciso dallo stesso giudice e si era concluso, nonché della notevole risonanza mediatica e dell'assenza di espressioni idonee a ledere indebitamente i diritti altrui, ritenendo che si trattasse della narrazione di fatti processuali del tutto analoghi a quelli ipotizzabili in relazione a un libro scritto un anno dopo i fatti (Csm, sez. disc., 22 ottobre 2018, n. 163).

g) Messaggi personali

Negli Stati Uniti, un pubblico ministero e un giudice si sono scambiati su *Whatsapp* le loro impressioni su un processo in corso a cui partecipavano. Lo scambio è stato scoperto da un avvocato.

In Germania, una donna ha contattato l'amministrazione giudiziaria e ha dichiarato di non conoscere personalmente il procuratore, ma che da anni lui le inviava una serie di messaggi indesiderati attraverso vari *social network*; il procuratore è stato licenziato all'esito del periodo di prova, ha impugnato la decisione davanti alla Corte federale di giustizia, che ha ritenuto che vi fossero seri dubbi sulla sua idoneità a causa del contenuto dei messaggi, in particolare per il riferimento vanaglorioso ai poteri professionali in alcuni dei messaggi.

h) *Tweet*

In Austria, un giudice, coniuge di un giudice che presiedeva un caso penale di interesse pubblico, è stato sanzionato con una multa pecuniaria per aver twittato un commento negativo sulla persona accusata, dando così spazio alla ricusazione del giudice in carica.

In un altro caso, sul suo *account Twitter* privato, un giudice ha ri-twittato un *tweet* scherzoso sugli avvocati ("Qual è la differenza tra un cane morto e un avvocato morto per strada? Che nel primo caso trovi le strisce di frenata"). La richiesta risarcitoria avanzata verso il giudice è stata respinta dal tribunale, ma il caso è stato riportato sul giornale con il nome e cognome del giudice e una foto-ritratto, e il giudice è stato costretto a cancellare il suo *account Twitter* privato.

i) *Hyperlink*

Nel caso *USA c. Sierra Pacific Industries Inc. et al.* (No. 15-15799, 9th Cir. 2017) un giudice ha postato

sul suo *tweet* un collegamento ("*link*") a un articolo di cronaca sulla sentenza appena emessa sul caso. La Corte del circuito ha affermato che il *tweet* non equivale a un commento pubblico sul merito di una causa in corso, contenendo solo un *link* ad articoli di cronaca e provenendo da un *account* che non identifica pubblicamente un membro della magistratura.

j) Commenti

In Grecia, la Corte Suprema ha punito un membro della magistratura che, attraverso un *blog* pubblico, aveva protestato con forza contro le misure di austerità e accusato i membri del gabinetto di essere traditori.

In Minnesota, l'anno scorso, un giudice ha commentato negativamente una segnalazione su *Facebook* relativa a un farmacista che aveva perso diverse dosi di vaccino Covid-19 lasciandole a temperatura ambiente durante la notte. La Commissione d'inchiesta giudiziaria ha ritenuto che le violazioni fossero abbastanza gravi da giustificare un'ammonizione pubblica.

Nell'ottobre 2021, un giudice ha agito sui *social media* quale "negazionista" sulla pandemia di Covid-19. Contro questo giudice è stato aperto un procedimento disciplinare e la sanzione è stata l'espulsione. Il Consiglio giudiziario portoghese (Csm) ha deciso all'unanimità di espellere il giudice, affermando che egli aveva usato la sua posizione per fare "dichiarazioni diffamatorie" sui *social media* e minare il controllo della malattia.

In Lituania, un giudice ha pubblicato su un portale un articolo in cui commentava in modo sfavorevole e critico le qualità negative di tutti i giudici; ha poi postato sul suo *account Facebook* l'articolo e un commento di un altro utente su tutti i giudici; ha anche contrassegnato con un "mi piace" i commenti sintetici sui giudici sul *social network*. Gli è stata inflitta una nota (la sanzione disciplinare più lieve), in quanto la Corte d'onore ha ritenuto che una generalizzazione negativa troppo ampia di tutti i giudici danneggi o possa danneggiare la fiducia dell'opinione pubblica sia nella magistratura sia nella capacità dei tribunali di trattare correttamente i casi.

k) Sito *web*

Negli Stati Uniti, un giudice è stato pubblicamente rimproverato per aver gestito un sito *web* con materiale sessualmente esplicito e offensivo (*Ethics Committee of the Kentucky Judiciary, Judicial Ethics Opinion JE-119, 2010*).

In Italia, un procuratore generale gestiva in forma anonima un sito *web* in cui pubblicava sentenze e ordinanze dello stesso distretto con commenti che evidenziavano – spesso in modo molto sarcastico – errori legali, omettendo qualsiasi riferimento al

nome del magistrato che aveva scritto il provvedimento. Mentre nessuna iniziativa disciplinare risulta nei confronti dei magistrati autori degli errori (a volte anche gravi), quando il magistrato è stato sottoposto alla valutazione per il rinnovo degli incarichi di procuratore generale, la sua correttezza è stata messa in discussione e l'incarico non è stato mantenuto.

l) *Mailing-list*

In Italia, in una *mailing-list* apparentemente riservata ai magistrati collegati da tutto il Paese, un giudice ha inviato una *e-mail* che criticava pesantemente l'allora Presidente del Consiglio italiano, chiamandolo con epiteti offensivi; la *e-mail* è stata pubblicata su un giornale e ha creato un lungo dibattito sull'uso improprio delle *mailing-list*, pur riservate, da parte dei giudici.

Sul tema della responsabilità disciplinare dei magistrati, le espressioni inappropriate indirizzate *ad incertam personam*, in occasione di un intervento in un *forum* di discussione su un *blog* in tema di giustizia, non sono state ritenute integrare gli estremi dell'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d, d.lgs n. 109/2006, se e in quanto la critica fosse oggettivamente non offensiva o derisoria, rientrando nella libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita anche al magistrato, sia pure temperata in relazione alle specifiche funzioni sullo stesso incombenti (Cass., sez. unite, 23 ottobre 2017, n. 24969, Rv. 645915 – 01).

In tema di responsabilità disciplinare del magistrato, le espressioni sconvenienti rivolte *ad incertam personam*, in occasione di un intervento in un *forum* di discussione su un *blog internet* relativo a temi di giustizia, non integrano l'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d, d.lgs n. 109/2006, che prevede che la condotta disciplinarmente rilevante sia posta in essere nell'esercizio delle funzioni, posto che la manifestazione del pensiero di un magistrato costituisce espressione di una libertà costituzionale che resta tale, e non diventa esercizio di una funzione giurisdizionale, anche quando si tratti di opinioni relative a questioni attinenti all'organizzazione di un ufficio giudiziario e al suo funzionamento, e sempre che non sia esplicitata attraverso riferimenti individualizzati (Cass., sez. unite, 17 marzo 2017, n. 6965, Rv. 643285 – 02).

m) Attività di terzi

Sebbene i giudici possano esercitare cautela nell'esprimere le proprie opinioni personali *online*, non possono in alcun caso impedire ad altri utenti di pubblicare commenti indesiderati o addirittura inappropriati sulla loro pagina *social*. Non è improbabile che tali commenti, indipendentemente dalla loro approvazione o cancellazione, vengano associati al titolare dell'*account* del *social media*. Il Comitato etico

giudiziario della California (parere 66, già richiamato) ha ricordato gli obblighi del giudice in materia.

In Canada, alcune foto grafiche di natura sessuale che ritraevano una giudice erano state pubblicate *online* da terzi; la giudice non aveva avuto alcun controllo sulla pubblicazione, ma ne era consapevole; è stata giudicata colpevole di cattiva condotta per aver negato, in sede di audizione in vista del rapporto di lavoro, che ci fosse qualcosa nel suo passato che si sarebbe riflesso negativamente su di lei o sulla magistratura, e che avrebbe dovuto essere rivelato.

n) Fondazione *crowdfunding*

Nel 2020 il Codice di etica giudiziaria della California vieta ai funzionari giudiziari di utilizzare piattaforme di *crowdsourcing* per favorire gli interessi di società commerciali.

o) Altri indirizzi

In Palestina, un giudice ha pubblicato un *post* sul suo *account* personale di *Facebook* (con dichiarazioni allarmanti relative all'operato dell'amministrazione giudiziaria) ed è stato sanzionato sulla base di una circolare recentemente emanata in materia di *media* dal capo dell'Alto consiglio giudiziario. *Al-Haq*, un'associazione non governativa indipendente per i diritti umani con sede nei Territori palestinesi occupati a Ramallah, ha denunciato la violazione della libertà di espressione del giudice senza restrizioni sui *social media*.

In India (caso *Kameshwar c. Stato del Bihar*), la Corte Suprema ha stabilito che, per il solo fatto di entrare nel servizio pubblico, una persona non cessa di essere un cittadino indiano o di aver diritto alla libertà di parola e di espressione garantita dalla Costituzione indiana ai sensi dell'art. 19(1)(a), che è un diritto fondamentale.

In un altro caso (*Abraham Kuruvilla c. S.C.T. Institute of Medical Sciences & Technology et al.*), la Corte Suprema dell'India ha affermato che per dimostrare la parzialità sono necessarie prove adeguate e coerenti. È necessario dimostrare non solo l'esistenza di un pregiudizio di fatto, ma anche che c'è stato un errore giudiziario a causa di esso. Un approccio, dunque, che valorizza l'imparzialità del giudice e non anche la relativa apparenza, in sé poco significativa e non decisiva.

6. Fonti del diritto

Nella maggior parte dei Paesi, la costituzione contiene disposizioni generali sul diritto alla libertà di espressione, ma non disposizioni specifiche sull'esercizio della libertà di espressione da parte di giudici e pubblici ministeri, né sui mezzi informatici e tecnologici per l'espressione delle idee.

La legislazione nazionale o i codici deontologici elaborati dalle associazioni professionali di giudici e pubblici ministeri forniscono maggiori indicazioni.

Da un certo punto di vista, considerando i *social media* come supporto tecnico neutrale della comunicazione, ciò implica che non è necessario prevedere una normativa specifica per l'uso dei *social media* da parte dei giudici. I quadri giuridici ed etici attualmente in vigore sono sufficienti per affrontare la questione dal punto di vista giudiziario e disciplinare.

Un altro punto di vista, invece, sottolinea che i *social media* richiedono nuove regole e strumenti comportamentali per la magistratura, e che almeno le regole esistenti di *judicial restraint* e la regola contro la parzialità devono essere adattate alle sfide specifiche della comunicazione sui *social media*.

In qualsiasi approccio alla regolamentazione dell'uso dei *social media* da parte dei giudici, la modalità di regolamentazione dovrebbe essere sufficientemente "soft" da adattarsi ai cambiamenti tecnologici, adatta a incorporare i nuovi principi sviluppati dalla giurisprudenza disciplinare o dalla giurisprudenza sulla ricusazione, ma sufficientemente rigida da essere applicata come fonte secondaria di responsabilità. In ogni caso, la fonte principale per stabilire la responsabilità legale o disciplinare del giudice dovrebbe rimanere una norma rigida (costituzione o legge).

Il modello dovrebbe basarsi sulla valutazione, da parte di un organo indipendente e imparziale – consiglio superiore della magistratura – e sentita l'associazione nazionale dei magistrati, delle violazioni o delle mancanze disciplinari che possono verificarsi nel contesto dell'uso dei *social media* da parte dei giudici.

Ovviamente qualsiasi violazione delle norme etiche nell'esercizio della libertà di espressione non può essere motivo di responsabilità disciplinare per un giudice: di conseguenza, è necessario tracciare una chiara linea di demarcazione tra, da un lato, la violazione degli obblighi etici da parte di un giudice e, dall'altro, una cattiva condotta invece disciplinarmente rilevante (la distinzione tra i due settori è netta nella raccomandazione n. 21/2020 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa).

La progettazione del modello dovrebbe essere guidata da alcuni valori etici e pratici: prudenza, precauzione, riserva, discrezione, dovere di vigilanza.

