



PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
SECONDA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
SEZIONE ATTI E RACCOLTE

IV

DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA

IL CODICE ETICO
ALLA PROVA DEI PRIMI DIECI ANNI

a cura di

LUCIO ASCHETTINO - DANIELA BIFULCO
HAROLD ÉPINEUSE - RAFFAELE SABATO



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2006

INDICE

<i>Introduzione</i> (di Lucio Aschettino e Daniela Bifulco)	p.	1
<i>Indirizzi di saluto</i> (di Antonio Grella)	»	29

RELAZIONI INTRODUTTIVE

LORENZO CHIEFFI		
Discrezionalità interpretativa e regole deontologiche	»	33
ANTONIO PATRONO		
La riflessione dell'Anm sulla deontologia	»	43
ALESSANDRO PIZZORUSSO		
Il "codice etico" dei magistrati italiani	»	51

PRIMA SESSIONE

DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA TRA PRINCIPIO DI INDIPENDENZA E RESPONSABILITÀ. UNA PROSPETTIVA TEORICA

DOMINIQUE ROUSSEAU		
Garanzie di indipendenza del giudice e istanza di razionalità della decisione	»	63
ROBERTO TONIATTI		
Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica	»	75
CARLO GUARNIERI		
Codici etici e responsabilità del magistrato	»	95

SECONDA SESSIONE

L'EVOLUZIONE INTERNAZIONALE ED EUROPEA
IN TEMA DI DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA

RAFFAELE SABATO		
L'evoluzione internazionale ed europea in tema di deontologia giudiziaria	p.	99
JULIE JOLY-HURARD		
La deontologia dei magistrati in Francia	»	113
DANIELA BIFULCO		
Per una deontologia al di fuori della mischia. Brevi note sul rapporto tra politica, magistratura ed etica giudiziaria	»	125
EDMONDO BRUTI LIBERATI		
Responsabilità, imparzialità, indipendenza dei giudici in Europa	»	135
HAROLD ÉPINEUSE		
Il dibattito sulla deontologia in Europa	»	153
BARBARA KRIX		
Etica giudiziaria. Lo stato della discussione sulla deontologia in Germania	»	161
SALVATORE PRISCO		
Le tentazioni del magistrato e l'antidoto della sobrietà	»	167
CARLO GUARNIERI		
Ancora su codici etici e responsabilità del magistrato	»	181

TERZA SESSIONE

DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA:
IL PUNTO DI VISTA DELLE PROFESSIONI

PIETRO RESCIGNO		
Considerazioni introduttive	»	191

REMO DANOVI	
Luci ed ombre della deontologia nella “lotta per il diritto” ..	p. 193
NELLO ROSSI	
L’elaborazione del codice etico dell’Anm	» 205
LUIGI FERRARELLA	
Più trasparenza alle notizie per difendere sul serio i segreti ..	» 223
GIOACCHINO NATOLI	
La deontologia dei magistrati	» 231
GIUSEPPE SALMÈ	
La deontologia tra responsabilità disciplinare e dialogo con i cittadini	» 253
PIETRO RESCIGNO	
Conclusioni	» 257
APPENDICE	» 263
GLI AUTORI	» 315

GLI AUTORI

LUCIO ASCHETTINO
Giudice presso il
Tribunale di Napoli

DANIELA BIFULCO
Seconda Università degli Studi di Napoli

EDMONDO BRUTI LIBERATI
Sostituto procuratore generale
presso la Corte d'appello di Milano

LORENZO CHIEFFI
Seconda Università degli Studi di Napoli

REMO DANOVÌ
Avvocato in Milano
già Presidente del Consiglio nazionale forense

HAROLD ÉPINEUSE
Institut des hautes études sur la justice, Paris

LUIGI FERRARELLA
Corriere della Sera

ANTONIO GRELLA
 Rettore della Seconda Università degli Studi di Napoli

CARLO GUARNIERI
Università di Bologna

JULIE JOLY-HURARD
Université Panthéon - Assas, Paris II

BARBARA KRIX

Vicepresidente del Tribunale di Itzehoe,
Germania

GIOACCHINO NATOLI

Sostituto procuratore della Repubblica presso il
Tribunale di Palermo

ANTONIO PATRONO

Segretario generale dell'Associazione nazionale magistrati

ALESSANDRO PIZZORUSSO

Università di Pisa

PIETRO RESCIGNO

Università La Sapienza, Roma

NELLO ROSSI

Consigliere della Corte di cassazione

DOMINIQUE ROUSSEAU

Componente del Consiglio superiore della magistratura francese

RAFFAELE SABATO

Presidente del Consiglio consultivo giudici europei
presso il Consiglio d'Europa

GIUSEPPE SALMÈ

Componente togato del Consiglio superiore della magistratura

SALVATORE PRISCO

Università degli Studi di Napoli Federico II

ROBERTO TONIATTI

Università di Trento

APPENDICE

APPENDICE 1

ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI CODICE ETICO

Premessa

Il seguente testo del “codice etico” è stato adottato dal Comitato direttivo centrale dell’Associazione nazionale magistrati, a seguito di un’ampia consultazione degli associati, nel termine prescritto dall’art. 58 bis del decreto legislativo n. 29/93 (introdotto dal decreto legislativo n. 546/93).

L’Anm, pur ritenendo di dubbia costituzionalità tale norma sia sotto il profilo dell’eccesso di delega sia sotto quello della violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario, ha ritenuto di darvi attuazione considerando comunque opportuna l’individuazione delle regole etiche cui, secondo il comune sentire dei magistrati, deve ispirarsi il loro comportamento.

Si tratta, peraltro, di indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari.

L’operata individuazione di norme di comportamento, ispirate all’attuazione dei valori morali fondamentali propri dell’ordinamento della categoria, è inevitabilmente condizionata dall’assetto normativo vigente e dalla ricognizione delle questioni di maggiore rilevanza attuale: per ogni eventuale modifica e aggiornamento delle norme così individuate sarà seguita la medesima procedura, che prevede la sottoposizione di un progetto alla discussione delle sezioni locali dell’Anm e la successiva approvazione da parte del Comitato direttivo centrale.

I. Le regole generali

Art. 1

Valori e principi fondamentali

Nella vita sociale il magistrato si comporta con dignità, correttezza, sensibilità all’interesse pubblico.

Nello svolgimento delle sue funzioni ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale, di indipendenza e di imparzialità.

Art. 2

Rapporti con i cittadini e con gli utenti della giustizia

Nei rapporti con i cittadini e con gli utenti della giustizia il magistrato tiene un comportamento disponibile e rispettoso della personalità e della dignità altrui e respinge ogni pressione, segnalazione o sollecitazione comunque diretta ad influire indebitamente sui tempi e sui modi di amministrazione della giustizia.

Nelle relazioni sociali ed istituzionali il magistrato non utilizza la sua qualifica al fine di trarne vantaggi personali.

Art. 3

Doveri di operosità e di aggiornamento professionale

Il magistrato svolge le sue funzioni con diligenza ed operosità.

Conserva ed accresce il proprio patrimonio professionale impegnandosi nell'aggiornamento e approfondimento delle sue conoscenze nei settori in cui svolge la propria attività.

Art. 4

Modalità di impiego delle risorse dell'amministrazione

Il magistrato cura che i mezzi, le dotazioni e le risorse d'ufficio siano impiegati secondo la loro destinazione istituzionale, evitando ogni forma di spreco o di cattiva utilizzazione, nel perseguimento di obiettivi di efficienza del servizio giudiziario.

Art. 5

Informazioni di ufficio. Divieto di utilizzazione a fini non istituzionali

Il magistrato non utilizza indebitamente le informazioni di cui dispone per ragioni d'ufficio e non fornisce o richiede informazioni confidenziali su processi in corso, né effettua segnalazioni dirette ad influire sullo svolgimento o sull'esito di essi.

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 conosciute per ragioni del suo ufficio 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 e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa.

Art. 7

Adesione ad associazioni

Il magistrato non aderisce ad associazioni che richiedono la prestazione di promesse di fedeltà o che non assicurano la piena trasparenza sulla partecipazione degli associati

II. *Indipendenza, imparzialità, correttezza*

Art. 8

L'indipendenza del magistrato

Il magistrato garantisce e difende l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e di indipendenza.

Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine.

Non accetta incarichi né espleta attività che ostacolino il pieno e corretto svolgimento della propria funzione o che per la natura, la fonte e le modalità del conferimento, possano comunque condizionarne l'indipendenza.

Art. 9

L'imparzialità del magistrato

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 impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme.

Assicura 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.

Art. 10

Obblighi di correttezza del magistrato

Il magistrato non si serve del suo ruolo per ottenere benefici o privilegi.

Il magistrato che aspiri a promozioni, a trasferimenti, ad assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione, né accetta che altri lo facciano in suo favore.

Il magistrato si astiene da ogni intervento che non corrisponda ad esigenze istituzionali sulle decisioni concernenti promozioni, trasferimenti, assegnazioni di sede e conferimento di incarichi.

Si comporta sempre con educazione e correttezza; mantiene rapporti formali, rispettosi della diversità del ruolo da ciascuno svolto; rispetta e riconosce il ruolo del personale amministrativo e di tutti i collaboratori.

III. *La condotta nell'esercizio delle funzioni*

Art. 11

La condotta nel processo

Nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio, evitando inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento eventualmente necessario.

Svolge il proprio ruolo con pieno rispetto di quello altrui ed agisce riconoscendo la pari dignità delle funzioni degli altri protagonisti del processo assicurando loro le condizioni per esplicarle al meglio.

Cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti, agisce con il massimo scrupolo, soprattutto quando sia in questione la libertà e la reputazione delle persone.

Art. 12

La condotta del giudice

Il giudice garantisce alle parti la possibilità di svolgere pienamente il proprio ruolo, anche prendendo in considerazione le loro esigenze pratiche.

Si comporta sempre con riserbo e garantisce la segretezza delle camere di consiglio, nonché l'ordinato e sereno svolgimento dei giudizi. Nell'esercizio delle sue funzioni ascolta le altrui opinioni, in modo da sottoporre a continua verifica le proprie convinzioni e da trarre dalla dialettica occasione di arricchimento professionale e personale.

Nel redigere la motivazione dei provvedimenti collegiali espone fedelmente le ragioni della decisione, elaborate nella camera di consiglio ed esamina adeguatamente i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti. Non sollecita né riceve notizie informali nei procedimenti da lui trattati.

Nelle motivazioni dei suoi provvedimenti e nella conduzione dell'udienza evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni sulla capacità professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero – quando non siano indispensabili ai fini della decisione – sui soggetti coinvolti nel processo.

Art. 13

La condotta del pubblico ministero

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.

Evita di esprimere valutazioni sulle persone delle parti e dei testi, che non sia conferenti rispetto alla decisione del giudice e si astiene da critiche o apprezzamenti sulla professionalità del giudice e dei difensori.

Non chiede al giudice anticipazioni sulle sue decisioni, né gli comunica in via informale conoscenze sul processo in corso.

Art. 14

I doveri del dirigenti

Il magistrato dirigenti dell'ufficio giudiziario cura l'organizzazione e l'utilizzo delle risorse personali e materiali disponibili in modo da ottenere

il miglior risultato possibile in vista del servizio pubblico che l'ufficio deve garantire. Assicura la migliore collaborazione con gli altri uffici pubblici nel rispetto delle specifiche competenze di ciascuna istituzione. Garantisce l'indipendenza dei magistrati e la serenità del lavoro di tutti gli addetti all'ufficio assicurando trasparenza ed equanimità nella gestione dell'ufficio e respingendo ogni interferenza esterna.

Cura di essere a conoscenza di ciò che si verifica nell'ambito dell'ufficio, in modo da poterne assumere la responsabilità e spiegarne le ragioni. Esamina le lagnanze provenienti dai cittadini, dagli avvocati e dagli altri uffici giudiziari o amministrativi, vagliandone la fondatezza e assumendo i provvedimenti necessari ad evitare disservizi. Anche a tal fine deve essere disponibile in ufficio.

Vigila sul comportamento dei magistrati e del personale amministrativo intervenendo, nell'esercizio dei suoi poteri, per impedire comportamenti scorretti.

Redige con serenità, completezza e oggettività i pareri e le relazioni sui magistrati dell'ufficio, così lealmente collaborando con coloro cui è messa la vigilanza sui magistrati, con il Consiglio giudiziario e con il Csm.

Sollecita pareri sulle questioni dell'ufficio da parte di tutti i magistrati, del personale amministrativo e, se del caso, degli avvocati. Cura l'attuazione del principio del giudice naturale.

APPENDICE 2

CODE OF JUDICIAL CONDUCT
THE BANGALORE DRAFT

Explanatory Note

At its first meeting held in Vienna in April 2000, the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity recognized the need for a code against which the conduct of judicial officers may be measured. Accordingly, the Judicial Group requested that codes of judicial conduct which had been adopted in some jurisdictions be analyzed, and a report be prepared concerning: (a) the core considerations which recur in such codes; and (b) the optional or additional considerations which occur in some, but not all, such codes and which may or may not be suitable for adoption in particular countries.

In preparing a draft code of judicial conduct in accordance with the directions set out above, reference was made to several existing codes and international instruments including, in particular, the following:

- a) Restatement of Values of Judicial Life adopted by the Chief Justices Conference of India, 1999.
- b) Code of Conduct for the Judges of the Supreme Court of Bangladesh, prescribed by the Supreme Judicial Council in the exercise of power under Article 96(4)(a) of the Constitution of the People's Republic of Bangladesh, May 2000.
- c) The Judges' Code of Ethics of Malaysia, prescribed by the Yang di-Pertuan Agong on the recommendation of the Chief Justice, the President of the Court of Appeal and the Chief Judges of the High Courts, in the exercise of powers conferred by Article 125(3A) of the Federal Constitution of Malaysia, 1994.
- d) The Code of Judicial Conduct of the Philippines, September 1989.
- e) The Canons of Judicial Ethics of the Philippines, proposed by the Philippines Bar Association, approved by the Judges of First Instance of Manila, and adopted for the guidance of and observance by the

- judges under the administrative supervision of the Supreme Court, including municipal judges and city judges.
- (f) Code of Conduct to be observed by Judges of the Supreme Court of the Supreme Court and of the High Courts of Pakistan.
 - (g) Yandina Statement: Principles of Independence of the Judiciary in Solomon Islands, November 2000.
 - (h) Code of Conduct for Judicial Officers of the Federal Republic of Nigeria.
 - (i) Code of Conduct for Judicial Officers of Tanzania, adopted by the Judges and Magistrates Conference, 1984.
 - (j) Code of Conduct for Judicial Officers of Kenya, July 1999.
 - (k) Code of Conduct for Judges, Magistrates and Other Judicial Officers of Uganda, adopted by the Judges of the Supreme Court and the High Court, July 1989.
 - (l) The Judicial (Code of Conduct) Act, enacted by the Parliament of Zambia, December 1999.
 - (m) Guidelines for Judges of South Africa, issued by the Chief Justice, the President of the Constitutional Court, and the Presidents of High Courts, the Labour Appeal Court, and the Land Claims Court, March 2000.
 - (n) The European Charter on the Statute for Judges, Council of Europe, July 1998.
 - (o) Ethical Principles for Judges, drafted with the cooperation of the Canadian Judges Conference and endorsed by the Canadian Judicial Council, 1998.
 - (p) The Code of Judicial Conduct adopted by the House of Delegates of the American Bar Association, August 1972.
 - (q) The Code of Conduct of the Judicial Conference of the United States.
 - (r) The Canons of Judicial Conduct for the Commonwealth of Virginia, adopted and promulgated by the Supreme Court of Virginia, 1998.
 - (s) The Iowa Code of Judicial Conduct.
 - (t) Draft Principles on the Independence of the Judiciary (“Syracusa Principles”), prepared by a committee of experts convened by the International Association of Penal Law, the International Commission of Jurists, and the Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1981.
 - (u) Minimum Standards of Judicial Independence adopted by the International Bar Association, 1982.
 - (v) United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, endorsed by the UN General Assembly, 1985.
 - (w) Draft Universal Declaration on the Independence of Justice (“Singhvi Declaration”) prepared by Mr L.V. Singhvi, UN Special Rapporteur

- on the Study on the Independence of the Judiciary, 1989.
- (x) The Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the Lawasia Region, adopted by the 6th Conference of Chief Justices, August 1997.
 - (y) The Latimer House Guidelines for the Commonwealth on good practice governing relations between the Executive, Parliament and the Judiciary in the promotion of good governance, the rule of law and human rights to ensure the effective implementation of the Harare Principles, 1998.
 - (z) The Policy Framework for Preventing and Eliminating Corruption and Ensuring the Impartiality of the Judicial System, adopted by the expert group convened by the Centre for the Independence of Judges and Lawyers, February 2000.

At its second meeting held in Bangalore in February 2001, the Judicial Group, proceeding by way of examination of the draft placed before it, identified the core values, formulated the relevant principles, and agreed on the code set out in this document: the Bangalore Draft. The Judicial Group recognized, however, that since the draft Code had been developed by judges drawn principally from common law countries, it was essential that it be scrutinized by judges of other legal traditions to enable it to assume the status of a duly authenticated draft international code of judicial conduct.

In deciding to publish the Bangalore Draft, the Judicial Group agreed that the judicial duty is to conform to any code of conduct which, by law or practice, is already in force in a judge's jurisdiction. The development and existence of an international code does not relieve a judge of his or her duty under municipal law to comply with a code of conduct currently in operation in that judge's jurisdiction. The Bangalore Draft is designed:

- to spread the example of codes of judicial conduct to those jurisdictions which do not yet have them;
- to encourage deliberation amongst judges and others concerning the terms of the code and the improvement of codes of judicial conduct already in force; and
- to develop the broad principles appropriate to an international code of judicial conduct drawing on the best practice and precedents in many jurisdictions of the world.

Preamble

WHEREAS the *Universal Declaration of Human Rights* recognizes as fundamental the principle that everyone is entitled in full equality to a fair

and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of rights and obligations and of any criminal charge.

WHEREAS the *International Covenant on Civil and Political Rights* guarantees that all persons shall be equal before the courts, and that in the determination of any criminal charge or of rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

WHEREAS the foregoing fundamental principles and rights are also recognized or reflected in regional human rights instruments, in domestic constitutional, statutory and common law, and in judicial conventions and traditions.

WHEREAS the importance of a competent, independent and impartial judiciary to the protection of human rights is given emphasis by the fact that the implementation of all the other rights ultimately depends upon the proper administration of justice.

WHEREAS an independent judiciary is likewise essential if the courts are to fulfil their roles as guardians of the rule of law and thereby to assure good governance.

WHEREAS the real source of judicial power is public acceptance of the moral authority and integrity of the judiciary.

AND WHEREAS consistently with the *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, it is essential that judges, individually and collectively, respect and honour judicial office as a public trust and strive to enhance and maintain confidence in the judicial system.

The following principles and rules are intended to establish standards for ethical conduct of judges. They are principles and rules of reason to be applied in the light of all relevant circumstances and consistently with the requirements of judicial independence and the law. They are designed to provide guidance to judges and to afford a structure for regulating judicial conduct. They are intended to supplement and not to derogate from existing rules of law and conduct which bind the judge.

The values which this Code upholds are:

- Propriety
- Independence
- Integrity
- Impartiality

- Equality
- Competence and Diligence
- Accountability

I

Value

PROPRIETY

Principle

Propriety, and the appearance of propriety, are essential to the performance of all of the activities of a judge.

Code

- 1.1. A judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all of the judge's activities¹.
- 1.2. As a subject of constant public scrutiny, a judge must accept personal restrictions that might be viewed as burdensome by the ordinary citizen and should do so freely and willingly. In particular, a judge shall conduct himself or herself in a way that is consistent with the dignity of the judicial office².
- 1.3. A judge shall avoid close personal association with individual members of the legal profession, particularly those who practise in the judge's court, where such association might reasonably give rise to the suspicion or appearance of favouritism or partiality³.
- 1.4. Save in exceptional circumstances or out of necessity, a judge shall not participate in the determination of a case in which any member of the judge's family represents a litigant or is associated in any manner with the case⁴.
- 1.5. A judge shall avoid the use of the judge's residence by a member of the legal profession to receive clients or other members of the legal

¹ Cfr. Beijing Principles, Philippines, Bangladesh, Pakistan, Solomon Islands, ABA Code.

² Cfr. India, Philippines, Bangladesh.

³ Cfr. India, Bangladesh, Kenya.

⁴ Cfr. India, Bangladesh.

- profession in circumstances that might reasonably give rise to the suspicion or appearance of impropriety on the part of the judge⁵.
- 1.6.10 A judge shall refrain from conduct such as membership of groups or organisations or participation in public discussion which, in the mind of a reasonable, fair-minded and informed person, might undermine confidence in the judge's impartiality with respect to any issue that may come before the courts⁶.
- 1.7. A judge shall, upon appointment, cease all partisan political activity or involvement. A judge shall refrain from conduct that, in the mind of a reasonable fair-minded and informed person, might give rise to the appearance that the judge is engaged in political activity⁷.
- 1.8. A judge shall refrain from:
- 1.8.1. Membership of political parties;
- 1.8.2. Political fund-raising;
- 1.8.3. Attendance at political gatherings and political fund-raising events;
- 1.8.4. Contributing to political parties or campaigns; and
- 1.8.5. Taking part publicly in controversial discussions of a partisan political character⁸.
- 1.9. A judge shall not allow the judge's family, social or other relationships improperly to influence the judge's judicial conduct and judgment as a judge⁹.
- 1.10. A judge shall not use or lend the prestige of the judicial office to advance the private interests of the judge, a member of the judge's family or of anyone else, nor shall a judge convey or permit others to convey the impression that anyone is in a special position improperly to influence the judge in the performance of judicial duties¹⁰.
- 1.11. A judge shall not testify voluntarily as a character witness, except that a judge may testify as a witness in a criminal proceeding if the judge or a member of the judge's family is a victim of the offence

⁵ Cfr. India.

⁶ Cfr. Canada, South Africa, European Charter, ABA Code.

⁷ Cfr. Canada, Virginia.

⁸ Cfr. Canada, Virginia, Alaska, India.

⁹ Cfr. Tanzania, Alaska, Texas, Virginia, Washington, Iowa.

¹⁰ Cfr. Tanzania, Virginia, Iowa.

or if the defendant is a member of the judge's family or in like exceptional circumstances¹¹.

- 1.12. Subject to the proper performance of judicial duties, a judge may engage in activities such as:
 - 1.12.1. The judge may write, lecture, teach and participate in activities concerning the law, the legal system, the administration of justice and related matters;
 - 1.12.2. The judge may appear at a public hearing before an official body concerned with matters relating to the law, the legal system and the administration of justice or related matters; and
 - 1.12.3. The judge may serve as a member of an official body devoted to the improvement of the law, the legal system, the administration of justice or related matters.
- 1.13. A judge may speak publicly on non-legal subjects and engage in historical, educational, cultural, sporting or like social and recreational activities, if such activities do not detract from the dignity of the judicial office or otherwise interfere with the performance of judicial duties in accordance with this Code¹².
- 1.14. A judge may participate in civic and charitable activities that do not reflect adversely on the judge's impartiality or interfere with the performance of judicial duties. A judge should not be involved in fund-raising or membership solicitation¹³.
- 1.15. A judge shall not serve as the executor, administrator, trustee, guardian or other fiduciary, except for the estate, trust or person connected with a member of the judge's family and then only if such service will not interfere with the proper performance of judicial duties¹⁴.
- 1.16. Save for holding and managing appropriate personal or family investments, a judge shall refrain from being engaged in other financial or business dealings as these may interfere with the proper performance of judicial duties or reflect adversely on the judge's impartiality¹⁵.

¹¹ Cfr. Iowa, Alaska.

¹² Cfr. Tanzania, Alaska, Virginia, Texas, Washington, Tanzania, Iowa, Usa.

¹³ Cfr. Iowa.

¹⁴ Cfr. Iowa, Tanzania, Washington, Nigeria, Alaska, Texas, Virginia.

¹⁵ Cfr. Iowa, Nigeria, Alaska, Virginia, Texas, Washington.

- 1.16. Confidential information acquired by a judge in the judge's judicial capacity shall not be used or disclosed by the judge in financial dealings or for any other purpose not related to the judge's judicial duties¹⁶.
- 1.17. A judge shall not practise law whilst the holder of judicial office¹⁷.
- 1.18. Except as consistent with, or as provided by, constitutional or other law, a judge shall not accept appointment to a government commission, committee or to a position that is concerned with issues of fact or policy on matters other than the improvement of the law, the legal system, the administration of justice or related matters. However, a judge may represent the judge's country or the state on ceremonial occasions or in connection with historical, educational, cultural, sporting or like activities¹⁸.
- 1.19. A judge may form or join associations of judges or participate in other organisations representing the interests of judges to promote professional training and to protect judicial independence¹⁹.
- 1.20. A judge and members of the judge's family, shall neither ask for, nor accept, any gift, bequest, loan or favour in relation to anything done or to be done or omitted to be done by the judge in connection with the performance of judicial duties.
- 1.21. Subject to law and to any legal requirements of public disclosure, a judge may receive a small token gift, award or benefit as appropriate to the occasion on which it is made provided that such gift, award or benefit might not reasonably be perceived as intended to influence the judge in the performance of judicial duties or otherwise give rise to an appearance of partiality²⁰.
- 1.22. A judge may receive compensation and reimbursement of expenses for the extra-judicial activities permitted by this Code, if such payments do not give the appearance of influencing the judge in the performance of judicial duties or otherwise give the appearance of impropriety, subject to the following restrictions:
 - (a) Such compensation and reimbursement shall not exceed a reasonable amount nor shall it exceed what a person

¹⁶ Cfr. Texas, Alaska, Virginia, Iowa.

¹⁷ Cfr. Washington, Virginia, Texas, Iowa, Tanzania, Alaska, Nigeria.

¹⁸ Cfr. Iowa, Washington, Texas.

¹⁹ Cfr. Nigeria, Basic Principles, Singhvi Declaration; Siracusa Principles.

²⁰ Cfr. Iowa, Nigeria, Alaska, Texas, Washington, Virginia, India.

- who is not a judge would receive for the same activities; and
- (b) Reimbursement shall be limited to the actual cost of travel and accommodation reasonably incurred by the judge and, where appropriate to the occasion, by the judge's family. Any payment in excess of such an amount is compensation²¹.

1.23. A judge shall make such financial disclosures and pay all such taxes as are required by law²².

II

Value

INDEPENDENCE

Principle

An independent judiciary is indispensable to impartial justice under law. A judge should therefore uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects.

Code

- 2.1. A judge shall exercise the judicial function independently on the basis of the judge's assessment of the facts and in accordance with a conscientious understanding of the law, free of any extraneous influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason²³.
- 2.2. A judge shall reject any attempt to influence his or her decision in any matter before the judge for decision where such attempt arises outside the proper performance of judicial duties²⁴.

²¹ Cfr. Washington, Texas, Alaska, Virginia, Usa, Iowa.

²² Cfr. Alaska, Washington.

²³ Cfr. Basic Principles; Singhvi Declaration; Siracusa Principles.

²⁴ Cfr. Canada.

- 2.3. In performing judicial duties, a judge shall, within the judge's own court, be independent of judicial colleagues in respect of decisions which the judge is obliged to make independently²⁵.
- 2.4. A judge shall encourage and uphold safeguards for the discharge of judicial duties in order to maintain and enhance the institutional and operational independence of the judiciary²⁶.
- 2.5. A judge shall exhibit and promote high standards of judicial conduct in order to reinforce public confidence which is fundamental to the maintenance of judicial independence²⁷.

III

Value

INTEGRITY

Principle

Integrity is essential to the proper discharge of the judicial office.

Code

- 3.1. A judge shall ensure that his or her conduct is above reproach in the view of reasonable, fair-minded and informed persons²⁸.
- 3.2. The behaviour and conduct of a judge must reaffirm the people's faith in the integrity of the judiciary. Justice must not merely be done but must also be seen to be done²⁹.
- 3.3. A judge, in addition to observing personally the standards of this Code, shall encourage and support their observance by others³⁰.

²⁵ Cfr. Singhvi Declaration.

²⁶ Cfr. Canada, Iowa, Texas, Virginia.

²⁷ Cfr. Canada.

²⁸ Cfr. Canada.

²⁹ Cfr. India.

IV

Value

IMPARTIALITY

Principle

Impartiality is essential to the proper discharge of the judicial office. It applies not only to the making of a decision itself but also to the process by which the decision is made.

Code

- 4.1. A judge shall perform his or her judicial duties without favour, bias or prejudice³¹.
- 4.2. A judge shall ensure that his or her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession and litigants in the impartiality of the judge and of the judiciary³².
- 4.3. A judge shall, so far as is reasonable, so conduct himself or herself as to minimise the occasions on which it will be necessary for the judge to be disqualified from hearing or deciding cases³³.
- 4.4. A judge shall not knowingly, while a proceeding is before, or could come before, the judge, make any comment that might reasonably be expected to affect the outcome of such proceeding or impair the manifest fairness of the process. Nor shall the judge make any comment in public or otherwise that might affect the fair trial of any person or issue³⁴.
- 4.5. A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which a reasonable, fair-minded and informed person might believe that the judge is unable to decide the matter impartially³⁵.

³⁰ Cfr. Canada.

³¹ Cfr. Washington.

³² Cfr. Canada.

³³ Cfr. Canada.

³⁴ Cfr. Iowa, Texas, Tanzania, Nigeria, Virginia, Alaska, Washington.

³⁵ Cfr. Canada.

- 4.6. A judge shall disqualify himself or herself in any proceedings in which there might be a reasonable perception of a lack of impartiality of the judge including, but not limited to, instances where:
 - 4.6.1. The judge has actual bias or prejudice concerning a party or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceedings;
 - 4.6.2. The judge previously served as a lawyer or was a material witness in the matter in controversy;
 - 4.6.3. The judge, or a member of the judge's family, has an economic interest in the outcome of the matter in controversy³⁶.
- 4.7. A judge shall inform himself or herself about the judge's personal and fiduciary financial interests and shall make reasonable efforts to be informed about the financial interests of members of the judge's family³⁷.
- 4.8. A judge who would otherwise be disqualified on the foregoing grounds may, instead of withdrawing from the proceedings, disclose on the record the basis of such disqualification. If, based on such disclosure, the parties, independently of the judge's participation, agree in writing or on the record, that the judge may participate, or continue to participate, in the proceedings, the judge may do so³⁸.
- 4.9. Disqualification of a judge is not required if necessity obliges the judge to decide the matter in controversy including where no other judge may lawfully do so or where, because of urgent circumstances, failure of the judge to participate might lead to a serious miscarriage of justice³⁹. In such cases of necessity, the judge shall still be obliged to disclose to the parties in a timely way any cause of disqualification and ensure that such disclosure is included in the record.
- 4.10. Save for the foregoing, a judge has a duty to perform the functions of the judicial office and litigants do not have a right to choose a judge.

³⁶ Cfr. Tanzania, Alaska, Washington, Iowa, Nigeria, Virginia, Usa, India, Sicacusa Principles.

³⁷ Cfr. Virginia, Tanzania, Alaska, Washington, Iowa, Nigeria.

³⁸ Cfr. Tanzania, Virginia, Washington, Iowa, Nigeria.

³⁹ Cfr. Canada.

V

Value

EQUALITY

Principle

Ensuring equality of treatment to all before the courts is essential to the due performance of the judicial office.

Code

- 5.1. A judge shall strive to be aware of, and to understand, diversity in society and differences arising from various sources, including but not limited to race, colour, sex, religion, national origin, caste, disability, age, marital status, sexual orientation, social and economic status and other like causes (“irrelevant grounds”)⁴⁰.
- 5.2. A judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct, manifest bias or prejudice towards any person or group on irrelevant grounds⁴¹.
- 5.3. A judge shall carry out his or her duties with appropriate consideration for all persons (for example, parties, witnesses, lawyers, court staff and judicial colleagues) without unjust differentiation on any irrelevant ground, immaterial to the proper performance of such duties⁴².
- 5.4. A judge shall not knowingly permit court staff or others subject to the judge’s influence, direction or control to differentiate between persons concerned, in a matter which is before the judge, on any irrelevant ground.
- 5.5. A judge shall require lawyers in proceedings before a court to refrain from manifesting, by words or conduct, bias or prejudice based on irrelevant grounds. This requirement does not preclude legitimate advocacy where any such grounds are legally relevant to an issue in the proceedings⁴³.

⁴⁰ Cfr. Canada.

⁴¹ Cfr. Alaska, Iowa, Texas, Virginia.

⁴² Cfr. Canada.

⁴³ Cfr. Canada, Alaska, Texas.

- 5.6. A judge shall not be a member of, nor associated with, any society or organisation that practises unjust discrimination on the basis of any irrelevant ground⁴⁴.
- 5.7. Without authority of law and notice to, and consent of, the parties and an opportunity to respond, a judge shall not engage in independent, personal investigation of the facts of a case.
- 5.8. Without authority of law and notice to, and consent of, the parties and an opportunity to respond, a judge shall not, in the absence of the other parties to the proceedings, communicate with any party to proceedings in the judge's court concerning such proceedings⁴⁵.

VI

Value

COMPETENCE AND DILIGENCE

Principle

Competence and diligence are prerequisites to the due performance of judicial office.

Code

- 6.1. The judicial duties of a judge take precedence over all other activities⁴⁶.
- 6.2. A judge shall devote his or her professional activity to judicial duties. Such duties are broadly defined and include not only the performance of judicial duties in court and the making of decisions but other tasks relevant to the court's operations or to the judicial office⁴⁷.
- 6.3. A judge shall take reasonable steps to maintain and enhance the judge's knowledge, skills and personal qualities necessary for the proper performance of judicial duties⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. Canada, Nigeria, Texas, Virginia, Usa, Iowa.

⁴⁵ Cfr. Tanzania, Nigeria, Alaska, Texas, Virginia.

⁴⁶ Cfr. Iowa, Washington, Virginia, Texas, Alaska.

⁴⁷ Cfr. Canada.

⁴⁸ Cfr. Canada, Alaska, Tanzania.