Il requisito di base indicato potrebbe garantire una corretta applicazione dei test di proporzionalità e necessità, in un caso disciplinare specifico.

Per quanto riguarda le sanzioni disciplinari, è necessario il rispetto dei principali fondamenti, che sono la legalità, la proporzionalità e la possibilità di sindacato giurisdizionale.

A titolo di esempio, ricordo a questo proposito le Linee-guida per una condotta giudiziaria etica in Namibia.

Esse prevedono le seguenti regole:

«I giudici non rinunciano al diritto di avere una vita privata, né sono tenuti a isolarsi dalle loro comunità. Di conseguenza, non c'è alcun problema se un giudice possiede un account su Facebook, Twitter, LinkedIn o altri social media.

Detto questo, la funzione giudiziaria è impegnativa e richiede che i giudici siano consapevoli del loro ruolo nel sostenere l'indipendenza, l'imparzialità e, soprattutto, l'integrità della magistratura. Si tratta di un obbligo oneroso che si applica dentro e fuori la corte.

A questo proposito, sono vietate le seguenti condotte: a. i giudici che inviano richieste di amicizia agli avvocati, o che accettano tali richieste; b. i giudici che condividono, ritwittano o ripubblicano, in qualsiasi forma, storie o commenti che potrebbero rivelare l'affiliazione politica di chi li diffonde; c. i giudici che condividono, ritwittano o ripubblicano, in qualsiasi forma, un'opinione sulla legalità di un evento che ha comportato una presunta condotta illecita o un caso che potrebbe essere portato davanti ad un tribunale.

Infine, si raccomanda ai giudici di assicurarsi di non identificarsi pubblicamente come giudici su queste forme di social media (ad esempio, aggiungendo le loro iniziali ecc.) (...).

Per quanto riguarda i media, un giudice dovrebbe esercitare la propria libertà di espressione non solo con la massima circospezione, ma anche con la massima moderazione.

In caso di critiche da parte dei media su una decisione, o di critiche mosse da membri interessati del pubblico, il giudice dovrebbe astenersi dal rispondere a tali critiche scrivendo alla stampa o facendo commenti incidentali su tali critiche (...).

In sintesi, i giudici devono sempre evitare il tipo di attività *online* che può minare la fiducia nella loro indipendenza e imparzialità e danneggiare la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario.

Un'ultima osservazione sull'impatto di un quadro normativo specifico sulla libertà di espressione dei giudici sui *social media*: l'analisi delle specifiche regole sull'argomento mostra chiaramente che più la materia è regolamentata, soprattutto dai codici di condotta o dalle norme disciplinari, più il quadro normativo è rigido e più si restringe lo spazio per i giudici di esprimersi liberamente sui *social media*. Le norme della Namibia ne sono un chiaro esempio.

7. Il sistema di protezione della libertà di espressione della CEDU

La libertà di espressione è garantita anche dall'articolo 10 («Libertà di espressione») della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che recita:

«1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario» (c.vi aggiunti).

L'art. 6 della Convenzione prevede il diritto a un processo equo:

«1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge (...)» (c.vo aggiunto).

Di conseguenza, abbiamo decisioni della CEDU di tipo diverso in materia, a seconda delle controversie introdotte: alcune di esse sono state attivate dalla parte di un processo che lamentava la mancanza di imparzialità dei giudici ai sensi dell'art. 6; in altre, invece, a ricorrere alla CEDU, ai sensi dell'art. 10, è il giudice, già sanzionato.

La libertà di espressione è un diritto assoluto – come, ad esempio, il diritto alla vita (art. 2) o il divieto di tortura (art. 3) o di schiavitù e lavoro forzato (art. 4) –, così come la libertà di opinione.

La libertà di ricevere e diffondere informazioni e idee, invece, non è un diritto assoluto, e quindi conosce eccezioni e limiti.

L'esercizio di questa libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere soggetto a formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni.

Le interferenze degli Stati nell'esercizio di tale libertà sono possibili solo alle condizioni e nei limiti previsti dall'articolo 10, § 2, CEDU, che dev'essere interpretato in modo rigoroso.

Alcuni limiti sono interni, derivanti dal concetto stesso di libertà di espressione.

Altri limiti trovano la loro fonte essenzialmente nel secondo paragrafo dell'art. 10, o devono essere individuati al di fuori del perimetro dell'art. 10, a seconda delle circostanze del caso interessato, soprattutto perché la libertà di espressione spesso deve essere bilanciata con altri diritti protetti dalla CEDU.

In conformità con l'art. 10, § 2, CEDU, qualsiasi interferenza dev'essere prevista dalla legge.

Un'interferenza deve anche perseguire uno scopo legittimo, diretto alla tutela degli interessi richiamati dall'art. 10 (un elenco che non è esaustivo e la cui interpretazione e portata si evolve con la giurisprudenza della Corte).

Un'interferenza deve anche essere necessaria in una società democratica, il che significa che si deve dimostrare che esiste una necessità sociale pressante, che persegue uno scopo legittimo e che è il mezzo meno restrittivo per raggiungere tale scopo.

Quanto ai limiti interni, la libertà di espressione non beneficia della tutela dell'art. 10 quando l'espressione è incompatibile con i valori proclamati e garantiti dalla Convenzione: ad esempio, affermazioni che negano l'Olocausto, giustificano una politica filonazista, collegano tutti i musulmani con un grave atto di terrorismo, o dipingono gli ebrei come la fonte del male in Russia – si vedano: *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 settembre 1998; *Garaudy c. Francia* (dec.), n. 65831/01, 2003; *Norwood c. Regno Unito* (dec.), n. 23131/03, 2004; *Witzsch c. Germania* (dec.), n. 7485/03, 13 dicembre 2005; *Pavel Ivanov c. Russia* (dec.), n. 35222/04, 20 febbraio 07; *Gündüz c. Turchia*, n. 35071/97, 2003; *Perincek c. Svizzera* [GC], n. 27510/08, 15 ottobre 2015; per un caso riguardante la comunicazione via *Internet*, vds. *Bartnik c. Polonia* (dec.), n. 53628/10, 11 marzo 2014; per un caso di *fake news*, vds. *Schuman c. Polonia* (dec.), n. 52517/13, 3 giugno 2014).

L'art. 10 della Convenzione stessa prevede anche dei limiti esterni al diritto in questione. Qualsiasi interferenza sulla libertà di espressione deve essere basata sulla legge, deve perseguire almeno uno degli scopi legittimi stabiliti e deve essere proporzionata.

In primo luogo, la restrizione della libertà dev'essere "prevista dalla legge".

La Corte europea dei diritti dell'uomo ribadisce che l'espressione «prescritto dalla legge», ai sensi dell'art. 10, § 2, richiede innanzitutto che la misura impugnata abbia una base giuridica. Di solito si tratta di quella nazionale, ma può anche essere una convenzione delle Nazioni Unite o una legge dell'Unione europea.

Anche il diritto nazionale deve essere identificato, tenendo conto del fatto che all'interno del Consiglio d'Europa ci sono Paesi di *civil law* e Paesi di *common law*. Pertanto, la fonte nazionale di una restrizione potrebbe essere indifferentemente la legge o il *common law*.

Per essere rilevante, la legge deve soddisfare i requisiti della Convenzione: essenzialmente deve essere esistente, accessibile e prevedibile. Questa espressione non richiede solo il rispetto della legge, ma si riferisce anche alla qualità di tale legge, richiedendo che sia

compatibile con lo Stato di diritto, che sia contenuta in una fonte ufficiale accessibile e che sia pubblicata.

Per soddisfare tali requisiti, normalmente la legge deve essere scritta e raccolta in testi ufficiali o bollettini accessibili. La Corte ribadisce spesso che una norma non può essere considerata una «legge» ai sensi dell'art. 10, § 2, a meno che non sia formulata con sufficiente precisione per consentire ai cittadini – se necessario, con un'adeguata consulenza – di regolare la loro condotta; essi devono essere in grado di prevedere, in misura ragionevole rispetto alle circostanze, le conseguenze che una determinata azione può comportare; non è necessario che tali conseguenze siano prevedibili con assoluta certezza (vds. *Dink c. Turchia*, nn. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09, § 114, 2010; *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Svizzera*, n. 24699/94, § 52, 2001 VI; *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, § 52, 2000-V; *Gawęda c. Polonia*, n. 26229/95, § 39, 2002-II; *Maestri c. Italia* [GC], n. 39748/98, § 30, 2004-I).

Per «leggi» si intendono generalmente la Costituzione e la legislazione primaria. La Corte interamericana dei diritti dell'uomo (CIDU), nel suo parere consultivo sulla parola «leggi» nell'articolo 30 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, le definisce come «norme giuridiche generali legate al benessere generale, approvate da organi legislativi democraticamente eletti e istituiti dalla Costituzione, e formulate secondo le procedure» stabilite nelle rispettive costituzioni nazionali. Tuttavia, ciò non vieta necessariamente al legislatore di delegare tale potere, nel rispetto di alcuni vincoli. Inoltre, come osservato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si rispetta la diversità dei sistemi giuridici, per cui anche la regola affermata dal giudice nei Paesi di *common law* è considerata «legge». I regolamenti sussidiari o altre norme sviluppate dal potere esecutivo o da altri attori in base a poteri delegati sono soggetti invece a condizioni rigorose. Tali deleghe saranno problematiche se conferiscono «una discrezionalità illimitata per la restrizione della libertà di espressione a coloro che sono incaricati della sua esecuzione».

Le leggi stesse devono soddisfare determinati *standard* qualitativi per superare questa parte del test. Ciò significa che non possono essere eccessivamente vaghe e devono essere accessibili.

Infine, la legge che la governa deve a sua volta rispettare altri obblighi previsti dalle norme sui diritti umani. Ad esempio, non sono legittime le leggi discriminatorie o che prevedono pene non consentite dalle norme sui diritti umani, ad esempio perché crudeli e disumane.

Per soddisfare il requisito della prevedibilità, la legge deve essere sufficientemente chiara nei suoi termini per fornire agli individui un'indicazione adeguata delle circostanze e delle condizioni in cui le autorità

sono autorizzate a ricorrere a tali misure.

Se da un lato la certezza è auspicabile, dall'altro essa può comportare un'eccessiva rigidità e la legge dev'essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze. Di conseguenza, molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini più o meno vaghi, la cui interpretazione e applicazione pongono problemi nella prassi.

È molto importante che le leggi che prevedono restrizioni alla libertà di espressione siano accessibili e chiare. Se le leggi non sono chiare e accessibili, non daranno un'indicazione adeguata alle persone su quali espressioni sono proibite. Poiché gli individui non sanno se il loro discorso è protetto, si autocensureranno al di là di quanto previsto dalla legge. Questo crea quello che a volte viene chiamato “*chilling effect*”, perché le leggi poco chiare “congelano” o scoraggiano la libertà di espressione al di là di quanto la legge effettivamente vieta.

Sebbene le leggi debbano essere precise, quanto debbano esserlo è una questione più difficile. La Corte europea dei diritti dell'uomo utilizza il criterio della ragionevole prevedibilità delle conseguenze di un'azione. Questo linguaggio è articolato nella storica causa *Sunday Times c. Regno Unito*: una norma non può essere considerata una «legge» se non è formulata con sufficiente precisione per consentire al cittadino di regolare la propria condotta: egli deve essere in grado – se necessario, con una consulenza adeguata – di prevedere, in misura ragionevole rispetto alle circostanze, le conseguenze che una determinata azione può comportare (vds. anche *Altuğ Taner Akçam c. Turchia*, per i risultati opposti dell'esame della Corte).

La Corte Edu ammette che spetta in primo luogo alle autorità nazionali, in particolare ai tribunali, interpretare e applicare il diritto interno (cfr. *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* [GC], n. 38433/09, § 140, 2012; *Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990, § 29; *Kopp c. Svizzera*, 25 marzo 1998, § 59), e che una WECL nazionale (giurisprudenza consolidata) potrebbe essere un'ulteriore fonte di diritto che dà chiarezza alla legislazione.

Una legge può comunque soddisfare il requisito della prevedibilità anche se la persona interessata deve avvalersi di un'adeguata consulenza legale per valutare, in misura ragionevole rispetto alle circostanze, le conseguenze che una determinata azione può comportare.

Ciò è particolarmente vero in relazione alle persone che svolgono un'attività professionale, abituate a procedere con un elevato grado di cautela nell'esercizio della loro professione. Per questo motivo ci si può aspettare da loro una particolare attenzione nel valutare i rischi che tale attività comporta (*Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 35, e *Chauvy et al. c. Francia*, n. 64915/01, §§ 43-45, 2004 VI).

Nella sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel c. Ucraina* (n. 33014/05, 5 maggio 2011), la Corte Edu ha riconosciuto per la prima volta che l'art. 10 della Convenzione dev'essere interpretato nel senso di imporre agli Stati l'obbligo positivo di creare un quadro normativo *adeguato* per garantire un'effettiva tutela della libertà di espressione dei giornalisti su *Internet*. In quel caso, i ricorrenti erano stati condannati al risarcimento dei danni per aver ripubblicato un testo anonimo, oggettivamente diffamatorio, che avevano scaricato da *Internet* (accompagnandolo con un editoriale che indicava la fonte e prendeva le distanze dal testo). È stato, inoltre, ordinato loro di pubblicare una ritrattazione e delle scuse, anche se queste ultime non sono previste dalla legge. Esaminando il caso alla luce dell'articolo 10 della Convenzione, la Corte ha rilevato che l'ingerenza denunciata non era «prevista dalla legge», come richiesto dal secondo paragrafo di tale articolo, perché all'epoca, nell'ordinamento ucraino, non esisteva una tutela legale per i giornalisti che ripubblicano contenuti da *Internet*. Inoltre, i tribunali nazionali si erano rifiutati di trasporre in questa situazione le disposizioni che tutelavano la stampa. Tuttavia, la protezione dei giornalisti è subordinata alla condizione che essi agiscano in buona fede e forniscano informazioni affidabili e precise in conformità con un giornalismo responsabile (*Stoll c. Svizzera* [GC], n. 69698/01, § 104, 2007 V).

Una volta accertato che l'ingerenza interessata ha una base giuridica, la Corte passerà a considerare se l'ingerenza serve a uno dei sei «*scopi legittimi*» specificati al § 2 dell'articolo 10: 1) «nell'interesse della sicurezza nazionale, dell'integrità territoriale o della pubblica sicurezza»; 2) «per la prevenzione di disordini o crimini»; 3) «per la protezione della salute o della morale»; 4) «per la protezione della reputazione o dei diritti altrui»; 5) «per impedire la divulgazione di informazioni ricevute in via confidenziale»; 6) «per mantenere l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

Se la restrizione è basata sulla legge e sostenuta da almeno una delle finalità legittime espressamente menzionate, l'interferenza deve essere infine «*necessaria in una società democratica*». Questo passo finale richiede di concentrarsi sull'esercizio di bilanciamento tra i diversi interessi e diritti protetti. Si tratta di una valutazione complessa, che dipende ampiamente dalle circostanze peculiari del caso specifico.

«Necessario in una società democratica» significa, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, che deve corrispondere a un «bisogno sociale pressante», essere proporzionato allo scopo legittimo perseguito ai sensi del secondo paragrafo dell'articolo 10 e giustificato da decisioni giudiziarie che forniscano una motivazione pertinente e sufficiente. Nella maggior parte

dei casi, infatti, la libertà di espressione è in relazione con altri importanti diritti tutelati dalla Convenzione: ad esempio, in una società moderna l'interesse dei giornalisti e dei *media* a diffondere informazioni può spesso entrare in conflitto con il diritto alla *privacy* altrui, parte del diritto alla vita privata tutelato dall'art. 8 della Convenzione (si vedano, tra le tante, *Axel Springer AG c. Germania* [GC], n. 39954/08, § 83, 7 febbraio 2012; *Von Hannover c. Germania* (n. 2) [GC], nn. 40660/08 e 60641/08, 2012).

Il requisito della necessità richiede anche una stretta connessione tra la restrizione e la capacità di proteggere l'interesse pubblico minacciato. Nel determinare se una restrizione soddisfa questa parte del test, il termine «necessario» deve essere interpretato come non così forte come «indispensabile», ma più che semplicemente «utile», «ragionevole» o «desiderabile». Nella parte del test relativa alla necessità è incorporato un requisito di proporzionalità, il che significa che la restrizione dev'essere proporzionata alla tutela dell'interesse legittimo. In altre parole, le restrizioni «devono essere appropriate per raggiungere la loro funzione di protezione».

Nel valutare se una restrizione è proporzionata, lo Stato deve considerare «la forma di espressione in questione e i mezzi di diffusione». Ad esempio, il valore attribuito alla libertà di espressione è particolarmente elevato nel contesto di un dibattito pubblico riguardante personaggi pubblici e politici.

Un altro elemento di proporzionalità è che la restrizione non dev'essere eccessiva: una restrizione deve interferire «il meno possibile con l'effettivo esercizio del diritto». Se esiste un mezzo alternativo efficace per proteggere l'interesse pubblico in questione, dev'essere adottato questo approccio alternativo. Allo stesso modo, se l'obiettivo può essere raggiunto con diversi mezzi, dev'essere scelta l'opzione che limita meno il diritto.

La proporzionalità è richiesta anche in relazione a qualsiasi sanzione imposta nell'ambito di una restrizione alla libertà di espressione. Ciò significa, ad esempio, che l'imposizione di sanzioni penali andrà bilanciata rispetto all'interesse pubblico in gioco.

Gli Stati contraenti hanno un certo margine di apprezzamento nel valutare l'esistenza di tale necessità, ma questo va di pari passo con la supervisione europea, che comprende sia la legislazione che le decisioni che la applicano, anche quelle emesse da un tribunale indipendente. Secondo la Corte Edu, se le autorità nazionali hanno un certo margine di apprezzamento, questo non è illimitato e la Corte ha quindi il potere di decidere in via definitiva se una «restrizione» sia conciliabile con la libertà di espressione tutelata dall'art. 10.

Il compito della Corte nell'esercizio della sua funzione di vigilanza non è quello di essere una quarta

istanza, che si sostituisce alle autorità interne per rivalutare le prove raccolte nei procedimenti nazionali. Si tratta piuttosto di verificare, alla luce del caso nel suo complesso, se le decisioni prese da queste ultime in virtù del loro potere di apprezzamento possano essere conciliate con le disposizioni della Convenzione invocate. Quando viene denunciata un'interferenza delle autorità nazionali con l'art. 10, la Corte è tenuta a verificare se tale restrizione è consentita dalla Convenzione. Ciò non significa che il controllo si limiti ad accertare se lo Stato convenuto abbia esercitato il proprio potere discrezionale in modo ragionevole, attento e in buona fede; la Corte deve esaminare l'ingerenza lamentata alla luce del caso nel suo complesso e stabilire se essa sia «proporzionata allo scopo legittimo perseguito» e se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificarla siano «pertinenti e sufficienti». Come già detto, la Corte applica un triplice test per esaminare le decisioni interne sulla presunta interferenza, verificando se l'interferenza è basata sulla legge, persegue almeno uno degli scopi legittimi stabiliti ed è proporzionata.

In un esame finale, spesso l'analisi del diritto comparato gioca un ruolo importante. Potrebbe esistere una regolamentazione omogenea della questione giuridica interessata – cd. “consenso” – tra tutti gli Stati contraenti. In questo caso, un rapporto di ricerca può delineare una chiara tendenza tra la grande maggioranza dei Paesi del Consiglio d'Europa presi in esame. Queste circostanze saranno normalmente apprezzate dalla Corte, nel senso che il margine di apprezzamento per il singolo Stato contraente è ristretto. Di conseguenza, il controllo europeo esercitato dalla Corte sarà più severo sull'azione interessata, perché questa si dimostra isolata, a fronte di un diverso “consenso” o “tendenza” tra gli altri Paesi.

8. L'imparzialità dei giudici (art. 6)...

L'imparzialità dei giudici è stata messa in discussione dalla Corte Edu in molti casi:

- il fatto che un membro di un tribunale abbia una certa conoscenza personale di un attore del procedimento (il che non significa necessariamente che il giudice sarà pregiudicato a favore di quella persona: *Pullar c. Regno Unito*, n. 22399/93, 10 giugno 1996);
- imparzialità dei giudici che valutano un oltraggio alla corte da parte di una delle parti dello stesso processo (*Kyprianou c. Cipro*, n. 73797/01, 15 dicembre 2005);
- imparzialità del presidente del tribunale per una dichiarazione pubblica alla stampa su un caso (*Buscemi c. Italia*, n. 29569/95, 16 settembre 1999 – violazione del diritto di difesa);

- licenziamento di un giudice a causa della sua vita privata e della sua stretta relazione con un avvocato i cui clienti ne hanno indirettamente beneficiato (*Ozpinar c. Turchia*, n. 20999/04, 19 ottobre 2010: violazione dell'art. 8), dove la Corte ha affermato il principio «i doveri etici dei giudici possono entrare nella loro vita privata quando la loro condotta offusca l'immagine o la reputazione della magistratura»;

- mancanza di imparzialità del giudice a causa dei legami familiari tra il presidente del tribunale e l'avvocato della controparte (*Micallef c. Malta*, n. 17056/06, 15 ottobre 2009).

Uno dei primi giudizi della corte è stato *Hauschildt c. Danimarca* (n. 10486/83) del 24 Maggio 1989, dove la Corte ha affermato che l'esistenza di imparzialità per lo scopo di cui all'art. 6, comma 1, dev'essere determinata in base a un test soggettivo, cioè sulla base della convinzione personale di un determinato giudice in un determinato caso, e anche in base a un test oggettivo, cioè verificando se il giudice offra garanzie sufficienti a escludere qualsiasi dubbio legittimo al riguardo (vds., tra le altre autorità, la sentenza *De Cubber* del 26 ottobre 1984, serie A, n. 86, pp. 13-14, par. 24).

In base al test oggettivo, si deve stabilire se, al di là del comportamento personale del giudice, vi siano fatti accertabili che possano sollevare dubbi sulla sua imparzialità. In questo senso, anche le apparenze possono avere una certa importanza. La posta in gioco è la fiducia che i tribunali di una società democratica devono ispirare nel pubblico e soprattutto, per quanto riguarda i procedimenti penali, nell'imputato. Di conseguenza, qualsiasi giudice nei confronti del quale vi sia un motivo legittimo di temere una mancanza di imparzialità deve ritirarsi (vds., *mutatis mutandis*, *De Cubber*, cit., par. 26, p. 14).

Ciò implica che, nel decidere se in un determinato caso vi sia un motivo legittimo per temere che un determinato giudice manchi di imparzialità, il punto di vista dell'imputato è importante, ma non decisivo. Ciò che è decisivo è se questo timore può essere ritenuto oggettivamente giustificato.

Le autorità giudiziarie, nell'esercizio della loro funzione giurisdizionale, sono tenute a esercitare la massima discrezione in merito ai casi che trattano, al fine di preservare la loro immagine di giudici imparziali, ma anche nell'esprimere critiche nei confronti dei colleghi pubblici ufficiali e, in particolare, degli altri giudici (*Di Giovanni c. Italia*, n. 51160/06, 9 luglio 2013). In questo caso la ricorrente (un giudice), oltre a criticare il sistema giudiziario italiano in un articolo di stampa, aveva evidenziato la mancanza di imparzialità di un recente concorso pubblico per l'ingresso in magistratura facendo riferimento a un collega (genericamente identificato) che avrebbe esercitato la

sua influenza per favorire la figlia. Respingendo il ricorso della ricorrente per violazione dell'art. 10 della CEDU contro l'ammonizione inflittole dalla Camera disciplinare del Csm, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la ricorrente non avesse dato prova della discrezione richiesta a un giudice. Il magistrato non aveva tenuto conto dei possibili dubbi sulla veridicità delle informazioni, contribuendo così a presentare come fondata all'opinione pubblica una voce che, poi, si è rivelata infondata. Nella parte finale della decisione si legge: «Sottolineando la massima discrezione imposta alle autorità giudiziarie, la Corte ricorda che tale discrezione deve indurle a non utilizzare la stampa, nemmeno per rispondere alle provocazioni» (§ 80). La Corte ha concluso per la non violazione.