- 6.4. A judge shall keep himself or herself informed about relevant developments of international law, including international conventions and other instruments establishing human rights norms and, within any applicable limits of constitutional or other law, shall conform to such norms as far as is feasible⁴⁹.
- 6.5. A judge shall perform all judicial duties, including the delivery of reserved decisions, efficiently, fairly and with reasonable promptness⁵⁰.
- 6.6. A judge shall maintain order and decorum in all proceedings in which the judge is involved. He or she shall be patient, dignified and courteous in relation to litigants, jurors, witnesses, lawyers and others with whom the judge deals in an official capacity. The judge shall require similar conduct of legal representatives, court staff and others subject to the judge's influence, direction or control⁵¹.
- 6.7. A judge shall not engage in conduct incompatible with the diligent discharge of judicial duties⁵².

VII

Value

IMPLEMENTATION AND ACCOUNTABILITY

Principle

Implementing these principles and ensuring the compliance of judges with them are essential to the effective achievement of the objectives of this Code.

Code

- 7.1. Institutions and procedures for the implementation of this Code shall provide a publicly credible means of considering and determining complaints against judges without eroding the essential principle of judicial independence.

⁴⁹ Cfr. Iowa, Tanzania, Nigeria, Alaska, Washington, Texas, Virginia.

⁵⁰ Cfr. Canada, Alaska, Nigeria.

⁵¹ Cfr. Virginia, Texas, Alaska, Tanzania, Nigeria, Canada, Washington.

⁵² Cfr. Canada.

- 7.2. By the nature of the judicial office judges are not, except in accordance with law, accountable to any organ or entity of the state for their judicial decisions but they are accountable for their conduct to institutions that are established to implement this Code.
- 7.3. The institutions and procedures established to implement this Code shall be transparent so as to strengthen public confidence in the judiciary and thereby to reinforce judicial independence.
- 7.4. Ordinarily, except in serious cases that may warrant removal of the judge from office, proceedings established to implement this Code shall be conducted in confidence.
- 7.5. The implementation of this Code shall take into account the legitimate needs of a judge, by reason of the nature of the judicial office, to be afforded protection from vexatious or unsubstantiated accusations and due process of law in the resolution of complaints against the judge.
- 7.6. The judiciary and any institution established to implement this Code shall promote awareness of these principles and of the provisions of the Code.

VIII

DEFINITIONS

In this Code, unless the context otherwise permits or requires, the following meanings shall be attributed to the words used:

“*Court staff*” includes the personal staff of the judge including law clerks.

“*Judge*” includes a magistrate, a member of customary or village courts and any person exercising judicial office, however designated.

“*Judge’s family*” includes a judge’s spouse, the judge’s son, daughter, son-in-law or daughter-or-law. it also includes any other close relative or person who is a companion or employee of the judge and who lives in the judge’s household.

“*Judge’s spouse*” includes a domestic partner of the judge or any other person of either sex in a close personal relationship with the judge.

APPENDICE 3

COMMENTS N.1 (2002) OF THE WORKING PARTY OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE-GT) ON “CODE OF JUDICIAL CONDUCT. THE BANGALORE DRAFT”

1. The Working Party welcomed the opportunity given to it to attend the meeting proposed by the United Nations Commissioner for Human Rights and held in Strasbourg on 18th June 2002 and to comment on the Bangalore draft. It emphasises that it is not authorised to speak for the full Consultative Council of European Judges (which will only meet in plenary session in November 2002). These are therefore no more than comments, which it is hoped may assist in the Bangalore drafting process.

2. The Working Party starts with three general comments:

- i) The title or description “Code” should be avoided, especially in view of its prescriptive and exhaustive connotations in civil law countries. It would be preferable to describe the document as containing “Principles (or “Standards”) of Judicial Conduct”.
- ii) The scheme and order of the present draft are questionable. The fundamental principles are those of independence (although this is primarily a structural matter, to be guaranteed by the constitution or law of the particular society) and impartiality (which the judge must both possess and display in the context of any particular dispute). The principle of equality is linked with that of impartiality – factors such as ethnic origin, gender and disability cannot be disregarded; on the contrary their relevance to the way people behave, both outside and inside the courtroom, needs to be taken into consideration, in order to ensure the fair and impartial adjudication of any dispute. Further, the principles of integrity and propriety appear to have much in common. In these circumstances,

it suggested that a logical scheme would involve taking Independence, Impartiality and then Equality first, in that order, followed by Integrity and Propriety, with Competence and Diligence coming last.

- iii) The section Implementation and Accountability contains propositions which do not really concern judicial conduct, but rather the existence and structure of arrangements for handling complaints against and disciplining judges. The Working Party does not agree with the direct links drawn (in paragraphs 7.1 and 7.3 to 7.6) between the previously stated principles and complaints/discipline. No doubt non-compliance with such principles could in many cases be of considerable relevance to any complaint or disciplinary step. But the wording (especially the repeated references to “the implementation of the code”) suggests that any non-compliance would necessarily justify a complaint or disciplinary step – which is not (or should not be) the case. In the same connection, the Working Party considers that the words “and to a structure for regulating judicial conduct” in the last full paragraph of the Preamble should be deleted.

3. More particular points follow:

- i) *Explanatory note and Preamble:* The Working Party mentions, as a potential further source of encouragement for the Bangalore drafting committee, the Consultative Council of European Judges’ Opinion No. 1 (2001) on “Standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges” (especially to paragraphs 10-13 concerning the rationale of judicial independence) and Opinion No. 2 (2001) on “The Funding and Management of Courts with reference to the efficiency of the judiciary and to article 6 of the European Convention on Human Rights”.
- ii) The Working Party expressed reservations about the last two recitals in the Preamble, particularly the philosophical (or sociological) statement made regarding the real source of judicial power. In most civil law countries, there is a much more obvious “real source” – namely a constitution; and too great an emphasis on the ultimate dependence of the judicial power upon general acceptance could in some circumstances even be dangerous. The Working Party would suggest another wording for the penultimate recital, such as:
 - a) “WHEREAS public confidence in the judicial system and in the authority and integrity of the judiciary is of the utmost importance in a modern democratic society.”

- iii) *Independence*: This section is, at first sight, surprisingly weak – although the reason is (no doubt) that pointed out earlier in these comments, namely that independence is primarily a structural matter for the other branches of the state to introduce and ensure. Much of what is included falls in reality under the heading of Impartiality. The Working Party felt, however, that paragraph 2.3 might be misunderstood, especially in civil law countries with a strong tradition of collegiate decision-making. Paragraph 2.5 is in its first eleven words dealing (in an essentially circular way) with Propriety, rather than Independence, and is in the rest simply repeating the sense of part of the Preamble.
- iv) *Impartiality*: The general principle and paragraphs 4.1 to 4.6 appear unexceptionable. The Working Party questioned whether paragraph 4.7 is in appropriate terms, in so far as it suggests a general duty on judges to keep themselves informed, unrelated to any possible risk to their actual or apparent impartiality. Paragraph 4.8 has no counterpart in a number of civil law countries and was regarded as positively inappropriate by some civil law members of the Working Party. Paragraph 4.9 also lacks any equivalent in some civil law systems (and it was thought that situations of emergency or necessity could anyway have been more briefly and generally covered).
- v) *Equality*: Paragraphs 5.2 to 5.8 met with general approval. However, the Working Party would suggest that paragraphs 5.4 and 5.5 should also extend specifically to public prosecutors (because of their special status in civil law countries) and to police.
- vi) *Integrity*: Paragraphs 3.1-3.3 met with general approval.
- vii) *Propriety*: This is unquestionably the most contentious area; there are grouped under its head a whole list of subjects (some of which, it might be said, could equally well appear under the head of Impartiality). The following comments are made:
 - a) Paragraphs 1.1, 1.2, 1.9, 1.10, 1.16 (first)⁵³ (confidential information), 1.20 (gifts, etc), and 1.19 (membership of judges' associations) appear generally acceptable.
 - b) The Working Party questioned the inclusion of paragraph 1.23 – why focus on only one aspect of a judge's general duty to obey

⁵³ The present draft has (no doubt by mistake) two paragraphs numbered 1.16.

the law? If reference is to be made to this subject, it might be made more generally, perhaps in the Explanatory Memorandum, at the end of which the general scope of the proposed draft is also touched on.

- c) Certain of the principles are limited expressly to activities that might reasonably “give rise to a suspicion or appearance of bias” or might “reasonably undermine public confidence in” or “reflect adversely on” the judge’s impartiality (it is not clear why these three different formulations are used and it might be better to use only one of them). The relevant paragraphs are:
 - i) 1.3: close personal relationship with individual lawyers;
 - ii) 1.5: use of judge’s residence by lawyers to receive clients or other lawyers;
 - iii) 1.6: membership of any group or organisation or participation in public discussion;
 - i) 1.14 first sentence: civic and charitable activities;
 - v) 1.16 (first)⁵⁴: financial or business dealings.

As to these paragraphs: the Working Party understands the general aim behind paragraph 1.3, but questions its width and the appropriateness of the direction from which it approaches quite common situations, such as marriage or a close personal relationship with a lawyer. The focus in such a case should not be on prohibiting (or purporting to prohibit) the relationship, but on the judge’s need to withdraw in any case where the other party to the relationship is involved.

The other paragraphs were regarded by the Working Party as in some respects very detailed for a general statement of principles, but open to no particular objection. The approach in the Canadian Judicial Council’s Ethical Principles for Judges is to have general statements followed by a more detailed commentary, and this might have something to commend itself in relation to some of the detailed points in the present draft.

- d) *Political activity – 1.7 (first sentence) and 1.8*: whilst these represent common law principles, civil law countries do not always follow the same approach. In Switzerland, judges are elected on the basis of their party membership. In some other countries, judges have the right to engage in politics, and be elected as members of local councils (even while remaining judges) or of Parliament (their judicial status being in this case suspended). The present position in the Working Party’s view is that there is no general international consensus, that judges should either be free to engage in or should refrain from political participation.

It appears to be for each country to strike its own balance between judges' freedom of opinion and expression on matters of social significance and the requirement of neutrality. But, even though membership of a political party or participation in public debate on the major problems of society may not be prohibited, judges must at least refrain from any political activity liable to compromise their independence or jeopardise the appearance of impartiality.

- e) *1.11 – testifying as a character witness*: A detailed provision not considered by the Working Party.
- f) *1.12 and 1.13 – writing, lecturing, teaching and engaging in public activities relating to (I) the law and (II) non-legal activities, and 1.22 – receipt of compensation and expenses*: There was no real disagreement within the Working Party about any of the points made. But it was questioned whether it was necessary or wise to have a list of (permitted) activities in paragraph 1.13 – could not the wording simply allow judges to “engage in other non-legal activities, if such activities do not detract from the dignity of the judicial office or otherwise interfere with the performance of judicial duties in accordance with [these Principles]”?
- g) *1.14 second sentence – fund-raising for civic or charitable organisations*: The Working Party did not consider that the very strict limitations proposed by this paragraph of the draft either were, or should be, generally accepted as an international standard.
- h) *1.21 – miscellaneous gifts*: The Working Party had no particular comment or objection to make.
- i) *1.15 – estate or trust activities*: The Working Party did not agree with this very strict limitation. Why is it necessary?
- j) *1.18 – appointment to government commissions, committees or positions concerned with non-legal matters*: Again, the Working Party did not agree with this as a general international principle. The subject has been discussed in various states, from various viewpoints. The use of judges for non-legal activities can risk compromising the separation of powers, or exposing judges to public criticism in circumstances where politicians do not wish to address a difficult subject themselves, and of course it reduces the number of active judges. However, judicial training and characteristics can have important value in the context of certain

enquiries. Current practice in a number of European countries is to allow judges to undertake such work.

Concern was, however, expressed in the Working Party about the possibility in some European countries of judges spending periods of time in the political cabinets of government ministers, or other posts of a political nature.

- viii) The Working Party suggested that the Bangalore draft could address more specifically the issue of relations with the media. Paragraphs 1.16 (second) 14 and 4.4 go some way, but not very far. The Working Party identified a number of possible aspects of concern. The first was the use of the media (in or out of court) to promote a judge's public image and career, or (to take the other side of the coin) the possibility of concern on the part of a judge as to possible media reaction to a particular decision. For a judge to allow himself or herself to be influenced in either such direction by the media would almost certainly infringe paragraph 2.1 of the Bangalore draft, if not also other paragraphs such as 1.1, 3.1, 3.2, 4.1 and 4.2.

The second aspect is the question of contact out of court with the media. The common law tradition is that judges do not speak to the media about either cases involving themselves or cases involving other judges. The media gain information from those (defined) court records and documents which are open to them, and from the public nature of proceedings in court. In some countries (particularly those where court files are secret), a system exists whereby one particular judge in any court is deputed to inform the media of the actual position relating to any particular case. Apart from the provision of information of this nature, any out of court comment by judges on cases before them or before other judges would seem inappropriate.

A third aspect concerns comment, even in an academic article, on the judge's own or another judge's decision. Comment outside court on a judge's conduct of a particular case or upon evidence or factual rulings in a particular case appears generally unacceptable. Comment on a purely legal point of general interest decided or considered in a particular case would appear to fall on the other (permissible) side of the line.

- ix) *Competence and Diligence*: paragraphs 6.1-6.7 met with general approval. However, it was suggested that reference should be made to the need for appropriate training or continuing education or studies programmes to be available to judges. This could be done,

for example, by adding to paragraph 6.3 a phrase such as: “taking advantage for this purpose of the training and other facilities which should be made available to judges (under judicial control) for this purpose”.

APPENDICE 4

THE BANGALORE PRINCIPLES
OF JUDICIAL CONDUCT (2002)

*(The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001
adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity,
as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices
held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002)*

Preamble

WHEREAS the *Universal Declaration of Human Rights* recognizes as fundamental the principle that everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of rights and obligations and of any criminal charge.

WHEREAS the *International Covenant on Civil and Political Rights* guarantees that all persons shall be equal before the courts, and that in the determination of any criminal charge or of rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled, without undue delay, to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

WHEREAS the foregoing fundamental principles and rights are also recognized or reflected in regional human rights instruments, in domestic constitutional, statutory and common law, and in judicial conventions and traditions.

WHEREAS the importance of a competent, independent and impartial judiciary to the protection of human rights is given emphasis by the fact that the implementation of all the other rights ultimately depends upon the proper administration of justice.

WHEREAS a competent, independent and impartial judiciary is likewise essential if the courts are to fulfil their role in upholding constitutionalism and the rule of law.

WHEREAS public confidence in the judicial system and in the moral authority and integrity of the judiciary is of the utmost importance in a modern democratic society.

WHEREAS it is essential that judges, individually and collectively, respect and honour judicial office as a public trust and strive to enhance and maintain confidence in the judicial system.

WHEREAS the primary responsibility for the promotion and maintenance of high standards of judicial conduct lies with the judiciary in each country.

AND WHEREAS the *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary* are designed to secure and promote the independence of the judiciary, and are addressed primarily to States.

THE FOLLOWING PRINCIPLES are intended to establish standards for ethical conduct of judges. They are designed to provide guidance to judges and to afford the judiciary a framework for regulating judicial conduct. They are also intended to assist members of the executive and the legislature, and lawyers and the public in general, to better understand and support the judiciary. These principles presuppose that judges are accountable for their conduct to appropriate institutions established to maintain judicial standards, which are themselves independent and impartial, and are intended to supplement and not to derogate from existing rules of law and conduct which bind the judge.

Value 1

INDEPENDENCE

Principle

Judicial independence is a pre-requisite to the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial. A judge shall therefore uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects.

Application

- 1.1. A judge shall exercise the judicial function independently on the basis of the judge's assessment of the facts and in accordance with a conscientious understanding of the law, free of any extraneous influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

- 1.2. A judge shall be independent in relation to society in general and in relation to the particular parties to a dispute which the judge has to adjudicate.
- 1.3. A judge shall not only be free from inappropriate connections with, and influence by, the executive and legislative branches of government, but must also appear to a reasonable observer to be free therefrom.
- 1.4. In performing judicial duties, a judge shall be independent of judicial colleagues in respect of decisions which the judge is obliged to make independently.
- 1.5. A judge shall encourage and uphold safeguards for the discharge of judicial duties in order to maintain and enhance the institutional and operational independence of the judiciary.
- 1.6. A judge shall exhibit and promote high standards of judicial conduct in order to reinforce public confidence in the judiciary which is fundamental to the maintenance of judicial independence.

Value 2

IMPARTIALITY

Principle

Impartiality is essential to the proper discharge of the judicial office. It applies not only to the decision itself but also to the process by which the decision is made.

Application

- 2.1. A judge shall perform his or her judicial duties without favour, bias or prejudice.
- 2.2. A judge shall ensure that his or her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession and litigants in the impartiality of the judge and of the judiciary.
- 2.3. A judge shall, so far as is reasonable, so conduct himself or herself as to minimise the occasions on which it will be necessary for the judge to be disqualified from hearing or deciding cases.

- 2.4. A judge shall not knowingly, while a proceeding is before, or could come before, the judge, make any comment that might reasonably be expected to affect the outcome of such proceeding or impair the manifest fairness of the process. Nor shall the judge make any comment in public or otherwise that might affect the fair trial of any person or issue.
- 2.5. A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially. Such proceedings include, but are not limited to, instances where
 - 2.5.1. the judge has actual bias or prejudice concerning a party or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceedings;
 - 2.5.2. the judge previously served as a lawyer or was a material witness in the matter in controversy; or
 - 2.5.3. the judge, or a member of the judge's family, has an economic interest in the outcome of the matter in controversy:Provided that disqualification of a judge shall not be required if no other tribunal can be constituted to deal with the case or, because of urgent circumstances, failure to act could lead to a serious miscarriage of justice.

Value 3

INTEGRITY

Principle

Integrity is essential to the proper discharge of the judicial office.

Application

- 3.1. A judge shall ensure that his or her conduct is above reproach in the view of a reasonable observer.
- 3.2. The behaviour and conduct of a judge must reaffirm the people's faith in the integrity of the judiciary. Justice must not merely be done but must also be seen to be done.

Value 4

PROPRIETY

Principle

Propriety, and the appearance of propriety, are essential to the performance of all of the activities of a judge.

Application

- 4.1. A judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all of the judge's activities.
- 4.2. As a subject of constant public scrutiny, a judge must accept personal restrictions that might be viewed as burdensome by the ordinary citizen and should do so freely and willingly. In particular, a judge shall conduct himself or herself in a way that is consistent with the dignity of the judicial office.
- 4.3. A judge shall, in his or her personal relations with individual members of the legal profession who practise regularly in the judge's court, avoid situations which might reasonably give rise to the suspicion or appearance of favouritism or partiality.
- 4.4. A judge shall not participate in the determination of a case in which any member of the judge's family represents a litigant or is associated in any manner with the case.
- 4.5. A judge shall not allow the use of the judge's residence by a member of the legal profession to receive clients or other members of the legal profession.
- 4.6. A judge, like any other citizen, is entitled to freedom of expression, belief, association and assembly, but in exercising such rights, a judge shall always conduct himself or herself in such a manner as to preserve the dignity of the judicial office and the impartiality and independence of the judiciary.
- 4.7. A judge shall inform himself or herself about the judge's personal and fiduciary financial interests and shall make reasonable efforts to be informed about the financial interests of members of the judge's family.
- 4.8. A judge shall not allow the judge's family, social or other relationships improperly to influence the judge's judicial conduct and judgment as a judge.

- 4.9. A judge shall not use or lend the prestige of the judicial office to advance the private interests of the judge, a member of the judge's family or of anyone else, nor shall a judge convey or permit others to convey the impression that anyone is in a special position improperly to influence the judge in the performance of judicial duties.
- 4.10. Confidential information acquired by a judge in the judge's judicial capacity shall not be used or disclosed by the judge for any other purpose not related to the judge's judicial duties.
- 4.11. Subject to the proper performance of judicial duties, a judge may:
 - 4.11.1. write, lecture, teach and participate in activities concerning the law, the legal system, the administration of justice or related matters;
 - 4.11.2. appear at a public hearing before an official body concerned with matters relating to the law, the legal system, the administration of justice or related matters;
 - 4.11.3. serve as a member of an official body, or other government commission, committee or advisory body, if such membership is not inconsistent with the perceived impartiality and political neutrality of a judge; or
 - 4.11.4. engage in other activities if such activities do not detract from the dignity of the judicial office or otherwise interfere with the performance of judicial duties.
- 4.12. A judge shall not practise law whilst the holder of judicial office.
- 4.13. A judge may form or join associations of judges or participate in other organisations representing the interests of judges.
- 4.14. A judge and members of the judge's family, shall neither ask for, nor accept, any gift, bequest, loan or favour in relation to anything done or to be done or omitted to be done by the judge in connection with the performance of judicial duties.
- 4.15. A judge shall not knowingly permit court staff or others subject to the judge's influence, direction or authority, to ask for, or accept, any gift, bequest, loan or favour in relation to anything done or to be done or omitted to be done in connection with his or her duties or functions.
- 4.16. Subject to law and to any legal requirements of public disclosure, a judge may receive a token gift, award or benefit as appropriate to

the occasion on which it is made provided that such gift, award or benefit might not reasonably be perceived as intended to influence the judge in the performance of judicial duties or otherwise give rise to an appearance of partiality.

Value 5

EQUALITY

Principle

Ensuring equality of treatment to all before the courts is essential to the due performance of the judicial office.

Application

- 5.1. A judge shall be aware of, and understand, diversity in society and differences arising from various sources, including but not limited to race, colour, sex, religion, national origin, caste, disability, age, marital status, sexual orientation, social and economic status and other like causes (“irrelevant grounds”).
- 5.2. A judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct, manifest bias or prejudice towards any person or group on irrelevant grounds.
- 5.3. A judge shall carry out judicial duties with appropriate consideration for all persons, such as the parties, witnesses, lawyers, court staff and judicial colleagues, without differentiation on any irrelevant ground, immaterial to the proper performance of such duties.
- 5.4. A judge shall not knowingly permit court staff or others subject to the judge’s influence, direction or control to differentiate between persons concerned, in a matter before the judge, on any irrelevant ground.
- 5.5. A judge shall require lawyers in proceedings before the court to refrain from manifesting, by words or conduct, bias or prejudice based on irrelevant grounds, except such as are legally relevant to an issue in proceedings and may be the subject of legitimate advocacy.

Value 6

COMPETENCE AND DILIGENCE

Principle

Competence and diligence are prerequisites to the due performance of judicial office.

Application

- 6.1. The judicial duties of a judge take precedence over all other activities.
- 6.2. A judge shall devote the judge's professional activity to judicial duties, which include not only the performance of judicial functions and responsibilities in court and the making of decisions, but also other tasks relevant to the judicial office or the court's operations.
- 6.3. A judge shall take reasonable steps to maintain and enhance the judge's knowledge, skills and personal qualities necessary for the proper performance of judicial duties, taking advantage for this purpose of the training and other facilities which should be made available, under judicial control, to judges.
- 6.4. A judge shall keep himself or herself informed about relevant developments of international law, including international conventions and other instruments establishing human rights norms.
- 6.5. A judge shall perform all judicial duties, including the delivery of reserved decisions, efficiently, fairly and with reasonable promptness.
- 6.6. A judge shall maintain order and decorum in all proceedings before the court and be patient, dignified and courteous in relation to litigants, jurors, witnesses, lawyers and others with whom the judge deals in an official capacity. The judge shall require similar conduct of legal representatives, court staff and others subject to the judge's influence, direction or control.
- 6.7. A judge shall not engage in conduct incompatible with the diligent discharge of judicial duties.

IMPLEMENTATION

By reason of the nature of judicial office, effective measures shall be adopted by national judiciaries to provide mechanisms to implement these principles if such mechanisms are not already in existence in their jurisdictions.

DEFINITIONS

In this statement of principles, unless the context otherwise permits or requires, the following meanings shall be attributed to the words used:

“*Court staff*” includes the personal staff of the judge including law clerks.

“*Judge*” means any person exercising judicial power, however designated.

“*Judge’s family*” includes a judge’s spouse, son, daughter, son-in-law, daughter-in-law, and any other close relative or person who is a companion or employee of the judge and who lives in the judge’s household.

“*Judge’s spouse*” includes a domestic partner of the judge or any other person of either sex in a close personal relationship with the judge.

Explanatory Note

1. At its first meeting held in Vienna in April 2000 on the invitation of the United Nations Centre for International Crime Prevention, and in conjunction with the 10th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity (comprising Chief Justice Latifur Rahman of Bangladesh, Chief Justice Bhaskar Rao of Karnataka State in India, Justice Govind Bahadur Shrestha of Nepal, Chief Justice Uwais of Nigeria, Deputy Vice-President Langa of the Constitutional Court of South Africa, Chief Justice Nyalali of Tanzania, and Justice Odoki of Uganda, meeting under the chairmanship of Judge Christopher Weeramantry, Vice-President of the International Court of Justice, with Justice Michael Kirby of the High Court of Australia as rapporteur, and with the participation of Dato’ Param Cumaraswamy, UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers) recognized the need for a code against which the conduct of judicial

officers may be measured. Accordingly, the Judicial Group requested that codes of judicial conduct which had been adopted in some jurisdictions be analyzed, and a report be prepared by the Co-ordinator of the Judicial Integrity Programme, Dr Nihal Jayawickrama, concerning: (a) the core considerations which recur in such codes; and (b) the optional or additional considerations which occur in some, but not all, such codes and which may or may not be suitable for adoption in particular countries.

2. In preparing a draft code of judicial conduct in accordance with the directions set out above, reference was made to several existing codes and international instruments including, in particular, the following:
 - (a) The Code of Judicial Conduct adopted by the House of Delegates of the American Bar Association, August 1972.
 - (b) Declaration of Principles of Judicial Independence issued by the Chief Justices of the Australian States and Territories, April 1997.
 - (c) Code of Conduct for the Judges of the Supreme Court of Bangladesh, prescribed by the Supreme Judicial Council in the exercise of power under Article 96(4)(a) of the Constitution of the People's Republic of Bangladesh, May 2000.
 - (d) Ethical Principles for Judges, drafted with the cooperation of the Canadian Judges Conference and endorsed by the Canadian Judicial Council, 1998.
 - (e) The European Charter on the Statute for Judges, Council of Europe, July 1998.
 - (f) The Idaho Code of Judicial Conduct 1976.
 - (g) Restatement of Values of Judicial Life adopted by the Chief Justices Conference of India, 1999.
 - (h) The Iowa Code of Judicial Conduct.
 - (i) Code of Conduct for Judicial Officers of Kenya, July 1999.
 - (j) The Judges' Code of Ethics of Malaysia, prescribed by the Yang di-Pertuan Agong on the recommendation of the Chief Justice, the President of the Court of Appeal and the Chief Judges of the High Courts, in the exercise of powers conferred by Article 125(3A) of the Federal Constitution of Malaysia, 1994.
 - (k) The Code of Conduct for Magistrates in Namibia.
 - (l) Rules Governing Judicial Conduct, New York State, Usa.
 - (m) Code of Conduct for Judicial Officers of the Federal Republic of Nigeria.
 - (n) Code of Conduct to be observed by Judges of the Supreme Court and of the High Courts of Pakistan.

- (o) The Code of Judicial Conduct of the Philippines, September 1989.
- (p) The Canons of Judicial Ethics of the Philippines, proposed by the Philippines Bar Association, approved by the Judges of First Instance of Manila, and adopted for the guidance of and observance by the judges under the administrative supervision of the Supreme Court, including municipal judges and city judges.
- (q) Yandina Statement: Principles of Independence of the Judiciary in Solomon Islands, November 2000.
- (r) Guidelines for Judges of South Africa, issued by the Chief Justice, the President of the Constitutional Court, and the Presidents of High Courts, the Labour Appeal Court, and the Land Claims Court, March 2000.
- (s) Code of Conduct for Judicial Officers of Tanzania, adopted by the Judges and Magistrates Conference, 1984.
- (t) The Texas Code of Judicial Conduct
- (u) Code of Conduct for Judges, Magistrates and Other Judicial Officers of Uganda, adopted by the Judges of the Supreme Court and the High Court, July 1989.
- (v) The Code of Conduct of the Judicial Conference of the United States.
- (w) The Canons of Judicial Conduct for the Commonwealth of Virginia, adopted and promulgated by the Supreme Court of Virginia, 1998.
- (x) The Code of Judicial Conduct adopted by the Supreme Court of the State of Washington, Usa, October 1995.
- (y) The Judicial (Code of Conduct) Act, enacted by the Parliament of Zambia, December 1999.
- (z) Draft Principles on the Independence of the Judiciary (“Syracusa Principles”), prepared by a committee of experts convened by the International Association of Penal Law, the International Commission of Jurists, and the Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1981.
- (aa) Minimum Standards of Judicial Independence adopted by the International Bar Association, 1982.
- (bb) United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, endorsed by the UN General Assembly, 1985.
- (cc) Draft Universal Declaration on the Independence of Justice (“Singhvi Declaration”) prepared by Mr L.V. Singhvi, UN Special Rapporteur on the Study on the Independence of the Judiciary, 1989.

- (dd) The Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the Lawasia Region, adopted by the 6th Conference of Chief Justices, August 1997.
- (ee) The Latimer House Guidelines for the Commonwealth on good practice governing relations between the Executive, Parliament and the Judiciary in the promotion of good governance, the rule of law and human rights to ensure the effective implementation of the Harare Principles, 1998.
- (ff) The Policy Framework for Preventing and Eliminating Corruption and Ensuring the Impartiality of the Judicial System, adopted by the expert group convened by the Centre for the Independence of Judges and Lawyers, February 2000.

At its second meeting held in Bangalore in February 2001, the Judicial Group (comprising Chief Justice Mainur Reza Chowdhury of Bangladesh, Justice Claire L'Heureux Dube of Canada, Chief Justice Reddi of Karnataka State in India, Chief Justice Upadhyay of Nepal, Chief Justice Uwais of Nigeria, Deputy Chief Justice Langa of South Africa, Chief Justice Silva of Sri Lanka, Chief Justice Samatta of Tanzania, and Chief Justice Odoki of Uganda, meeting under the chairmanship of Judge Weeramantry, with Justice Kirby as rapporteur, and with the participation of the UN Special Rapporteur and Justice Bhagwati, Chairman of the UN Human Rights Committee, representing the UN High Commissioner for Human Rights) proceeding by way of examination of the draft placed before it, identified the core values, formulated the relevant principles, and agreed on the Bangalore Draft Code of Judicial Conduct. The Judicial Group recognized, however, that since the Bangalore Draft had been developed by judges drawn principally from common law countries, it was essential that it be scrutinized by judges of other legal traditions to enable it to assume the status of a duly authenticated international code of judicial conduct.

The Bangalore Draft was widely disseminated among judges of both common law and civil law systems and discussed at several judicial conferences. In June 2002, it was reviewed by the Working Party of the Consultative Council of European Judges (CCJE-GT), comprising Vice-President Reissner of the Austrian Association of Judges, Judge Fremr of the High Court in the Czech Republic, President Lacabarats of the Cour d'Appel de Paris in France, Judge Mallmann of the Federal Administrative Court of Germany, Magistrate Sabato of Italy, Judge Virgilijus of the Lithuanian Court of Appeal, Premier Conseiller Wiwinius of the Cour d'Appel of Luxembourg, Juge Conseiller Afonso of the Court of Appeal of Portugal, Justice Ogrizek of the Supreme Court of Slovenia, President Hirschfeldt of the Svea Court of Appeal in Sweden, and Lord Justice Mance of the

United Kingdom. On the initiative of the American Bar Association, the Bangalore Draft was translated into the national languages, and reviewed by judges, of the Central and Eastern European countries; in particular, of Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Kosovo, Romania, Serbia and Slovakia.

The Bangalore Draft was revised in the light of the comments received from CCJE-GT and others referred to above; Opinion no.1 (2001) of CCJE on standards concerning the independence of the judiciary; the draft Opinion of CCJE on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality; and by reference to more recent codes of judicial conduct including the Guide to Judicial Conduct published by the Council of Chief Justices of Australia in June 2002, the Model Rules of Conduct for Judges of the Baltic States, the Code of Judicial Ethics for Judges of the People's Republic of China, and the Code of Judicial Ethics of the Macedonian Judges Association.

The revised Bangalore Draft was placed before a Round-Table Meeting of Chief Justices (or their representatives) from the civil law system, held in the Peace Palace in The Hague, Netherlands, in November 2002, with Judge Weeramantry presiding. Those participating were Judge Vladimir de Freitas of the Federal Court of Appeal of Brazil, Chief Justice Iva Brozova of the Supreme Court of the Czech Republic, Chief Justice Mohammad Fathy Naguib of the Supreme Constitutional Court of Egypt, Conseillere Christine Chanet of the Cour de Cassation of France, President Genaro David Gongora Pimentel of the Suprema Corte de Justicia de la Nacion of Mexico, President Mario Mangaze of the Supreme Court of Mozambique, President Pim Haak of the Hoge Raad der Nederlanden, Justice Trond Dolva of the Supreme Court of Norway, and Chief Justice Hilario Davide of the Supreme Court of the Philippines. Also participating in one session were the following Judges of the International Court of Justice: Judge Ranjeva (Madagascar), Judge Herczegh (Hungary), Judge Fleischhauer (Germany), Judge Koroma (Sierra Leone), Judge Higgins (United Kingdom), Judge Rezek (Brazil), Judge Elaraby (Egypt), and Ad-Hoc Judge Frank (Usa). The UN Special Rapporteur was in attendance. The "Bangalore Principles of Judicial Conduct" was the product of this meeting.

APPENDICE 5

L'IMPARTIALITÉ DU JUGE PRINCIPES DIRECTEURS ET RECOMMANDATIONS*

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX

1. *Conscient de ce qu'elle fonde la légitimité de son action, le juge fait de l'impartialité un devoir essentiel de sa charge.*

Commentaire

Il s'agit d'un devoir car l'impartialité suppose un effort permanent du juge: tout comme la compétence, qui n'est pas définitivement acquise et qui implique un travail constant de formation continue, l'impartialité n'est pas donnée au juge une fois pour toutes.