Con la decisione 15 novembre 2016 sul caso *Simić c. Bosnia Erzegovina* (n. 75255/10), la Corte Edu ha dichiarato all'unanimità il ricorso irricevibile. Il caso riguardava la rimozione del Sig. Simić dalla carica di giudice della Corte costituzionale. Basandosi in particolare sull'art. 6, § 1 (diritto a un equo processo), e sull'art. 10 (libertà di espressione), Simić sosteneva in particolare che il procedimento di licenziamento era stato ingiusto e che era stato rimosso dall'incarico a causa delle dichiarazioni che aveva rilasciato pubblicamente attraverso i *media* criticando la Corte costituzionale. Pur sostenendo di essere stato rimosso dall'incarico a causa delle sue dichiarazioni pubbliche, la decisione aveva invece riguardato essenzialmente la sua capacità di esercitare le proprie funzioni e non le sue opinioni espresse pubblicamente. In effetti, le ragioni della rimozione dalla carica erano da ricercare nella sua lettera del maggio 2009, che aveva indubbiamente sollevato sospetti sulla sua imparzialità e indipendenza, e nel comportamento incompatibile con il ruolo di giudice. La Corte ha quindi concluso che il reclamo del Sig. Simić ai sensi dell'art. 10 era manifestamente infondato e doveva essere respinto in quanto irricevibile.

Nella causa n. 65717/14, *Rasa Auguste c. Lituania*, deciso con sentenza del 26 febbraio 2019, una giudice lituana è stata ritenuta negligente nell'esercizio della funzione di giudice e non ha intrapreso tempestivamente alcune azioni procedurali. Il procedimento contestato mirava a stabilire se la ricorrente avesse o meno rispettato gli obblighi di legge nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie e se il suo comportamento fosse o meno da qualificare come illecito disciplinare. L'infrazione disciplinare di cui la ricorrente è stata accusata e giudicata colpevole non riguardava dichiarazioni od opinioni da lei espresse nel contesto di un dibattito pubblico o nei *media*. Alla luce di quanto sopra, la Corte ritiene che la severa ammonizione inflitta alla ricorrente riguardasse essenzialmente la sua capacità di esercitare corretta-

mente le funzioni di giudice del tribunale distrettuale della città di Klaipėda e fosse motivata in particolare dal suo rifiuto di seguire i precedenti giudiziari, dalle sue azioni che avevano protratto i procedimenti giudiziari e dai suoi atteggiamenti personali nei confronti del tribunale regionale di Klaipėda, espressi pubblicamente alle parti del procedimento. Considerando la portata della misura in questione nel contesto dei fatti del caso e della legge pertinente, la Corte conclude che non vi è stata alcuna interferenza con l'esercizio del diritto della ricorrente alla libertà di espressione, come garantito dall'articolo 10.

Di conseguenza, questo ricorso è incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione ai sensi dell'art. 35, § 3 (a), e deve essere respinto in conformità con l'articolo 35, § 4.

La Corte ritiene dunque che, come poi anche nella causa *Harabin c. Slovacchia* (n. 58688/11, §§ 151-52, 20 novembre 2012), sia il comportamento professionale del ricorrente nel contesto dell'amministrazione della giustizia a rappresentare l'aspetto essenziale del caso e non, invece, le mere dichiarazioni rese.

9. ... E la loro libertà di espressione (art. 10)

Molte sentenze della Corte Edu sono direttamente collegate all'applicazione delle garanzie dell'art. 10 in favore dei giudici.

Il 28 ottobre 1999, nel caso *Wille c. Liechtenstein* (n. 28396/95), la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 10.

Il ricorrente era presidente del Tribunale amministrativo del Liechtenstein a tempo determinato; aveva tenuto una conferenza pubblica presso un istituto di ricerca su «La natura e le funzioni della Corte costituzionale del Liechtenstein», esprimendo l'opinione che la Corte costituzionale fosse competente a decidere sull'«interpretazione della Costituzione in caso di disaccordo tra il Principe (Governo) e la Dieta».

Il Principe non gradì, esprimendo in una lettera l'interdizione del giudice a ricoprire una carica pubblica, e in seguito, quando il candidato fu proposto dalla Dieta del Liechtenstein per un ulteriore mandato come presidente del Tribunale amministrativo, il Principe non lo nominò.

La Corte ha ritenuto che, sebbene i «doveri e le responsabilità» di cui all'art. 10, § 2, assumano un significato particolare – in quanto ci si può aspettare che i funzionari pubblici che prestano servizio nella magistratura mostrino moderazione nell'esercizio della libertà di espressione in tutti i casi in cui l'autorità e l'imparzialità della magistratura possono essere messe in discussione –, tuttavia la Corte ha riscontrato che

vi è stata un'interferenza con la libertà di espressione di un giudice e che, sebbene sia prevista dalla legge e persegua uno scopo legittimo, è stata sproporzionata.

Nella sentenza *Kayasu c. Turchia* (n. 1), (n. 64119/00), del 13 novembre 2008, il caso riguardava la condanna penale e la rimozione dall'incarico di un pubblico ministero per abuso di autorità e oltraggio alle Forze armate in relazione a una denuncia penale, presentata come privato cittadino, contro ex-generalisti dell'esercito che erano stati i principali istigatori del colpo di Stato militare del 12 settembre 1980; in qualità di pm, inoltre, aveva redatto un atto di accusa contro Kenan Evren, ex-Capo di stato maggiore ed ex-Presidente della Turchia (che di quel colpo di Stato fu il principale istigatore), aveva distribuito copie dell'atto di accusa alla stampa e aveva rilasciato dichiarazioni ai giornalisti ricevuti a casa sua.

Mentre l'art. 15 transitorio della Costituzione prevedeva che gli istigatori del colpo di Stato del 1980 fossero immuni da azioni penali, il procuratore è stato condannato dalla Corte di cassazione per avere abusato della sua posizione e aver recato offesa alle Forze armate. È stato condannato a pene pecuniarie sospese; anche il ricorrente è stato sospeso dal suo incarico di pm e successivamente licenziato.

La Corte Edu ha rilevato che il ricorrente aveva subito un'interferenza che era prevista dalla legge e perseguiva scopi legittimi ai fini del § 2 dell'art. 10: salvaguardare l'autorità e l'imparzialità della magistratura (per l'interferenza che implicava l'abuso di posizione) e proteggere la reputazione di altri (per quella che implicava l'insulto). Per quanto riguarda la necessità dell'ingerenza in una società democratica, vale la pena notare che il suo *status* speciale di pubblico ministero conferiva al ricorrente un ruolo essenziale nell'amministrazione della giustizia. La Corte ha già avuto modo di sottolineare che i funzionari pubblici in servizio presso la magistratura sono tenuti a dare prova di moderazione nell'esercizio della libertà di espressione in tutti i casi in cui l'autorità e l'imparzialità della magistratura possono essere messe in discussione. Qualsiasi interferenza con la libertà di espressione di un membro del servizio giuridico in una posizione come quella del ricorrente, tuttavia, richiedeva un attento esame da parte della Corte. Nel caso di specie, le dichiarazioni in questione erano state rese nel particolare contesto di un dibattito storico, politico e giuridico riguardante, tra l'altro, la possibilità di perseguire gli istigatori del colpo di Stato del 12 settembre 1980, e si trattava indubbiamente di una questione di interesse generale, alla quale il ricorrente aveva inteso partecipare sia come semplice cittadino che come pubblico ministero. Il contenuto dei documenti in questione era critico e accusatorio nei confronti degli istigatori del *golpe*. Tuttavia, pur

essendo acri e a volte sarcastiche, le dichiarazioni non potevano certo essere definite "offensive".

Di conseguenza, la condanna del ricorrente per aver causato un reato non aveva soddisfatto alcuna «pressante esigenza sociale» in grado di giustificare tale restrizione. Inoltre, l'imposizione di una sanzione penale di tale natura a un funzionario del servizio giuridico nazionale avrebbe inevitabilmente, per sua stessa natura, un effetto inibitorio, non solo sul funzionario in questione ma sulla professione nel suo complesso. Affinché il pubblico abbia fiducia nell'amministrazione della giustizia, deve avere fiducia nella capacità di giudici e pubblici ministeri di sostenere efficacemente i principi dello Stato di diritto. Ne consegue che l'eventuale effetto di dissuasione è un fattore importante da considerare per trovare il giusto equilibrio tra il diritto alla libertà di espressione di un membro del servizio giuridico nazionale e qualsiasi altro legittimo interesse concorrente nel contesto della corretta amministrazione della giustizia.

L'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente, sotto forma di sanzione per aver arrecato offesa alle Forze armate, a seguito della quale era stato licenziato in modo permanente dal suo incarico di pubblico ministero e gli era stato vietato di esercitare la professione forense, era stata sproporzionata rispetto a qualsiasi scopo legittimo perseguito. Le conclusioni della Corte sono state dunque per un *constat* di violazione (all'unanimità).

Un caso emblematico in materia di *whistleblowing* è *Guja c. Moldavia* (n. 4277/04), del 12 febbraio 2008, in cui la Corte Edu ha avuto l'opportunità di chiarire che la libertà di espressione dei funzionari pubblici è limitata, in una società democratica, al fine di garantire la loro adesione ai doveri di lealtà, riservatezza e discrezione. Pertanto, se un dipendente pubblico divulga informazioni relative a comportamenti scorretti o illeciti nell'ambito della sua funzione pubblica, tale divulgazione sarà protetta dall'art. 10 della CEDU solo se il bilanciamento tra l'osservanza dei suoi doveri professionali e l'interesse del pubblico a essere informato delle accuse in questione propende per quest'ultimo. Nel trovare tale equilibrio, la Corte esamina una serie di fattori relativi a ciascun caso, in particolare: a) la denuncia deve essere comunicata in modo confidenziale a un superiore o a un'autorità competente, se tale autorità esiste e può garantire un'efficace gestione della condotta illecita in questione; b) la denuncia deve essere verificata per accertarne l'accuratezza e dev'essere il più possibile fondata, date le circostanze in questione; c) l'interesse pubblico a che la denuncia venga rivelata e, di conseguenza, esaminata deve essere superiore al "danno morale" che l'autorità pubblica subirà a seguito della divulgazione; d) la motivazione del *whistleblower* non dev'essere infondata, vale

a dire derivare da un antagonismo, da una vendetta personale o dall'aspettativa di un guadagno pecuniario. Applicando questo principio di proporzionalità, la Corte ha ritenuto che una sanzione disciplinare nei confronti di un giudice per aver rivelato pubblicamente un'accusa specifica di cattiva condotta da parte del presidente della sua Corte costituisca una violazione dell'articolo 10.

In sostanza, il dovere di discrezione dei giudici impone loro di astenersi dal divulgare informazioni e fare commenti *online* sul funzionamento interno dell'organo giudiziario, non solo per garantire il rispetto dei dati riservati, ma anche per evitare di esporre la magistratura a critiche in malafede, prive di motivazioni profonde. Eventuali commenti e accuse di questo tipo possono e devono essere discussi in modo riservato con altri colleghi, con i superiori e con gli organi competenti incaricati di gestire gli episodi di non conformità, o anche all'interno delle associazioni di giudici. Tuttavia, un giudice che desideri condividere in un *forum* appropriato sui *social media* un'accusa di cattiva condotta giudiziaria o istituzionale può e deve farlo, a condizione che: a) l'accusa non sia stata efficacemente affrontata a livello istituzionale interno; b) la sua accuratezza sia verificata al meglio delle sue conoscenze e capacità; c) l'importanza dell'accusa per l'interesse pubblico superi il danno causato dalla sua divulgazione alla fiducia del pubblico nell'organo giudiziario coinvolto; d) la motivazione alla base della divulgazione non sia censurabile.

Nel caso *Kudeshkina c. Russia* (n. 29492/05), del 29 febbraio 2009, la Corte ha ritenuto, con quattro voti contro tre, che vi fosse stata una violazione dell'art. 10, in quanto il licenziamento dalla magistratura della Sig.ra Kudeshkina era una sanzione sproporzionata per le dichiarazioni da lei rilasciate ai *media* (in interviste a giornali russi e a una stazione radio), nelle quali aveva criticato gli alti funzionari giudiziari per aver esercitato pressioni su di lei in relazione a un caso penale di alto profilo.

Avendo notato che la Sig.ra Kudeshkina aveva criticato pubblicamente la condotta di vari funzionari e aveva affermato che le pressioni sui giudici erano comuni, la Corte ha ritenuto che la ricorrente avesse indubbiamente sollevato una questione di interesse pubblico molto importante, che doveva essere aperta al libero dibattito in una società democratica. La Corte ha, inoltre, osservato che il modo in cui la sanzione disciplinare era stata inflitta alla Sig.ra Kudeshkina non aveva assicurato importanti garanzie procedurali. Infine, la Corte ha osservato che la sanzione inflitta (il licenziamento) alla ricorrente è stata in grado di produrre un "effetto dissuasivo" sui giudici che desiderano partecipare al dibattito pubblico sull'efficacia delle istituzioni giudiziarie.

La Corte ha quindi ritenuto, pur con tre opinioni dissenzienti, che tale sanzione fosse sproporzionatamente severa, in violazione dell'articolo 10.

Il Giudice di Strasburgo ha preso in considerazione non solo l'oggetto del discorso, ma anche le modalità, il contesto e la gravità della sanzione.

I criteri più rilevanti per bilanciare la libertà di espressione e l'autorità, l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura sono: l'oggetto, il modo, il motivo e il contesto del discorso, il rango della carica giudiziaria e la gravità dell'interferenza.

Per quanto riguarda l'argomento, la Corte prende in considerazione se il contenuto del discorso è di interesse pubblico (cioè il discorso politico gode di una protezione speciale) e se rappresenta un commento corretto.

Per determinare se una sanzione sia proporzionata, la Corte considera anche se abbia l'effetto di scoraggiare altri giudici dal rilasciare in futuro dichiarazioni critiche nei confronti delle istituzioni o delle politiche pubbliche. Un tale effetto di dissuasione nei confronti di altri giudici che desiderano partecipare al dibattito pubblico andrebbe, invero, a scapito della società nel suo complesso.

I fattori rilevanti per valutare la proporzionalità di un'interferenza includono anche l'equità del procedimento che porta a una restrizione (ad esempio, un procedimento disciplinare), le garanzie procedurali offerte e la natura e la gravità delle sanzioni imposte.

Due casi emblematici si riferiscono a critiche espresse pubblicamente da un giudice, nella sua veste professionale, su questioni di interesse generale.

Il primo è la sentenza *Baka c. Ungheria* [GC] (n. 20261/12), del 23 giugno 2016. Il caso riguardava la cessazione prematura del mandato del presidente della Corte Suprema ungherese, a seguito delle sue critiche alle riforme legislative e dell'impossibilità di impugnare tale decisione davanti a un tribunale. Il suo mandato di sei anni è terminato, tre anni e mezzo prima della sua normale scadenza, con l'entrata in vigore della Legge fondamentale (la nuova Costituzione), che prevedeva la creazione della *Kúria*, la più alta corte ungherese, per succedere e sostituire la Corte Suprema. La Corte ha rilevato, in particolare, che il Sig. Baka non aveva goduto del diritto di accesso a un tribunale, poiché la cessazione del suo mandato derivava dalle misure transitorie della nuova Legge fondamentale, una normativa costituzionale non soggetta ad alcuna forma di controllo giurisdizionale. Secondo la Corte, questa mancanza di controllo giurisdizionale era il risultato di una legislazione la cui compatibilità con i requisiti dello Stato di diritto era dubbia. La Corte ha, inoltre, sottolineato l'importanza dell'intervento di un'autorità indipendente dal potere esecutivo e legislativo in merito a ogni decisione che riguardi la cessazione dall'incarico di un giudice.

La Corte ha poi ritenuto che la cessazione prematura del mandato di Baka abbia costituito un'ingerenza nel suo diritto alla libertà di espressione, in quanto derivante dalle opinioni e dalle critiche che egli aveva espresso pubblicamente, nella sua veste professionale, su questioni di interesse generale. La Corte ha osservato che le dichiarazioni di Baka non andavano oltre la semplice critica da una prospettiva strettamente professionale, e riguardavano chiaramente un dibattito su questioni di interesse pubblico. Considerando la sequenza degli eventi nella loro interezza, la Corte ha ritenuto che vi fossero prove *prima facie* di un nesso causale tra l'esercizio della libertà di espressione di Baka e la cessazione del suo mandato.

Infine, la fine prematura del mandato di Baka ha indubbiamente avuto un effetto dissuasivo e deve aver scoraggiato non solo lo stesso Baka, ma anche altri giudici e presidenti di tribunale a partecipare in futuro al dibattito pubblico sulle riforme legislative che riguardano il sistema giudiziario e sulle questioni relative all'indipendenza della magistratura.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 6, § 1 (diritto di accesso a un tribunale) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e una violazione dell'articolo 10 (libertà di espressione).

Vale la pena ricordare i principi generali sulla libertà di espressione dei giudici espressi nella sentenza *Baka* ai §§. 164-167:

«164. La Corte ha riconosciuto che ci si può aspettare che i funzionari pubblici in servizio presso la magistratura mostrino moderazione nell'esercizio della libertà di espressione in tutti i casi in cui l'autorità e l'imparzialità della magistratura possono essere messe in discussione (cfr. *Wille*, sopra citata, § 64; *Kayas*, sopra citata, § 92; *Kudeshkina*, sopra citata, § 86; e *Di Giovanni*, sopra citata, § 71). La diffusione di informazioni anche accurate deve avvenire con moderazione e correttezza (cfr. *Kudeshkina*, sopra citata, § 93). La Corte ha più volte sottolineato il ruolo speciale nella società del potere giudiziario che, in quanto garante della giustizia, valore fondamentale in uno Stato di diritto, deve godere della fiducia dell'opinione pubblica per poter svolgere con successo le proprie funzioni (ibidem, § 86, e *Morice*, sopra citata, § 128). È per questo motivo che le autorità giudiziarie, per quanto riguarda l'esercizio della loro funzione giurisdizionale, sono tenute a esercitare la massima discrezione in merito ai casi di cui si occupano, al fine di preservare la loro immagine di giudici imparziali (cfr. *Olujić*, sopra citato, § 59).

165. Allo stesso tempo, la Corte ha anche sottolineato che, considerando in particolare la crescente importanza attribuita alla separazione dei poteri e l'importanza di salvaguardare l'indipendenza della magistratura, qualsiasi interferenza con la libertà di

espressione di un giudice in una posizione come quella del ricorrente richiede un attento esame da parte della Corte (si veda *Harabin (dec.) 2004*, sopra citato; si veda anche *Wille*, sopra citato, § 64). Inoltre, le questioni relative al funzionamento del sistema giudiziario rientrano nell'interesse pubblico, il cui dibattito gode generalmente di un elevato grado di protezione ai sensi dell'articolo 10 (cfr. *Kudeshkina*, § 86, e *Morice*, § 128, entrambi citati sopra). Anche se una questione oggetto di dibattito ha implicazioni politiche, ciò non è di per sé sufficiente a impedire a un giudice di rilasciare una dichiarazione in merito (cfr. *Wille*, sopra citata, § 67). Le questioni relative alla separazione dei poteri possono riguardare questioni molto importanti in una società democratica, sulle quali il pubblico ha un interesse legittimo a essere informato e che rientrano nell'ambito del dibattito politico (cfr. *Guja*, sopra citata, § 88).

166. Nel contesto dell'articolo 10 della Convenzione, la Corte deve tenere conto delle circostanze e del contesto generale in cui sono state rese le dichiarazioni in questione (si veda, *mutatis mutandis*, *Morice*, § 162). Essa deve esaminare l'ingerenza impugnata alla luce del caso nel suo complesso (cfr. *Wille*, § 63, e *Albayrak*, § 40, entrambi citati in precedenza), attribuendo particolare importanza alla carica ricoperta dal ricorrente, alle sue dichiarazioni e al contesto in cui sono state rese.

167. Infine, la Corte ribadisce l'«effetto inibitorio» che il timore di sanzioni ha sull'esercizio della libertà di espressione, in particolare su altri giudici che desiderano partecipare al dibattito pubblico su questioni relative all'amministrazione della giustizia e al sistema giudiziario (cfr. *Kudeshkina*, sopra citata, §§ 99-100). Questo effetto, che va a scapito della società nel suo complesso, è anche un fattore che riguarda la proporzionalità della sanzione o della misura punitiva imposta (ibidem, § 99)».

Il secondo caso è stato *Kövesi c. Romania* (n. 3594/19), del 5 agosto 2020, che riguardava la rimozione della ricorrente come procuratore capo della Direzione nazionale anticorruzione prima della fine del suo secondo mandato, a seguito delle sue critiche alle riforme legislative in materia di corruzione.

La Corte Edu ha ritenuto, all'unanimità, che vi fosse stata una violazione dell'art. 10. Il diritto alla libertà di espressione della ricorrente era stato violato perché era stata licenziata per le critiche che aveva espresso, nell'esercizio delle sue funzioni, su una questione di grande interesse pubblico.

La Corte non ha accettato che l'interferenza avesse perseguito uno scopo legittimo. Tuttavia, ha deciso di valutare se l'interferenza fosse necessaria in una società democratica.

La Corte ha ritenuto che la posizione e le dichiarazioni della ricorrente, che si inserivano chiaramente

nel contesto di un dibattito su questioni di grande interesse pubblico, richiedessero un alto grado di protezione della sua libertà di espressione e un esame rigoroso di qualsiasi interferenza da parte dello Stato convenuto. Lo Stato, a sua volta, aveva solo un limitato margine di discrezionalità («uno stretto margine di apprezzamento») per quanto riguarda tali interferenze. La Corte ha rilevato che l'allontanamento della ricorrente e le ragioni che lo giustificavano difficilmente potevano essere conciliate con la particolare considerazione da dare alla natura della funzione giudiziaria come ramo indipendente del potere statale e al principio dell'indipendenza dei pubblici ministeri, che – secondo il Consiglio d'Europa e altri strumenti internazionali – era un elemento chiave per il mantenimento dell'indipendenza giudiziaria. Sembrava quindi che la sua rimozione prematura avesse vanificato lo scopo stesso di mantenere l'indipendenza della magistratura. La severità della misura deve aver avuto anche un «effetto dissuasivo», scoraggiando non solo lei, ma anche altri procuratori e giudici dal partecipare al dibattito pubblico sulle riforme legislative che riguardano la magistratura e, più in generale, sulle questioni relative all'indipendenza della magistratura.

Nel caso *Panioglu c. Romania* (33794/14), dell'8 dicembre 2020, la Corte Edu ha invece ritenuto, all'unanimità, che non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 10. Il caso riguardava le sanzioni professionali subite da un giudice, in particolare per quanto riguarda la promozione, per un articolo che aveva scritto sulla stampa. L'articolo aveva criticato aspramente le attività del presidente della Corte di cassazione come procuratore sotto il regime comunista repressivo. La Corte ha rilevato che le autorità nazionali avevano correttamente bilanciato i diritti della ricorrente alla libertà di parola con i diritti del giudice e la protezione della magistratura. In particolare, la Corte ha notato che lo scopo dell'articolo del ricorrente era stato quello di sollevare questioni sull'opportunità che una persona, che aveva agito come pubblico ministero nel regime comunista, fosse incaricata di guidare e riformare il sistema giudiziario. Il richiedente si era anche concentrato sulla vita professionale del presidente. La Corte ha affermato che i funzionari del tribunale, nel loro ruolo, possono essere soggetti a maggiori critiche rispetto a un comune cittadino. Tuttavia, ha ribadito che i funzionari del tribunale sono tenuti a mostrare la massima discrezione per mantenere la fiducia del pubblico nella magistratura. Alla luce di ciò, la Corte non ha messo in discussione la valutazione delle autorità nazionali, secondo cui l'articolo era stato lesivo della reputazione del sistema giudiziario e aveva danneggiato la magistratura, ed era stato presentato senza prove. La Corte ha ritenuto che le autorità nazionali avessero bilanciato i diritti concorrenti del giudice ricorrente e

del presidente accusato.