De même que l'indépendance, dira-t-on? Sans doute, quoique le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes pour les deux notions, lesquelles sont à l'évidence complémentaires: l'indépendance, pré-supposée, est un état lié notamment à un statut; elle est au service de l'impartialité mais, à la différence de celle-ci, elle n'est pas une fin en soi.

L'impartialité constitue un devoir *essentiel* du juge puisqu'elle touche à l'essence même de sa fonction: l'acte de juger ne peut tout simplement pas se concevoir sans elle. A tel point qu'on s'est demandé s'il n'eût pas mieux valu parler ici de «premier» devoir du juge? Toutefois, l'atelier a préféré ne pas établir de hiérarchie entre les divers devoirs qui s'imposent au juge.

2. *Le juge s'efforce de faire preuve de la plus grande impartialité dans la conduite de la procédure, la tenue de l'audience et l'élaboration de sa décision. À cet égard, il veille à conserver constamment une entière li-*

* Adottati dai partecipanti al seminario franco-italiano sull'Imparzialità del magistrato, tenutosi a Parigi presso l'*Ecole Nationale de la Magistrature* nel settembre 2002.

berté d'esprit pour élaborer un jugement qui ne résulte que d'une application loyale du droit et d'une égale considération pour l'argumentation de chaque partie.

Commentaire

Faut-il parler d'une obligation de moyen pour le juge («s'efforce de taire preuve») ou, plus radicalement, d'une obligation de résultat (le juge «doit» assurer)? En optant pour «s'efforce», les membres de l'atelier ont entendu souligner que le juge reste un homme, avec ses limites: quel juge, même et peut-être surtout extrêmement scrupuleux, pourrait affirmer qu'il est totalement impartial, qu'il sait toujours faire abstraction de ses opinions, de ses préférences, de ses préjugés? Cependant, peut-être conviendrait-il sur ce point d'approfondir la réflexion à la lumière de la distinction opérée par la Cour européenne des droits de l'homme entre impartialité «objective» (qui renvoie aux garanties statutaires, procédurales, etc. destinées à exclure tout doute légitime sur l'impartialité du juge, quelle que soit l'attitude personnelle de celui-ci) et impartialité «subjective» (qui relève du comportement du magistrat, de son for intérieur). Certains membres de l'atelier ont suggéré que seule la seconde relèverait de l'obligation de moyen, la première constituant une obligation de résultat.

3. *Dans ses relations sociales et professionnelles, y compris dans les relations avec la presse, le juge s'attache à renforcer la confiance du public dans son impartialité personnelle, laquelle rejaillit sur l'institution judiciaire en général. Il fait partager ce souci par ses collègues.*

Commentaire

Le thème de la confiance du public dans l'impartialité du juge soulève de multiples questions.

En premier lieu, celle de l'exemplarité: la confiance dans le juge rejaillit positivement sur l'ensemble du corps tout comme, négativement, la méfiance à l'endroit d'un seul juge se répercute sur l'institution elle-même. Etant précisé que l'impact négatif, en cas d'atteinte à l'impartialité, est inévitablement plus important que l'incidence d'une pratique irréprochable: le juge impartial ne fait que son devoir, tandis que celui qui se montre partial est cause de scandale...

Dans ces conditions, se pose la question de l'attitude à avoir à l'égard d'un collègue dont le comportement pourrait paraître critiquable (v. *infra* § 9 et 10). Si les chefs de juridiction ont sans doute un rôle à jouer dans ce domaine, ce rôle ne saurait être exclusif. La solitude du juge est bien sou-

vent une réalité et la collégialité de l'institution peut aussi être mobilisée: elle pourrait être un lieu de discussion et de débat entre collègues, sur les exigences théoriques et pratiques de la mise en œuvre de l'impartialité dans l'exercice quotidien de la justice.

La question de l'affectation des magistrats dans les chambres et de la répartition des dossiers entre les juges, peut aussi se poser en termes d'impartialité. Les chefs de juridiction ont ici une responsabilité particulière puisque, contrairement à d'autres pays (Espagne, Italie, Portugal, par exemple), dans lesquels le principe du «juge naturel» a valeur constitutionnelle, la France a une approche essentiellement hiérarchique de ces questions.

S'agissant de ses «relations sociales», le juge est, dans le contexte actuel, fréquemment confronté à un dilemme: la fonction de juger a évolué et on attend du magistrat qu'il soit inséré localement, qu'il soit soucieux d'ouverture, de pratiques innovantes, etc., ce qui peut le conduire à des engagements difficiles à concilier avec l'impartialité.

L'atelier n'a pas pu ne pas se pencher sur le problème des relations avec la presse sans toutefois être en mesure de l'approfondir: il aurait fallu en effet traiter ici du secret de l'instruction, de la déontologie en général (tant des juges que des journalistes), de la formation des magistrats à la communication, de la responsabilité des médias, de la défense des magistrats attaqués, etc. Toutes questions déjà largement débattues (mais non résolues...) au sein d'autres instances, notamment les multiples commissions presse/justice instituées au cours des trente dernières années, et qui dépassent de beaucoup le seul problème de l'impartialité (v. aussi *infra* § 11 et 12).

II. EXERCICE DES FONCTIONS

4. *Dans l'exercice de ses fonctions, le juge refuse de céder à toute pression ou sollicitation de quelque nature qu'elle soit, dont le but serait d'influer indûment sur le cours de la justice.*

Commentaire

Sont ici visées aussi bien les pressions publiques (celles des médias notamment) que les pressions privées, les pressions manifestes ou les pressions occultes, les pressions conscientes ou inconscientes.

Mais pourquoi avoir employé le terme «indûment»? Toute pression, par définition, n'est-elle pas inacceptable? La question, au sein de l'atelier, a été controversée... Certains considèrent en effet que, les pressions étant

d'une certaine façon l'expression de la contradiction, il n'est pas étonnant que le juge ait à y faire face, à y résister; dans cette optique, il faudrait distinguer les pressions « admissibles » des autres: ce qui serait gênant, ce serait les pressions « officieuses », à la différence, par exemple, de celles des médias tendant à éviter l'étouffement d'une affaire...

Par ailleurs, ne peut-on admettre que le juge, qui rend la justice au nom du peuple, soit à l'écoute des opinions publiques manifestant une évolution des moeurs? Ainsi, le magistrat peut-il ignorer les articles de presse qui reflètent l'avis d'un grand nombre de personnes sur un sujet général (ex.: la dépénalisation de l'avortement avant le vote de la loi de 1975 ou encore, de nos jours, la nécessité d'une répression accrue de la délinquance routière)? A l'inverse, ne doit-il pas se montrer vigilant pour ne pas se laisser influencer par des articles relatifs à une affaire particulière qui lui est soumise?

Quoi qu'il en soit, tous les membres de l'atelier sont tombés d'accord pour admettre que les magistrats du siège comme du parquet ne sauraient donner suite aux sollicitations « d'indulgence ». De même, les informations transmises officieusement au juge ne peuvent être prises en compte si elles ne sont pas soumises au débat public contradictoire, l'annonce d'un tel débat suffisant d'ailleurs le plus souvent à dissuader les informateurs mal intentionnés. En matière civile, le principe dispositif interdit au juge de retenir des faits qui n'ont pas été apportés par les parties elles-mêmes.

5. *Dans les affaires dont il est saisi, le juge s'interdit toute attitude pouvant donner l'impression d'une collusion avec les avocats et le ministère public.*

Commentaire

Si le juge doit s'interdire toute attitude pouvant donner « l'impression » d'une collusion, c'est parce qu'il est impossible de prouver le for interne. Cependant, à l'évidence, les questions abordées ici vont au-delà de l'apparence pour toucher au respect même de l'équilibre des droits des parties (v. infra, § 6): il importe de toujours se souvenir que la tyrannie de l'apparence risque de conduire au triomphe de l'hypocrisie et donc de nuire à la véritable impartialité.

La question des rapports entre magistrats et avocats est complexe, étant précisé qu'elle ne se présente évidemment pas de la même façon dans une petite ville de province et dans une grande juridiction, ou encore selon que les contacts sont personnels ou institutionnels (bâtonnier/président, par exemple). L'absence de relations (sans doute trop fréquente dans notre

pays...) est à l'évidence fort peu satisfaisante. À l'inverse, des liens étroits voire intimes sont susceptibles de faire difficulté. Sans doute le mode de recrutement des magistrats en France ne favorise-t-il guère les contacts, de sorte qu'il est parfois délicat de trouver la «juste distance» alors que, dans les pays anglo-saxons, ce problème constitue le BA-BA de la déontologie. Quelques situations semblent en tout cas appeler une certaine prudence, le magistrat devant tenir compte de la sensibilité de certains justiciables qui peuvent mal interpréter un mot, un geste, une attitude: inconsciemment et naturellement, au sortir de l'audience, le juge peut se montrer plus amical avec un avocat du barreau de son tribunal qu'il rencontre quotidiennement qu'avec l'avocat adverse d'un barreau extérieur, ce qui risque de produire un effet déplorable chez le client de ce dernier; de même, sans doute est-il peu recommandé au juge de s'afficher au restaurant, en cours de délibéré, avec l'avocat de l'une des parties, même si... chacun paie sa propre addition!

Autant que de ses rapports privilégiés avec tel avocat, le juge doit se méfier d'une éventuelle inimitié à l'égard de tel autre: s'il venait à perdre de vue que le défenseur n'est qu'un porte-parole, le juge, en se heurtant à l'avocat, atteindrait inévitablement le justiciable lui-même, qui n'en peut mais...

La question des rapports entre juges et magistrats du parquet est tout aussi (voire plus) sensible, compte tenu de leur appartenance commune au corps judiciaire. La connivence est un risque réel, en tout cas un soupçon permanent, ce qui doit conduire à une vigilance redoublée. En particulier, au cours des débats, le président doit veiller à ce que son attitude soit irréprochable en termes « d'égalité des armes ». Dans cet esprit, il paraît souhaitable que juges et procureurs évitent d'entrer ensemble dans la salle d'audience (*a fortiori* d'en sortir par la même porte).

6. *Le juge se montre attentif aux moyens et arguments de chacun. Tout en agissant avec autorité et efficacité, il respecte intégralement le principe de la contradiction et les droits de toutes les parties en cause. Il ne sollicite ni n'accepte d'informations officieuses dans les procédures qu'il traite.*

Commentaire

Le principe du contradictoire et de l'égalité des armes doit toujours être rappelé. Étant souligné que le souci de l'impartialité ne doit pas faire perdre de vue l'objectif d'efficacité. Ainsi, sous couvert de respect du contradictoire, le juge ne doit pas accorder de renvois dilatoires. De même,

à l'audience, le président peut être conduit à interrompre (toujours avec tact et courtoisie, bien entendu...) les plaidoiries inutiles et/ou trop longues. Il doit pouvoir orienter les débats notamment dans le cadre des audiences dites «interactives», tout en ayant, dans ce cas, le souci de bien montrer que son opinion n'est pas définitivement arrêtée et qu'il est toujours prêt à se laisser convaincre par les explications des parties (v. infra § 9). La question des «informations officieuses» ne soulève guère de difficulté lorsqu'il est question du rôle traditionnel du juge au stade de l'audience de jugement: il serait évidemment inacceptable que l'avocat ou le ministère public vienne dire au juge « je n'en parlerais pas à l'audience mais sachez que... ». En revanche, cette question mériterait sans doute de plus longs développements lorsqu'il s'agit de certaines fonctions spécialisées (juge des enfants, juge d'instruction, notamment). Mais peut-on toujours parler d'impartialité s'agissant de ces fonctions dans lesquelles, fréquemment, le juge n'est pas en position d'arbitre (si le juge d'instruction, par exemple, doit instruire à charge et à décharge, il n'en est pas moins à la fois enquêteur, accusateur et juge: son travail avec la police ne le conduit-il pas inévitablement à «solliciter des informations officieuses»...)?

7. *Le juge respecte la parole du justiciable, sa personnalité et sa dignité, sans discrimination ni préjugé, notamment de sexe, de culture, de situation sociale, d'idéologie, d'ethnie ou de religion. Il traite ceux qui comparaissent devant lui avec courtoisie, en leur donnant si nécessaire tous éclaircissements utiles.*

Commentaire

Respecter la parole du justiciable ne veut pas dire nécessairement donner crédit à ses allégations. Il s'agit plus simplement mais plus radicalement de permettre à chacun d'exprimer son point de vue car c'est à partir de celui-ci, qui dépend de la position que l'intéressé occupe, de l'histoire qui est la sienne, des projets autour desquels s'organise sa vie, que son comportement prend sens. L'expérience nous le montre bien souvent: la frustration que ressent le justiciable face à une décision de justice provient souvent du sentiment qu'il n'a pas eu un rôle d'acteur dans son procès. En (re)donnant au justiciable un rôle d'acteur, le juge lui permet à la fois de faire valoir son point de vue et de prendre conscience de l'éventuelle légitimité du point de vue de l'autre.

Deux remarques doivent toutefois être formulées à ce sujet:

- l'attitude d'écoute décrite ci-dessus peut trouver sa limite dans certaines formes de «défense de rupture», interdisant tout véritable dé-

bat contradictoire: si la légitimité de la juridiction n'est pas reconnue, la seule réponse possible risque d'être l'expulsion de la salle d'audience; et si de tels comportements venaient à se multiplier, le fonctionnement même de la justice serait sans doute en péril, de même que la démocratie est menacée par le terrorisme. Heureusement, de telles situations restent encore, aujourd'hui, relativement exceptionnelles;

- la répartition des rôles dans la procédure française, notamment le fait que le président doit interroger un prévenu niant les faits, peut parfois être source de difficultés. Le président aura sans doute du mal, alors, à ne pas sortir de son rôle de juge impartial si le procureur reste taiseux et n'occupe pas toute sa place.

Respecter la personnalité et la dignité du justiciable, c'est non seulement s'interdire toute attitude de mépris mais encore s'adresser à l'intéressé en des termes compréhensibles, ce qui implique sans doute de ne pas parler à tous de la même façon. Il conviendrait ici de développer le problème spécifique posé aux assesseurs par un «écart» du président: si, à l'évidence, aucune désapprobation publique n'est alors envisageable, un déficit d'explication ne serait pas davantage satisfaisant (v. supra § 3).

Enfin, il est essentiel que le juge apporte tous les éclaircissements utiles à la compréhension de la procédure et de la décision, l'appareil judiciaire étant, pour la plupart des justiciables, difficile d'accès, abscons et imprévisible. Certains membres de l'atelier ont préconisé, pour jouer ce rôle pédagogique, la présence à l'audience d'un collaborateur du juge, qui serait mieux placé que celui-ci pour répondre aux éventuelles questions.

8. Le juge motive rigoureusement ses décisions d'une façon sincère et complète, après avoir examiné avec la même attention scrupuleuse les faits et arguments avancés par toutes les parties.

Commentaire

L'exigence de motivation est la garantie la plus sûre de l'impartialité: à travers les motifs de la décision, le justiciable doit avoir confirmation que le juge est impartial, qu'il fonde sa décision sur des moyens juridiques corrects et des faits contradictoirement débattus et non sur des préjugés personnels. Il convient de rappeler, en outre, que la réponse aux moyens ne doit pas être confondue avec l'examen des arguments. Sur ce point, toutefois, il convient d'apporter une précision: si la règle juridique et notamment les exigences de la CEDH ne vont pas jusqu'à exiger l'examen de tous les arguments, le juge n'ayant l'obligation de répondre qu'aux

moyens, en fait et en droit (sans en « esquiver » aucun et sans se réfugier dans des exceptions de procédure à seul fin d'éviter d'aborder le fond du litige lorsque celui-ci est compliqué...), en revanche, dans une perspective déontologique, l'examen attentif des arguments reste une nécessité pour se forger une intime conviction en résonance avec les mots de l'autre. Le juge doit se déprendre de son imaginaire, faire silence en lui, pour pouvoir entendre le justiciable.

9. *Dans la conduite des audiences et la motivation de ses décisions, le juge évite de se prononcer sur des personnes ou des faits étrangers à la cause. Il s'interdit, dans tous les cas, de formuler des jugements de valeur ou des appréciations d'ordre moral non indispensables à la décision. Il conserve jusqu'à la clôture des débats une écoute attentive, en évitant tout mouvement d'humeur et toute manifestation pouvant donner l'impression que sa décision est arrêtée.*

Commentaire

La conduite de l'audience pose le problème du dialogue entre le juge et les parties ou leurs conseils. Le devoir d'impartialité ne doit sans doute pas empêcher les audiences « interactives », permettant au juge de recentrer les débats sur les points posant réellement problème, de faire comprendre à une partie qu'il ne saisit pas son raisonnement, de lui indiquer qu'il dispose de suffisamment d'éclaircissements sur telle question et souhaiterait au contraire des observations sur tel autre point, etc. Toute la difficulté pour le juge consiste alors à ne pas donner l'impression que son opinion est déjà faite, que la cause est entendue avant le délibéré. L'exercice est encore plus périlleux lorsque la juridiction est collégiale, l'approche du juge qui prend la parole pouvant être en décalage par rapport à celle des autres membres de la composition. Le président, le conseiller rapporteur, l'assesseur qui pose une question, doivent donc avoir en permanence le souci de l'impartialité, et cela d'autant plus que la répartition des rôles dans la procédure française peut parfois être source de difficultés (v. supra § 7). Une règle de base consiste sans doute à formuler des observations plutôt sous forme d'interrogations que d'affirmations et à systématiquement expliquer que les réflexions du juge ne préjugent en rien mais visent seulement à contribuer à l'instruction de l'affaire.

10. *Dans l'exercice de ses fonctions, et bien sûr en particulier lorsque celles-ci sont collégiales, le juge écoute les avis des autres magistrats, de ma-*

nière à soumettre ses propres convictions à une vérification constante et à obtenir, par la discussion, un enrichissement professionnel et personnel.

Commentaire

Le délibéré est évidemment le temps fort du procès, le moment où l'impartialité se concrétise dans la décision. Aussi est-il regrettable que son déroulement soit aussi peu encadré: la qualité de la prise de décision gagnerait sans doute à ce que soient définies des règles introduisant un minimum de rigueur, à l'image de ce qui se pratique devant la Cour de cassation, pour faciliter l'émergence de la contradiction et la libre expression, notamment des magistrats les plus jeunes. Il a été suggéré, au sein de l'atelier, qu'aucune décision ne soit rendue sur le siège mais toujours après un délibéré, même court, en chambre du conseil et cela sans regrouper à l'excès le nombre d'affaires à examiner, de sorte que chacun ait présents à l'esprit tous les détails.

Par ailleurs, l'atelier s'est interrogé sur les problèmes spécifiques auxquels est confronté le juge unique, qui n'a aucun « retour » sur la façon dont il se comporte si ce n'est, de manière tout à fait exceptionnelle, par voie de presse.

Cette situation illustre bien, au-delà du délibéré collégial, la nécessité d'échanges réguliers entre magistrats sur leurs pratiques professionnelles, un peu comme le font tes médecins dans le cadre des « groupes Balint »: les magistrats doivent pouvoir, dans le vécu quotidien de l'impartialité, s'entraider et partager d'une certaine manière leur expérience (v. supra § 3).

III. RELATIONS SOCIALES

11. *Dans la vie sociale, en ce compris dans ses relations avec la presse, le juge se comporte avec dignité, en restant attentif à l'intérêt public. Il ne peut jamais se servir des fonctions qu'il occupe dans le but d'obtenir des avantages directs ou indirects.*

Commentaire

Le problème des relations justice/médias devrait évidemment être ici développé: les logiques judiciaire et médiatique restent irrémédiablement étrangères l'une à l'autre et leur télescopage, la confusion des rôles, le fantasme d'une transparence totale, incompatible avec l'idée de procédure, tout cela favorise certains comportements posant problème en matière

d'impartialité (prise de position sur des affaires non jugées, vedettariat des juges, attaques contre leur personne, avec les risques de polémique qui s'ensuivent...). La communication légitime de la justice reste à définir: il faudrait ici préciser la nature des contacts que le juge doit avoir avec la presse dans l'intérêt du service, la façon dont il peut participer au débat public, les écrits qu'il peut s'autoriser, etc. Autant de questions qui n'ont pu être approfondies davantage car elles dépassent de beaucoup notre sujet: il aurait fallu en effet traiter du secret de l'instruction, de la déontologie en général (tant des juges que des journalistes), de la formation des magistrats à la communication, de la responsabilité des médias, de la défense des magistrats attaqués, etc. (v. aussi *supra* § 3).

12. *En tant que citoyen, le juge est libre de ses engagements, sous réserve des incompatibilités légales.*

Commentaire

Au sein de l'atelier, ce qu'il est convenu d'appeler «l'obligation de réserve» a donné lieu à d'abondantes et passionnantes discussions à l'issue desquelles, majoritairement, les participants ont préféré... s'en tenir à la formulation ci-dessus, dont le laconisme nécessite sans doute quelques explications.

L'engagement public du juge soulève un certain nombre d'interrogations. À commencer par celle-ci ; un magistrat peut-il être membre d'un parti politique? La réponse varie selon les pays (radicalement exclue en Angleterre, l'appartenance à un parti est encouragée en Allemagne et systématique en Suisse, tandis qu'en France le sujet n'est guère évoqué). Aussi, convient-il d'approfondir l'analyse: au-delà de la simple adhésion à un parti politique ou un mouvement militant, le juge peut-il, par exemple, accepter des responsabilités le conduisant à des prises de position publiques? Plus généralement, le magistrat ne doit-il pas, selon les termes de son statut, s'abstenir de « toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que lui imposent ses fonctions », en d'autres termes « toute manifestation laissant supposer un engagement politique ou idéologique susceptible d'orienter ses décisions »? Mais où commence une telle manifestation? Par exemple, est-il satisfaisant que des magistrats soient membres de cabinets ministériels? Est-il acceptable qu'un juge se fasse mettre en disponibilité pour mener campagne électorale, avant de réintégrer la magistrature en cas de défaite?

Autant de situations qui, pour certains membres de l'atelier, mériteraient clarification: ceux-là, estimant que l'on ne peut se contenter d'affir-

mer que tout ce qui n'est pas défendu est permis au juge, auraient voulu aller plus loin qu'un simple rappel des incompatibilités légales.

A l'opposé, d'autres ont fait valoir qu'il était peut-être préférable, pour une meilleure garantie de justice impartiale, que le juge affichât ses convictions politiques, syndicales ou religieuses, plutôt que de les cacher sournoisement. Ainsi resurgit la question du for intérieur, de l'apparence et de l'hypocrisie. Mais, ont fait observer les tenants d'une stricte obligation de réserve, pourquoi faudrait-il associer discrétion et hypocrisie? Pourquoi le juge qui évite d'afficher publiquement ses convictions ne pourrait-il juger impartialement?...

D'autres participants ont tenu à souligner le danger de « légiférer » dans un tel domaine. Ceux-là ont insisté sur l'évolution de la justice au cours des trente dernières années: l'apparition d'une réflexion collective des juges, favorisée par la création d'une Ecole nationale de la magistrature et caractérisée notamment par la naissance du syndicalisme judiciaire, a conduit à une véritable mutation de la justice en France, où l'égalité des citoyens devant la loi a été mieux assurée, les puissants devenant des justiciables comme les autres. Cette transformation est sans doute liée à d'autres facteurs (le contexte international de montée en puissance du droit par exemple) mais, de toute évidence, elle n'a été possible que parce que la liberté du juge n'était pas enfermée dans un carcan réglementaire: les engagements du magistrat lui ont permis d'être davantage en prise avec la réalité sociale. Les tenants de cette thèse considèrent, en conséquence, qu'il vaut mieux accepter le risque de certains débordements, dont le juge devra le cas échéant répondre *a posteriori* devant les instances disciplinaires compétentes, plutôt que réglementer *a priori* au risque d'inhiber le juge, de l'empêcher de jouer pleinement son rôle dans la société.

Certains membres de l'atelier ont à leur tour fait remarquer que, précisément en raison de l'émergence en France d'un véritable «pouvoir judiciaire», les règles du jeu ne pouvaient rester les mêmes: ayant des pouvoirs accrus, le juge a aussi des devoirs plus importants que par le passé.

Sans doute le débat n'est-il pas près d'être clos. Peut-être convient-il, en définitive, d'admettre que la recherche de l'impartialité reste avant tout la poursuite d'un idéal, fondé sur des questions, parfois dérangeantes, plus que sur des réponses?...

13. *Le juge ne doit pas adhérer à un groupement ou une association qui exige de ses membres la soumission à un engagement de fidélité ou de solidarité et/ou qui n'assure pas la pleine transparence sur la participation de ses membres.*

Commentaire

L'atelier s'est ici plus particulièrement penché sur la question de l'appartenance des magistrats à la franc-maçonnerie. Il s'est notamment interrogé à la lumière des expériences étrangères et de la seule décision du Conseil supérieur de la magistrature en la matière. Faut-il, comme en Italie, interdire aux magistrats l'appartenance à la franc-maçonnerie? Peut-on, comme cela avait été tenté (sans succès) en Angleterre, envisager d'obliger les magistrats francs-maçons à faire état publiquement de cette qualité? Doit-on s'en tenir à la position adoptée par le CSM, pour qui «l'appartenance de l'un de ses membres à une obédience maçonnique n'est pas, en elle-même, de nature à faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de la juridiction»?

La formulation retenue en définitive montre que, majoritairement, les membres de l'atelier ont estimé que cette position minimaliste leur paraissait insuffisante. Dans cet esprit, l'accent a été mis sur l'incompatibilité entre la mission du juge et un éventuel « engagement de solidarité ou de fidélité » d'une part, entre cette mission et une certaine forme de « clandestinité » d'autre part.

14. *Le juge ne s'engage dans un groupement ou une association où sa qualité de magistrat est ou sera connue qu'en indiquant clairement aux autres membres qu'il ne rendra aucun service relevant de l'exercice de ses fonctions et qu'il sera amené à s'abstenir dans toute procédure intéressant l'un d'entre eux ou le groupe lui-même.*

Commentaire

Inspiré des mêmes préoccupations que le précédent, ce principe vise des situations voisines: est notamment envisagée ici l'appartenance du magistrat à un club auquel on est admis par cooptation (Rotary, Lions...).

IV. ABSTENTION ET RÉCUSATION

15. *Le juge s'applique à éviter les situations qui sont susceptibles de conduire à des causes de récusation.*

Commentaire

La récusation étant, par hypothèse, révélatrice d'une difficulté, il appartient au juge d'anticiper. En conséquence, il doit avoir en permanence

la préoccupation de l'impartialité telle qu'elle est illustrée dans les principes précédents (v. notamment supra § 3, 5, 11 à 14). Pour ce faire, il doit garder présente à l'esprit la mise en garde de la Cour de cassation, selon laquelle «les cas de récusation n'épuisent pas nécessairement l'exigence d'impartialité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme». Il doit donc, si nécessaire, aller au-delà des incompatibilités telles qu'elles sont définies par les textes (Statut de la magistrature, Code de l'organisation judiciaire, Code de procédure pénale, NCPC...), en n'hésitant pas, le cas échéant, à se déporter avant toute demande de récusation.

16. *Le juge s'abstient chaque fois qu'il ne s'estime pas en mesure de juger impartialement et en toute indépendance, à moins que son abstention ne risque d'entraîner un déni de justice. Il communique les raisons de sa décision au responsable de sa formation et à ses membres.*

Commentaire

Si le juge doit se déporter sans attendre une demande de récusation, encore faut-il que l'abstention ne puisse être qualifiée d'abusive et que, sous couvert de scrupules, la décision ne soit guidée par des considérations de confort ou de paresse. A la limite, d'ailleurs, la décision d'abstention risquerait de conduire à un déni de justice, si la cause de récusation invoquée était commune à tous les magistrats d'un tribunal (par exemple en cas de litige impliquant un avocat, connu de tous).

Pour éviter cet écueil, certains membres de l'atelier ont fait valoir qu'il serait préférable qu'un juge, avant de s'abstenir de sa propre initiative, évoque la question avec ses collègues surtout en formation collégiale et que la décision ne soit prise qu'après une discussion voire une décision collégiale (étant cependant observé que l'obligation de communiquer ses raisons aux collègues peut parfois se heurter au respect de la vie privée).

17. *Lorsqu'il existe dans un dossier des éléments connus de lui de nature à déterminer chez une personne raisonnable, sans parti pris et bien informée, des doutes légitimes sur son impartialité, le juge en informe en temps utile les parties, en leur expliquant le cas échéant, pourquoi il estime ne pas devoir s'abstenir.*

Commentaire

Il s'agit, là encore, de prévenir dans toute la mesure du possible les causes de récusation. Ce qui a été indiqué ci-dessus au § 15 s'applique

donc, mutatis mutandis, étant bien sûr supposé, ici comme ailleurs, que l'on a affaire à des personnes «raisonnables, sans parti pris et bien informées» et non à des plaideurs de mauvaise foi.

18. *S'il a été l'objet d'une demande de récusation, le juge veille particulièrement à ne pas concevoir ni manifester un quelconque ressentiment à l'égard de l'auteur de la récusation ou de son avocat*

Commentaire

Le problème des suites d'une demande de récusation est particulièrement délicat: n'est-il pas irréaliste d'exiger du juge qu'il aborde une affaire sans *a priori* si, dès l'ouverture du procès, on l'a soupçonné de partialité? En d'autres termes, la procédure de récusation elle-même ne rend-elle pas partial? C'est précisément le calcul que font certains justiciables ou avocats, usant de la récusation comme d'une arme destinée à écarter certains juges ne leur convenant pas. À cette aune, le seul juge impartial serait celui... qui donne raison.

C'est précisément pour ne pas tomber dans ce piège que le juge impartial doit «veiller particulièrement à ne pas concevoir ni manifester un quelconque ressentiment» et ne pas percevoir une demande de récusation comme une vexation ni un drame personnel...

PIETRO RESCIGNO

CONCLUSIONI

Vorrei riservarmi uno spazio minimo e non di commento, poiché sarebbe molto difficile aggiungere utili riflessioni dopo interventi e relazioni che a mio parere hanno visitato il tema in maniera efficace e carica di suggestioni, oltre che di rievocazione e ricostruzione storica dei ‘codici’ anche i più recenti, per ciò che ne riguarda la formulazione e mentre sono tuttora messi alla prova come regole di diritto ‘vivente’.

È stato utile l’accento di Salmè al carattere di organizzazioni corporative che le professioni, a differenza di ciò che deve dirsi del compito del giudice, manifestano e assolvono, anche quando danno a se stesse ed impartiscono ai loro aderenti regole deontologiche da rispettare. La parola ‘corporazione’ non deve essere rifiutata in relazione ad esperienze relativamente vicine a noi, o con riguardo a reminiscenze di tipo feudale o medievale; qui vuol significare il fatto dell’organizzarsi intorno ad interessi di categorie che hanno bisogno del rispetto di regole, prescrizioni che impongono e attraverso propri organismi interni cercano di realizzare nella vita concreta delle professioni.

Nella nostra tavola rotonda si sono incontrate la professione forense, la magistratura e la stampa. Il discorso naturalmente può superare i confini delle tre specifiche realtà, ma si comprende che la scelta sia caduta sulle componenti dell’esperienza giudiziaria che stimolano la nostra attenzione anche in ragione della frequenza e della intensità delle relazioni con l’ambiente sociale.

Le scuole professionali di cui oggi si è parlato hanno costituito l’occasione di un incontro e di un possibile dialogo, sul ter-

reno della deontologia, tra le professioni legate al mondo del diritto, magistratura, avvocatura e notariato. Ho fatto personale esperienza delle scuole, perché nell'ultimo periodo di appartenenza all'Università ho avuto la fortuna di dirigere ai suoi inizi faticosi la scuola romana della Sapienza, e credo che queste scuole possano costituire, se slegate da interessi particolari e contingenti, un terreno utile di incontro di quelle specialistiche che si vogliono costituire nell'ambito di ciascuna delle professioni impegnate nel campo del diritto.

Vorrei insistere sulla precisazione a proposito del termine 'corporativo' (il senso è stato del resto chiarito e, per così dire, riscattato), da riferire alle professioni diverse dalla magistratura. Quest'ultima è chiamata a svolgere funzioni che hanno come destinataria l'intera società e perciò a stipulare una sorta di patto con i cittadini per rendere in primo luogo più conosciute o conoscibili le regole che, sia pure senza il carattere vincolante proprio della norma giuridica, prescrive o suggerisce ai propri associati. La parola associato non va intesa nel senso stretto dell'adesione al particolare ente collettivo di cui si è opportunamente sottolineata l'investitura a suo tempo ricevuta per la redazione del codice etico; il racconto della vicenda ci ha fornito da un lato l'immagine delle perplessità suscitate dall'incarico avuto, dall'altro dell'importanza da attribuire al dato, essere stata l'Associazione riconosciuta come portatrice dell'interesse dell'intera categoria, al di là del vincolo formale dell'iscrizione.

Per quanto riguarda le altre professioni il discorso, come dicevo, può essere condotto alla stregua della terminologia adoperata, pur se essa almeno in principio possa apparire strana o irritante o anacronistica, poiché non siamo in presenza di quelle formazioni sociali a cui la Costituzione, nel segno del pluralismo, appresta una particolare garanzia. Le formazioni sociali di sviluppo della persona sono, in verità, non solamente quelle 'tipiche' del testo costituzionale, e tali per ragioni storiche, ma altresì quelle che si vengono a formare ed a realizzare nel tempo. Certamente non vi appartengono le formazioni organizzate di carattere corporativo, nel significato che si è chiarito, senza nascondere nella pa-

rola alcuna censura al modo di essere e di organizzarsi di stampa ed avvocatura.

Un altro punto è emerso dai discorsi ascoltati, la distinzione tra dimensione etica e dimensione disciplinare, con l'avvertenza che certamente la condotta caduta sotto la misura disciplinare implica una valutazione di carattere etico, mentre non è vero l'inverso. Il sistema delle misure disciplinari non è di competenza dell'ordine o della categoria, della classe o del ceto, ma in linea di principio competenza del legislatore, e cioè del Parlamento, senza che nemmeno su tale terreno quest'ultimo possa pensare di avere una onnipotenza legata alla disponibilità della maggioranza; dovrebbe tener conto delle maggioranze passate e delle possibili future, e in ogni caso rendersi interprete di una società che non è monoliticamente rappresentata da chi per avventura in un certo momento storico ne ha la rappresentanza sul piano dei numeri.

Probabilmente i codici etici, in taluni settori, possono assolvere funzioni che rendano meno urgente e meno indispensabile un corpo di misure disciplinari. Il discorso può riguardare le professioni che sono a contatto immediato con l'uomo, investite sul piano della realtà pratica di decisioni da adottare con estrema sollecitudine e che si presentano spesso nel segno dell'urgenza e della imprevedibilità. Si pensi alla medicina, in primo luogo ai temi della bioetica; va segnalata in proposito la tendenza che molti giuristi manifestano, e chi vi parla appartiene a questo indirizzo, a rinunciare agli interventi legislativi immediati, rimettendo la soluzione di molte questioni che insorgono con caratteri di novità alla morale, alla coscienza, alla scelta dell'operatore, naturalmente facendo salve le convinzioni personali nel senso della possibile obiezione a comportamenti che il sentire comune ritiene legittimi e giustifica, ma che la coscienza morale del singolo può essere portata a rifiutare sulla base di una ideologia o di un credo. D'altro canto la pretesa del legislatore di essere onnipotente, di inseguire o di precedere addirittura la realtà, appare sempre più antistorica nel mondo in cui viviamo.

Si deve intanto sottolineare, come abbiamo sentito stamattina, il valore che l'avvocatura ha rispetto alla magistratura, nell'e-

laborare un diritto che vive nel senso di divenire lo strumento di cognizione critica e di aggiornamento del magistrato, e può sostituire in linea astratta un'intera biblioteca. Ma al tempo stesso deve rammentarsi che il vero diritto, quello che professiamo e abbiamo cercato di insegnare, è il diritto giurisprudenziale: la formula del diritto vivente, che talora suscita dubbi ed appare ambigua, significa che il diritto è costruito dai giudici.

Condivido pure la rilevazione delle contrastanti tentazioni – burocratica, isolazionista, mediatica – a cui la magistratura può cedere. Dell'ultima, avvertita dalla controparte del rapporto mediatico, ci ha detto il rappresentante del mondo dell'editoria, con l'indicazione che occorrono una maggiore apertura e una più corretta partecipazione della stampa, ai fini di una eguaglianza di trattamento e di una paritaria accessibilità ai momenti che segnano l'*iter* del procedimento. Così verrebbero attenuate situazioni che, muovendo da una sostanziale disparità, possono risolversi nel privilegio di una o poche persone, una posizione di vantaggio che spesso non dipende dal rapporto di stima reciproca che può legare l'operatore della stampa a singoli magistrati, ma da quell'accattonaggio (per usare il termine qui suggerito) esercitato in maniera furba, insistente, capace di cogliere o strappare confidenze.

Dei temi più generali trattati, per i quali dobbiamo essere grati ai relatori che li hanno svolti ed a quanti hanno contribuito già nella giornata di ieri, merita di essere ripreso il tema dell'apparenza, e cioè dei comportamenti che nei tratti esteriori sembrano violare le caratteristiche che dovrebbero connotare i giudici in termini di imparzialità, terzietà, indipendenza. L'affermazione spesso ricorrente che il giudice non solo deve essere ma deve apparire in quella luce, non può indurre a porre a base della misura disciplinare una ricostruzione di fatti che si presti all'arbitrio ed alla mera discrezione intesa nel senso meno nobile della parola, sino a spacciare una ipotesi per assodata realtà. Il principio dell'apparenza è controverso sul piano del diritto positivo e certamente, quando si cerca di riempire di concreto contenuto la sfuggente categoria dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, non gli spetta quella dignità.

Anche il discorso relativo alla norma delle preleggi evocata nell'ultimo intervento è importante. Che sia caduta l'incredibile previsione che addirittura esponeva a censure ed a sanzioni il giudice che si discosti da un'interpretazione esatta ed oggettiva è circostanza che sollecita a riflettere più attentamente sul principio, come mi pare emergere dalla relazione di Nello Rossi, legando la ricerca alla validità ed effettività di una norma tra le più discusse e contrastate del nostro sistema, nata nel clima positivistico-statale che dominò il legislatore degli anni Quaranta. Con il richiamo dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, e quindi togliendo ogni spazio ad ordinamenti che nascono dalla ragione e dall'equità, sostanzialmente più vicini alla morale individuale e collettiva, si finisce per ignorare altresì che nella gerarchia delle fonti esistono ora fonti sovraordinate e sottoordinate rispetto all'ordinamento dello Stato, fonti che rendono il discorso estremamente più delicato di un tempo, al pari del discorso che introduce i temi dell'interpretazione evolutiva e adeguatrice. Oggi l'interpretazione adeguatrice è istituto che negli ordinamenti positivi, ad esempio nella 'modernizzazione' del diritto delle obbligazioni attuata in Germania, prevede poteri di adeguamento del giudice in maniera sempre più larga, nella linea della naturale evoluzione del sistema.

Altro tema generale è la 'tipizzazione', trattata negli interventi di Danovi e poi di Natoli e Rossi. La tipizzazione evidentemente riguarda il profilo disciplinare; le norme etiche necessariamente risentono dell'indole delle clausole generali e cioè di principi e non di regole specifiche, come accade nel mondo della morale, in particolare della morale vissuta ed applicata. Ma il processo riduttivo ai tipi egualmente lascia aperti, suscitando timori che il decreto del legislatore delegato rafforza, alcuni spazi; del resto esso non può essere mai completo e il nostro sistema in materia di illecito è dominato dal principio della atipicità, contro la riduzione a tipi operata negli ordinamenti di *common law* (ma atipicità e tipicità, come hanno dimostrato l'indagine della dottrina e la fruttuosa giurisprudenza al riguardo, sono qualifiche che non si attagliano perfettamente né all'uno né all'altro sistema).

Se la tipizzazione è destinata a lasciare varchi aperti e formule vaghe attraverso le quali diventa possibile intervenire e reprimere, converrebbe allora orientarsi verso un sistema rigorosamente tipico, che è tuttavia soluzione storicamente impossibile. Rispetto agli esperimenti attuali ed a ciò che si annuncia occorre assumere e mantenere un atteggiamento di resistenza, perché il discorso venga ripreso in un clima più sereno, aperto e pluralistico, come sempre dovrebbe accadere nella nostra società.

GIUSEPPE SALMÈ

LA DEONTOLOGIA
TRA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE
E DIALOGO CON I CITTADINI

Il problema del rapporto tra deontologia e responsabilità disciplinare del magistrato, a differenza di quanto è avvenuto per i liberi professionisti, non è stato molto approfondito in dottrina e in giurisprudenza. Non deve stupire, quindi, che questo tema sia stato, sostanzialmente, trascurato nel dibattito associativo. Tuttavia una certa confusione di linguaggio e di concetti ha provocato alcuni effetti non accettabili.

È infatti accaduto che in alcuni capi d'incolpazione, soprattutto in materia di manifestazioni del pensiero, formulati dal Ministro o dal Procuratore generale e poi anche in alcune sentenze disciplinari, l'illecito sia stato individuato e descritto come diretta violazione di una norma del codice etico approvato nel 1994. Questa impostazione non può essere condivisa per una pluralità di ragioni. La prima è che, come ha affermato la Corte costituzionale nella storica sentenza n. 100 del 1981, i magistrati debbono godere degli stessi diritti costituzionali di tutti gli altri cittadini, con il solo limite della necessità di bilanciare tali diritti con altri beni costituzionalmente tutelati come l'imparzialità nell'esercizio della giurisdizione e la credibilità dell'ordine giudiziario. Aggiunge la Corte costituzionale che il bilanciamento può essere operato, nei limiti della ragionevolezza, dal legislatore ordinario ovvero, quando il legislatore scelga di dettare una norma generale, dal giudice disciplinare. Il vuoto lasciato dall'art. 18 dell'ordinamento giudiziario non può essere invece riempito da una circolare mi-

nisteriale (ricordiamo la famosa circolare Flick sui rapporti dei magistrati con la stampa), da una risoluzione del Consiglio superiore e neppure da un codice deontologico, perché un diritto costituzionale, come quello alla libera manifestazione del pensiero, non può essere limitato per atto amministrativo o dell'autonomia privata. La seconda ragione è di ordine più "politico", perché, proprio dal punto di vista associativo, non è accettabile che la giurisdizione disciplinare diventi il braccio secolare al quale possa essere affidato il rispetto dei principi del codice etico. Ne andrebbe di mezzo l'autonomia dell'Associazione, che non potrebbe non essere condizionata nella sua opera di ricerca di nuovi principi e di aggiornamento di quelli già individuati. Penso, ad esempio, al dibattito che accenna ad aprirsi sull'individuazione dell'esatta portata del principio di tutela dell'apparenza dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Sul tema del rapporto tra codice deontologico e responsabilità disciplinare in questa consiliatura sono state pronunciate alcune sentenze, una delle quali (quella sul caso Sanza) ha avuto l'espressa conferma, sul punto di cui si tratta, delle sezioni unite della Corte di cassazione. Ha affermato la sezione disciplinare che le norme deontologiche e quelle disciplinari hanno funzione e natura diverse, in quanto la norma deontologica indica gli obiettivi massimi di crescita (si pensi alla norma sul dovere di costante aggiornamento professionale o a quelle sui modelli di buon dirigente) e di etica professionale ai quali debbono tendere i magistrati. In quanto tali, in quanto cioè mere norme deontologiche, non possono prevedere sanzioni di natura giuridica, ma possono essere utilizzate, anche in funzione di prevenzione degli illeciti disciplinari, in altri campi, come quello delle valutazioni di professionalità. È ciò che avviene in altri Paesi, come la Francia, nei quali le violazioni di scarso rilievo del dovere di diligenza (ad esempio ritardi nel deposito di provvedimenti) rilevano solo sul piano delle valutazioni di professionalità e danno luogo a interventi non sanzionatori dei dirigenti degli uffici. L'illecito disciplinare, invece, mira a sanzionare, per così dire, il minimo etico. Si tratta cioè di un rapporto che per un verso è quantitativo, per altro verso

attiene alla prova, perché l'esistenza di una norma deontologica può avere la funzione di indizio o prova dell'esistenza di un precetto disciplinarmente rilevante, con la conseguenza che la sanzione consegue direttamente alla violazione di tale precetto e, solo indirettamente, del dovere deontologico. I francesi riassumono questa argomentazione con un'affermazione molto efficace: mentre ogni illecito disciplinare costituisce anche violazione di un dovere deontologico, non è vero il contrario, e cioè che non ogni violazione di dovere deontologico costituisce illecito disciplinare.

Se le considerazioni che vado facendo possono essere condivise, vedo anche un ulteriore sviluppo riguardo alla prospettiva che tende a superare, anche con riferimento ai problemi dello *status*, un'impostazione tutta interna alla corporazione per aprirsi a un'ottica che privilegi l'aspetto esterno, i diritti degli utenti del servizio, nella ricerca di un dialogo che possa portare a stipulare un patto tra magistrati e cittadini. A questo proposito non possiamo trascurare che la sentenza della Corte costituzionale n. 497 del 2000, per giustificare la profonda diversità della responsabilità disciplinare dei magistrati rispetto a quella degli altri pubblici funzionari e dei liberi professionisti, ha affermato che «La premessa teorica dalla quale occorre procedere è che il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge. Si tratta perciò di beni i quali, affidati alle cure del Csm, 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». Quindi, se la responsabilità professionale del magistrato non è una responsabilità "corporativa", si comprende come ben possa affermarsi la necessità di un'apertura all'esterno e di un dialogo con i cittadini. Questo dialogo non può ovviamente riguardare né l'individuazione del contenuto dei precetti disciplinari, né l'accertamento in concreto della responsabilità. Ma ben potrebbe riguardare il piano della deontologia, che non può

essere monopolio esclusivo dell'associazionismo. È necessario quindi che questo terreno della deontologia sia sgombrato da vincoli e condizionamenti di tipo giuridico formale e dalla stessa prospettiva sanzionatoria, perché solo così potrà costituire argomento di confronto con gli utenti del servizio e con i cittadini più in generale.

GIOACCHINO NATOLI

LA DEONTOLOGIA DEI MAGISTRATI

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento generale. – 2. Il quadro di riferimento normativo interno. – 3. Valore ed effettività delle norme del codice etico. – 4. Notazioni sul contenuto del codice etico della magistratura ordinaria. – 5. Uno sguardo al panorama sovra-nazionale, europeo ed internazionale. – 6. Conclusione.

1. *Il quadro di riferimento generale*

Si è manifestata in questi ultimi trent'anni una certa tendenza delle società moderne, in coincidenza con momenti di crisi delle regole generali, a guardare alla deontologia come ad uno strumento efficace per contribuire allo sviluppo armonioso dell'ordinamento giuridico.

Alla deontologia è stata affidata – forse con un eccesso di *ottimismo della volontà* – la speranza di una più forte responsabilizzazione sociale, anche in termini di etica.

Sia subito chiaro che discutere di deontologia non vuol dire indulgere a vuoti moralismi o alludere ad un vago *dover essere*, bensì interrogarsi su una problematica assolutamente concreta e reale, soprattutto per quanto attiene all'attività di magistrati ed avvocati, ovvero dei principali protagonisti del *giudizio*.

Va pure detto che la problematica deontologica, come ampiamente messo in luce dalla dottrina, può essere affrontata da più angoli visuali, a cominciare da quello sociologico¹, giuri-

¹ Questo approccio si interroga sulle cause e sui meccanismi di funzionamento della deontologia, letta come «*strategia mediante la quale la professione giustifica la propria presenza di fronte alla società oltre che di fronte ai suoi membri*».

dico² o filosofico³. Nel mondo anglo-sassone si sono registrate le prime moderne esperienze, che hanno riguardato in Inghilterra “*codici di condotta*” (per gli amministratori locali: 1974/76) e negli Usa “*codici etici*” sia per i dipendenti pubblici (1980, 1989, 1992) sia per gli avvocati e per i giudici (1972, 1973)⁴.

Non è affatto strano che tutto ciò sia accaduto originariamente in quelle realtà socio-politiche, perché, come noto, la comunità di quegli Stati è da sempre estremamente attenta al rispetto di “*standards of conduct*”⁵, viste nella doppia funzione⁶:

- di parametro *interno* per gli appartenenti ai vari ceti professionali;
- di controllo *esterno* da parte della collettività rispetto ad inosservanze lesive di *standard* comportamentali socialmente condivisi.

² Questo approccio si interroga sui modi e sui limiti di compatibilità dell’ordinamento giuridico settoriale (e della deontologia da esso positivamente statuita) con l’ordinamento giuridico generale.

³ Questo approccio, interrogandosi sul fondamento della deontologia, costituisce ovviamente un *prius* rispetto agli altri due angoli visuali.

⁴ Vedi, ad es.:

Model Code of Judicial Conduct, adottato dalla *House of Delegates of the American Bar Association* il 16.7.1972 e riformato il 7.8.1990. Contiene, in particolare, cinque “canoni” che sembrano riconducibili, come natura giuridica, più propriamente alla cd. responsabilità disciplinare (in trad. it., a cura di P. Pederzoli, in *Centro Studi e Ricerche sull’ordinamento giudiziario* - Università degli Studi di Bologna, 1988);

Code of Judicial Conduct for United States Judges, approvato inizialmente dalla *Judicial Conference* il 5.4.1973, e successivamente modificato nel marzo 1987, nel settembre 1992, nel marzo e nel settembre 1996. Contiene sette “canoni” di condotta ed una sezione allegata (*Compliance*), preparati da ultimo dall’*Office of the General Counsel, Administrative Office of the United States Courts* nel marzo 1997;

California Code of Judicial Ethics, adottato dalla Corte Suprema dello Stato della California dal 15.1.1996.

⁵ Va rilevata la notevole importanza che negli ordinamenti anglosassoni hanno le *non-legal rules* e le regole di condotta non sanzionabili giuridicamente (cfr. W. FIKENTSCHER, in *United Nations Codes of Conduct: New Paths in International Law*, 1982, XXX *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, p. 557).

⁶ Trattasi di un approccio chiaramente mirato al cd. angolo visuale sociologico.

Non è certamente un caso, poi, che in Italia si sia particolarmente puntato sulla deontologia negli anni Novanta, allorché il Paese visse un contesto di diffusa coscienza della profonda crisi di moralità pubblica che attraversava la nostra società.

Questa attenzione ha interessato, nell'arco di un solo biennio:

- sia il settore degli ordini professionali (carta dei doveri dei giornalisti: 8.7.1993; codice deontologico dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Napoli: 7.12.1993; principi di deontologia professionale dei notai: 24.2.1994)⁷;
- sia il settore pubblico e delle magistrature (codice di condotta dei dipendenti pubblici: 31.3.1994; codice etico dei magistrati del Consiglio di Stato: 28.4.1994; codice etico dei magistrati della Corte dei Conti: 28.4.1994; codice etico dell'Avvocatura dello Stato: 5.5.1994; codice etico della magistratura ordinaria: 7.5.1994)⁸.

Per deontologia si intende, in un'accezione ormai condivisa, «l'insieme delle regole morali che disciplinano l'esercizio di una determinata professione» ovvero «il complesso dei doveri inerenti a particolari categorie professionali di persone».

Il termine, come noto, nasce dal pensiero di Jeremy Bentham⁹ e rinvia al concetto di “comportamento idoneo al fine”.

Comunque, quale che sia l'accezione assunta, deontologia è qualcosa di assai più rilevante di “una specie di galateo del professionista”, giacché è un interrogarsi sulla *adeguatezza/inadeguatezza* di una certa condotta rispetto ai fini che si ritiene siano assegnati ad un soggetto facente parte di un determinato ceto professionale.

⁷ Cfr., inoltre, *Codice deontologico dell'Avvocatura Italiana*, approvato dal Consiglio nazionale forense il 17.4.1997, in *Rassegna forense-Quaderni* (n. 3), Giuffrè ed., Milano, 1999.

⁸ Cfr. *Documenti Giustizia*, 1994, fasc. 7-8, p. 1476 ss., in cui sono pubblicati tutti i codici etici (ad eccezione di quelli dei giornalisti e degli Avvocati dello Stato).

⁹ J. BENTHAM, *Deontology or the Science of Morality*, 1834 (pubbl. postuma, a cura di Bowring).

Per ragionare sulla deontologia di un corpo professionale occorre, infatti, preliminarmente identificare la natura della professione in esame ed i caratteri essenziali che connotano la *Beruf* (che, secondo Roppo, è “professione” ma anche “vocazione”) di cui si cercano le regole¹⁰.

Questa individuazione è più facile per professioni che si estrinsecano nel *mondo naturalistico*, mentre più difficile è il discriminare per quei ceti professionali – tra cui la magistratura – che agiscono in una sorta di *mondo artificiale*, cioè in un sistema interamente fondato su convenzioni e su una serie di enunciati, che sono il frutto esclusivo del pensiero umano.

In conclusione, se è chiaro che alla deontologia non può essere attribuito un compito di supplenza rispetto ad altre regole formali, è altrettanto chiaro che essa svolge tuttavia la funzione insostituibile di raccogliere l'insieme di *indicazioni, prassi e comportamenti*, che – se pur non compiutamente definiti né suscettibili di più precisi ed efficaci controlli – valgono ad identificare la specificità di ciascun ruolo professionale, ed il suo grado di fedeltà rispetto ai valori che fondano quella branca di attività¹¹.

2. *Il quadro di riferimento normativo interno*

L'adozione di un “codice etico delle magistrature” trova fondamento nell'art. 58-*bis*, co. 4, del d.lgs. 3.2.1993 n. 29 (aggiunto in sede correttiva dall'art. 26 d.lgs. 23.12.1993 n. 546), con il quale il Governo ha ritenuto di disporre che «per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato gli organi di categoria adottano (...) un codice etico, che viene sottoposto all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata».

¹⁰ V. ROPPO, *La magistratura come professione legale: per una deontologia del servizio-giustizia*, in *Politica del diritto* (n. 3/2000).

¹¹ G. GILARDI, *Organizzazione e deontologia della funzione giudiziaria*, in *Questione giustizia* (nn. 3-4/1996).

Nel processo di razionalizzazione sistemica dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche delineato dalla l. 23.10.1992 n. 421 (sulla «*privatizzazione del pubblico impiego*»), contenente «*delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di pubblico impiego*», si inserì all'improvviso (ed in un contesto poco coerente)¹² questa speciale disposizione riguardante anche le magistrature.

Dalla norma in esame si possono trarre, da subito, le seguenti notazioni di ordine generale:

- i soggetti chiamati ad elaborare il codice sono le associazioni professionali di categoria;
- la generalità dei magistrati (indipendentemente dall'adesione di ciascuno di essi alle associazioni professionali) è chiamata a pronunciarsi sul testo elaborato e proposto in sede associativa;
- ciascun organo di autogoverno ha una competenza solo *sussidiaria*, operante in caso:
 - di inerzia delle associazioni investite del compito di elaborazione;
 - di incapacità delle stesse di confezionare un testo;
 - di mancata adesione al codice da parte degli appartenenti alla magistratura interessata.

Dalle *regole di formazione* del codice appare chiaro che le associazioni di categoria non sono chiamate ad una funzione *creativa*, ma ad un compito che si potrebbe definire *maieutico*, ovvero di estrazione dalla cultura della giurisdizione e dall'esperienza concreta del mondo giudiziario di quei “valori essenziali, durevoli ed universali”, che costituiscono principi e regole già avvertiti dalla generalità dei magistrati come meritevoli di essere rispettati¹³.

¹² «Tutti i rami dell'amministrazione dello Stato devono dotarsi di codici etici al fine di assicurare la qualità dei servizi che le dette amministrazioni rendono ai cittadini».

¹³ N. ROSSI: *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura*, in *Questione giustizia* (1993, n. 4).

Il procedimento di formazione del codice – ed in particolare la disposizione in tema di adesione dei magistrati – è sembrato segnalare, poi, la consapevolezza del legislatore che le regole deontologiche hanno tanto più efficacia quanto più sono espressione di un impegno professionale liberamente assunto dai magistrati stessi nei confronti dei cittadini, giacché fanno di ciascun magistrato una sorta di “*gate keeper*” di se stesso.

Intendo dire che reputo estremamente significativo – con riferimento alla magistratura ordinaria – che in una fonte normativa primaria si sia riconosciuto all’Anm il compito giuridico di rappresentare in modo forte l’intero ordine giudiziario (compresi i pochi magistrati non iscritti) nel momento in cui si è trattato, dieci anni addietro, di elaborare il primo *corpus* etico-deontologico della categoria.

Come sappiamo, il “codice deontologico dei magistrati ordinari” è stato licenziato dal Cdc dell’Anm in data 7 maggio 1994 e trasmesso autonomamente (il 19 seguente) al Csm affinché esso, «ove lo avesse ritenuto, potesse individuare i modi e le forme più idonei per la prescritta manifestazione di eventuale adesione dei singoli magistrati»¹⁴.

In altri termini, pur essendo stato attribuito per legge all’Anm il compito di indicare il meccanismo di adesione o meno dei singoli magistrati al testo proposto, quest’ultima ha ritenuto – in modo altamente apprezzabile – di investire del delicatissimo problema il Csm in considerazione della portata storica dell’atto che si doveva perfezionare.

Da tale diversità di procedimento si può cogliere la ben differente natura giuridica che distingue il *codice deontologico* dei magistrati dal *codice di comportamento* dei pubblici dipendenti: il primo con origine assolutamente *autonoma*; l’altro di chiara matrice *eteronoma*, a plastico riconoscimento della peculiare posizione di indipendenza da «ogni altro potere» prevista in Costituzione per la magistratura (art. 104, co. 1).

¹⁴ Cfr. delibera Csm, adottata nel *plenum* del 12 luglio 1994.

Questa sostanziale differenza, peraltro, era già stata perspicuamente notata, all'epoca dei lavori preparatori della Costituzione del 1948, da uno dei più eminenti comparatisti italiani, Gino Gorla, il quale così scriveva:

«Non si può porre il giudice sullo stesso piano di altri funzionari pubblici...

Il giudice è – o dovrebbe essere – per le sue stesse funzioni al di sopra di tutta la scala dei valori politici, almeno in una società che voglia essere retta col sistema delle leggi e non con quello del provvedimento caso per caso, cioè dell'abuso.

Quel livellamento distruggerebbe alla base il sistema legale...

I giudici devono essere trattati al di fuori del comune ordinamento dei funzionari statali, poiché essi non sono in realtà dei dipendenti dello Stato, ma sono lo Stato stesso, in uno dei suoi organi costituzionali; sono il simbolo vivente, non del funzionario che 'dipende', ma dell'autonomia, del diritto soggettivo, e la loro stessa vita deve essere autonomia in tutti i sensi»¹⁵.

3. *Valore ed effettività delle norme del codice etico*

Va subito precisato che il codice etico non è un *corpus* di norme disciplinari e che, soprattutto, non vi è corrispondenza tra le regole di etica professionale da esso dettate e le (invero scarse) statuizioni legislative in materia di infrazioni disciplinari¹⁶.

¹⁵ Vedi *Della posizione costituzionale dell'ordinamento giudiziario. Per l'autonomia della magistratura*, in AMMATUNA, CALAMANDREI, CANDIAN *et al.*: *Per l'ordine giudiziario*, Milano, 1946, p. 47.

¹⁶ Il principale punto di riferimento è tuttora l'art. 18 R.D.L. 31.5.1946 n. 511 (cd. legge delle guarentigie), che assoggetta a sanzione 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».

Tale norma, pur essendo apparsa da subito vaga ed abbisognevole di riempimento da parte dell'interprete per i giudizi di valore contenuti (fiducia, considerazione, prestigio), è stata tuttavia ritenuta legittima dalla Corte costituzionale (sentenze n. 100/1981, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 843; nonché n. 159/1981 e n. 200/1981). Più di

Al riguardo, appare illuminante riportare quanto è chiaramente espresso nella *Premessa* dello stesso:

«Si tratta di indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari.

La operata individuazione di norme di comportamento, ispirate all'attuazione dei valori morali fondamentali propri dell'ordinamento di categoria, è inevitabilmente condizionata dall'assetto normativo vigente e dalla ricognizione delle questioni di maggiore rilevanza attuale: per ogni eventuale modifica e aggiornamento delle norme così individuate sarà seguita la medesima procedura».

Nel campo dell'etica professionale rientrano, infatti, anche canoni di trasparenza del comportamento, di attenzione agli interessi dei cittadini e degli avvocati, che sono importanti per garantire un migliore e più corretto funzionamento del servizio-giustizia anche se restano ampiamente al di sotto della soglia di un'eventuale rilevanza disciplinare.

Pur senza voler nascondere la difficoltà di una netta separazione di confini tra norme deontologiche e norme aventi altra natura (penale, processuale, disciplinare), è evidente che esiste un territorio assai ampio – nell'attività giudiziaria – in cui le condotte, anche se non sanzionate dai codici di procedura o dalle norme disciplinari, costituiscono una «trama di prassi e di stili che distinguono un ordinamento dall'altro e caratterizzano, accanto al tessuto normativo, il concreto funzionamento di ciascun sistema di amministrazione della giustizia»¹⁷.

Tuttavia, anche quando i piani dell'etica professionale e della normativa disciplinare si intersecano, resta profonda la differenza *ontologica* esistente tra la “*regola sociale*” e la “*norma giuridica*”.

recente, la Cass., SS.UU. civili (sentenze n. 1338 del 9.2.1998 e n. 10618 del 26.10.1998), ha ribadito la legittimità costituzionale della previsione dell'art. 18, posto che la sua formulazione “in bianco” è stata resa necessaria dall'impossibilità di descrivere tutti i comportamenti che possano ledere i valori dalla stessa tutelati.

¹⁷ Cfr. L. DE RUGGIERO e G. ICHINO: *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Questione giustizia* (n. 1/94).

Tutto ciò non deve, però, far pensare che le norme del codice deontologico siano irrilevanti, giacché la violazione di un precetto di esso dovrebbe far scattare per il magistrato una “*sanzione morale e sociale*” estremamente incisiva all’interno dell’ambiente in cui opera, e dovrebbe comportare anche una denuncia pubblica del suo scorretto operato.

A parte ciò, poi, in sistemi come quelli disciplinare e para-disciplinare, che si caratterizzano:

- per la tuttora generica ed ambigua formulazione degli illeciti disciplinari anche nella nuova versione nascente dalla l. n. 150/05 di riforma dell’ordinamento giudiziario, ove residuano formulazioni nella quali il legislatore-delegato (vedi il recentissimo schema d.lgs. del 28.10.2005) pone vere e proprie “clausole di apertura” di vastità ed indeterminazione tali da vanificare ogni asserita tipizzazione degli illeciti¹⁸;
- nonché per la “forma libera” delle condotte ex art. 2 legge guarentigie sui trasferimenti d’ufficio per comportamenti anche incolpevoli;
- non è del tutto infondato ritenere che le norme del codice etico possano costituire un utile “parametro” per riempire di “contenuti concreti” – di volta in volta – i comportamenti sottoposti a giudizio disciplinare o il provvedimento di incompatibilità ambientale e/o funzionale.

Per non dire, ancora, che la violazione di norme prettamente deontologiche (ad es., gli artt. da 8 a 14) dovrebbe essere sempre presa in considerazione dai Consigli giudiziari, in sede di redazione di pareri per progressioni in carriera o assegnazione di incarichi direttivi, laddove si tratti (ovviamente) di condotte reiterate e non occasionali.

¹⁸ Vedi art. 1, co. 2, schema d.lgs. 28.10.2005, in cui si prevede «che il magistrato, anche fuori dall’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 dell’istituzione giudiziaria». Ed ancora: art. 3, co. 1, lett. *bb*, in cui si prevede come illecito «il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura».

Quindi, attraverso questi canali, il codice etico può (e dovrebbe) senz'altro essere – ove soltanto lo si voglia – uno strumento ad alto coefficiente di effettività¹⁹.

4. *Notazioni sul contenuto del codice etico della magistratura ordinaria*

Va preliminarmente rilevato che il codice etico, in quanto non contenuto in un atto approvato dal Parlamento, non possiede forza di legge.

Ciò premesso, va detto che esso, costituito da pochi articoli, può dividersi in quattro sezioni “ideali”:

- 1) valori e principi fondamentali (artt. 1-7);
- 2) indipendenza, imparzialità e correttezza (artt. 8-10);
- 3) condotta del giudice e del pm nel processo e nell'esercizio delle funzioni (artt. 11-13);
- 4) doveri del dirigente (art. 14).

Va pure osservato che nel documento si trova, innanzi tutto, un ampio catalogo dei doveri del “buon magistrato”, atteso il riferimento ad espressioni di alto contenuto valoriale, quali: dignità, correttezza, sensibilità all'interesse pubblico, indipendenza, imparzialità, rifiuto di ogni interferenza esterna, diligenza ed operosità.

Quanto ai cd. *principi generali*, mi preme segnalare per brevità solo quegli articoli in cui si possono rinvenire alcuni temi che attengono alle “nuove frontiere” dell'etica giudiziaria: ad es. l'art. 3, che stabilisce che il magistrato «conserva ed accresce il proprio patrimonio professionale, impegnandosi nell'aggiornamento e approfondimento delle sue conoscenze nei settori in cui svolge la propria attività».

Ciò mi pare importante, perché (tra l'altro) si pone in piena corrispondenza con il *Principio V, comma 3*, della Raccomanda-

¹⁹ Cfr. N. ROSSI, *Prime riflessioni*, cit.

zione del Consiglio d'Europa n. R (94) 12, secondo cui «i giudici dovranno in particolare assumere le seguenti responsabilità: (...) seguire ogni formazione necessaria all'esercizio efficace ed adeguato delle loro funzioni»²⁰.

Tale norma segnala, infatti, non solo l'intrinseco significato positivo di un volontario aggiornamento professionale ma esalta la doverosità dello stesso, visto come strumento irrinunciabile al fine di realizzare una effettiva "democraticità" nell'esercizio della funzione ed uno stimolo permanente al superamento dei naturali limiti conoscitivi di ciascun magistrato.

Un secondo argomento, considerato da anni assai delicato, è quello delle relazioni con la stampa e gli altri *media* (art. 6).

Il tema coinvolto è, invero, quello spinosissimo della *riservatezza* o addirittura del *silenzio* dei magistrati²¹, cioè di un comportamento che i cittadini istintivamente (direi "a pelle") avvertono come positivo, anche se essi non meditano, nell'auspicare ciò, sugli assai incerti rapporti di questa condotta con altri importanti valori tutelati dalla Costituzione: primo fra tutti, il principio di libera manifestazione del pensiero (pur se ispirato a criteri di equilibrio e misura in ragione della peculiare funzione svolta)²².

Infatti, mi pare utile ricordare che la Corte costituzionale, con la tuttora fondamentale sentenza n. 100 dell'8.6.1981, ha affermato che «l'equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto dei magistrati alla libertà di manifestare le proprie opinioni, ma ne vieta soltanto l'abuso. Che viene ad esi-

²⁰ Cfr. G. OBERTO, *Progetto preliminare di parere sulle norme concernenti l'indipendenza della giustizia e l'inamovibilità dei giudici, contenute nella Raccomandazione n. R (94) 12 del Consiglio d'Europa*.

²¹ Per una ampia ed analitica disamina del tema, cfr. M. CICALA: *L'«onore di Borsellino»*. *Spunti per una riflessione sulla deontologia giudiziaria nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in materiale di studio per *Incontro CSM per gli uditori nominati con d.m. 18.1.2002* (Roma, 1.10.2002, parte III, p. 40 segg.).

²² Vedi Cass. SS.UU., sentenze n. 6179/1993 e n. 10999/1993, secondo le quali – in sintesi – il principio garantito dall'art. 21 Cost. non tollera limiti *soggettivi* per i magistrati solo perché tali, anche se incontra i limiti *oggettivi* imposti dalla necessità di non trasmodare nell'abuso e nell'indebito attacco alla sfera giuridica di altri soggetti nonché di contemperamento con altri interessi di rango pubblicistico e costituzionale.

stenza ove risultino lesi valori non meno rilevanti come quelli desumibili dagli artt. 101 e 104 Cost., secondo cui i magistrati debbono essere imparziali ed indipendenti, non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento».