Infine, la Corte ha ritenuto che le sanzioni imposte non fossero state eccessivamente severe, date le circostanze.

Nella causa *Guz c. Polonia* (n. 965/12), del 15 ottobre 2020, ricorrente è un giudice di nazionalità polacca giudicato colpevole in un procedimento disciplinare di aver minato la dignità dell'ufficio di giudice, a seguito delle critiche mosse a un rapporto sul suo operato da parte di un altro giudice più anziano. All'inizio del 2009, il ricorrente, giudice di tribunale distrettuale, ha presentato domanda per il posto di giudice presso il Tribunale regionale di Gliwice. Nell'ambito della procedura di promozione, un ispettore giudiziario ha redatto una relazione sull'operato del ricorrente, in cui si affermava, tra l'altro, che egli aveva un rapporto difficile con i suoi superiori in quanto non rispettava le loro istruzioni. Scrivendo al presidente del Tribunale regionale di Gliwice, il ricorrente ha risposto alla valutazione del suo lavoro, sostenendo che fosse «superficiale, ingiusta e tendenziosa». Ha mantenuto queste osservazioni durante una riunione dell'assemblea generale dei giudici del Tribunale regionale, che ha votato contro la promozione del ricorrente. Ha criticato nuovamente la relazione in occasione del ricorso contro la successiva decisione del Consiglio nazionale della magistratura di non trasmettere la sua candidatura al Presidente della Repubblica. La Corte Suprema ha respinto il ricorso nel novembre 2009. Il ricorrente è stato quindi sottoposto a un procedimento disciplinare e, nel marzo 2011, è stato giudicato colpevole di aver leso la dignità dell'ufficio di giudice e ammonito. Il suo appello contro questa decisione e il successivo ricorso costituzionale sono stati tutti infruttuosi. I tribunali hanno sostanzialmente ritenuto che le critiche del ricorrente avessero violato gli *standard* di decenza giudiziaria, minando non solo la reputazione del giudice ispettore, ma anche l'amministrazione della giustizia nel suo complesso. Facendo leva sull'articolo 10 (libertà di espressione), il ricorrente ha lamentato che la sua condanna per un'infrazione disciplinare aveva violato il suo diritto di esprimere la propria opinione su una relazione sul suo lavoro che aveva considerato inesatta. In particolare, il ricorrente ha sostenuto che i suoi commenti non erano stati offensivi, erano stati sollevati solo internamente e che era nell'interesse pubblico difendere le norme sulla promozione dei giudici. La Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 10 e ha concesso un ristoro pecuniario di 6.000 euro (a titolo di danno non patrimoniale).

Nella causa *Brisic c. Romania* (n. 26238/10), dell'11 marzo 2019, il caso riguardava la violazione dei diritti del procuratore capo, licenziato per aver rilasciato dichiarazioni alla stampa su un'indagine penale in corso sulla corruzione di magistrati da parte di de-

tenuti; egli era stato quindi rimosso dalla sua posizione di procuratore capo. La Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 10; ha osservato, in particolare, che l'interferenza con i suoi diritti aveva inoltre perseguito lo scopo legittimo di proteggere la reputazione altrui e di mantenere l'autorità e l'imparzialità della magistratura; tuttavia, l'unico scopo del comunicato stampa e dell'intervista del ricorrente era stato quello di informare la stampa su un'indagine penale in corso di evidente interesse per il pubblico, e non affatto di accusare i magistrati di un reato.

Il caso *Eminağaoğlu c. Turchia* (n. 76521/12), del 9 marzo 2021, riguardava l'imposizione a un funzionario giudiziario di una sanzione disciplinare (trasferimento), decisa dal Consiglio dei giudici e dei pubblici ministeri, a causa delle dichiarazioni e delle critiche che aveva rivolto ai *media* su alcuni casi giudiziari di alto profilo. All'epoca dei fatti, il ricorrente era membro dell'ufficio del pubblico ministero presso la Corte di cassazione e anche presidente dello *Yarsav*, un'associazione di giudici e procuratori. Questo *status* specifico gli conferiva un ruolo centrale all'interno delle professioni giudiziarie nell'amministrazione della giustizia.

A questo proposito, la Corte aveva già ammesso che quando una ong richiama l'attenzione su questioni di interesse pubblico, esercita un ruolo di controllo pubblico di importanza simile a quello della stampa, e può quindi essere considerata un "cane da guardia" sociale che merita una protezione analoga a quella garantita dalla Convenzione alla stampa. Di conseguenza, Eminağaoğlu aveva non solo il diritto ma anche il dovere, in quanto presidente di questa associazione legalmente costituita, che continuava a svolgere liberamente le sue attività, di esprimere un'opinione su questioni riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario. Anche se tali questioni avevano implicazioni politiche, ciò non era di per sé sufficiente a impedire a un giudice di fare una dichiarazione in merito.

Tali dichiarazioni facevano chiaramente parte di un dibattito su questioni di interesse generale e richiedevano un alto livello di protezione della libertà di espressione del richiedente.

La Corte non ha trovato nella decisione impugnata motivi sufficienti per giustificare la conclusione che, con le sue dichiarazioni, il ricorrente avesse minato la dignità e l'onore delle professioni giudiziarie.

Vi è stata, quindi, una violazione dell'articolo 10 della Convenzione.

Il 19 ottobre 2021 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha emesso una sentenza nel caso *Miroslava Todorova c. Bulgaria* (n. 40072/13), ritenendo che vi sia stata una violazione dell'art. 10 della Convenzione. Il caso riguardava due serie di procedimenti disciplinari contro la ricorrente, che all'epoca era una giudice e presidente dell'Unione bulgara dei giudici (BUJ), la

principale associazione professionale di categoria nel Paese. In qualità di presidente della BUJ, la ricorrente aveva fatto diverse dichiarazioni pubbliche denunciando i commenti fatti alla stampa dall'allora Ministro dell'interno. Un ispettore generale è stato inviato nel suo ufficio. È stato rilevato che la Sig.ra Todorova ha ritardato la consegna delle decisioni giudiziarie o la motivazione in 57 casi. Il Consiglio giudiziario supremo (Csm) ha ordinato una riduzione dello stipendio, seguita dal suo licenziamento per i ritardi nella trattazione dei casi (pubblicati oltre tre mesi dopo la loro consegna). Dopo alterni ricorsi giudiziari, la sanzione è stata sostituita da una retrocessione per due anni.

Basandosi sull'articolo 10, la Sig.ra Todorova ha presentato un ricorso alla Corte Edu, sostenendo che i procedimenti disciplinari nei suoi confronti erano stati una sanzione mascherata per le sue opinioni espresse pubblicamente, che criticavano il lavoro del Csm e il ripetuto intervento dell'esecutivo nei casi pendenti; basandosi sull'articolo 18 (limitazione dell'uso delle restrizioni ai diritti), ha affermato che i procedimenti disciplinari avevano perseguito un secondo fine.

Tenendo presente l'importanza fondamentale della libertà di espressione su questioni di interesse pubblico come il funzionamento del sistema giudiziario e la necessità di tutelare l'indipendenza della magistratura, la Corte ha ritenuto che il procedimento disciplinare nei confronti della ricorrente e le sanzioni che le sono state inflitte abbiano costituito un'ingerenza nell'esercizio del suo diritto alla libertà di espressione che non era «necessaria in una società democratica» per perseguire gli obiettivi legittimi di cui all'art. 10 CEDU. Considerati tutti i fatti del caso, la Corte ha concluso che l'obiettivo principale dei procedimenti disciplinari contro la ricorrente e delle sanzioni inflitte dal Csm non era stato quello di garantire il rispetto dei termini per la conclusione dei casi, ma di penalizzarla e intimidirla a causa delle sue critiche al Csm e all'esecutivo.

La Corte ha ritenuto che la destituzione ordinata dal Csm e l'immediata esecuzione di tale sanzione abbiano avuto un effetto inibitorio sulla ricorrente e anche su altri giudici, dissuadendoli dall'esprimere opinioni critiche sull'operato del Csm o, più in generale, su questioni relative all'indipendenza della magistratura.

La Corte ha ritenuto che le autorità nazionali non avessero accompagnato le loro decisioni con motivazioni pertinenti e sufficienti a spiegare perché i procedimenti disciplinari e le sanzioni imposte alla ricorrente fossero necessari e proporzionati agli obiettivi legittimi perseguiti nel caso in questione, in altri termini «necessari in una società democratica».

Nel caso in esame, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 10 della Convenzione.

Per quanto riguarda il reclamo presentato dalla ricorrente ai sensi dell'articolo 18 CEDU, la Corte ha

innanzitutto osservato di ritenere che esso riguardasse un aspetto fondamentale del caso in esame. L'art. 18 della Convenzione («Limitazione dell'uso delle restrizioni ai diritti») stabilisce che «le restrizioni consentite dalla Convenzione ai suddetti diritti e libertà non possono essere applicate per scopi diversi da quelli per cui sono state prescritte». La Corte aveva già notato che le misure disciplinari imposte alla ricorrente erano direttamente collegate alle sue dichiarazioni pubbliche. La Corte ha, inoltre, osservato che vi erano state controversie tra l'associazione dei giudici della ricorrente e l'esecutivo. In particolare, il Ministro dell'interno aveva rilasciato alla stampa dichiarazioni che prendevano personalmente di mira la ricorrente e criticavano il suo lavoro di giudice. La Corte ha ritenuto tali fatti sufficienti per concludere che il procedimento disciplinare e le sanzioni inflitte dal Csm alla ricorrente avevano perseguito anche un obiettivo non contemplato dalla Convenzione: punirla per le sue dichiarazioni in qualità di presidente della citata associazione professionale. La Corte ha osservato che il Csm è stato particolarmente duro con la ricorrente, in particolare ordinando inizialmente il suo licenziamento. L'eccezionale severità e la natura sproporzionata di tale sanzione erano state notate da ampi settori della comunità legale e giudiziaria in Bulgaria, dallo stesso Ministro della giustizia, dai *media*, dalle ong e anche dalle organizzazioni internazionali.

La Corte ha sottolineato che la ricorrente, nello svolgere le sue attività all'interno della BUJ, aveva esercitato il suo diritto di associazione e la sua libertà di espressione, e che nulla faceva pensare che tali attività fossero illegali o incompatibili con il codice etico giudiziario. Alla luce di queste considerazioni, era allarmante notare un'apparente intenzione di utilizzare la procedura disciplinare per ritorcere contro la ricorrente le sue opinioni. In conclusione, considerati tutti i fatti del caso, la Corte ha ritenuto che, a prescindere dal fatto che il licenziamento della ricorrente fosse stato infine annullato dal Tribunale amministrativo supremo, l'obiettivo principale del procedimento disciplinare contro la ricorrente e delle sanzioni inflitte dal Csm era stato non quello di garantire il rispetto dei termini per la conclusione dei casi, ma di penalizzarla e intimidirla a causa delle sue critiche al Csm e all'esecutivo. Vi è stata, pertanto, una violazione dell'art. 18 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 10.

10. Sito web e blog, collegamento ipertestuale, like

Nella parte finale della relazione, vorrei richiamare tre casi che non riguardano direttamente la libertà di espressione dei magistrati, ma in generale l'articolo 10 nella società di *Internet*, e ciò perché affermano

principi rilevanti anche per la libertà di espressione dei giudici (ad esempio, per un giudice che gestisce un sito *web* o un *blog*, o per i giudici che pubblicano un *link* ad altri siti *web* o, infine, per i giudici che mettono un "like").