Un'approfondita analisi dell'argomento risulterebbe esorbitante, forse, in questa sede.

Va segnalato, comunque, che l'art. 6 sottolinea tre punti fondamentali:

- il magistrato non deve sollecitare la pubblicità di notizie che riguardano la sua attività;
- il magistrato è tenuto al segreto su informazioni conosciute per ragione del suo ufficio;
- il magistrato, quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza, e ritiene di dover fornire notizie (per un'informazione corretta, per l'esercizio del diritto di cronaca o per evitare di pregiudicare l'onore e la reputazione dei cittadini), deve evitare la costituzione di canali informativi personali o privilegiati.

L'importanza di tale ultimo punto non può sfuggire ad alcuno, anche perché una effettiva capacità di divulgazione circa l'esatto contenuto e significato di taluni atti giudiziari si pone come utile mezzo di contrasto ai sempre più diffusi tentativi di "lettura strumentale" dell'azione giudiziaria, e costituisce l'antecedente logico di un pur possibile recupero di corretto *consenso* sociale su decisioni che, talvolta, hanno basi tecniche non facilmente percepibili dai non esperti.

Al riguardo, ad esempio, mi sembra utile segnalare:

- che l'Assemblea generale della Corte di cassazione, tenutasi il 23.4.1999, ha auspicato all'unanimità il rafforzamento dell'ufficio stampa istituito presso la Corte stessa allo scopo di fornire informazioni puntuali e precise circa le sentenze emesse dalla Suprema Corte;
- che persino un Procuratore generale della Cassazione come Vittorio Zucconi Galli Fonseca (autorevole teorizzatore del

silenzio dei magistrati) ha ritenuto di dover esercitare questa facoltà, allorché rispose con un comunicato-stampa ad alcune dichiarazioni del procuratore della Repubblica di La Spezia²³;

- che la legittimità degli interventi del magistrato per difendere e spiegare i propri atti è stata riconosciuta dalla sentenza delle SS.UU. Civili della Cassazione n. 105 del 22.2.1999;
- che la stessa Suprema Corte ha richiamato come fonte normativa una risoluzione del Csm del 19.5.1993, secondo cui non può disconoscersi la facoltà del magistrato, in inchieste di particolare rilievo, di fornire precisazioni per «dissipare equivoci e per impedire distorsioni, al fine di contribuire ad una corretta e compiuta informazione, che è indiscutibile fattore di arricchimento della democrazia, in quanto assicura conoscenza, trasparenza e controllo».

In ogni caso, l'art. 6 vuole evidenziare – da un lato – una marcata affermazione di chiaro disvalore verso ogni forma di (ormai anacronistico) *aureo distacco* nei confronti della civiltà dell'informazione, ma – dall'altro – una altrettanto ferma non condizionale di qualsiasi forma di pericoloso *collateralismo* di parte.

Passando per esigenze di brevità alle *condotte giudiziarie*, la lettura degli artt. 11-13 del codice solleva questioni di notevole rilievo, riaffermando opzioni interpretative a volte colpevolmente trascurate nella prassi quotidiana.

Procedendo per sintesi, direi che meritano di essere segnalati:

- a) la riaffermazione del valore della *legalità dell'accertamento*, inteso come rispetto della metodologia normativa di ricostruzione del fatto (art. 11: *cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti*);
- b) la descrizione del ruolo del pm, con il particolare riferimento al suo “*dovere di imparzialità*”, sottolineandone – specialmente nella fase delle indagini preliminari – l'aspetto di

²³ Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1996*, in *Documenti Giustizia* (nn. 1-2/1997).

“*parte pubblica*” o di “*organo di giustizia*” e non già di mero organo dell'accusa (art. 13: «indirizza la sua indagine alla ricerca della verità, acquisendo anche elementi di prova a favore dell'indagato»). Questo aspetto della condotta del pm rimarca, significativamente, che su di lui grava un *dovere di obiettività* nella valutazione delle risultanze investigative, nonché che deve essere chiara l'assenza di ogni volontà persecutoria nella sua condotta per la stessa “pubblicità” della funzione esercitata, che lo deve muovere in un'ottica di mero *controllo di legalità* assolutamente non discrezionale.

Infine, è certamente innovativa (e meritevole di ulteriore ed efficace sviluppo) quella parte del codice etico in cui si disciplinano i *doveri del Dirigente* (art. 14), del quale la norma disegna l'auspicabile *profilo ideale* in una previsione che, con i suoi cinque commi, è la più lunga di tutto il codice.

La complessità e varietà degli aspetti presi in considerazione mi impone, per brevità, di soffermarmi su uno soltanto di essi, quello relativo al comma 1, con esclusivo riguardo alla figura del procuratore della Repubblica.

Questa, infatti, assumerà importanza sempre più centrale con la prossima entrata in vigore del nuovo ordinamento giudiziario, attraverso il quale il legislatore ha voluto radicalmente modificare l'assetto ordinamentale delle procure, configurando un procuratore che – per usare le parole di un illustre giurista – sarà in equilibrio tra una specie di *padre-padrone* ed un *mandarino* dell'apparato burocratico della vecchia Cina imperiale²⁴.

Il punto di maggiore rilevanza, a mio avviso, è quello relativo al potere discrezionale di *delega* ai sostituti per lo svolgimento degli affari giudiziari, alla loro eventuale revoca, all'assenza di ogni controllo da parte del Csm o del Consiglio giudiziario, alle direttive discrezionali circa lo svolgimento delle indagini, l'esercizio dell'azione penale, la richiesta di archiviazione, ecc.

²⁴ La similitudine si deve a P. FERRUA, *Riforme ordinamentali e ruolo della magistratura* (Convegno sull'Ordinamento giudiziario, Palermo - 21 giugno 2003, organizzato dal Centro studi Cesare Terranova, et al.), in corso di pubblicazione.

Questo infausto cambiamento – dopo oltre un decennio di proficuo dibattito sulla *cultura tabellare* che avrebbe dovuto permeare anche gli uffici di procura – minaccia, con ragionevole certezza, di riportarci ad un “regime di monarchia assoluta” che annullerà del tutto il dibattito introdotto dalle norme secondarie del Csm sulle tabelle al fine di attingere criteri predeterminati ed oggettivi di organizzazione dell’ufficio e di assegnazione degli affari, in modo da trasformare il dirigente in un organizzatore (previo coinvolgimento assembleare dei colleghi sostituiti ed aggiunti), in un quadro di razionalizzazione del lavoro e soprattutto di *glasnost* nella gestione di questo importante ufficio pubblico, al fine di evitare i tanto criticati “porti delle nebbie” di un recente passato.

A questo punto, però, credo che potrà svolgere tutta la propria azione di *moral suasion* (e non solo) l’art. 14 del codice etico, giacché, siccome il dirigente deve «assicurare la serenità del lavoro di tutti gli addetti all’ufficio» (comma 1, ultima parte), di fronte ad una eventuale “condotta negativa” del procuratore dovrebbero scattare i conseguenti poteri di controllo *sociale ed interno* all’ufficio, previsti appunto dal codice etico.

Intendo dire che dovrebbe farsi risultare come anti-storico il comportamento di un dirigente che, a fronte di contrarie osservazioni provenienti da colleghi del suo ufficio (o dallo stesso Csm), ritenesse di far comunque prevalere la propria unica e personale *dissenting opinion*, la quale avrebbe tuttavia il grave limite di non aver «assicurato la serenità del lavoro» e di aver violato, quindi, un suo preciso obbligo sanzionato dal codice etico (art. 14, comma 1).

5. *Uno sguardo al panorama sovra-nazionale, europeo ed internazionale*

Mi sembra significativo ricordare, prima di concludere, come il codice deontologico dell’Anm, per il suo contenuto di carattere generale e di sistema, abbia anticipato e sia in linea con alcuni importanti documenti internazionali.

Intendo fare riferimento, in particolare, ai *Principi fondamentali delle Nazioni Unite relativi all'indipendenza della magistratura* (approvati nel 1985), ma soprattutto al più recente *Statuto universale del giudice*, approvato dal Consiglio centrale dell'Unione internazionale dei magistrati nella riunione del 17.11.1999 tenutasi a Taipei.

Detto *Statuto*, costituito da quindici articoli, contiene “norme generali e di base”, che si estendono e svariano dai “tradizionali” canoni di indipendenza, autonomia, imparzialità e riservatezza, alla efficienza, all'attività esterna, alla garanzia della funzione, alla nomina, alla responsabilità civile e penale.

Ma mi sembra significativo, in particolare, ricordare come l'art. 15 prenda in considerazione – ad esempio – la figura e la funzione del pm, affermando che «nei Paesi in cui i magistrati del pubblico ministero sono assimilati ai giudici, i principi sono ad essi applicabili», in quanto si può constatare che soltanto il codice deontologico dell'Anm include, nel panorama internazionale, i magistrati del pubblico ministero tra i propri destinatari.

Ciò premesso, con riguardo alla questione degli statuti deontologici in campo sovra-nazionale, mi pare di poter dire che il problema della creazione di un *corpus* di regole di questa natura esiste – ed è stato affrontato *de jure condito* – solo nell'universo giudiziario statunitense e canadese.

In Europa, invece, esso risulta configurato soltanto in Italia e in alcuni Paesi dell'Est.

Vi è poi un ultimo esempio, però non molto chiaro, registrabile in Sud Africa.

Orbene, partendo dall'esame degli Usa e del Canada, si rileva che il *corpus* normativo è costituito:

1. da un *Model Code of Judicial Conduct* per l'avvocatura statunitense (adottato dalla House of Delegates of the American Bar Association²⁵ il 16.7.1972 e modificato il 7.8.1990), il

²⁵ L'*American Bar Association* costituisce l'associazione federale dei diversi *Bars* esistenti nei singoli stati degli Usa. Il *Bar*, come noto, stabilisce le regole di esercizio

- quale contiene, in particolare, cinque “canoni” che sembrano però riconducibili, quanto a natura giuridica, più alla tematica della responsabilità disciplinare²⁶ che non alla problematica che abbiamo affrontato fino a questo momento;
2. da un *Code of Conduct for United States Judges* per i giudici federali Usa, approvato inizialmente dalla Judicial Conference il 5.4.1973, e successivamente modificato nel marzo 1987, nel settembre 1992, nonché nel marzo e nel settembre 1996. Questo prevede sette “canoni” di condotta ed un allegato (*Compliance*), predisposti da ultimo (marzo 1997) dall’Office of the General Counsel, Administrative Office of the United States Courts. Il *Code*²⁷ si applica a giudici che svolgono ogni funzione federale e meriterebbe forse un’apposita sessione di studio. Per evidenziarne la latitudine, però, basti in questa sede indicare alcuni destinatari (District Judges²⁸, U.S. Circuit Judges²⁹, Court of Trade Judges³⁰, Court of Federal Claims Judges³¹, Bankruptcy

dell’attività di avvocato nello stato in cui è riconosciuto (cfr.: F. DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, ed. Giuffrè, Milano 1984).

²⁶ Per una spiegazione in dettaglio del contenuto di ciascuno dei cinque “canoni”, cfr.: EASTLAND, MARKEY, MURPHEY, SHAMAN, SHARMAN, in *Ethics in the Courts: Policing Behavior in the Federal Judiciary*, Washington, 1990; SHAMAN, LUBERT, ALFINI, in *Judicial Conduct and Ethics*, Charlottesville, 1990.

²⁷ Il termine *code* va tradotto come “compilazione” e non già come “codice”, giacché è noto che i Paesi di *common law* sono contrassegnati da ordinamenti di diritto non scritto, ossia di diritto giurisprudenziale. Così, ad es., l’*United States Code Annotated* (USCA) contiene soltanto una raccolta delle leggi federali come interpretate dalla migliore giurisprudenza delle corti federali (cfr. F. DE FRANCHIS: *Law Dictionary*, cit.).

²⁸ Le *district courts* sono giurisdizioni di primo grado, civili e penali. Di solito, ma non in tutti i casi, una *district court* è limitata ad un solo stato dell’Unione. Esse sono, comunque, complessivamente 68.

²⁹ Le *circuit courts* hanno funzione di appello avverso le decisioni delle *district courts*.

³⁰ Si tratta, in generale, delle corti che si interessano di diritto commerciale e societario.

³¹ Il termine *claim* ha un significato che non trova un equivalente chiaro ed univoco nella *civil law*: può dirsi che esso indica, genericamente, una giurisdizione innanzi alla quale si può far valere un credito, un diritto al risarcimento o all’indennizzo, una pretesa, un reclamo, una richiesta, ecc. (cfr. F. DE FRANCHIS, in *Law Dictionary*, cit.).

- Judges³², Magistrates Judges³³, Tax Court³⁴, Court of Veterans Appeals³⁵, Court for the Armed Forces³⁶)³⁷ per coglierne l'importanza;
3. in California, la California Judges Association ha ritenuto di rivisitare il cennato *Model Code*, adottando in data 5 ottobre 1992 un "*Revised California Code of Judicial Conduct*", che è stato poi approvato dalla Corte Suprema dello Stato ed è entrato in vigore il 15 gennaio 1996;
 4. in Canada, il Conseil canadien de la magistrature ha approvato nel settembre 1994 un Progetto, denominato *Principes de Déontologie Judiciaire*, frutto del lavoro affidato ad un Comitato (presidente Richard J. Scott), costituito da quattro membri del Consiglio stesso e da altri tre alti magistrati. Il Progetto è stato poi sottoposto ad un'ampia consultazione con l'Associazione degli avvocati, con la Federazione delle professioni giuridiche, con l'Associazione dei giudici delle Corti provinciali e con quelle dei professori universitari e dei Vice procuratori generali: l'approvazione definitiva è avvenuta nel 1998, dopo quattro anni di intenso lavoro. La finalità del documento (cfr. *Objet 1*) è di «fornire consigli di ordine deontologico ai giudici nominati dal Governo federale», e tratta in dettaglio i principi di indipendenza, di integrità, di diligenza, di eguaglianza e di imparzialità nonché di comportamento dei giudici in materia di attività civili, solidaristiche, politiche e di possibile conflitto di interessi³⁸.

³² Giurisdizione fallimentare.

³³ Giurisdizione minore sia civile sia penale.

³⁴ Giurisdizione fiscale o tributaria.

³⁵ Il termine *veteran* può tradursi come "reduce". Si ricollega, in generale, al *Veteran National Service*, che regola i diritti di coloro che hanno partecipato alla difesa degli Usa in guerra e che provvede alle loro esigenze.

³⁶ Giurisdizione militare.

³⁷ Cfr. <http://www.justiceintheworld.org> (10th Ed).

³⁸ Cfr. <http://www.justiceintheworld.org> (10th Ed).

Invece, per quanto riguarda l'Europa (a parte la situazione italiana), deve rilevarsi che il problema dell'adozione di codici etici nei singoli Paesi del continente è stato affrontato per la prima volta dal Consiglio consultativo dei giudici europei (presso il Consiglio d'Europa) nella riunione di Strasburgo dell'8-10 novembre 2000, nella quale tale organo ha deliberato di esaminare questo tema con riferimento alle "Norme relative all'indipendenza ed all'immovibilità dei giudici", previste dalla Raccomandazione n. R (94) 12, nell'ambito del "Programma-quadro d'azione globale per i giudici in Europa".

La Raccomandazione n. 12, in particolare, elaborata dal Comitato dei Ministri il 13 ottobre 1994, ha come scopo precipuo proprio quello di tutelare l'indipendenza del "potere giudiziario", secondo quanto risulta:

1. dal suo Preambolo, volto a «promuovere l'indipendenza dei giudici, al fine di rafforzare la preminenza della legge negli Stati democratici»;
2. dall'invito ai governi degli stati-membri ad adottare o ampliare «tutte le misure necessarie per promuovere individualmente il ruolo dei giudici e della magistratura nel suo insieme, e ad incrementare la loro indipendenza e la loro efficienza».

Giova rilevare che l'indipendenza della magistratura è intesa nella citata Raccomandazione non solo come salvaguardia del "potere giudiziario" da interferenze esterne, ma anche come protezione di ogni singolo magistrato nei rapporti concreti con i propri "superiori", a dimostrazione del fatto che l'indipendenza del magistrato può essere aggredita anche dal versante interno.

Il problema in questione, evidentemente, si pone e va analizzato in modo del tutto differente a seconda che si considerino le problematiche concernenti:

- i Paesi di *common law* (cui bisogna equiparare, in parte, quelli scandinavi);
- i Paesi dell'Europa occidentale e meridionale;
- i Paesi dell'Est cd. post-comunisti.

Ed invero, nei Paesi di *common law* il rispetto per l'indipendenza del potere giudiziario è assicurato sia da una cultura e da

una tradizione secolari sia dall'assenza di una carriera all'interno del corpo giudiziario, ma anche da una serie di strumenti legislativi penali assai efficaci, come il reato di "disprezzo della Corte" (*contempt of Court*), molto frequentemente utilizzato.

Nei Paesi dell'Europa occidentale e meridionale, invece, il compito di salvaguardare l'indipendenza (esterna ed interna) del "potere giudiziario" viene affidato ad un Consiglio superiore della magistratura – costituito nella sua maggioranza da membri eletti dai magistrati – modellato sull'esempio della Costituzione italiana.

Nei Paesi dell'Europa centrale ed orientale, infine – salvo alcune eccezioni – i Consigli della magistratura (se pur variamente denominati e composti) sono dotati normalmente di meri poteri consultivi, e l'Esecutivo continua a svolgere tuttora un ruolo molto invasivo nella carriera dei giudici.

Adottare o meno un codice etico per i magistrati è, pertanto, ancora oggi il problema più vivo e discusso nell'ambito delle magistrature europee tanto all'Est che all'Ovest.

La Raccomandazione n. 12, in verità, non si sbilancia affatto sulla soluzione da dare al problema.

Ma un punto sembra, però, essere ormai chiaro dall'osservazione di ciò che sta avvenendo in una parte dell'Europa: la marcata tendenza, cioè, nell'Europa dell'Est a fare adottare dai Parlamenti o dai Consigli di giustizia (spesso composti esclusivamente da membri nominati dall'Esecutivo) codici deontologici che abbiano un valore cogente per i magistrati.

Per contrastare questa deriva, secondo autorevoli opinioni, il Consiglio d'Europa dovrebbe prendere una posizione ufficiale sul punto, affermando decisamente (con un nuovo documento) che un codice deontologico per i giudici può essere emanato soltanto da un'associazione di magistrati e che, soprattutto, le sue disposizioni non devono avere forza di legge³⁹.

³⁹ Cfr. G. OBERTO, in *Progetto preliminare di parere sulle norme concernenti l'indipendenza della giustizia e l'inamovibilità dei giudici contenute nella Raccomandazione n. R (94) 12 del Consiglio d'Europa*, redatto dall'A. su incarico del Consiglio d'Europa.

Ad ogni modo, da una ricognizione di ciò che è avvenuto in epoca molto recente (2001-2002), risulta che alcuni Paesi dell'Est, come Estonia, Lituania, Ucraina, Moldova, Slovenia, Repubblica Ceca, Slovacchia hanno adottato (attraverso assemblee rappresentative di giudici) dei "judicial code of ethics" o dei "principles of conduct", aventi contenuti diversi dalle regole disciplinari ed elaborati sul modello statunitense⁴⁰.

Si può dire che tutti quanti questi codici segnalano le seguenti caratteristiche comuni:

1. aiutare i giudici a risolvere problemi etico-professionali, dando loro autonomia nelle decisioni e garantendo indipendenza da ogni altra autorità;
2. informare circa gli *standard* di condotta che il pubblico deve attendersi dai giudici;
3. contribuire a dare pubblica assicurazione del fatto che la giustizia viene amministrata in modo indipendente ed imparziale.

Va ricordato, infine, con riguardo a Paesi diversi da quelli dell'America del Nord e dell'Europa, che in Sud Africa ho riscontrato l'esistenza di un *Code of Conduct for Magistrates* (basato sul *Magistrates Act n. 90* del 1993, emendato il 17.12.1999), che riguarda giudici e *prosecutors*, e che è costituito da diciassette "punti" concernenti ipotesi molto diverse fra loro, che vanno dall'enunciazione di principi etico-deontologici di ormai comune condivisione ad indicazioni riguardanti anche la foggia ufficiale della toga da indossare⁴¹.

6. Conclusione

Alla luce di questa ricognizione della situazione italiana ed internazionale, mi pare di poter concludere affermando che il

⁴⁰ Cfr. *Consultative Council of European Judges – Opinion n. 3 on The principles and rules governing Judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality*, Strasburgo, 19.11.2002. Vedi, in particolare, i punti 41/44, consultabili sul sito: <http://justiceintheworld.org> (12th Ed).

⁴¹ Cfr. <http://www.justiceintheworld.org> (10th Ed).

contenuto e la *procedura di approvazione* dei codici etici (comunque denominati) sembrano essere la vera “frontiera” su cui tutte le magistrature (europee ed extra-europee) dovranno confrontarsi in questo primo decennio degli anni Duemila, avuto riguardo alla sempre più frequente e condivisa affermazione – in importanti Carte internazionali – dei principi di indipendenza ed autonomia della magistratura come connotati essenziali non solo della funzione giurisdizionale, ma anche della stessa democrazia di un Paese.

LUIGI FERRARELLA

PIÙ TRASPARENZA ALLE NOTIZIE
PER DIFENDERE SUL SERIO I SEGRETI

Anche il mestiere di giornalista è esposto ad alcune delle tentazioni che il professor Martens indica e dalle quali mette in guardia l'agire dei magistrati. E allora il modo migliore per ringraziare dell'onore di questo invito mi sembra quello di rifuggire dalla tentazione principale nella quale i giornalisti cadono in situazioni convegnistiche di questo genere. Cercherò, quindi, di non indossare la veste sacerdotale del giornalista che dice: «Io ho il diritto-dovere di pubblicare qualunque notizia ricada nella mia sfera di percezione a prescindere da qualunque tipo di conseguenza possa avere sulla persona oggetto della notizia e sui procedimenti». E mi sento di rifuggire da questa tentazione innanzitutto per decenza, in quanto chiunque faccia questo lavoro sa che simili proclami sono un sipario troppe volte strappato da motivazioni a volte di concorrenza spietata professionale tra giornali e tra giornalisti, a volte da motivazioni di ordine commerciale perché i giornali vengono fatti per rivolgersi a un pubblico di lettori e di conseguenza a un bacino pubblicitario dal quale i giornali ricavano la maggior parte delle proprie entrate, altre volte infine da motivazioni di natura politico-editoriale che hanno a che fare con la proprietà dei mezzi di informazione.

Ma cercherò di rifuggire da questa tentazione, oltre che per motivi di decenza, anche per motivi di convenienza. Credo infatti che un problema di "ecologia" della professione giornalistica non sia un lusso, ma sia una questione di sopravvivenza per chi vuole fare questo lavoro in maniera decorosa. Quando un organo

di informazione mente, «avvelena la collettività, anche gli articoli degli altri giornali diventano sospetti, il lettore che viene colpito dalla straordinarietà di una notizia si sente autorizzato a valutarla con sospetto, i fatti non soltanto vengono messi in discussione, ma perdono anche il loro valore di realtà, ed anche il dibattito se il giornale debba o non debba rivelare le proprie fonti viene inquinato». Queste non sono riflessioni scritte oggi, magari su casi che specialmente negli Stati Uniti sono in questi giorni a voi ben noti: sono, invece, parole del 1981, e sono tratte da un famoso editoriale dell'allora direttore della *Washington Post* che faceva ammenda rispetto al primo (poi si sono verificati più volte) dei casi eclatanti di falsi scoop. In quella circostanza, una giornalista aveva inventato la storia di un bambino di otto anni drogato dal convivente della madre, storia che addirittura le aveva fruttato il premio Pulitzer, che in seguito per mesi impegnò tutti gli altri giornali, ma che in seguito si rivelò una vicenda totalmente inventata.

Quando dico che l'“ecologia” della professione giornalistica non è un lusso, dico però anche che mi incuriosisce il fatto che, quando si ragiona di questi problemi, il tipo di preoccupazione, manifestato dagli operatori del diritto e dai cittadini nei confronti del rapporto tra i giornalisti e le fonti della cronaca giudiziaria, si incentri sempre e quasi solo su un tipo di distorsione: la distorsione che il divulgatore della notizia introduce con l'aggressione al segreto sulla notizia detenuto dalla fonte che in quel momento è in rapporto con lui. E mi incuriosisce moltissimo che, al contrario, non ci sia pari preoccupazione per un altro tipo di distorsione, sempre in capo al divulgatore della notizia, ma a mio avviso molto più insidiosa. Mi stupisce cioè che ci sia poca attenzione, e poca preoccupazione, non sul “come” un giornalista scriva la notizia, ma su “quale” notizia il giornalista scriva, attraverso quale selezione, attraverso quale griglia di criteri di selezione.

Allora un altro modo per ringraziarvi di questo invito potrebbe essere, come si fa tra persone che entrano poco a poco in confidenza, quello di portarvi nella “cucina” della cronaca giudiziaria, di farvi vedere che cosa c'è nel retrobottega quotidiano:

per la maggior parte dei casi (sto parlando della cronaca più delicata, quella delle indagini, in quanto quella dei dibattimenti è per definizione più tranquilla) c'è il rapporto personale con la fonte. Come sapete tutti, l'art. 6 del codice etico dei magistrati prevede che il magistrato eviti la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali, riservati o privilegiati. Ovviamente io sono d'accordissimo: "privilegiati" assolutamente no. Però vorrei farvi riflettere sul fatto che, con l'attuale sistema normativo e con la prassi che ne scaturisce, il canale informativo personale è non solo lo strumento attraverso il quale noi vi diamo le notizie, ma è lo strumento attraverso il quale, io ritengo, proprio il giornalista corretto garantisce se stesso e il lettore dalle operazioni di strumentalizzazione che il rapporto con fonti per definizione tutte interessate può introdurre nel suo lavoro. Non faccio il giornalista sacerdote, ho detto prima. Faccio invece il giornalista accattone, vi dico adesso: nobile accattone, magari, di un accattonaggio ammantato di profili non disdicevoli finché si vuole, ma pur sempre accattone, tra tutte le fonti possibili di una notizia alla quale io, nel 90% dei casi, per legge non potrei e non dovrei accedere. Quindi tutte le volte che c'è un evento giudiziario, dall'inizio di un'indagine sino alla sua fine, faccio il giro delle sette chiese laddove mi è possibile e nei modi in cui mi è possibile, con tutte le tensioni e le trappole che potete immaginare: il magistrato della procura, il magistrato del tribunale, l'avvocato, gli avvocati dei coimputati di quello di cui mi interessa, i cancellieri laddove è possibile, le forze di polizia di qualunque genere laddove mi è possibile, i consulenti tecnici, qualunque soggetto insomma che sia titolare di un pezzettino di quel mosaico che io devo mettere assieme per dare una rappresentazione completa e corretta della notizia. Rispetto a questa operazione, voi, come operatori del diritto e soprattutto come cittadini, siete garantiti soltanto dal mio scrupolo, là dove ci sia e nella misura in cui ci sia. Dipende cioè solo da me andare a ricostruire tutti i pezzettini del mosaico e non fermarmi soltanto, per comodità o per interesse, ai singoli primi pezzettini che magari alcune fonti sono interessate a dare al giornalista. Fin qui è un problema mio, e ri-

spetto ad esso il riferimento alle norme deontologiche è sicuramente di grande aiuto.

L'altro giorno, per tutt'altre ragioni, leggevo che un biografo di Wittgenstein raccontava come un certo giorno egli, leggendo una quartina di Longfellow, avesse esclamato: «Questo potrebbe essere il mio motto». E la quartina era: «Negli antichi templi dell'arte / i costruttori lavoravano con la massima cura / ogni parte minuscola ed invisibile / perché gli dei sono ovunque». Ecco, il mio “perché gli dei sono ovunque”, cioè il mio richiamo ad un'attenta autodisciplina giornalistica che riguardi gli aspetti magari non visibili per il singolo operatore e per il singolo lettore, trae linfa dalle regole deontologiche della mia professione, ammesso sempre che io le abbia introiettate. Però penso che non dovrebbero bastare, specialmente a voi come cittadini e tanto più come operatori del diritto. Penso cioè che, se gli operatori del diritto accettano questa “cucina” attuale, cioè accettano questo *status quo* determinato dall'attuale normativa e dalle prassi che ne conseguono, allora il risultato è che finiscono per innescare il racconto non più ordinario e fisiologico di un processo vero, reale: contribuiscono, invece, magari anche involontariamente, a che prevalga il racconto di un processo mediatico, che è tutt'altra cosa dal processo reale. Nel racconto mediatico non è che vinca solo la figura professionale che di solito viene (giustamente) bersagliata, cioè il magistrato più ambizioso, più scorretto: in quel tipo di processo mediatico vince anche l'avvocato più aggressivo, vince l'imputato (se mi passate l'errore) più “eccellente”, vince il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio inserito nel circuito mediatico ai fini della sua progressione in carriera, vince il giornalista più scorretto. E l'effetto non è soltanto immediato sulla distorsione o meno di una notizia giudiziaria, ma è micidiale (come ha osservato il professor Glauco Giostra) anche sul modo in cui in una collettività viene poi amministrata la giustizia. La fisiologia sarebbe che il Parlamento fa le leggi, i magistrati le applicano, i giornalisti raccontano come vengono applicate, e i lettori si fanno un'idea. Ma se il racconto dell'amministrazione della giustizia viene falsato dal modo attraverso il quale esso viene operato, se il racconto della

giustizia diviene quello che diventa d'estate il racconto del caldo con una temperatura reale e una temperatura "percepita", se si arriva al punto che c'è appunto una giustizia reale e una giustizia "percepita", e i lettori ricevono la giustizia "percepita", cominceranno a farsi idee su una giustizia "percepita" che nella realtà non esiste, e chiederanno o saranno disponibili ad accogliere riforme che non hanno a che fare con la giustizia reale, ma sono proiezioni di una giustizia "percepita".

Esiste un rimedio? Io, quando mi capitano occasioni come questa, provo ad inoculare un possibile vaccino che, mi rendo conto, è un po' scioccante; e per tale motivo vi chiedo qualche secondo prima di formulare il vostro giudizio, e vi chiedo di considerarlo appunto come un vaccino, come qualcosa cioè che sulle prime può dare l'idea di far salire la febbre, ma che poi alla lunga serve a combattere un'infezione. Mi chiedo, dunque, se non sia possibile trovare (bisogna studiare come) un punto di equilibrio basato su un baratto: il giornalista rinunci alla pretesa di scrivere tutto e subito, in cambio però del fatto che a determinate scadenze temporali e procedurali, molto riavvicinate rispetto allo svolgersi degli avvenimenti, egli possa assumere una veste che lo equipari alle parti coinvolte nel procedimento e quindi gli possa consentire di avere un accesso diretto, legittimo, non da accattone più o meno nobile e più o meno scrupoloso, agli atti del procedimento in tutte le fasi nelle quali sostanzialmente questa circolazione già esiste sotto forma "di contrabbando" (poi possiamo fare finta di no, ma lo sappiamo tutti, nell'esperienza quotidiana delle rispettive professioni). L'esempio più semplice da proporre è quello del Tribunale del riesame. Quando una persona viene arrestata, l'avvocato fa ricorso al Tribunale del riesame, quindi vengono depositati tutti gli atti, che a quel punto sono in possesso degli avvocati e di tutte le persone coinvolte, sono scambiati tra avvocati, assumono una circolazione, talvolta (è vero anche questo) i magistrati si sentono più liberi di poter parlare di cose che ormai sono in circolazione. Io giornalista che cosa faccio? Faccio il nobile accattone, vado in giro dai vari detentori di questi documenti cercando con sponde varie di acquisire qualcosa da ciascu-

no di essi (perché nessuno naturalmente ti dà le cose che riguardano il suo assistito), cercando però di acquisire pezzo per pezzo la totalità di quel materiale. Ora io mi chiedo perché non si possa fare questa cosa alla luce del sole, posto che in quel momento la circolazione delle notizie c'è, è inutile nascondercelo. L'antidoto che propongo mi pare possa avere cinque conseguenze che possono, forse, rimediare alle cinque doglianze che ho sentito giustamente affiorare negli interventi precedenti.

La prima è quella cui fa riferimento la norma del codice deontologico. Come si fa a spezzare veramente il canale informativo personale, riservato o privilegiato? Se tutti i giornalisti sono messi sullo stesso piano perché hanno le stesse carte avendone un accesso libero, allora non esiste alcun privilegio possibile per nessuno, perché si spezza quel rapporto incestuoso tra fonte e giornalista che veniva lamentato. Si spezza perché non c'è più niente da scambiare: io non ho bisogno di scambiare niente con nessuno, non ho bisogno di difendermi (con le mie regole deontologiche) dalla tentazione di scambiare alquanto con nessuno.

In secondo luogo, si sente dire spesso che «voi giornalisti siete divorati dalla concorrenza, siete affetti da scoopmania». È vero. Però se tutti i giornalisti partono alla pari, se hanno le stesse carte, allora la gara giornalistica non si fa più tra chi è più ammannicato con il pm, con l'avvocato, con il poliziotto, con il cancelliere, ma si fa su chi è più bravo ad analizzare gli atti, a fare i collegamenti, a metterne in luce pecche e punti di forza, si fa su chi è più profondo, su chi è più accurato.

Terzo: più volte negli interventi di ieri e anche di oggi si è fatto riferimento, giustamente, al "controllo diffuso" che passa attraverso la mediazione giornalistica e nello stesso tempo si è fatto anche riferimento alla possibile scarsa efficacia e quindi debolezza di codici deontologici per definizione privi di sanzione. Ebbene, io penso che, se tutti hanno in mano regolarmente le stesse carte, non è più possibile inventare, o quanto meno chi inventa viene subito scoperto, chi abusa del proprio potere viene subito sanzionato dalla peggiore sanzione che esista per un professionista della comunicazione che è la perdita della propria reputazio-

ne. Ma ciò oggi non accade perché, se oggi un giornale scrive una notizia falsa di un evento giudiziario, quasi mai il giorno dopo c'è qualcuno che si possa alzare a dire: «Non è vero». Lo saprò io, lo saprete voi se per caso sarete al corrente della vicenda, ma normalmente quella falsità diventerà palese solo dopo, alla chiusura delle indagini, quando va bene un anno dopo o più, quando ormai la cosa sarà andata in cavalleria. Ma se tutti abbiamo l'accesso immediatamente agli stessi elementi di notizia, il giorno dopo si può subito vedere chi ha barato e chi no.

Quarto: ieri alcuni relatori hanno giustamente elencato tutta una serie di riforme che sarebbero belle da realizzare, ma che sono impossibili da fare in un clima intossicato quale quello attuale, al quale molto contribuisce un'informazione distorta e politicamente indirizzata. Ma anche qui, se tutte le carte sono in mano ai giornalisti, ne traggono beneficio anche gli operatori del diritto, si risolve il problema delle campagne di stampa più o meno politiche fatte per accusare questo o quel magistrato di avere preso o non preso una certa iniziativa giudiziaria in quanto rosso, bianco, nero o verde: le carte sono lì per tutti, tutti sono in grado di farsi un'idea subito. E sul vero materiale, non su quello che viene spacciato, omesso, distorto da un'informazione eventualmente non corretta.

Da ultimo, poiché si lamenta giustamente la possibile invadenza delle proprietà dei mezzi di informazione sulla libertà e sull'indipendenza dei giornalisti, questa sarebbe un'arma in più nelle mani dei giornalisti, in quanto, se tutti hanno tutto regolarmente, allora si può dire al padrone, con maggiore efficacia di quanto adesso sia possibile ricorrendo solo alla propria schiena dritta: «Caro padrone, questa notizia non possiamo non pubblicarla domani, perché ce l'hanno tutti; e se non la pubblichiamo, domani faremo la figura di quelli che non l'hanno pubblicata perché amici del padrone o amici dei suoi amici».

Io sono ben consapevole delle perplessità che probabilmente avete, dei problemi di modifiche legislative che sarebbero necessarie, delle controindicazioni: si può e si deve discutere di tutto. Ma vi sfido a dimostrare che con questo sistema il giornalista

venga ad apprendere più di quanto non apprenda oggi “di contrabbando”, nel “Far West”, con l’“accattonaggio” più o meno nobile a seconda del maggiore o minore scrupolo del singolo giornalista. Ci sarebbe però una differenza fondamentale: è vero che può sembrare che con il mio sistema io butti più benzina sul fuoco, ma la butto in una caldaia di sicurezza, trasparente, la cui manutenzione è regolata. Allo stato attuale, invece, mi sembra che questa benzina ribolla in una stufa sprovvista di qualunque valvola di sicurezza eccetto la coscienza personale e lo scrupolo personale del singolo, laddove ci siano.

Io vi ringrazio se vi sentite, come cittadini e come operatori del diritto, garantiti dallo scrupolo del singolo giornalista «perché gli dei sono ovunque». Però, continuo a pensare che non dovrebbe bastarvi.

NELLO ROSSI

L'ELABORAZIONE DEL CODICE ETICO DELL'ANM

SOMMARIO: 1. Un “minutante” del codice etico. – 2. La diffidenza iniziale verso il codice. – 3. Codice etico e riconoscimento del ruolo sociale ed istituzionale dell’associazionismo. – 4. Un patto con i cittadini. – 5. Aggiornare il codice? E come? – 5.1. Confrontarsi con il punto di vista esterno. – 5.2. Assumere i valori connessi al principio costituzionale di ragionevole durata del processo. – 5.3. Ulteriori direzioni di ricerca. – 6. Lo sfondo minaccioso della nuova giustizia disciplinare dei magistrati. – 6.1. Gli illeciti “nell’esercizio delle funzioni giudiziarie”. – 6.2. Gli illeciti disciplinari “al di fuori dell’esercizio delle funzioni giudiziarie”. – 7. Verso un conflitto di fedeltà?

1. *Un “minutante” del codice etico*

Innanzitutto un piccolo ricordo personale. Sono stato un “minutante” del codice etico.

Venni infatti incaricato dall’Anm di redigere – insieme a colleghi più esperti e valorosi di me, Vladimiro Zagrebelsky, Gabriella Luccioli e Gioacchino Izzo – la bozza del codice da sottoporre poi alla discussione ed all’approvazione degli organismi dell’associazione.

Ed insieme scrivemmo il testo “breve” di questo codice che, a quanto ricordo, non subì significativi mutamenti nella fase di approvazione.

Aggiungo subito che l’incarico di redigere il codice non era considerato di particolare rilievo.

Certo l’Associazione si preoccupò di scegliere magistrati di cui aveva stima e fiducia per la redazione del codice etico, ma non

nascose le sue perplessità e perfino un certo fastidio verso l'onere che la legge o meglio un decreto legislativo le accollava.

Del resto chi legga il “preambolo” del codice trova chiaramente manifestate le perplessità ed i timori dell'epoca, che si tradussero in una certa diffidenza verso il codice etico di cui pure l'associazione era l'autrice e la responsabile.

2. *La diffidenza iniziale verso il codice*

La principale preoccupazione era che – in assenza di ogni tipizzazione delle fattispecie di illecito disciplinare e vigendo la formula dell'art. 18 della legge delle guarentigie, che collega la responsabilità disciplinare del magistrato a qualsiasi comportamento idoneo a ledere il prestigio della magistratura – le regole liberamente dettate dal codice etico per delineare una figura alta, ideale, di magistrato ed i suoi doveri potessero subire una torsione ed essere interpretate *tout court* come altrettante fattispecie di illecito disciplinare.

Per intenderci: come se in una società il libro della morale, magari religiosa, divenisse il codice penale.

La preoccupazione originaria è stata almeno in parte confermata.

Effettivamente alcune regole dettate dal codice etico sono state adottate, con discutibile disinvoltura, come parametri per incolpazioni disciplinari e menzionate – da entrambi i titolari dell'azione disciplinare – nei capi di incolpazione.

E se la Sezione disciplinare del Csm ha sempre tenuto la barra ferma, sottolineando più volte la differenza genetica e funzionale delle norme del codice etico rispetto al diritto disciplinare, in almeno due pronunce le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, nella veste di giudice delle impugnazioni avverso le sentenze della Sezione disciplinare del Consiglio superiore hanno avallato il modo di procedere dell'accusa (Cass. SSUU, n. 23235 del 6.10.2005; Cass. SSUU, n. 11732 del 1998).

Un indirizzo giurisprudenziale discutibile giacché, se è evidente che la violazione di alcuni (solo alcuni) dei precetti di condotta con-

tenuti nel codice etico può coincidere con un illecito disciplinare, è altrettanto evidente che il codice etico non può essere utilizzato come una sorta di guardaroba cui attingere per rivestire in modo accettabile una incolpazione disciplinare fragile o inappropriata.

3. *Codice etico e riconoscimento del ruolo sociale ed istituzionale dell'associazionismo*

La diffidenza iniziale era quindi, come spesso avviene nelle cose umane e soprattutto nelle vicende normative, in qualche modo giustificata.

E però io ritengo che – nonostante questo – l'Associazione nazionale magistrati sia stata inizialmente poco lungimirante nello sminuire il valore del codice etico e nel gestirlo, per così dire, sotto tono.

Infatti l'attribuzione all'Associazione del compito di redigere il codice etico era ed è un significativo riconoscimento istituzionale ed un rilevante fattore di legittimazione del suo ruolo e della sua funzione.

Il legislatore ha preso atto che l'associazione – in forza della sua cultura e del suo patrimonio di riflessione sulla collocazione e sulla funzione della magistratura nella società e nelle istituzioni – è la naturale depositaria e l'interprete di un'etica professionale molto complessa come è quella del magistrato ed è l'unico soggetto in grado di enucleare ed aggiornare i valori e le regole di questa etica.

Vi è qui il riconoscimento – meditato – di una funzione sociale ed istituzionale e del ruolo storico dell'associazionismo italiano.

Non è un riconoscimento di poco conto. Soprattutto se lo si confronta con le polemiche politiche contingenti, nel cui ambito l'Associazione e l'associazionismo sono spesso indicati come realtà anguste, corporative e perciò incapaci di attingere ad una visione generale dei problemi della giurisdizione.

Del resto questo contrasto tra l'asprezza delle polemiche contingenti e la presa d'atto, in sedi più riflessive, della funzione

positiva e modernizzatrice svolta dall'associazionismo lo si ritrova anche in altri luoghi.

Voglio ricordare, al riguardo, una importante pronuncia della Corte costituzionale – la sentenza n. 497 del 2000, che ha introdotto la possibilità, per il magistrato incolpato, di farsi difendere da un avvocato del libero foro.

In questa decisione – con evidente richiamo alla cultura dell'Associazione e dei gruppi associativi che la animano – si è riconosciuto che la magistratura «in molte delle sue componenti» ha avuto importanti meriti.

Il primo: aver contribuito a realizzare, nell'ambito della giustizia disciplinare, l'abbandono di una vecchia nozione di prestigio del corpo a favore di una più moderna concezione del prestigio come «credibilità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie presso l'opinione pubblica intesa in senso pluralistico».

Il secondo: aver concorso a ripudiare, attraverso prassi anticipatrici dei mutamenti legislativi, la segretezza del procedimento disciplinare a favore della pubblicità del procedimento disciplinare e della sua trasparenza, «valore portante di ogni sistema autenticamente democratico».

In una parola alla magistratura in «molte delle sue componenti» ed al dibattito interno che in essa si è sviluppato si è riconosciuto il merito di aver rovesciato i vecchi schemi del “prestigio” e del “segreto” propri della cultura corporativa a favore dei più moderni concetti di “credibilità” e “trasparenza” propri del moderno Stato democratico di diritto.

4. *Un patto con i cittadini*

L'Associazione, dunque, non ha adeguatamente valorizzato il significato e la valenza istituzionale del compito che le fu affidato dal legislatore di redigere un codice etico.

Ma non è questo il principale rimprovero che deve muoversi.

È ben più grave che essa non abbia fatto tutto quello che poteva e doveva fare per valorizzarne il reale contenuto: un impegno

assunto con i cittadini, unilaterale nel momento in cui è stato formulato, ma pattizio, consensuale, bilaterale nella sua attuazione concreta.

Intendo dire che il codice doveva – e può ancora divenire – l'oggetto di un vero e proprio “patto” con i cittadini nell'ambito del quale – a fronte del riconoscimento da parte della collettività della indipendenza e della ineliminabile discrezionalità del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni – i magistrati, attraverso la loro rappresentanza collettiva, si impegnano ad osservare quelle regole di correttezza istituzionale ma anche di cortesia, di umanità, di rispetto, di efficienza nell'adempimento dei propri compiti che stanno scritte nel codice.

Con il corollario che possono essere chiamati a rispondere delle violazioni (non sempre davanti al giudice disciplinare, perché come ho detto non ogni violazione del codice è infrazione disciplinare) ma davanti al tribunale dell'opinione pubblica interna ed esterna alla magistratura ed al mondo forense; in una parola dinanzi al tribunale morale di una società giustamente esigente nei confronti dei suoi giudici e che ha il diritto di pretendere che essi rispettino gli impegni assunti.

Questo avrebbe richiesto in passato, e richiede comunque oggi, una più ampia pubblicizzazione del codice, forme istituzionali e permanenti di sua divulgazione (ad esempio, l'affissione all'ingresso di tutti i tribunali), la presentazione sistematica nelle scuole, un invio del testo in tutte le sedi istituzionali ed in tutti i giornali, in modo da rendere a tutti noti e per questa via più cogenti ed esigibili gli impegni di comportamento assunti.

C'è ancora tempo per realizzare questo patto con i cittadini, ma giudico negativamente che non sia stato fatto tutto quello che era necessario in questa direzione.

5. *Aggiornare il codice? E come?*

Si tratta solo di far conoscere meglio il codice etico o, come si è detto, il “patto” o anche di aggiornarlo?

Riguardandolo, a dieci anni di distanza, trovo che il suo impianto sia complessivamente ancora moderno ed efficace.

Ma ciò non significa che non lo ritenga bisognoso di aggiornamenti.

5.1. *Confrontarsi con il punto di vista esterno*

La prima esigenza di aggiornamento nasce dal fatto che – nel periodo di tempo trascorso dalla sua approvazione – hanno assunto forma e consistenza precise nuove sensibilità esterne al mondo giudiziario con le quali occorre confrontarsi a fondo.

Qualche anno fa ho curato la presentazione sulla rivista *Questione Giustizia* della “Carta dei diritti del cittadino nella giustizia”, elaborata a cura di Cittadinanza attiva (una organizzazione che ha una lunga e ricca esperienza di intervento in molti settori della vita civile ed ha già elaborato altre “carte di diritti”: del malato, degli immigrati, degli utenti radiotelevisivi, dei disabili, degli anziani, dei bambini).

Ne ho tratto stimolanti motivi di riflessione.

La Carta “proclama” – vale a dire “rivendica” per i cittadini che entrano in contatto con l’apparato giudiziario – sette diritti fondamentali: all’informazione, al rispetto, all’accesso, a strutture adeguate, alla partecipazione, ad un processo celere, alla qualità.

Ma la rivendicazione e la proclamazione non hanno nulla di astratto e di declamatorio.

Al contrario la Carta scaturisce dall’osservazione empirica – minuziosa, acuta, a tratti puntigliosa – di quanto accade in concreto (e di quanto in concreto non funziona) nei palazzi giudiziari, nelle cancellerie, nelle aule di giustizia, negli studi degli avvocati...

Ed è appunto da questa base empirica che derivano indicazioni preziose sulle piccole e grandi cose da fare per evitare, o almeno ridurre al minimo, il senso di estraneità e di disorientamento, le incomprensioni, i disagi, i danni, le vere e proprie sofferenze dei cittadini che entrano in rapporto con la giustizia.

In queste pagine i magistrati più sensibili troveranno la conferma di molte delle loro idee e proposte; ma faranno anche sco-

perle sorprendenti e troveranno materia per ripensare, e per correggere, comportamenti che, magari inconsapevolmente, tengono da anni senza rendersi conto di quanto possano essere negativi, dannosi o urtanti per gli utenti della giustizia.

Essa è una testimonianza concreta, e perciò particolarmente preziosa, di quel “punto di vista esterno” o “dal basso” – cioè del punto di vista delle persone – che tante volte abbiamo detto di volere assumere come angolo visuale per superare le angustie di una visione corporativa delle questioni di giustizia.

Solo un orgoglio luciferino potrebbe illuderci di potere comprendere ed assumere “il punto di vista delle persone” senza andarlo pazientemente a cercare là dove esso si forma e si esprime, nel contatto e nel confronto con gli uomini in carne ed ossa e con le loro libere organizzazioni.

Ma poiché qualche volta i bagliori di un tale orgoglio affiorano anche al nostro orizzonte, ecco che la lettura della Carta è un antidoto ed un monito: a non restare troppo chiusi nel nostro mondo, rinserrati nel cerchio magico dei nostri pensieri e delle nostre convinzioni, sordi a sensibilità diverse dalle nostre.

Nel documento vi è poi un altro profilo di interesse, più direttamente connesso alla sua tecnica di redazione.

Alla enunciazione del “contenuto” di ogni singolo diritto la Carta fa seguire un minuzioso elenco di “prassi e comportamenti da rimuovere”, descrivendo situazioni di fatto da eliminare e condotte – anche dei magistrati – da cambiare per garantire l’effettività del diritto affermato in via di principio.

Con l’effetto di promuovere un utile esame di coscienza.

Come del resto è già accaduto ai medici – per definizione onniscienti, onnipotenti, salvifici, missionari – quando la lente di ingrandimento del Tribunale dei diritti del malato ha messo in luce che alle grandi virtù ed alla straordinaria funzione si accompagnavano spesso meschinità e difetti pregiudizievoli per il cittadino “paziente”.

Riflettere su questa dimensione può favorire un salutare bagno di umiltà, stimolare quella riflessione critica dei magistrati su se stessi che non dovrebbe mai venir meno ma che, di fatto, sem-

bra paralizzata da anni da una volgare ed insensata politica di invettive e di insulti capace di suscitare solo sdegno ed irrigidimenti.

Dunque occorre confrontarsi più a fondo con il punto di vista esterno per aggiornare il codice etico.

5.2. Assumere nel codice i valori connessi al principio costituzionale di ragionevole durata del processo

Per altro verso occorre fare i conti con le innovazioni della Carta costituzionale.

Se è vero che non mancano, nel codice etico, richiami specifici e puntuali all'efficienza ed alla tempestività nell'adempimento dei compiti professionali, resta il fatto che essa è stata concepita in un momento in cui il tema della ragionevole durata del processo non aveva assunto l'importanza e la valenza anche costituzionale che oggi riveste.

Nelle politiche necessarie per assicurare la ragionevole durata del processo c'è una dimensione oggettiva, organizzativa e procedurale che è impossibile ed ingannevole ignorare.

Ma su questo terreno ci sono anche impegni soggettivi di natura etico-professionale da assumere: l'impegno alla "ragionevole intensità di lavoro" che ogni magistrato deve mettere in campo per garantire la realizzazione della promessa costituzionale, l'impegno ad adottare prassi e comportamenti individuali adeguati all'attuazione di un processo di durata ragionevole e così via.

È stato il Presidente della Repubblica – in un discorso pronunciato nell'incontro con i nuovi uditori giudiziari, svoltosi a Roma il 17 novembre 2003 – a sottolineare il ruolo che spetta alla magistratura nella realizzazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo, affermando che se «i tempi del processo dipendono da una pluralità di fattori, da quelli procedurali a quelli umani, a quelli connessi alla disponibilità di mezzi adeguati alle necessità degli uffici giudiziari... per risolvere il problema dell'eccessiva durata del processo molto possono fare i ma-

gistrati, mettendo in campo energie personali, accorgimenti organizzativi ed operativi, prassi processuali virtuose per fare quanto sta in loro per la realizzazione dell'obiettivo».

Un invito a condotte operose e coerenti dei singoli magistrati nello svolgimento dei loro compiti ed a porre in essere la "ragionevole intensità di lavoro" indispensabile per avvicinarsi all'obiettivo. Ma anche – su un diverso terreno – la constatazione che la magistratura, pur operando in un contesto di obiettive difficoltà, di insensibilità e di inadempimenti di altri soggetti istituzionali, ha comunque da svolgere un ruolo importante ed autonomo nell'attuazione di una "politica dell'efficienza" del processo, tanto con i concreti apporti individuali dei singoli magistrati, quanto con le idee e le proposte provenienti dall'associazionismo dei magistrati e le soluzioni organizzative ed istituzionali adottate dal Csm nella sua opera di governo autonomo della magistratura.

Ecco, dunque, un'altra direzione obbligata di aggiornamento del codice etico, che deve contemplare tra i valori della magistratura quelli dell'efficienza del servizio da rendere ai cittadini.

5.3. Ulteriori direzioni di ricerca

Infine, per aggiornare il codice etico devono essere seguite ulteriori interessanti direzioni di ricerca.

In primo luogo deve svilupparsi la ricerca di regole etico-professionali comuni a tutti gli operatori della giustizia.

Ricerca difficile e dagli esiti tutt'altro che scontati, ma da proseguire per individuare un minimo comun denominatore che giovi al corretto funzionamento della giustizia, ricercando i punti di omogeneità con lo sguardo rivolto alle esigenze dei cittadini.

Inoltre, in quest'opera di ampliamento di orizzonti non può mancare il riferimento al quadro europeo ed ai valori ed ai principi elaborati in tema di giustizia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nel testo della Costituzione europea, che certo non è stato ancora approvato ma rappresenta comunque già oggi un punto di riferimento culturale ed ideale estremamente signifi-

cativo cui attingere per arricchire l'etica professionale del moderno magistrato.

6. *Lo sfondo minaccioso della nuova giustizia disciplinare dei magistrati*

Da ultimo credo che non sia possibile ignorare che questa discussione si svolge avendo alle spalle uno sfondo negativo e minaccioso.

Mi riferisco al nuovo procedimento ed al nuovo codice disciplinare.

Non parlerò qui della nuova procedura disciplinare delineata dalla legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario che pure costituisce oggetto di preoccupazioni assai vive in ragione della prevista "obbligatorietà" dell'azione disciplinare e del ruolo riservato al Ministro della giustizia nel processo disciplinare.

Né pretendo di scandagliare le tre grandi categorie di illeciti delineate dalla "riforma": gli illeciti disciplinari «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie»; gli illeciti disciplinari «al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie»; gli illeciti disciplinari «consequenti a reato».

Mi limito a ricordare che – accanto a previsioni opportune ed indiscutibili, già presenti nei numerosi progetti di riforma della materia susseguitisi negli anni – figurano nella legge delega fattispecie disciplinari che, o per il loro oggettivo contenuto o per la loro – minacciosa – indeterminatezza, contrastano con diritti del cittadino magistrato, con le caratteristiche e le prerogative di una giurisdizione libera da timori e condizionamenti e con i precetti della buona tecnica normativa.

6.1. *Gli illeciti «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie»*

Nella sfera degli illeciti «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie» compare, al primo posto, una statuizione che, in ragione

della sua assoluta genericità, da un lato sembra avvalorare la sin troppo facile profezia di una crescita straordinaria dei procedimenti disciplinari “obbligatori” e, dall’altro, alimenta i timori di un uso improprio e ritorsivo del giudizio disciplinare.

Si tratta della norma che qualifica come illeciti disciplinari nell’esercizio delle funzioni i comportamenti che – violando i doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio, non rispettando la dignità della persona o ledendo la credibilità ed il prestigio del magistrato o dell’istituzione giudiziaria – arrechino “ingiusto danno” o “indebito vantaggio” ad una delle parti.

A fronte di una disposizione di questo tenore sembra arduo continuare a parlare di “tipizzazione” (anche se, ovviamente, solo “elastica” o “tendenziale”) delle fattispecie di illecito disciplinare.

La norma di esordio del nuovo codice disciplinare sembra infatti assolvere ad un’altra ed opposta funzione: codificare l’atipicità dell’illecito disciplinare ed aprire la strada ad una pleora di denunce disciplinari per condotte tenute nell’esercizio delle funzioni giudiziarie.

Una diagnosi non azzardata se solo si riflette sull’ampiezza dei “parametri” di valutazione delle condotte incriminabili disciplinarmente; sull’assenza di ogni sia pur minimo tentativo di definire il contenuto di tali parametri nella stessa legge delega; sul numero di atti e scelte che il magistrato compie e di comportamenti che tiene in ogni processo; sulla possibilità per le parti di denunciare l’esistenza di un danno ingiusto o di un indebito vantaggio del contraddittore in ogni fase ed in relazione ad ogni passaggio del processo e ad ogni condotta del magistrato senza neppure attenderne l’esito finale.

Come non immaginare allora che, in un siffatto contesto, l’esperto disciplinare per un preteso “danno ingiusto” o “vantaggio indebito” possa divenire l’ultima risorsa della parte in difficoltà o il primo strumento di una strategia processuale aggressiva tesa a condizionare il magistrato e l’intero svolgimento del processo?

Se una corretta tecnica legislativa non può fare a meno, nella materia disciplinare, di clausole finali “di chiusura” più o meno ela-

stiche (che sono delimitate e chiarite proprio dalle fattispecie specifiche che le precedono), il legislatore delegato ha rovesciato – forse inconsapevolmente – tale prospettiva ed ha posto in esordio una clausola “di apertura” di vastità ed indeterminazione tali da vanificare la promessa di relativa certezza insita nel codice disciplinare.

Inoltre, nel lungo elenco di illeciti disciplinari “funzionali” che segue la clausola iniziale compaiono numerose previsioni di incerto significato o di problematica applicazione.

Prevedibile fonte di spinose incertezze e di difficoltà applicative sarà, ad esempio, la normativa che rende perseguibile disciplinarmente l’omessa segnalazione, da parte dei capi degli uffici o dei presidenti di sezione o collegi, dei «fatti che possono costituire illecito disciplinare compiuti da magistrati dell’ufficio, della sezione o del collegio».

Non vi è dubbio che deve essere assicurato l’effettivo e serio esercizio del potere di sorveglianza e di segnalazione dei capi degli uffici; ma, in un quadro connotato dalla estrema indeterminazione di alcune ipotesi di illecito disciplinare (e dall’obbligatorietà dell’azione disciplinare), l’incriminazione della omessa segnalazione rischia di alimentare un clima di incertezze, di incrementare ulteriormente la corsa verso le denunce disciplinari ed infine di compromettere il compito più alto e significativo dei capi degli uffici che è quello dell’attivo e positivo coinvolgimento, coordinamento e direzione dei magistrati per il raggiungimento di obiettivi di efficienza.

Resta infine largamente insoddisfacente la soluzione approntata per risolvere la questione del sindacato disciplinare sull’attività interpretativa.

Come è noto alcuni improvvisi emendamenti proposti sul punto in Senato avevano suscitato un coro di critiche e di proteste non solo dei magistrati ma anche e soprattutto della cultura giuridica e dell’avvocatura.

Troppo scoperto il tentativo di usare l’arma del procedimento disciplinare per colpire interpretazioni non condivise o sgradite; troppo incurante degli approdi di decenni di studi e di riflessioni sull’interpretazione; in definitiva troppo violento e

grossolano perfino per meritare l'appellativo di giacobino. Doveva cadere ed è caduto.

Sopravvive però, nel nuovo testo, una formulazione non certo felice che – dopo aver ribadito la sanzionabilità dei provvedimenti giudiziari privi di motivazione, dei provvedimenti cd. “suicidi” e dei provvedimenti abnormi – esclude che possa dar luogo a responsabilità disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale».

Ma anche nel momento in cui si circoscrive l'esenzione dal sindacato disciplinare all'interpretazione adottata «in conformità dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale» restano irrisolti molti interrogativi e problemi dell'interpretazione giuridica: la sorte da riservare all'interpretazione evolutiva adeguatrice, non direttamente contemplata nell'art. 12 delle preleggi; l'interpretazione delle norme sull'interpretazione; il significato da attribuire all'espressione “volontà della legge”...

Si abbandona incautamente la strada maestra contrassegnata dalla limitazione della sanzione disciplinare ai casi di provvedimenti abnormi (che, superando il confine della discrezionalità oggettiva del magistrato, si collocano al di là della sfera del giuridicamente discutibile e meritano la riprovazione e la critica pressoché unanime della comunità dei giuristi) e si sceglie, invece, di incamminarsi per un impervio crinale, incuranti del rischio di trasformare tutte le complesse e dibattute questioni connesse all'interpretazione in altrettante occasioni di controllo disciplinare e di potenziale sanzione del giudice.

Il giudice senza timori e senza speranze vagheggiato dalle democrazie liberali ed assunto a modello del nostro codice etico (che adotta le sue decisioni seguendo i dettami della sua intelligenza e del suo sapere giuridico e che in virtù del suo *status* istituzionale può all'occorrenza essere il garante di ogni “persona”, anche la più diseredata) sembra destinato a cedere il posto ad un funzionario costantemente oppresso da preoccupazioni di natura “disciplinare” da cui non potrà liberarsi neppure quando veste i panni “togati e curiali” dell'interprete.

6.2. *Gli illeciti disciplinari «al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie»*

Nell'elenco degli illeciti disciplinari che attengono alla condotta del magistrato nella vita pubblica e privata figurano – accanto a fattispecie di illecito opportune, giuste e pienamente condivisibili – non poche disposizioni incriminatrici inappropriate, lesive dei diritti del cittadino magistrato o più semplicemente ingiuste.

Il legislatore delegato si propone innanzitutto di ribaltare il consolidato punto di approdo di una annosa *querelle* che, negli anni Sessanta e Settanta, divise la magistratura: la questione della libertà e legittimità di critiche ai procedimenti in corso provenienti dall'interno stesso della magistratura.

La soluzione prospettata è particolarmente ambigua: si prevede, infatti, di punire «la pubblica manifestazione di consenso o di dissenso in ordine ad un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo».

Se si ha presente che un'altra norma prevede già come illecito funzionale «l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato» non possono esservi dubbi che la fattispecie incriminatrice di cui si discute riguarda solo critiche o adesioni di carattere puramente giuridico o culturale che vengono assimilate alle indebite interferenze (ad esempio le pressioni o le raccomandazioni) e punite disciplinarmente ove ritenute suscettibili di influenzare la libertà di decisione del magistrato investito del procedimento oggetto di pubblico “commento”.

Seguendo l'incerta logica della norma incriminatrice pare di capire che sfuggirebbero alla sanzione solo i commenti più morbidi, blandi ed edulcorati o le parole di chi non conta nulla; che ad essere sanzionati sarebbero i commenti più forti e radicali o provenienti dalle fonti più autorevoli; che la assoluta evanescenza e vacuità della linea di confine tracciata tra il consenso ed il dissenso leciti ed illeciti dovrebbe comunque consigliare a tutti i ma-

gistrati interessati di tacere, evitando accuratamente di commentare in qualsiasi modo procedimenti in corso.

A suscitare le maggiori preoccupazioni sono però le tre fattispecie che concludono l'elenco degli illeciti disciplinari commessi «al di fuori dell'esercizio delle funzioni».

Se il divieto di iscrizione ai partiti politici è scelta “legittima” alla luce del dettato costituzionale, la legge delega, proseguendo sullo slancio, va ben oltre ed ipotizza sanzioni disciplinari anche nei confronti di ogni forma di «coinvolgimento nelle attività di centri politici... che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato».

È impressionante constatare la disinvoltura con cui il disegno di legge delega assorbe – nell'ambito di una direttiva vincolante sul tenore di norma incriminatrice – il più trito ed allusivo linguaggio giornalistico, ricorrendo ad una metafora stanca – “appannare l'immagine” – per concorrere a definire condotte del magistrato meritevoli di sanzione disciplinare.

Buona al più per un articolo di cronaca, la metafora si rivela del tutto vuota quando la si interroghi più da vicino per identificarne il senso ed appare indegna di figurare in una legge dello Stato che reclama un minimo di rigore e precisione sul piano linguistico e tecnico.

Se a ciò si aggiunge che la locuzione “centri politici” è di estrema vaghezza e che “coinvolgimento” è espressione altrettanto generica che può ricomprendere in sé forme di contatto della più varia intensità (dalla partecipazione ad un convegno all'adesione vera e propria) si comprende che l'adozione di una norma incriminatrice di questo stampo può avere l'effetto di recidere ogni forma di attiva partecipazione del magistrato alla vita della collettività in cui amministra giustizia e di emarginarlo progressivamente da ogni attività pubblica.

La forza deterrente insita in ogni statuizione disciplinare giunge al culmine nella direttiva che ha prescritto al Governo di qualificare come illecito disciplinare «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza».

Vi è qui un punto su cui occorre fare chiarezza.

Da cattedre autorevoli – e segnatamente da Presidenti della Repubblica della statura morale e politica di Pertini, Scalfaro e Ciampi – è stato più volte ripetuto che il magistrato non deve solo “essere” ma anche “apparire” imparziale.

Dall'accettazione di un siffatto insegnamento si debbono trarre due conseguenze.

La prima è che ogni magistrato deve essere il primo ed il più geloso custode della sua immagine di imparzialità in tutte le occasioni della vita sociale e professionale.

La seconda è che la legge può intervenire in forme e modi specifici per assicurare l'immagine di imparzialità dei magistrati, precludendo loro il compimento di determinate attività che – sulla base di una ragionevole valutazione preventiva del legislatore – potrebbero farli “apparire” non imparziali agli occhi della generalità dei cittadini e degli utenti della giustizia.

Da un lato, dunque, sta l'impegno personale e morale a tutto campo del magistrato affidato alla sua intelligenza e sensibilità; dall'altro la legittimità di norme puntuali, dirette a salvaguardare particolari “apparenze”, indispensabili per garantire la fiducia dei cittadini nell'esercizio imparziale delle funzioni giudiziarie.

La confusa e generica direttiva in esame, tradotta pedissequamente nel decreto legislativo delegato, annulla i confini delle due diverse sfere e – in luogo di specifiche previsioni disciplinari riguardanti altrettanto specifiche attività lesive dell'immagine di imparzialità – sembra legittimare in termini generali un vero e proprio “diritto disciplinare dell'apparenza” ispirato alla pretesa di misurare qualsiasi condotta del magistrato non solo sul piano della realtà effettuale ma anche sul terreno meramente simbolico dell'apparenza.

Il codice disciplinare e l'assetto del procedimento delineati dalla legge delega hanno come effetto oggettivo – non importa stabilire qui se desiderato o meno – di immergere ciascun magistrato in un'atmosfera di incertezze e di timori capace di condizionare ogni fase ed ogni atto della vita professionale e sociale, di rallentarne la produttività in ragione delle temute conseguenze

negative di ogni atto o scelta e di condizionarne fortemente la partecipazione alla vita collettiva.

7. *Verso un conflitto di fedeltà?*

Ho già avuto modo di dire che codice disciplinare e codice etico dei magistrati sono due realtà profondamente diverse.

Ma diversità non può significare contrapposizione, radicale contrasto, antitesi dei contenuti e dei valori di fondo.

Ed oggi è proprio questo il rischio che si corre.

Il codice disciplinare che dovrebbe entrare in vigore alla fine della legislatura assume infatti come figura di riferimento un magistrato “burocrate”, rinserrato nel *particolare* della carriera, perennemente intimidito ed oppresso dai condizionamenti burocratici interni al corpo e dalle molteplici preclusioni dei suoi contatti con la collettività; una figura tutt'affatto diversa dal magistrato-cittadino preso in considerazione dal codice etico, geloso custode della sua indipendenza, ma aperto e partecipe, sia pure in forme sobrie e con particolari cautele, della vita della città.

Solo un salutare ripensamento della normativa che attiene alla giustizia disciplinare può evitare che si crei un solco profondo tra due impostazioni così differenti e scongiurare conflitti di fedeltà tra gli “imperativi” di un’etica professionale ormai molto radicata nella magistratura italiana ed i “comandi” di un codice disciplinare che, in alcuni suoi passaggi, sembra ispirato solo dall'intento di sorvegliare e punire i magistrati.