Il primo caso, *Delfi c. Estonia*, riguarda la responsabilità di un operatore *Internet*.

Delfi era una società proprietaria di un portale di notizie su *Internet* che pubblicava notizie, articoli e, alla fine, commenti aggiunti da terzi (anche anonimi). I commenti venivano caricati automaticamente e non venivano modificati o censurati dalla società ricorrente, ma esisteva un sistema di notifica e rimozione, e qualsiasi lettore poteva contrassegnare un commento come "flame" e il commento sarebbe stato rimosso rapidamente.

La società, la cui responsabilità era stata affermata dai procedimenti nazionali, ha presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione della sua libertà di espressione, tutelata dall'art. 10 della Convenzione. La Camera della prima sezione della Corte europea ha emesso una sentenza sul caso il 20 ottobre 2003: la Corte ha ritenuto che non vi fosse stata alcuna violazione dell'art. 10 CEDU.

La Camera ha, inoltre, ritenuto che la restrizione della libertà di espressione della società ricorrente perseguisse l'obiettivo legittimo di proteggere la reputazione e i diritti altrui.

Per quanto riguarda la proporzionalità dell'ingerenza, la Corte ha ritenuto che la società ricorrente, pubblicando l'articolo in questione, poteva rendersi conto che avrebbe potuto provocare reazioni negative, e che vi era un rischio superiore alla media che i commenti negativi potessero oltrepassare i confini della critica accettabile e raggiungere il livello dell'insulto gratuito o del discorso di odio. Pertanto, la Corte ha concluso che la società ricorrente avrebbe dovuto esercitare una certa cautela nelle circostanze del caso per evitare di essere ritenuta responsabile di una violazione della reputazione di altre persone.

Per quanto riguarda il sistema di notifica e rimozione utilizzato dalla società, sebbene non sia stato contestato il fatto che i commenti diffamatori fossero stati rimossi dalla società ricorrente senza indugio dopo il ricevimento della notifica, a quel punto i commenti erano già accessibili al pubblico da un lungo periodo (sei settimane), cosicché il precedente sistema di filtraggio automatico e di notifica e rimozione utilizzato dalla società ricorrente non aveva garantito una protezione sufficiente dei diritti dei terzi.

Il tribunale ha infine respinto l'argomentazione della società ricorrente, secondo cui la persona interessata avrebbe potuto intentare una causa contro gli autori dei commenti, ritenendo che, ai fini di una causa civile, sia molto difficile per un individuo stabilire l'identità delle persone da citare in giudizio.

Per tutti questi motivi, la restrizione alla sua libertà di espressione è stata ritenuta dalla Camera semplice della Corte giustificata e proporzionata.

Il caso è stato quindi rimesso alla Grande Camera, che ha emesso la sua sentenza sul caso il 16 giugno 2015, sostanzialmente confermando la sentenza della Camera.

La Corte ha ricordato che un fornitore di servizi può anche consentire un ampio grado di anonimato per i suoi utenti, nel qual caso gli utenti non sono tenuti a identificarsi affatto e possono essere rintracciabili – in misura limitata – solo attraverso le informazioni conservate dai fornitori di accesso a *Internet*, cosicché la divulgazione di tali informazioni richiederebbe di solito un'ingiunzione da parte delle autorità investigative o giudiziarie e sarebbe soggetta a condizioni restrittive.

La Corte ha ritenuto, però, che l'incerta efficacia delle misure che consentono di stabilire l'identità degli autori dei commenti, insieme alla mancanza di strumenti messi in atto dalla società ricorrente per lo stesso scopo, al fine di rendere possibile a una vittima di discorsi d'odio di intentare effettivamente un'azione legale contro gli autori dei commenti, fossero fattori che sostenevano la conclusione che il tribunale nazionale aveva basato la sua sentenza su motivi pertinenti e sufficienti.

La soluzione data dalla Grande Camera non è stata unanime. Due giudici hanno espresso il loro dissenso, sottolineando che l'ammissione di responsabilità degli intermediari avrebbe portato a un'ulteriore autocensura da parte degli operatori, proprio per paura di questa potenziale responsabilità.

In punto di diritto, i giudici dissenzianti hanno criticato la soluzione adottata dalla Corte, ritenendo non prevedibile l'applicazione del sistema di responsabilità del codice civile estone, e la responsabilità prevista per gli editori, invece di quella prevista dall'*Information Society Services Act*, basata sulla responsabilità degli intermediari solo se a conoscenza dei dati illecitamente ospitati (sistema cd. del "*notice and take down*").

Sul tema in questione, si vedano anche:

- *Magyar TartalomsgátlatókEgyesülete v. Index.hu Zrt c. Ungheria*, del 2 febbraio 2016. Il caso riguardava la responsabilità di un organismo di autoregolamentazione dei fornitori di contenuti *Internet* e di un portale di notizie su *Internet* per i commenti *online* volgari e offensivi pubblicati sui loro siti *web* a seguito della pubblicazione di un parere che criticava le pratiche commerciali ingannevoli di due siti *web* immobiliari. I ricorrenti si sono lamentati delle sentenze dei tribunali ungheresi nei loro confronti, che li avevano di fatto obbligati a moderare il contenuto dei commenti dei lettori sui loro siti *web*, sostenendo che ciò era contrario all'essenza della libera espressione

su *Internet*. La Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 10 (libertà di espressione) della Convenzione. Ha ribadito in particolare che, pur non essendo editori di commenti in senso tradizionale, i portali di notizie su *Internet* devono, in linea di principio, assumersi doveri e responsabilità. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che i tribunali ungheresi, nel decidere sulla nozione di responsabilità nel caso dei ricorrenti, non avessero effettuato un'adeguata ponderazione tra i diritti concorrenti in gioco, vale a dire tra il diritto dei ricorrenti alla libertà di espressione e il diritto del sito *web* immobiliare al rispetto della sua reputazione commerciale. In particolare, le autorità ungheresi hanno accettato *a priori* che i commenti fossero illegali in quanto lesivi della reputazione dei siti *web* immobiliari;

- *Pihl c. Svezia*, del 7 febbraio 2017. Decisione sull'ammissibilità: il ricorrente era stato oggetto di un commento diffamatorio *online*, pubblicato in forma anonima su un *blog*. Ha presentato una richiesta di risarcimento civile contro la piccola associazione senza scopo di lucro che gestiva il *blog*, sostenendo che doveva essere ritenuta responsabile per il commento di terzi. La richiesta è stata respinta dai tribunali svedesi e dal Cancelliere della giustizia. Il ricorrente ha denunciato alla Corte che, non ritenendo l'associazione responsabile, le autorità non avevano protetto la sua reputazione e avevano violato il suo diritto al rispetto della vita privata. La Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile in quanto manifestamente infondato. Ha osservato in particolare che, in casi come questo, è necessario trovare un equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla libertà di espressione.

Un'altra questione esaminata dalla Corte Edu riguarda la responsabilità derivante dalla pubblicazione di un collegamento ipertestuale (o *hyperlink*).

Nella causa *Magyar Jeti Zrt c. Ungheria*, la società ricorrente era stata ritenuta responsabile per aver inserito un *link* a un'intervista su *YouTube*, successivamente ritenuta di contenuto diffamatorio. I collegamenti ipertestuali, in quanto tecnica di comunicazione, sono essenzialmente diversi dagli atti di pubblicazione tradizionali perché, di norma, si limitano a indirizzare gli utenti verso contenuti disponibili altrove su *Internet*. Non presentano al pubblico le dichiarazioni collegate né comunicano il loro contenuto, ma servono solo a richiamare l'attenzione dei lettori sull'esistenza di materiale su un altro sito *web*. L'ulteriore caratteristica che contraddistingue i collegamenti ipertestuali, rispetto agli atti di diffusione di informazioni, è che la persona che rimanda alle informazioni attraverso un collegamento ipertestuale non esercita alcun controllo sul contenuto del sito *web* a cui un collegamento ipertestuale consente di accedere, e che potrebbe essere modificato dopo la creazione del collegamento.

La Corte ha affermato che l'equiparazione della pubblicazione di un collegamento ipertestuale alla diffusione di dichiarazioni diffamatorie richiede che i tribunali nazionali effettuino una valutazione individuale in ciascun caso e che ritengano responsabile il creatore del collegamento ipertestuale solo in presenza di motivi pertinenti e sufficienti. A questo proposito, ha elencato, nel caso in esame, diverse questioni rilevanti che i tribunali nazionali non avevano esaminato quando hanno condannato la società ricorrente: (i) se la società ricorrente avesse avallato il contenuto contestato; (ii) se avesse ripetuto il contenuto contestato (senza avallarlo); (iii) se avesse semplicemente inserito un collegamento ipertestuale al contenuto contestato (senza avallarlo o ripeterlo); (iv) se sapesse o potesse ragionevolmente sapere che il contenuto contestato era diffamatorio o comunque illegale; (v) se avesse agito in buona fede, se avesse rispettato l'etica del giornalismo e se avesse usato la dovuta diligenza che ci si aspetta da un giornalismo responsabile.

Nelle circostanze del caso in oggetto, la Corte ha osservato che, nel diritto nazionale, il collegamento ipertestuale equivaleva alla diffusione di informazioni e comportava una responsabilità oggettiva per la persona che lo inseriva, il che poteva avere conseguenze negative sul flusso di informazioni su *Internet*, spingendo gli autori di articoli e gli editori ad astenersi completamente dal collegamento ipertestuale a materiale sul cui contenuto modificabile non avevano alcun controllo. Ciò potrebbe quindi avere, direttamente o indirettamente, un effetto frenante sulla libertà di espressione in *Internet*.

In un altro caso, *Melike c. Turchia* (n. 35786/19), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, all'unanimità, che vi fosse stata una violazione dell'articolo 10. Il caso riguardava il licenziamento della Sig.ra Melike, dipendente a contratto del Ministero dell'educazione nazionale, per aver cliccato "mi piace" su vari articoli di *Facebook* (pubblicati sul sito di *social network* da una terza parte). La Corte ha osservato che i contenuti in questione consistevano in critiche politiche virulente alle presunte pratiche repressive delle autorità, inviti e incoraggiamenti a manifestare per protestare contro tali pratiche, espressioni di indignazione per l'omicidio del presidente di un ordine degli avvocati, denunce di presunti abusi sugli alunni in istituti controllati dalle autorità e una reazione piccata a una dichiarazione, percepita come sessista, fatta da una nota figura religiosa. La Corte ha ritenuto che si trattasse essenzialmente e indiscutibilmente di questioni di interesse generale. Ha ribadito che, ai sensi dell'articolo 10, § 2 della Convenzione, le restrizioni alla libertà di espressione sono limitate a due ambiti: il discorso politico e le questioni di interesse pubblico.

Ha osservato che l'atto di aggiungere un "like" a un contenuto non può essere considerato dello stes-

so peso della condivisione di contenuti sui *social network*, in quanto un "like" esprime semplicemente simpatia per il contenuto pubblicato, e non un desiderio attivo di diffonderlo.

In ogni caso, le autorità nazionali non avevano specificato nelle loro decisioni se, durante il periodo intercorso tra la pubblicazione del contenuto contestato e l'avvio del procedimento disciplinare, che era stato di circa sei/nove mesi a seconda dei *post* in questione, i "mi piace" espressi dalla ricorrente in relazione al contenuto contestato fossero stati notati o lamentati da alunni, genitori, insegnanti o altri dipendenti del suo posto di lavoro, e se tali "mi piace" avessero dato luogo a incidenti di natura tale da mettere a repentaglio l'ordine e la pace sul posto di lavoro. Ha, inoltre, osservato che la commissione disciplinare e i giudici nazionali non avevano preso in considerazione tutti i fatti e i fattori pertinenti per giungere alla conclusione che le azioni della ricorrente erano tali da turbare la pace e la tranquillità del suo posto di lavoro. Di conseguenza, le ragioni addotte nel caso di specie per giustificare il licenziamento della ricorrente non potevano essere considerate pertinenti e sufficienti. La Corte ha inoltre ritenuto che la sanzione inflitta alla Sig.ra Melike (risoluzione immediata del suo contratto di lavoro senza diritto a un'indennità) fosse estremamente severa, soprattutto in considerazione dell'anzianità di servizio della ricorrente e della sua età.