REMO DANОВI

LUCI ED OMBRE DELLA DEONTOLOGIA
NELLA “LOTTA PER IL DIRITTO”

È con piacere che oggi ci intratteniamo sulla deontologia e in particolare sulla deontologia in comune tra magistrati e avvocati. Ne parlava già Calamandrei, nel famoso *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, quando metteva in luce le caratteristiche comuni tra avvocati e magistrati: «le virtù e i difetti dei giudici non possono essere serenamente apprezzati se non quando si pensi che essi sono in realtà la riproduzione su un diverso piano (quasi si potrebbe dire l'ombra deformata dalle distanze) delle corrispondenti virtù e manchevolezze degli avvocati». Vi è dunque una connessione (Calamandrei utilizzava l'espressione “vasi comunicanti”) tra l'attività e le funzioni degli avvocati e dei magistrati, che si spiega sotto vari profili.

Da un lato, la prima ragione che accomuna avvocati e magistrati è l'attività da essi svolta, in sintesi *La lotta per il diritto*. È questo il titolo di un libro famoso di Rudolf Jhering, del 1872, che spiega come in ogni società tutti debbano assicurare il primato del diritto. Un popolo che subisca un'aggressione da parte di un altro popolo e perda anche soltanto un miglio quadrato di deserto (è l'esempio che viene fatto) ha il dovere di pretendere il rispetto dei propri diritti, così come ogni soggetto che ne venga privato; e il processo è il mezzo per assicurare questi diritti. Dunque la lotta per il diritto è l'impegno quotidiano che assiste avvocati e magistrati (è una verità molto semplice), nella connessione tra funzione giudicante e funzione difensiva, con cui, quotidianamente, cerchiamo di realiz-

zare il primato del diritto, che è poi la ragione per cui esistiamo.

Un secondo motivo di connessione tra avvocati e magistrati lo indicherei nella *formazione*. La formazione è congiunta: usciamo tutti dalle aule universitarie della facoltà di giurisprudenza, abbiamo anche istituito ora le scuole di specializzazione che dovrebbero garantire (più simbolicamente che realmente, è doveroso dirlo) una formazione comune, necessaria premessa alla successiva formazione permanente, di cui tutti sentiamo il bisogno. Di questa formazione comune, intesa come scambio di conoscenze e di esperienze, si sono fatte carico le scuole, e molto si potrebbe dire al riguardo. Mi permetto soltanto una battuta, ricordando un passo famoso di Montesquieu, nelle *Lettere persiane*, in cui si racconta di un alto magistrato che aveva venduto tutta la sua biblioteca, ricchissima di libri, e il persiano Rica gli domanda come farà a giudicare. Il magistrato risponde: «Se voi conoscete il palazzo non parlereste così: noi abbiamo dei libri viventi che sono gli avvocati, essi lavorano per noi e si incaricano di istruirci!» Anche questa formazione comune, dunque, può contribuire alla realizzazione della giustizia!

Un terzo e ultimo punto in comune a me sembra si possa identificare nel *rigore deontologico*, che è l'oggetto del nostro incontro. Dobbiamo essere convinti che l'etica, la deontologia, le regole di condotta che noi quotidianamente invochiamo hanno una importanza trascendente, poiché assicurano il rispetto delle leggi. Si dice, in sintesi, che non vi è alcuna legge che possa essere rispettata se non vi è la volontà etica di farlo.

Questo rigore deontologico si deve esprimere nelle regole di condotta. E qui sorge un grande problema, che è enunciato anche nel titolo di questo incontro ("Il codice etico alla prova dei primi dieci anni"). Un codice etico presuppone infatti la tipizzazione dei comportamenti che si vogliono consentire o che si intendono vietare.

Vi sono state in passato, a questo proposito, e ancora permangono, molte resistenze a tipizzare gli illeciti disciplinari, quasi che sia impossibile prevedere e analizzare tutti i comportamen-

ti e non sia neppure opportuno farlo: si dice infatti che non si possono incasellare le norme etiche e che, comunque, qualunque operazione si faccia, viene cristallizzata una realtà attuale sempre necessariamente parziale, mentre rimangono fuori principi che non sono percepiti o sono destinati a cambiare in futuro. Dunque un codice sarebbe sempre per definizione incompleto, e come tale inservibile, poiché le lacune esistenti contrastano con l'idea stessa della codificazione.

È questa una impostazione non accettabile, come è stato ripetutamente chiarito con dovizia di argomentazioni, poiché vi sono i mezzi per rendere una codificazione completa (come è avvenuto fin dal codice napoleonico, che ha assicurato anche la completezza dell'ordinamento attraverso il riferimento all'analogia), e comunque la codificazione offre particolari vantaggi come ad esempio la conoscenza immediata delle regole e la possibilità di rispettare tali regole, anche nei casi più complessi.

Ricordo a questo proposito che si è posto un problema riguardante il segreto professionale degli avvocati, se cioè il segreto debba essere mantenuto quando la notizia data al legale non riguardi una condotta già realizzata, ma una condotta futura, cioè l'intento espresso dalla parte assistita di commettere un reato. Qui invero non vi è da tutelare un segreto relativamente a una condotta già realizzata, e quindi si discute se l'avvocato debba tacere oppure debba impedire l'evento, richiedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria. Qualunque sia la risposta che si voglia dare (ecco un caso complesso!), nel codice deontologico deve essere indicato il comportamento da seguire, per la certezza delle regole e per l'uniformità dei comportamenti (tanto per sciogliere il dilemma, nel codice deontologico degli avvocati, all'art. 9, è stata seguita una regola già esistente negli Stati Uniti, che distingueva due ipotesi: se la condotta minacciata futura riguarda un bene economico, l'avvocato deve tacere poiché, nell'equilibrio tra i valori, la tutela del segreto prevale; al contrario, se il male minacciato riguarda una persona o un reato di particolare gravità, l'avvocato deve parlare per impedire l'evento).

L'uniformità è anche il mezzo per costruire una comune coscienza etica, un valore collettivo di straordinaria rilevanza sociale, ulteriore ragione che giustifica ampiamente la redazione di un codice. Senza contare, per finire, che la tipizzazione degli illeciti è richiesta anche dalla necessità di rispettare il principio di legalità, per cui non può esservi incriminazione o sanzione senza una specifica previsione in tal senso (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). È vero, al riguardo, che la Cassazione ha sempre cercato di salvare l'ordinamento disciplinare affermando che il principio di legalità non si applica alle infrazioni deontologiche, ma è anche vero che la codificazione dei principi rappresenta un valore sociale, nell'interesse degli incolpati e della realizzazione della giustizia, tanto più che le infrazioni sono giudicate in ultimo grado, sia per gli avvocati che per i magistrati, dalla Cassazione a sezioni unite.

Dunque, la tipizzazione delle regole è una necessità e una opportunità di rilevante valore. Ma come procedere in concreto? Anche qui è interessante il raffronto tra l'esperienza degli avvocati e quella dei magistrati, che sono accomunati anche in questo caso da principi analoghi.

Vi è, per gli avvocati, l'art. 38 della legge professionale forense (il r.d. del 1933) per cui «gli avvocati che si rendano colpevoli di abusi e mancanze o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare».

E lo stesso principio è sostanzialmente riprodotto nell'art. 18 della legge del 1946 sulle guarentigie della magistratura, per cui «il magistrato che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio e fuori una condotta 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».

Sulla base del principio enunciato (l'art. 38 l.p.f.) l'avvocatura ha compiuto un'operazione molto semplice: dalla constatazione infatti che gli organi forensi hanno il diritto di sanzionare i comportamenti che sono violatori dei principi deontologici, se ne è tratta la conclusione che, implicitamente, gli organi forensi han-

no il diritto di individuare le regole la cui violazione comporta una sanzione. Un esempio per chiarire questo concetto. Se gli organi forensi sanzionano disciplinarmente l'avvocato che produce lettere riservate, implicitamente viene affermata la regola che è vietato produrre lettere riservate. È sostanzialmente l'applicazione di un metodo induttivo (dal fatto alle regole), rovesciato rispetto al metodo deduttivo che noi applichiamo quotidianamente nella decisione delle controversie (dalle norme dei codici ai fatti).

Detto in altre parole: nel codice civile esiste una norma codificata e questa applichiamo ai fatti, per deduzione, per emanare una sentenza. Nel sistema disciplinare, al contrario, abbiamo soltanto un fatto e la decisione disciplinare e questa ci permette di ricavare, per induzione, la regola da codificare. È questo il procedimento con cui nel 1984 ho elaborato per la prima volta un codice deontologico ed è questo il risultato a cui l'avvocatura è pervenuta nel 1997, approvando formalmente il codice deontologico forense, un codice che trova forma ed effettività nella giurisprudenza disciplinare. Certo, se noi fossimo in un Paese di *common law* non vi sarebbe bisogno di questa attività, ma poiché diverso è il nostro sistema, il risultato è pienamente condivisibile.

Due precisazioni ancora sulla codificazione che abbiamo realizzato.

Il problema delle lacune è stato da noi risolto con una norma di salvaguardia finale (l'art. 60 del codice deontologico degli avvocati) che stabilisce che le disposizioni del codice «costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi». Qui il ricordo va alla prima codificazione della nostra storia, al codice napoleonico, che realizzò l'idea pur in una situazione di estrema confusione (un dedalo inestricabile di regole, editti, decreti, consuetudini locali e regionali, rescritti, bolle, ordinanze). E a chi obiettava che il codice potesse essere incompleto e fosse comunque inidoneo a disciplinare anche i casi futuri, il grande giurista Portalis obiettò che «i codici si fanno con il tempo», e quindi è possibile modificare le regole; e quanto poi alle lacune, il codice napoleonico, come è noto, introdusse l'art. 4, disciplinando in so-

stanza il principio della analogia («il giudice che rifiuti di giudicare sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità e della insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di denegata giustizia»).

Né poi sarebbero criticabili le modifiche imposte dalla evoluzione dei tempi, come avviene ad esempio nel codice disciplinare dei medici, che viene costantemente aggiornato sul presupposto che le regole deontologiche sono sempre superate dalle innovazioni della scienza. A questo riguardo il codice deontologico degli avvocati ha codificato i principi distinguendo le regole generali (indicate con i numeri arabi) dai canoni complementari (indicati con i numeri romani), nei quali sono precisati i comportamenti più ricorrenti. Con il vantaggio quindi di poter procedere alle modifiche del codice, senza toccare le regole, ma operando solo sui canoni complementari. In questo modo vi è una struttura che indica i valori e i principi e rimane costante pur nella variazione dei canoni complementari imposta dalle mutate condizioni professionali e sociali.

Questa lunga digressione sul codice deontologico degli avvocati mi è parsa importante, per analizzare lo stesso problema che si è posto per la magistratura, con il codice etico realizzato nel 1994, di cui si celebrano oggi i dieci anni.

È a tutti noto che per i magistrati l'unico strumento operativo è la legge (art. 108 Cost.), ma altro è il mezzo per rendere efficace una codificazione, altro è il metodo per individuare i contenuti della codificazione. Ricordo quindi che, dal 1946 in poi, sono stati fatti molti tentativi per approvare un codice deontologico, e in tal senso molti disegni di legge si sono susseguiti nel tempo (e basti ricordare il d.l. presentato nel 1978 da Viviani, nel 1983 da Martinazzoli, nel 1987 da Vassalli, nel 1996 da Flick), essendo quasi una prerogativa dei ministri della giustizia di presentare periodicamente una proposta per la tipizzazione degli illeciti dei magistrati.

È a tutti noto anche quanto accaduto nel 1994. Con il d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546, si è introdotto un art. 58-*bis* nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, sul pubblico impiego; e tale articolo pre-

vedeva, al quarto comma, che «per ciascuna magistratura» e per l'Avvocatura dello Stato, gli «organi delle associazioni di categoria» dovessero adottare, entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, un "codice etico" da sottoporre «all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata». Così l'Associazione nazionale magistrati, usufruendo del potere ad essa concesso, ha approvato il 7 maggio 1994 il codice etico. Analoghi testi sono stati adottati dai magistrati del Consiglio di Stato (28 aprile 1994), dai magistrati amministrativi (13 maggio 1994) e dai magistrati della Corte dei Conti (28 aprile 1994).

Tuttavia il codice è sorto nell'ambiguità della legge che lo ha presupposto, e puntualmente lo ha rilevato la stessa Associazione nazionale magistrati. Nella premessa del codice, infatti, si legge che l'Anm ritiene «di dubbia costituzionalità tale norma, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega sia sotto quello della violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario», e tuttavia vi ha dato attuazione «considerando comunque opportuna l'individuazione delle regole etiche cui, secondo il comune sentire dei magistrati, deve ispirarsi il loro comportamento». Ha precisato infine l'Anm che si tratta «di indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari».

È questo il punto principale che deve essere approfondito. Se infatti il codice etico del 1994 è dichiaratamente «*privo di efficacia giuridica*», ancora una volta dobbiamo constatare che non si è realizzata una vera e propria tipizzazione, ma soltanto una enunciazione di principi, troppo generica e distante dalla codificazione vera e propria. E tanto ciò è vero che, subito dopo l'approvazione del codice, il ministro Flick nel 1996 ha formulato una proposta per la tipizzazione degli illeciti e in questi ultimi tempi il Governo ha fatto approvare una nuova legge-delega sull'ordinamento giudiziario, nella quale è prevista l'emanazione di uno specifico decreto legislativo per la tipizzazione degli illeciti disciplinari.

Insomma a me pare che il codice etico "alla prova dei primi dieci anni", già «privo di una qualsiasi efficacia giuridica» (come

è stato detto), rischi oggi di essere estromesso da una qualsiasi operativa e concludente effettività.

In effetti, nella legge 27 luglio 2005 n. 150, all'art. 1 sub *f* e poi all'art. 6 è prevista la disciplina particolare degli illeciti disciplinari e delle sanzioni, e tale legge è così dettagliata che il decreto legislativo delegato viene ad avere ben poco da aggiungere alle indicazioni già espresse. Ed infatti, proprio tre giorni fa, il Governo ha emanato l'ottavo dei decreti legislativi previsti, e nel testo presentato ha recepito sostanzialmente tutto l'impianto già analiticamente descritto nella legge-delega.

Dobbiamo dunque parlare di questo nuovo decreto legislativo, poiché esso è destinato ad essere il futuro "*Codice deontologico dei magistrati*"! Dobbiamo parlarne anche perché con la discussione potranno essere corrette eventuali ambigue impostazioni ovvero vere e proprie alterazioni della funzione dei magistrati (com'è accaduto quando nella discussione della legge-delega si è ottenuto di modificare la norma che addirittura incriminava l'attività di interpretazione della legge da parte dei giudici).

Ci si avvede quindi che nell'art. 6 della legge n. 150 del 2005 erano stati indicati molteplici casi o sottocasi che riguardano illeciti nell'esercizio delle funzioni del magistrato e illeciti al di fuori delle funzioni: erano undici casi multipli, molto dettagliati. Che cosa ha fatto ora il Governo? Il decreto legislativo, nella bozza che è stata presentata, e che probabilmente sarà resa definitiva prima delle prossime elezioni perché è già stata portata al Consiglio dei ministri, ha ripreso tutte le previsioni legislative e le ha trasformate in tipizzate regole di comportamento che i magistrati dovranno rispettare (28 regole per gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni; 10 regole per gli illeciti fuori dall'esercizio delle funzioni e altre ancora). È stato fatto bene o male? Lo dovrebbero dire i magistrati. Io mi limito ad annotare che vi sono norme accettabili e norme criticabili. Una norma positiva è quella nella quale finalmente si dice che «l'attività di interpretazione di norme di diritto, in conformità con l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, non dà mai luogo a responsabilità discipli-

nare» (art. 3.2 della bozza del decreto legislativo): questo lo sapevamo, ma è anche bene che sia proclamato.

In altri casi sono possibili critiche sotto due profili: in primo luogo, in via generale, i 28 casi di comportamenti previsti nell'esercizio delle funzioni sono elencati in modo disorganico e disordinato, o affastellati senza una connessione precisa. In secondo luogo, e in via di analisi, vi sono alcune regole che creano collegamenti e obblighi di delazione, che non mi sembrano compatibili con la linearità delle funzioni. Ad esempio, si prescrive che un magistrato non possa interferire con un altro (art. 3, sub *e*), ma si afferma anche che, chi riceve l'interferenza, se non denuncia immediatamente il primo al capo dell'ufficio è passibile di sanzione (art. 3, sub *f*)! E il tutto si completa poi con il caso previsto dalla lettera *dd* dell'articolo 3: «l'omissione da parte del dirigente d'ufficio, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possano costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio...» costituisce illecito disciplinare!

Mi sembra poi giusto che si colpiscano i ritardi, ma non secondo il metodo attuato (non so se questo piaccia o non piaccia) per cui il ritardo grave e ingiustificato nel compimento degli atti costituisce un illecito disciplinare, ma non è considerato grave «il ritardo che non eccede il triplo del tempo previsto» (art. 3 sub *g*)!

Io non so in definitiva se questi principi e canoni complementari siano ancora modificabili. So tuttavia che un apporto contributivo per migliorare questo testo potrebbe ancora essere dato, a meno di contare soltanto sui possibili futuri ripensamenti nella prossima stagione elettorale.

Vorrei sviluppare ancora due riflessioni che mi sembrano importanti. Una riguarda le cd. norme di chiusura e l'altra le sanzioni.

Per quanto riguarda il problema delle norme di chiusura, ricordo che queste sono sempre state invocate per rispettare il principio per cui il codice non può essere incompleto. Quale il vantaggio e quale lo svantaggio? Il vantaggio è dato dal fatto che certamente ogni comportamento deontologicamente scorretto viene ad essere valutato; lo svantaggio nasce dal fatto che con una nor-

ma generica di chiusura la tipizzazione non è completamente realizzata e quindi non è compiutamente rispettato il principio di legalità.

Nel decreto legislativo in esame, in effetti, vi sono alcune norme di chiusura, sia per i comportamenti tenuti nell'esercizio delle funzioni che per quelli estranei. E così, ad esempio, costituisce illecito disciplinare «ogni altra rilevante violazione dei doveri di imparzialità, laboriosità, correttezza e diligenza» (lo si dice all'art. 3 sub *bb*). E poi ancora al punto 4 sub *l* si afferma che è illecito disciplinare «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato anche sotto il profilo dell'apparenza».

Per quanto riguarda le sanzioni, invece, il problema è importante perché non sempre è facile individuare una sanzione specifica per ogni comportamento violatore dei principi (*nulla poena sine lege*), e d'altro canto l'automaticità delle sanzioni disciplinari è costantemente criticata dalla Corte costituzionale.

Su questo punto specifico delle sanzioni, come opera questo decreto legislativo? Abbastanza bene, perché, nell'articolo dedicato alle sanzioni (art. 13), si afferma che si applica una sanzione «non inferiore alla censura» per una serie determinata di casi e altra sanzione «non inferiore alla perdita dell'anzianità» per altri casi, e così via. Vengono indicati cioè molteplici casi cui si riferiscono specifiche sanzioni tipizzate. Tuttavia, se si analizza il testo con attenzione, non sempre vi è una corrispondenza perfetta tra tutte le ipotesi previste: temo quindi che siano necessarie alcune precisazioni. In altri casi, ad esempio nei casi più gravi quando vi sono fatti penali, viene comminata la sanzione della rimozione, e questa sanzione potrebbe essere contraria al principio di cui ho detto sulla incostituzionalità delle norme. Negli ordinamenti delle professioni, infatti, vi sono stati molteplici interventi della Corte costituzionale per affermare il principio di proporzionalità e adeguatezza tra il fatto e la sanzione. Quindi le sanzioni automatiche sono incostituzionali. Dovremo tenerne conto.

Ecco dunque che i dieci anni del codice etico dei magistrati rivivono nell'attualità di un impegno legislativo che inevitabil-

mente verrà a modificare l'assetto precedente. Sicché forse – è una mia opinione personale – si chiude oggi la storia di quel codice etico, pur ammirevole per l'enunciazione dei principi.

Resta il problema della attuazione concreta delle regole, come è avvenuta fino ad oggi, anche se non dobbiamo dare giudizi *ex post*, né dobbiamo chiederci se i risultati siano stati lusinghieri o criticabili. Certamente possiamo dire che vi sono stati casi, anche all'attenzione della pubblica opinione, in cui il comportamento del magistrato e il provvedimento del Csm hanno suscitato perplessità. Infatti, e senza qui voler minimamente criticare la funzione (quante infrazioni sono addebitabili anche agli avvocati!), talvolta gli episodi accaduti e giudicati dalla sezione disciplinare del Csm non hanno soddisfatto il senso di giustizia della pubblica opinione. Penso al caso avvenuto a Milano (con il rinvio di un'udienza a oltre cinque mesi per... impraticabilità del parcheggio); penso al provvedimento di diniego della provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo e al contestuale rinvio della causa disposto dal giudice a tre anni e sei mesi «essendo la causa di pronta soluzione»; penso al caso accaduto a Firenze, in cui il magistrato ha trattenuto in decisione 400 fascicoli... che sono stati trovati intonsi in un armadio; e per finire penso al caso dei magistrati romani che hanno fissato la prima udienza per una causa di lavoro a oltre cinque anni di distanza! Tutti casi in cui il provvedimento del Csm non vi è stato o non è sembrato adeguato.

Resta dunque il fatto che una codificazione non è mai sufficiente se ad essa non si accompagna la volontà di rispettare i valori enunciati, perché da ciò dipende la qualità del servizio e il rispetto della funzione.

Tutti dobbiamo quindi operare concretamente per realizzare la deontologia, per celebrare quotidianamente il primato dei valori e riaffermare, anche in questo modo, la necessità di garantire il miglioramento del diritto e della giustizia.

TERZA SESSIONE

DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA:
IL PUNTO DI VISTA DELLE PROFESSIONI

PIETRO RESCIGNO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Grazie dell'onore, che mi viene reso da tutti gli enti organizzatori del convegno, di far da moderatore della seduta. Non prevedevo di dover svolgere considerazioni introduttive; mi riservo, concluse le relazioni e gli interventi, di svolgere qualche riflessione aggiuntiva, se ne sarò capace.

La mia presenza è dovuta non solo all'interesse per il tema trattato, ma soprattutto al legame con i promotori, ed in particolare con l'Istituto italiano di studi filosofici che qualche giorno fa ha celebrato a Roma in maniera solenne, alla presenza del Capo dello Stato, i suoi trent'anni di vita, assieme ai sessant'anni dell'Istituto di studi storici che rappresenta l'altra istituzione culturale radicata nel Mezzogiorno ed a Napoli, operante sul piano della cultura storica e filosofica. Per l'uno e per l'altro vale la considerazione che discipline come l'economia e il diritto sono strumenti indispensabili, come recita lo statuto di uno di essi, per allargare l'ambito dei problemi e per agevolare la ricerca delle soluzioni.

Assieme a questa testimonianza vorrei esprimere un sentimento di rinnovata gratitudine per la distribuzione in dono, in occasione del nostro incontro, del volume sulla deontologia che la bontà dell'Istituto di studi filosofici e la benevolenza dell'Accademia dei Lincei, al compiersi del mio lungo itinerario di insegnamento, volle qualche anno fa a me dedicare. Le riflessioni consegnate al libro toccano da vicino il discorso che ora intraprendiamo sull'etica e sulla deontologia con riguardo al modo in cui sono professate e rispettate nell'area della magistratura; in una prospettiva di collaborazione, ma sempre nel segno dell'autono-

mia di ciascuna, ci occuperemo altresì dell'avvocatura e della stampa nei loro rapporti con il problema della giustizia.

CARLO GUARNIERI

ANCORA SU CODICI ETICI
E RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO

In termini generali, ci sono alcuni punti che sono emersi dalla discussione e che meritano un approfondimento. Innanzitutto, l'elaborazione di codici etici – o comunque la riflessione sulla deontologia giudiziaria – è sicuramente legata al crescente rilievo della funzione giudiziaria nei sistemi politici, specie dell'Europa continentale. Aggiungerei poi che sono venuti meno strumenti che in passato, in maniera magari impropria, assicuravano il rispetto di alcune regole di condotta. In più occasioni, i relatori francesi hanno giustamente osservato che una volta c'era il codice, il codice civile, il codice napoleonico, e poi c'era l'educazione borghese, che diceva al giudice come comportarsi in tutta una serie di circostanze. Poi, c'era anche la gerarchia, il controllo gerarchico, che poteva toccare anche aspetti della vita privata. Molti di noi conoscono il libro di Freddi sulla carriera dei magistrati negli anni Cinquanta, dove viene dimostrato come i comportamenti privati dei magistrati ne potessero spesso penalizzare la carriera. In passato, quindi, c'era questo strumento che, per quanto discutibile, per quanto criticabile, assicurava il rispetto di certe regole. Questo assetto è stato in Italia superato e negli altri Paesi dell'Europa continentale più o meno ridimensionato, anche se gli altri Paesi mantengono ancora una struttura relativamente più gerarchica di quella italiana. È così venuto a mancare uno strumento che assicurava all'organizzazione giudiziaria una certa coerenza: l'assicurava in modo magari criticabile, ma l'assicurava. Quindi, l'esigenza di identificare degli strumenti nuovi è più che comprensibile.

Vi è poi il problema della politicità dell'agire del giudice. È un problema che presenta vari aspetti. Innanzitutto, vi è la politicità che deriva dal fatto che il giudice, nel suo agire, si rifà a valori. Nella concezione tradizionale il giudice, in quanto semplice bocca della legge, non ha valori propri, gli unici valori di riferimento sono quelli della legge. In questo modo il problema viene cancellato e si ottiene quello che, con una nota espressione, è stato definito il giudice *slot-machine*: si infilano i casi e le leggi nella macchinetta, si tira una leva ed esce, senza problemi, la decisione. Superata ormai questa concezione, come abbiamo visto anche oggi in quasi tutti gli interventi, i valori del giudice sono entrati pienamente nella decisione giudiziaria. Ma il problema non è tanto avere o meno giudici che aderiscano a questa o a quella filosofia politica, più o meno conservatrice, più o meno progressista. Di fatto, i giudici hanno sempre una filosofia di riferimento ed è comunque augurabile che sia così: spesso il presidente Bruti Liberati cita l'affermazione del giudice Antonin Scalia, secondo cui non bisogna che «i giudici abbiano la testa vuota». Il problema, quindi, non è questo: tutti i giudici devono avere le proprie idee, anche se queste idee devono essere poi trattate in modo appropriato. Il problema sorge quando il giudice inizia a partecipare al dibattito politico, allo scontro politico, di partito. L'Italia, la Spagna, la Francia, probabilmente in una certa misura anche il Belgio, hanno visto una forte partecipazione di alcuni settori della magistratura, e comunque di alcuni magistrati, alla lotta politica intesa in senso stretto. Questo tipo di partecipazione, in un regime democratico, chiama però in causa la necessità di predisporre meccanismi di responsabilità politica. Non è un caso che l'unico Paese che ha una magistratura in cui l'appartenenza partitica è quasi istituzionalizzata sono gli Stati Uniti, anche se le cose sono diverse fra il livello federale e quello statale. Così, negli Usa abbiamo alcuni meccanismi di responsabilità politica per i giudici, anche se naturalmente non sono identici a quelli che operano nei confronti dei titolari di posizioni nell'esecutivo e nel legislativo. Si tratta di vedere se si vuole anche da noi andare in quella direzione, dato che così facendo si arriverà probabilmente alla richiesta di attivare meccanismi di responsabi-

lità politica, fatto che può comportare dei costi, anche molto alti. Del resto, in Italia ci sono già alcune proposte, che saranno anche strumentali (come quelle della Lega nord che chiede l'elezione dei capi degli uffici requirenti), ma che ormai sono presenti nel dibattito politico. Se però non si vuole percorrere fino in fondo quella strada – una strada, lo sottolineo, non priva di controindicazioni, anche perché estranea alle nostre tradizioni – bisogna trovare un modo per introdurre regole che limitino l'impegno politico partigiano, senza però toccare la sfera dei valori di riferimento, anche se presenta una sua politicità.

Detto questo, sicuramente la riflessione sulla deontologia è anche un modo per le magistrature dell'Europa continentale di rafforzare la propria legittimazione, di giustificare il potere che hanno acquisito in questi anni. Si tratta di una strategia pienamente legittima e, tutto sommato, anche condivisibile. Le magistrature dell'Europa continentale sono magistrature che storicamente si sono formate come un settore specializzato dell'apparato amministrativo. È solo nella seconda metà del Novecento, a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale, che è iniziato un processo di distacco dalla pubblica amministrazione. Il punto che va sottolineato è che storicamente la legittimazione della magistratura era strettamente legata a quella degli apparati amministrativi e, quindi, in realtà all'asse politico portante di questi sistemi politici, quello composto da Parlamento e Governo (dato che si trattava generalmente di regimi parlamentari). Ma ormai la magistratura si è staccata da questo circuito, anche se i suoi caratteri strutturali sono rimasti, tutto sommato, ancora quelli di un tempo: una magistratura di carriera, con giudici che vengono reclutati in giovane età, sulla base di considerazioni tecniche e così via. È allora evidente che ne consegue un indebolimento della giustificazione del potere del giudice, dato che non c'è più, o comunque è sempre meno forte, la giustificazione che si basava sul suo rapporto con le istituzioni politiche centrali – il Governo, incaricato di “vigilare” sul retto comportamento dei giudici, e soprattutto il Parlamento, titolare della funzione legislativa – e non sono stati introdotti altri strumenti di legittimazione.

I codici deontologici possono essere una buona occasione se diventano strumenti, da un lato, per rafforzare le capacità professionali del giudice e, dall'altro, per creare un collegamento più forte con le professioni giuridiche, specie con l'avvocatura. Si tratta di uno strumento che può inserirsi positivamente nelle trasformazioni in atto. Infatti, la crescita del rilievo politico della funzione giudiziaria va inquadrata in un contesto in cui si passa da un assetto che tendenzialmente – e sto semplificando parecchio – è monista, in quanto vede il potere politico concentrarsi sull'asse Parlamento-Governo, ad un assetto pluralista, che vede più poteri collegati fra loro in modo complesso. In questo assetto, la separazione dei poteri non va più intesa come semplice separazione di competenze ma come separazione di istituzioni che sono tra loro autonome e si bilanciano in modo dinamico. Qui una magistratura indipendente gioca un ruolo essenziale, ma il potere giudiziario che essa esprime deve essere inserito in una rete di freni e contrappesi. Così, il legame con le professioni diventa, da un lato, una forma di contrappeso, in quanto le professioni elaborano metodiche, regole che in certa misura ingabbiano anche il potere giudiziario, e, dall'altro, anche un elemento di rafforzamento del potere dei giudici, per via del sostegno che può fornire loro un gruppo come l'avvocatura, che svolge in tutti i sistemi politici democratici un ruolo di particolare importanza. Si pensi, ad esempio, al ruolo che svolge negli Stati Uniti l'*American Bar Association* a difesa dell'indipendenza dei singoli giudici, come è documentato addirittura dal suo sito web, dove sono elencati i casi di giudici, per lo più statali, oggetto di attacchi ingiustificati. Così, vengono aperte delle specie di “pratiche a tutela”, fatte però non dai giudici ma dagli avvocati. È un fatto molto interessante che ci fornisce l'idea del rapporto diverso fra magistratura ed avvocatura che esiste in quel Paese e quindi della forza di cui, grazie a questo sostegno, il giudice – anche quello di uno sperduto tribunale di provincia – può disporre. Quindi, elaborare un codice deontologico, se ha questi due obiettivi – di rafforzare la professionalità del giudice e di gettare un ponte con le professioni giuridiche – è un'operazione sicura-

mente positiva, pur con tutte le ambiguità che sono state ricordate.

Vi è poi sicuramente il problema di come costruire la relazione tra giudizio disciplinare e codice deontologico. Come accennavo, non li vedo come due elementi separati: bisogna certo evitare che le violazioni del codice etico abbiano conseguenze disciplinari, ma i codici etici possono diventare una sorta di vivaio da cui eventuali illeciti disciplinari possono ad un certo punto essere “pescati”, anche se è ovvio che questo trasferimento deve essere fatto con tutte le garanzie del caso. In questo senso, è positiva l'esperienza canadese, che ha creato un comitato etico consultivo che dà pareri, pareri che sono di tipo generale, cioè senza riferimento al caso concreto, e che vengono resi pubblici. In questo modo, si crea una specie di “giurisprudenza” che favorisce da parte della professione giudiziaria l'adozione di una serie di valori, di regole di comportamento che poi possono eventualmente diventare, in una seconda fase, dopo che sono diventati coscienza comune del corpo, con un processo di formalizzazione, anche illeciti disciplinari.

Il ruolo di un codice deontologico non finisce però qui. Questa mattina si è affermato che un codice deontologico non deve prevedere sanzioni giuridiche. Come ho appena detto, è senz'altro giusto che ci sia una separazione tra momento deontologico e momento disciplinare. Mi domando però: la violazione sistematica delle regole del codice deontologico è proprio destinata a non avere alcuna conseguenza? O può avere delle conseguenze, ad esempio, quando si tratterà di attribuire un ufficio direttivo a un certo magistrato, un magistrato che sistematicamente, magari per anni, ha violato norme deontologiche, come quelle individuate dall'Associazione nazionale magistrati? Come si comporteranno i magistrati che appartengono all'Anm e siedono nel Csm, quando questo magistrato si presenterà per l'assegnazione di un ufficio direttivo in concorrenza con un altro magistrato che magari ha più o meno la stessa anzianità e gli stessi titoli, ma che quelle regole ha sempre osservato? Io credo che qualche conseguenza ci debba essere, anche perché è difficile da noi ricorrere a quelle

sanzioni informali spesso adoperate in Paesi come l'Inghilterra, dove, se un giudice viola certe regole (ad esempio, esagera col bicchiere), viene socialmente isolato: nessuno lo invita più a pranzo o gli rivolge parola, spingendolo così spesso alle dimissioni.