Il caso è importante anche per i giudici che postano dei "like" in rete. Tuttavia, vale anche la pena di notare che, nel caso, era rilevante il dovere di lealtà e di riserbo richiesto ai membri della funzione pubblica, ma non anche il dovere di imparzialità, che è invece richiesto ai giudici in via aggiuntiva rispetto al primo coesistente dovere.

11. Alcune conclusioni

Nella giurisprudenza della Corte Edu sono stati affermati molti principi a tutela della libertà di espressione dei giudici. Essi si collocano sulla stessa lunghezza d'onda dello *standard* generale di protezione assicurato dalle fonti di diritto internazionale.

L'articolo 10 della CEDU stabilisce senza dubbio che i giudici hanno il diritto di esprimersi e di sviluppare la propria vita personale e le proprie comunicazioni, utilizzando i *social media* per pubblicare commenti, foto e altri dati relativi alla propria vita personale e familiare, anche rivelando preferenze personali sensibili (come le opinioni religiose e le preferenze sessuali).

Tuttavia, i giudici devono essere consapevoli dell'esposizione e della visibilità più rilevanti che le tecnologie informatiche e telematiche comportano per la loro vita, e la libertà di espressione dei giudici è

limitata da speciali doveri etici, volti a garantire la fiducia del pubblico nell'imparzialità, neutralità e ragionevolezza della giustizia, ciò che può avere un impatto sulla vita privata. I giudici devono sempre preservare la dignità ed esercitare grande cautela nel divulgare informazioni personali su questioni controverse.

In applicazione dei principi di democrazia e pluralismo, i giudici o i gruppi di giudici possono, in

qualità di esperti legali, esprimere riserve o critiche sulle proposte legislative del governo, senza che ciò pregiudichi l'equità dei procedimenti giudiziari a cui tali proposte potrebbero applicarsi. Una tale posizione, solo se espressa in modo appropriato, non getta infatti discredito sull'autorità della magistratura né ne compromette l'imparzialità¹.

1. Seguono riferimenti per una bibliografia essenziale sul tema, nei limiti del presente contributo.

A. Schoeller-Schletter (a cura di), *Impartiality of judges and social media, Approaches, Regulations and Results*, Fondazione Konrad Adenauer, atti del Seminario tenuto a Cadenabbia (Co), 10-13 marzo 2019, 2020 (www.kas.de/documents/265308/265357/Impartiality+of+Judges+and+Social+Media.pdf/eb313aed-88ca-c677-4231-d84c02ee914c?version=1.0&t=1591861554477); A. Seibert-Fohr, *The Independence of Judges and their Freedom of Expression: An Ambivalent Relationship*, research paper, 7 maggio 2019 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3375038); J.G. Browning, *Ethical Risks in Judicial Use of Social Media*, American Bar Association, 11 febbraio 2022 (www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp_solo/2022/january-february/ethical-risks-judicial-use-social-media/), estratto da *The Judges' Journal*, n. 4/2021, p. 28; *Id.*, *Why Can't We Be Friends? Judges' Use of Social Media*, in *University of Miami Law Review*, vol. 68, n. 2/2014, pp. 487-533; F. Buffa, *Freedom of expression in the Internet society*, Key, Milano, 2016; A. Casadevall - I. Roa - M. Rubio, *The use of social media by judges and how their impartiality may be affected*, research paper, *European Judicial Training Network*, 2019 (<https://portal.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20SPAIN%20TH%202019%20D.PDF>); CEE-IL Institute (Praga), *Practical guidelines on use of social media by judges: central and eastern European context*, report, novembre 2019 (https://ceeliinstitute.org/assets/resources/ceeli_some_guidelines_eng_upd2021.pdf); Centre for Law and Democracy, *Training Manual for Judges on International Standards on Freedom of Opinion and Expression*, dicembre 2021 (www.law-democracy.org/live/wp-content/uploads/2022/02/English-Judges-Toolkit-online.pdf); B. Clarke, *The Global Judicial Integrity Network: Judges' Use of Social Media*, UNODC, Global Judicial Integrity Network podcast series, 2018, www.youtube.com/watch?v=tSH1wYKpi_g; M. Codeanne, *Judges' Presence on Social Media: Dangers of Posting, Liking, and Sharing*, in *Journal of High Technology Law* (Suffolk University Law School), 10 ottobre 2022, (<https://sites.suffolk.edu/jhtl/2022/10/10/judges-presence-on-social-media-dangers-of-posting-liking-and-sharing/>); Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), parere n. 24/2022, *Freedom of expression of judges and the judicial duty of independence (La liberté d'expression des juges et le devoir d'indépendance des juges)* – risposte al questionario per la preparazione del parere n. 25/2022; D.J. Crothers, *Social media do's and don'ts*, in *National judicial College*, 21 febbraio 2018, (www.judges.org/news-and-info/social-media-dos-donts/); M. Crowell, *Judicial ethics and social media*, UNC School of Government, in *Administration of Justice Bulletin*, School of Government - University of North Carolina, n. 9/2015, pp. 1-17 (www.sog.unc.edu/sites/default/files/reports/aojb1509.pdf); D. Blitsa - I. Papatthaniou - M. Salmanli, *Judges and social media: managing the risk*, research paper, maggio 2015 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2634043); Corte Edu, «*New technologies*», scheda informativa, luglio 2023 (www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_new_technologies_eng); Corte Edu, «*Guide on art. 10 of the ECHR*», aggiornato al 31 agosto 2022 (<https://rm.coe.int/guide-on-article-10-freedom-of-expression-eng/native/1680ad61d6>); F.A. Gehringer - H. Rank - M. Muharemović - S. Splavnic, *Between Freedom of Expression and the Judicial Duty of Independence*, Fondazione Konrad Adenauer, International reports, 28 settembre 2021 (www.kas.de/en/web/auslandsinformationen/artikel/detail/-/content/the-public-opinion-of-judges); J.C. Gibson, *Social Media and the Electronic "New World" of Judges e The Complete Social Media Judge*, in *International Journal for Court Administration*, vol. 7, n. 2/2016, pp. 1-9 (<https://iacajournal.org/19/volume/7/issue/2/>); Almond Li, *New handbook for Hong Kong judges includes guides for social media use, managing 'unruly behaviour' in court*, *Hong Kong Free Press*, 17 maggio 2022; AIRE Centre (Londra), *Independence and Impartiality of the Judiciary. An overview of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*, settembre 2021 (www.rolplatform.org/wp-content/uploads/2021/09/independence-and-impartiality-of-judiciary-eng.pdf); A.K. Koranteng, *The use of social media by African judges. The Ghanaian experience*, in *Information Development*, vol. 38, n. 1/2022, pp. 40-51 (<https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/0266666920974098>); M.G. Krawitz, *Can Australian judges keep their "friends" close and their ethical obligations closer? An analysis of the issues regarding Australian judges' use of social media*, in *Journal of Judicial Administration*, vol. 23, n. 1/2013, pp. 14-34; M.S. Kurita, *Electronic Social Media: Friend or Foe for Judges*, in *St. Mary's Journal on Legal Malpractice & Ethics*, vol. 7, n. 2/2017, pp. 184-236; S. Rares, *Social Media - Challenges for Lawyers and the Courts*, Australian Young Lawyers' Conference, 20 ottobre 2017 (www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/speeches-former-judges/justice-raises-raises-j-20171020); R. Sabato R., *Etica giudiziaria: le prospettive europea ed internazionale*, incontro della Ssm su «L'etica del magistrato», 16 marzo 2022 (www.youtube.com/watch?v=b25uJYCLpwM&list=PLoF5R4ZXgpzDf-4k4bhtOYpvf4uj8Baj1); S. Naseem, *To Post or Not to Post: Judges' Social Media Predicament*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 19 agosto 2021 (www.jtl.columbia.edu/bulletin-blog/to-post-or-not-to-post-judges-social-media-predicament); United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC): *Nonbinding Guidelines on the Use of Social Media by Judges*, 2019 (www.unodc.org/ji/en/knowledge-products/social-media-use.html); www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/social_media_guidelines/Social_Media_2020.pdf); *Use of Social Media by Judges. Discussion Guide for the Expert Group Meeting (5-7 November 2018, Vienna)* [www.venice.coe.int/files/un_social_media/unodc.pdf].

Gli autori

Gaetano Azzariti, ordinario di Diritto costituzionale, Università di Roma “La Sapienza”

Edmondo Bruti Liberati, già procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano

Francesco Buffa, consigliere della Corte di cassazione

Giovanni Canzio, presidente emerito della Corte di cassazione

Daniela Cardamone, giudice del Tribunale di Milano

Antonietta Carestia, già sostituta procuratrice generale presso la Corte di cassazione

Gianrico Carofiglio, scrittore

Pietro Curzio, presidente emerito della Corte di cassazione

Luisa De Renzis, sostituta procuratrice generale presso la Corte di cassazione

Antonella Di Florio, già consigliera della Corte di cassazione

Massimo Donini, ordinario di Diritto penale, Università di Modena e Reggio Emilia

Andrea Fabozzi, direttore responsabile del quotidiano *Il Manifesto*

Anna Finocchiaro, presidente dell'Associazione “Italiadecide”

Giovanni Maria Flick, già ministro della Giustizia e presidente emerito della Corte costituzionale

Simone Gaboriau, *présidente de chambre honoraire de la Cour d'appel de Paris*, già presidente del *Syndicat de la Magistrature* (France) e co-fondatrice di MEDEL (*Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés*)

Elisabetta Grande, ordinaria di Diritto comparato, Università del Piemonte Orientale

Mariarosaria Guglielmi, presidente di MEDEL (*Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés*)

Massimo La Torre, ordinario di Filosofia del diritto, Università di Catanzaro

Ilenia Massa Pinto, ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Torino

Marco Nicola Miletti, ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Foggia

Stefano Musolino, sostituto procuratore della Repubblica di Reggio Calabria

Francesco Petrelli, avvocato del Foro di Roma

Giorgio Pino, ordinario di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Carla Ponterio, consigliere della Corte di cassazione

Geminello Preterossi, ordinario di Filosofia del diritto, Università di Salerno

Gaetano Quagliariello, ordinario di Storia dei partiti politici e di Storia contemporanea, Università LUISS di Roma, già ministro per le Riforme costituzionali

Barbara Randazzo, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano

Elena Riva Crugnola, già magistrata del Tribunale di Milano

Vincenzo Roppo, emerito di Diritto civile, Università di Genova

Renato Rordorf, già presidente aggiunto della Corte di cassazione, già direttore di *Questione giustizia*

Nello Rossi, direttore di *Questione giustizia*

Raffaele Sabato, magistrato ordinario, giudice per l'Italia presso la Corte europea dei diritti dell'uomo

Giovanni Salvi, già procuratore generale presso la Corte di cassazione

Rita Sanlorenzo, avvocatessa generale della Procura generale presso la Corte di cassazione, vicedirettrice di *Questione giustizia*

Enrico Scoditti, consigliere della Corte di cassazione

Mario Serio, ordinario di Diritto privato comparato, Università di Palermo, già componente di nomina parlamentare del Csm (consiliatura 1998-2002)

Carmelo Sgroi, già avvocato generale della Procura generale presso la Corte di cassazione

Gaetano Silvestri, presidente emerito della Corte costituzionale, già presidente della Scuola superiore della magistratura

Donatella Stasio, giornalista, già responsabile della comunicazione della Corte costituzionale

Irene Stolzi, ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Firenze

Elisabetta Tarquini, consigliera presso la Sezione lavoro della Corte d'appello di Firenze

Luciano Violante, presidente della Fondazione Leonardo, già presidente della Camera dei deputati

Mauro Volpi, ordinario di Diritto costituzionale, Università di Perugia, già componente di nomina parlamentare del Csm (consiliatura 2006-2010)