Facevo prima cenno alla professionalità: vi è in realtà uno stretto legame con l'etica, sia perché un'adeguata formazione professionale fa parte dei doveri del magistrato, sia perché, a ben vedere, la deontologia fa parte della formazione professionale del magistrato. Il discorso sarebbe lungo, ma un giudice fortemente identificato col proprio ruolo è non solo un giudice che svolge con maggiore capacità la propria funzione istituzionale – il rendere giustizia – ma è anche un giudice più indipendente e comunque meno sensibile alle pressioni o alle lusinghe indebite. Inoltre, non va trascurato che un giudice che conosce bene i propri doveri, che è addestrato a rispettarli, è un giudice verso il quale è più difficile che si debba ricorrere allo strumento disciplinare, uno strumento necessario ma non privo di problemi, se non altro per il suo potenziale conflitto con le garanzie di indipendenza. Per questo la formazione può giocare qui un ruolo cruciale.

Del resto, la formazione può essere uno strumento per affrontare anche i problemi aperti dal riconoscimento della politicità dell'azione giudiziaria. Forse anche per deformazione professionale (e ammetto subito un potenziale conflitto di interessi) ritengo che un addestramento migliore, più culturalmente ampio, dei giudici, che introduca ad esempio alla conoscenza delle principali filosofie politiche contemporanee, sarebbe più che augurabile. I giudici devono conoscere i caratteri fondamentali del pensiero liberale – e magari anche del cosiddetto neoliberalismo, tanto bistrattato quanto poco conosciuto – o delle varie dottrine di ispirazione socialista. Si tratta di aspetti importantissimi, specie quando si deve discutere, come spesso avviene, di rapporti fra uguaglianza e libertà individuali. Visto che i giudici (tutti e non solo quelli delle Corti di cassazione e delle Corti costituzionali) spesso devono fare operazioni di bilanciamento, che almeno sappiano quello che stanno bilanciando e le implicazioni delle scelte che stanno facendo, dato che spesso i testi normativi non offrono

soluzioni già pronte, ma solo insieme di soluzioni. Credo che, se i giudici recuperassero una certa conoscenza delle principali dottrine politiche, sarebbero anche in grado di controllare meglio i propri valori e il loro influsso sulle proprie decisioni. Questa è forse un'ipotesi un po' illuminista, che richiederebbe di essere meglio sviluppata, ma è probabile che la partigianeria si possa sviluppare più facilmente in coloro che non conoscono bene la complessità delle ragioni in gioco.

L'ultima annotazione riguarda il caso italiano. Purtroppo, la situazione non è delle migliori: il professor Toniatti ha sostenuto che in questi ultimi anni il clima è stato pessimo. Io sono sempre stato molto critico del modello italiano e, ad esempio, non condivido affatto l'entusiasmo manifestato dal professor Rousseau nei suoi confronti: anche se posso comprenderne le ragioni storiche, ne vedo bene i limiti e i difetti. Purtroppo, in questi ultimi anni non si è potuta fare una discussione pacata sulla riforma dell'ordinamento giudiziario, specie per colpa dell'attuale maggioranza (mentre in precedenza vi erano state intemperanze anche da altre parti). Quindi, in questo contesto non credo che si potrà fare molto, ad esempio, per rivedere l'assetto del Consiglio superiore della magistratura. A questo riguardo ho ascoltato con interesse le osservazioni critiche del professor Prisco, che si riferiscono a fenomeni favoriti proprio da questo assetto, che crea una sorta di circolo vizioso fra controllati e controllori: gli uomini sono uomini, non si può semplicemente chiedere loro di essere virtuosi e di andare contro i loro interessi. Tanto è vero che i codici etici funzionano se, poi, a lungo termine, ci sarà qualche premio – non necessariamente di natura materiale – per coloro che li osservano. Andando più sullo specifico, ritengo che l'autogoverno di per sé sia dannoso (per tutti, anche per i professori). Certo, c'è il problema di come garantire l'indipendenza del giudice. Bisogna però cercare di costruire con la fantasia istituzionale assetti che evitino i rischi dell'autogoverno, in altre parole dell'autoreferenzialità corporativa, senza far cadere la magistratura sotto l'influenza della politica partigiana. Non è facile, ma ci si può provare. Un buon esempio è la proposta di riforma del Csm francese del 2000: era

una soluzione per certi versi interessante, anche se poi è stata bocciata, che prevedeva un Consiglio composto solo da una minoranza di magistrati, senza però che la politica lo potesse controllare, anche per via della rappresentanza concessa a diverse istituzioni più o meno “neutrali”. Capisco che non è un tema che si possa trattare di questi tempi, con il clima che c'è. Se però si vuole affrontare il problema di migliorare le valutazioni di professionalità, non si potrà alla fine non toccare la struttura del Csm.

Qui chiudo perché, in ogni caso, non dobbiamo dimenticare che l'ottimo è nemico del bene e che perciò è sempre meglio avanzare a piccoli passi: sulla base dell'esperienza del passato, sono diventato sempre più scettico nei confronti delle grandi riforme. Perciò sono favorevole, pur con i limiti e le ambiguità di cui abbiamo parlato, al codice deontologico: che venga migliorato, che si faccia tutto quel che si deve fare, che si consulti l'avvocatura, ma alla fine credo che gli aspetti positivi siano maggiori di quelli negativi e di questo mi rallegro.

SALVATORE PRISCO

LE TENTAZIONI DEL MAGISTRATO
E L'ANTIDOTO DELLA SOBRIETÀ*

1. – Non posso innanzitutto omettere di ringraziare gli enti che ci hanno offerto la possibilità di vivere la bella giornata odierna e quella di domani. Poiché peraltro gli enti rinviano in sostanza alle persone fisiche che li animano, questo significa esprimere gratitudine in primo luogo al preside Chieffi, al comitato studentesco e alla collega Daniela Bifulco, della consorella facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli (a Daniela, in verità, sia come perfetta regista dell'incontro, sia come autrice di un apporto alla discussione che è stato vivace e stimolante, come le è solito), quindi al giovane collega Épineuse, che rappresenta qui l'istituto francese che ha concorso all'organizzazione del convegno, al consigliere Patrono, al presidente Bruti Liberati e al consigliere Sabato dell'Associazione nazionale magistrati e – in ultimo, ma non quale ultimo – all'Istituto italiano per gli Studi filosofici, nostro magnifico ospite.

Noi napoletani siamo tanto abituati a collaborare con esso, ad assistere a manifestazioni che vi si tengono, ad animarne talora (come capita) i lavori, che a volte ci succede di sottovalutarne il prestigio. Anche gli abitanti di Roma, del resto, a furia di convivere con il Vaticano hanno sviluppato un atteggiamento scettico e pragmatico, se non verso le cose divine, quantomeno verso coloro che le amministrano.

* Le citazioni poste in epigrafe ai paragrafi sono tratte da P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, nell'edizione Ponte alle Grazie, Milano, 1999, con introduzione di P. Barile, rispettivamente alle pp. XXVIII, 165, 271, 236.

Avviene poi di apprendere dalla stampa che, come è accaduto proprio ieri, il Presidente della Repubblica celebri al Quirinale, in occasione degli anniversari di rispettiva fondazione, due benemerite istituzioni culturali partenopee, come l'Istituto di Studi storici intitolato a Benedetto Croce e appunto questo, in cui ci troviamo; e siamo allora immediatamente richiamati al senso di quanto importanti siano tali realtà per l'intero Paese. Io non ho mai capito come si possa coniugare l'eccellenza di Napoli in campi del genere con la sua quotidianità di vita, molte volte così difficile ed esasperante; ma questo è un altro discorso.

*Avvocati e giudici giocano nel meccanismo della giustizia
come in pittura i colori complementari:
che, proprio perché opposti, brillano nel loro ravvicinamento.*

2. – Sono avvocato, anche per lunga tradizione familiare ed in aggiunta professore universitario e pubblicista, nel senso che esercito attività giornalistica in modo non professionale, come una sorta di “milizia civile”.

Lo dico non per esibire medagliette al valore, ma solo per precisare che – se metto il naso in casa d'altri, cioè nelle valutazioni di tipo etico che i magistrati esprimono con riferimento alla loro medesima categoria (fatemi grazia che io non impieghi qui il termine, costituzionalmente corretto, di “ordine”: la parola sa di sacrale e invece in questo contesto voglio proprio riferirmi all'umiltà artigianale del corretto esercizio del “mestiere”, se così posso esprimermi) – non ignoro certo che, in ciascuna di quelle delle quali faccio parte *pro quota*, esistono problemi quanto al tono etico dei comportamenti professionali di chi ad esse appartiene. Ogni tanto in Italia si cambiano le regole formali al riguardo, soprattutto in ingresso: così è da poco accaduto per il modo di accesso alla professione legale, dopo uno scandalo per cui tutti i compiti in una certa sede giudiziaria – dove si svolgeva l'esame di abilitazione – erano uguali tra loro; così anche per i concorsi uni-

versitari, dove pure abbiamo ora un nuovo sistema, di recentissima introduzione ed ancora non sperimentato in pratica, perché quello sinora vigente aveva fatto discutere in quanto a trasparenza delle procedure selettive e a sua idoneità nel merito ad individuare i candidati effettivamente migliori. Infine, gli stessi presupposti di accesso alla professione giornalistica stanno per essere mutati, nel senso di richiedere obbligatoriamente percorsi di studio più qualificati (laurea almeno breve, *master*) per l'ammissione all'esame.

Mi è però ben chiaro che le norme giuridiche da sole non funzionano, né bastano a garantire la selezione iniziale di quanti sono effettivamente preparati ed il loro successivo buon livello qualitativo, se anche in questi campi, come in ogni settore dell'attività umana organizzata, non emerge un'etica di ceto più elevata, più salda e generalmente (o almeno nella media) condivisa.

Svolgo perciò qualche sommessa e rapida osservazione sulle riflessioni ascoltate oggi, senza volere essere io stesso un giudice dell'etica dei giudici e del modo in cui essi medesimi la problematizzano: non ne avrei alcun titolo e mi è ben presente – credetemi – il detto evangelico sulla pagliuzza nell'occhio altrui e la trave nel proprio.

Ritengo che sia molto positivo e responsabile che i magistrati italiani abbiano avviato una meditazione – interna, ma pubblica e condivisa con i portatori di pratiche contigue alle vostre e destinate a fondersi quotidianamente con esse – su un fenomeno che oggi è sempre più diffuso, come l'autonormazione di una categoria professionale, del quale quello deontologico è un aspetto importante.

Sul tema generale, un bel libro recente¹, scritto da una giovane e brillante collega che insegna nella mia stessa facoltà e per l'appunto tutto costruito sugli odierni processi di autonormazione categoriale, mostra come – in materia – dalla disciplina legislativa si tenda a trascorrere ad essa, provando infine a valutare le conseguenze sistemiche di tale trasformazione.

¹ G. DE MINICO, *Regole - Comando e Consenso*, Torino, 2004.

Per i magistrati, quello deontologico è anzi, probabilmente, l'unico legittimo spazio di normazione interna praticabile, attesa la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, che però non dovrebbe di per se stessa escludere in assoluto l'ammissibilità di linee-guida comportamentali di fonte interna, sempreché (e solo se) di integrazione ulteriore e strettamente *secundum legem* dei precetti normativi.

Pur nei limiti di spazio di un intervento, vorrei anzitutto restare brevemente su questo punto.

La recente legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario (n. 105/2005) ha raccolto all'art. 1, lettera *f*, in tema di tipizzazione degli illeciti disciplinari e delle relative sanzioni, una risalente istanza della dottrina e della stessa magistratura².

Non può tacersi l'impressione complessiva che l'elenco di comportamenti da qualificare come illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni (art. 2, co. 6, lettera *c*, numeri 1/10) o fuori di esse (lettera *d*, numeri 1/10) costituisca in qualche caso "un giro di vite" rispetto a taluni aspetti dell'attuale costume. Di questo, però, accennerò più oltre.

Il momento di collegamento più evidente tra fattispecie disciplinare tipica e codice etico sembra doversi individuare laddove – nell'art. 2, co. 6, lettera *b*, numeri 1/3 – si obbliga il Governo ad esercitare la delega prevedendo che «il magistrato debba esercitare le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio; che in ogni atto di esercizio delle funzioni debba rispettare la dignità della persona; che anche fuori dall'esercizio delle sue funzioni non debba tenere comportamenti, *ancorché legittimi* (corsivo mio) che compromettano la (*propria*, corsivo mio) credibilità personale, il prestigio e il decoro o il prestigio dell'istituzione». È infatti facilmente prevedibile che – attesa l'impossibilità di una tipizzazione puntuale di qualsivoglia comportamento, con la conseguente esigenza di clausole così generali – per integrare l'individuazione di quelli in

² Rinvio in merito a L. CHIEFFI, *La Magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, p. 207 ss.

ipotesi sanzionabili la giurisprudenza disciplinare finirà giocoforza con l'attingere alle direttive deontologiche.

Il dotarsene è dunque un'esigenza imprescindibile del sistema. Su un diverso piano di valutazione, poi, si tratta in realtà, come hanno prima notato le professoresse Jolie e Bifulco, di un bisogno che nasce – anche quanto alla magistratura e tenendo presente la particolarità che ho appena rammentato e le osservazioni al riguardo – da un problema di legittimazione³.

Come osservava il presidente Bruti Liberati, dietro ai giudici non c'è scritto solo “La legge è uguale per tutti”, ma anche, da un po' di tempo, “La giustizia è amministrata in nome del popolo”. E poiché la giustizia e gli organi che la amministrano hanno problemi di consenso, in senso lato, è chiaro allora che hanno anche problemi di legittimazione. Se la magistratura si vincola a regole deontologiche autoprodotte più stringenti e si impegna a dotarsi inoltre di strumenti di formazione successivi al concorso sempre più raffinati ed esigenti (il che rappresenta un aspetto essenziale, se voglia mantenere alta la sua immagine complessiva), toglie alibi a chi vuole limitarla e controllarla *ab extra*.

*Dire di un giudice che le sue sentenze sono «belle»,
nel senso che siano saggi di scrivere ornato
e di luccicante erudizione esposta in vetrina,
non mi pare che sia fargli un complimento.
Le sentenze dei giudici devono semplicemente,
nei limiti delle possibilità umane, essere giuste.*

3. – Torna qui utile il confronto con la cultura francese quest'oggi condotto, perché essa è tra l'altro la cultura dell'*esprit de géométrie* e della *politesse*.

Vorrei evidenziarne innanzitutto un aspetto e mi dispiace perciò che il professor Rousseau sia dovuto già ripartire. Quando

³ Si vedano, in termini, le lucide osservazioni di G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in *Foro It.*, 1996, III, 36.

lui ci diceva che nelle facoltà universitarie transalpine girano da qualche tempo codici di autodisciplina dei rapporti tra professori e studenti, ad iniziativa delle diverse istituzioni nelle quali essi vengono a contatto, questa era musica per le mie orecchie, visto che da qualche tempo (dopo avere avuto esperienze non sempre simpatiche) ho preso del tutto spontaneamente l'abitudine di sottoporre ai miei allievi, per il periodo in cui ci capita di frequentarci più intensamente e cioè quello della tesi, una specie di "contratto" – non ispirato da nessun politico, vi assicuro –, sottoscrivendo il quale ciascuno di noi due si obbliga a precisi doveri verso l'altro e correlativamente ne deriva diritti. Ad esempio: studiare il materiale assegnato e incrementarlo con ricerche personali, schedarlo e discutere con me i problemi che si sono palesati, sottoporre il lavoro *in itinere* a mie revisioni periodiche, stendere alla fine l'elaborato per la dissertazione pubblica senza copiare, quanto allo studente (devo ammettere che, con le possibilità oggi offerte da Internet, non potrei essere a priori sicuro dell'originalità del lavoro, se qualcuno mi sottoponesse un elaborato discusso in qualche sede universitaria lontana, o messo insieme col copia-incolla, od infine utilizzando scritti poco noti e penso in realtà che la tesi tradizionale è stata probabilmente colpita a morte da siffatte opportunità tecnologiche); avere effettiva disponibilità ad incontri di lavoro per tutto il tempo necessario, correggere il materiale che mi viene mostrato ed integrarlo con puntualità di suggerimenti entro tempi brevi e predeterminati, per me docente.

Si è parlato delle tentazioni del giudice. Secondo Oscar Wilde, come sapete, «a tutto si può resistere, tranne che alle tentazioni» e il medesimo relatore ha notato che le tentazioni, a volte, sono fatte per soccombervi.

Va sconfitta la tentazione del giuspositivismo spinto e acritico, come sostiene il professor Martens, e non posso che condividere quest'affermazione.

In secondo luogo, e sempre per quanto attiene alla *politesse*, vorrei dirgli che, tra i rischi che io vedo potersi spalancare di fronte al giudice e dei quali lui ha fatto – ripercorrendoli – una puntuale rassegna, mi sembra che ce ne sia uno ulteriore, rispetto al

suo elenco. Quello cioè che – quando ho studiato l'articolatissima vicenda italiana, dipanatasi su un punto che anche voi francofoni sentite come molto critico, vale a dire la laicità e i diversi approcci ad essa nei differenti ordinamenti europei – ho trovato abbastanza diffuso. Sia che le singole decisioni abbiano ritenuto di dare ingresso alla giurisdizione ordinaria in materia, sia che abbiano invece radicato quella del giudice amministrativo (essendosi poi e per di più i diversi giudici trovati di fronte al bivio se imporre la defissione di tutti i simboli religiosi da un'aula scolastica pubblica e l'esclusione di abbigliamenti fortemente identitari di allievi od insegnanti, o se aprire la strada ad una opposta "laicità per addizione"), ho infatti letto in tutte le motivazioni – comunque orientate – la tendenza a scrivere monografie. Per me c'è qui una tentazione di accademismo, di libera docenza frustrata nei rispettivi estensori.

Insomma, tra le tentazioni da vincere c'è anche quella della mancanza di sobrietà. Proprio perché ammiro nei Francesi la *politesse*, la traduco in questo caso come esigenza di semplicità, di non esibizione di opzioni etiche soggettivamente impegnative del giudicante. Fuori da una sentenza, certe scelte – qualunque siano in concreto – mi lasciano sempre ammirato verso chi è in grado di compierle con nettezza, facendo arretrare i suoi dubbi; se però esse sono coperte (o comunque ammantabili, in ultima analisi) con l'autorità del giudicato, allora confesso di rimanere perplesso. Anche quella retorica è una tentazione potenzialmente veicolo di conformismo.

*La peggiore sciagura che potrebbe capitare a un magistrato
sarebbe quella di ammalarsi di quel terribile morbo dei burocrati
che si chiama il conformismo.
È una malattia mentale, simile all'agorafobia:
il terrore della propria indipendenza;
una specie di ossessione,
che non attende le raccomandazioni esterne, ma le previene;
che non si piega alle pressioni dei superiori,
ma se le immagina e le soddisfa in anticipo.*

4. – Questo mi sembra il punto essenziale. Per me, il principio costituzionale che il giudice è sottoposto soltanto alla legge significa che egli deve essere aiutato a non essere conformista. In ciò sta la sua libertà di giudizio. E di questo, sicuramente, il Consiglio superiore della magistratura è garante.

Il Csm difende però i giudici dalle forze esterne e dalle loro intrusioni. C'è tuttavia qualcuno che difenda il giudice – nella solitudine della sua coscienza – di fronte al Csm e alla pratica dei contatti “giusti” (chiedo scusa se introduco una nota che non vuole involgarire il piano del discorso, ma che è dettata unicamente dalla consapevolezza di come vanno le cose del mondo), alla quale ci si deve dedicare, se si vuole aspirare con qualche probabilità di successo a questa o a quella sede giudiziaria importante? Vorrei vedere – nell'ipotesi che un magistrato si presentasse “nudo”, sulla base dei suoi soli meriti professionali, alla valutazione in termini e rivendicasse un determinato ufficio senza le opportune protezioni – se la sua richiesta verrebbe accolta, la sua ambizione soddisfatta.

Quando ero studente universitario e anche dopo, andava di moda “l'uso alternativo del diritto” ed ammiravo Magistratura democratica, che ha beninteso svolto una funzione essenziale per dare una scossa a certe convinzioni polverose, al rinserramento del magistrato in una *turris eburnea*, che mal dissimulava in verità l'adesione a un'ideologia e a un'etica di certo parziali⁴.

Oggi sarò invecchiato, divenuto meno idealista di un tempo e meno disposto a vedere l'idealismo negli altri. Certo è che – nel gioco delle correnti funzionale alla composizione dei Consigli giudiziari e del Consiglio superiore – scorgo soprattutto (con l'attenzione che porto da uomo maturo all'analisi realistica delle dinamiche sociali) una modalità di gestione di piccolo cabotaggio e di modesto corporativismo, non – come si diceva una volta per

⁴ Sulle vicende fondative della corrente, una lettura molto interessante e che non ho fatto senza commozione è quella di M. RAMAT, *Gli «spiccioli» di Magistratura Democratica*, in appendice al volume di scritti in Sua memoria *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, a cura di S. Mannuzzu e F. Clementi, Milano, 1988, p. 313 ss.

nobilitarlo – il mezzo per favorire «l'arricchimento del dibattito» della compagine. Magari questo è stato vero alle origini di tale esperienza, non discuto⁵; ma non credo che si possa restare seriamente persuasi che l'età della crisi delle ideologie abbia lasciato la magistratura italiana come un'isola felice, indenne da questo fenomeno erosivo.

Per esporre, tanto precisato, un'opinione sull'assetto che il sistema sta da ultimo assumendo, ritengo in sintesi che l'idea qui argomentata dal professor Rousseau sia la strada maestra per individuare un adeguato “minimo etico” della *funzione* giudiziaria. Ho inteso le sue parole – e comunque le condivido in tali limiti – come un invito ad avere fiducia nella dialettica della giurisprudenza, pur potendo ciascun operatore legittimamente dissentire, motivando, dagli indirizzi che vengono in essa consolidandosi; un'esortazione a seguire insomma – come fanno i medici per le loro cure – i protocolli scientificamente validati e a confidare, per il resto, nel mare aperto del confronto esegetico, entro il quale si rassoda o viene escluso via via il consenso alle particolari soluzioni interpretative della comunità del foro nei suoi varî ruoli, degli utenti finali della Giustizia come servizio, della comunità complessiva dei cittadini.

Sarei insomma anche qui, come lo sono dovunque siano in gioco conflitti tra valori ideali, per la presa d'atto di un inevitabile relativismo, che nella funzione giudiziaria va però moderato dal costante aggancio alla base testuale (seppur non blindata e ossificata) della norma e dalla preoccupazione – che non direi corriva – di rendere sempre comprensibili le decisioni attraverso la persuasività del discorso comunicativo, che è poi la logica profonda della motivazione.

Va da sé che trovo assurdo – culturalmente insostenibile, prima che tecnicamente impraticabile – immaginare che vi siano in-

⁵ La vicenda italiana dell'associazionismo giudiziario e quella ad essa collegata delle garanzie costituzionali della funzione è ora ripercorsa con puntuale attenzione e conclusioni critiche sull'evoluzione in atto da F. MORONI, *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 ad oggi*, prefazione di N. TRANFAGLIA, Monte Porzio Catone, 2005.

terpretazioni, per quanto stravaganti, che possano costituire motivo di censura disciplinare, alle ovvie condizioni minime per cui esse possano dirsi giuridiche. Sempreché vi siano insomma una pur flebile base testuale e la possibilità di argomentarla in modo non dadaista (insomma, attraverso soggetto, predicato e complemento e frasi concatenate di senso comune, che non è per forza il “buon senso”, nonché secondo la grammatica e la sintassi che si apprendono nelle facoltà di Legge), un’interpretazione vale l’altra, *in partenza*. Esistono poi le tecniche per emendare lungo la strada eventuali deragliamenti dai binari della corretta applicazione dei canoni ermeneutici.

In questo senso, la precisazione di cui alla l. 105/2005 (art. 2, co. 6, lett. c, n. 11) è forse astrattamente ultronea. In presenza di timori diffusi e di precedenti proposte di censurare interpretazioni eterodosse sul piano disciplinare, tuttavia, meglio però sovrabbondare. Certo, porrà problemi il coordinamento fra le disposizioni: dove finisce l’insindacabile attività interpretativa evolutiva, condotta in base alle preleggi, di cui questa norma tratta e dove incomincia invece la sanzionabile «adozione di provvedimenti abnormi ovvero di atti e provvedimenti che costituiscano esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali», di cui al precedente n. 9? Verrebbe fatto, per quest’ultima fattispecie, di pensare unicamente ad ipotesi di clamorosa e immediatamente evidente esorbitanza di potere; correttezza vuole – peraltro – che si segnali allora pure il rischio opposto (talora non rimasto solo teorico) che il legislatore medesimo interferisca con proprie decisioni su processi pendenti, magari oggetto di intenso dibattito pubblico, mutandone il corso in senso favorevole agli imputati, attraverso l’intervento sul rito e/o sulle fattispecie incriminatrici sostanziali, ovvero manipoli il giudicato (salvo amnistie ed indulti e salva l’abrogazione pura e semplice di fattispecie di reato).

Quanto alle *esternazioni* ed ai *comportamenti extrafunzionali*, non mi passa nemmeno per la testa di pensare che, solo per avere abbracciato questa carriera, un magistrato cessi – in fatto – di essere un uomo o una donna, con personali passioni ed ideali.

Né credo che sia in questione il suo astratto *diritto* ad essere tale. Tuttavia, da chi ha deciso un giorno di svolgere nella propria vita lavorativa un ruolo arbitrale, non mi sembra troppo pretendere che sia *compos sui*. Anche qui, dovrebbe soccorrere la sobrietà; dovrebbe insomma guidare una semplice valutazione di *opportunità*, non altro: *noblesse oblige* (e la funzione è tra le più nobili che in assoluto siano pensabili).

Confesso che sentire ad esempio rivendicare da un magistrato la propria libertà di manifestazione del pensiero, per legittimare il suo intervento ad un congresso sindacale nel quale egli aveva investito il Governo *pro tempore* in carica di veementi espressioni polemiche, mi immalinconisce. E mi sembra strano che ci siano volute le sezioni unite civili della Cassazione⁶ a ribadire il senso del limite e l'insegnamento della Suprema corte sulla contenenza nelle espressioni del diritto di critica. Forse basterebbe, per rammentarli, un normale sentimento delle istituzioni, anche posseduto solo in modica quantità. Se proprio non può fare a meno di parlare fuori del seminato (ma sarebbe meglio che se ne astenesse), potrebbe almeno un magistrato ricordare che esistono le figure retoriche, nonché l'ironia accanto all'invettiva?

Non sembrano dunque degne di critica pregiudiziale le previsioni di futuri illeciti disciplinari che inibiscono a magistrati in servizio l'adesione ad associazioni segrete o che impongono vincoli stringenti incompatibili con la funzione (co. 2, lett. *d*, n. 7), nonché – applicando ed allargando realisticamente un precetto costituzionale finora negletto – proibiscono la partecipazione ad attività partitiche (anche in assenza di iscrizione, qui è appunto l'ampliamento) o di centri affaristici (*ivi*, n. 8) e la stessa pubblica manifestazione di consenso o dissenso su giudizi in corso, se idonea a conseguire un effetto di condizionamento su di essi (*ivi*, n. 6).

Occorre però segnalare un paio di profili delicati. In primo luogo, posto che ogni attività culturale può avere ricadute politiche, in senso ampio, in ordine al divieto di aderire a «centri poli-

⁶ 23235/2005, pres. Ianniruberto, rel. Sabatini.

tici», per i magistrati la giurisprudenza disciplinare dovrà distinguere in modo capillare ed attento, caso per caso, la *qualità* dell'attività del centro e della presenza del magistrato in esso. In concreto: un giudice che aderisse ad un invito di una scuola, di una facoltà universitaria o del Lyons Club per una conferenza su temi genericamente o puntualmente attuali di educazione civica e/o di cultura giuridica, sarebbe forse censurabile? In secondo luogo, per essere sanzionabile, la manifestazione di consenso o dissenso sul giudizio in corso (evidentemente non davanti al proprio ufficio, ciò che determinerebbe lo scattare di altri meccanismi) da parte del magistrato va espressa successivamente ad esso e *ad hoc*: non direi cioè che possa essere sanzionato un magistrato che, interrogato sulla sua opinione come studioso esperto della materia in ordine ad un caso giudiziario, si limiti a rinviare a proprie, precedenti pubblicazioni scientifiche e nemmeno che siffatta attività scientifica e poi di divulgazione dei risultati raggiunti, in ordine a questioni ancora aperte, possa essergli in principio vietata; mi limito a segnalare che l'aggiornamento professionale è un valore positivo, per un ordinamento giudiziario che prevede perfino nuove strutture formative destinate a tale scopo.

In generale, la faccio breve, non penso affatto che si debba chiedere a un componente dell'ordine giudiziario di essere (sul lavoro e fuori) un conformista, ma nemmeno – all'opposto – di mostrarsi un creativo ad ogni costo; e comunque si può esigere che non sia maleducato. Non pretendere che sia muto, ma che controlli la sua loquacità. Non si dovrebbe domandargli di stare acriticamente dalla parte del potere, ma nemmeno di sentirsi programmaticamente un contropotere, visto che lui stesso esercita un potere legale non da poco, in grado di incidere pesantemente sui diritti e i beni dei cittadini. Soprattutto, non bisognerebbe augurarsi che egli sia (e chi ha vissuto in Italia negli anni Novanta del secolo scorso ha avuto talvolta motivo di temerlo) il custode della pubblica virtù: fra tutte, la tentazione a mio parere più pernicioso e devastante per il sistema.

Il magistrato che si serve della motivazione della sua sentenza per questi sfoghi politici, scambiando il seggio di giudice con un palco da comizio, cessa di essere magistrato.

5. – Chiudo con il racconto di un piccolo episodio occorso direttamente a me. Ero difensore di amministratori pubblici, più o meno dieci anni fa, in un giudizio davanti alla Corte dei Conti. Ancora non so se fossero innocenti o meno dalle accuse di avere dilapidato pubblico danaro e di averne anche tratto profitto personale, ma sapete come il procuratore aveva motivato nella memoria scritta – e reiterò poi in udienza dibattimentale – la sua requisitoria? In soldoni (è il caso di dire...): «Non ho raggiunto la prova piena che costoro abbiano malversato, ma siccome è un diffuso costume ambientale che questo avvenga, ne chiedo la condanna».

Sostenni allora – e sostengo ancora oggi – che questa conclusione mi va benissimo sul piano della sociologia della (cattiva) amministrazione e di quella giudiziaria; di più: da osservatore e da cittadino onesto potrei dividerla. Mi va però assai meno bene se è tratta da chi dispone del potere di chiedere di irrogare una sanzione e ha bisogno perciò di provare l'addebito; e se non prova, o se la prova è debole, deve – non semplicemente può – chiedere lui stesso il proscioglimento.

Vinsi quella causa, ma questo era allora il clima. Io sono convinto che il potere politico abbia impropriamente cercato rivincite; mi si conceda però anche il rilievo che esso ha trovato sovente – in atteggiamenti vanagloriosi e protagonisticici che voglio per carità di patria ritenere solo poco sorvegliati, insomma inavvertiti – terreno fertile per le proprie rivalse.

L'appello a un serio e severo codice deontologico richiama perciò tutti – parlo, per correttezza, innanzitutto per me, come professore universitario e come avvocato, prima di chiedere agli altri di conformarsi al loro – ad un'istanza di maggiore autocontrollo ed equilibrio.

BARBARA KRIX

ETICA GIUDIZIARIA.
LO STATO DELLA DISCUSSIONE
SULLA DEONTOLOGIA IN GERMANIA*

Non abbiamo, in Germania, un codice etico per i magistrati; fino a cinque anni fa, il dibattito stesso sulla deontologia era ancora in *mente dei*, il che può destare una certa sorpresa, dal momento che nella memoria di noi tedeschi è ben impresso lo scacco matto subito dalla giustizia sotto il dominio di Hitler. Avremmo avuto, dunque, ogni buon motivo per sollecitare più prontamente la discussione sull'etica dei nostri magistrati.

In ogni caso, quella discussione sta prendendo forma, come dimostrano sia i contributi sul tema apparsi di recente¹, sia i seminari organizzati, nel corso degli ultimi anni, presso la *Richterakademie* di Trier e il *Richterratschlag* di Potsdam. L'interesse suscitato dai corsi di formazione professionale dedicati al tema dell'etica giudiziaria si è rivelato assai vivace, al punto che i quaranta posti previsti per ogni seminario si sono dimostrati ben presto insufficienti a soddisfare tutte le richieste dei magistrati provenienti dai vari Länder.

Se mi chiedeste quali siano i temi di etica giudiziaria all'ordine del giorno, sarei costretta comunque ad ammettere che la di-

* Traduzione dal tedesco a cura di Daniela Bifulco. Testo non rivisto dall'Autore.

¹ Cfr. C. STRECKER, *Sollen und wollen. Überlegungen zur richterlichen Ethik*, in *Betrifft Justiz*, 2004, p. 376 ss.; H. HÄUSER, *Vorfragen zur richterlichen Ethik*, in *Betrifft Justiz*, 2003, p. 186; B. KRIX, *Richterliche Ethik - weltweit ein Thema*, in *DRiZ*, 2003, p. 149 ss.

scussione è ancora acerba. Due appaiono, in buona sostanza, le questioni più dibattute:

- 1) Cosa si intende per etica giudiziaria?
- 2) Occorre davvero una codificazione dell'etica giudiziaria?

1. – Riguardo al primo punto, le opinioni sono concordi nel ritenere che il merito di ogni decisione vada considerato come un ambito rimesso esclusivamente alla discrezionalità del giudice. Come dire che “l'etica della decisione giudiziaria” è pertinenza esclusiva di ogni singolo magistrato. Il diritto tedesco contempla una serie nutrita di clausole, che impongono a quest'ultimo di valutare secondo i criteri di proporzionalità, ragionevolezza, buona fede, equità (e la lista potrebbe continuare a lungo).

Il modo in cui il magistrato applica il diritto e ottempera a dette clausole è, dunque, questione rimessa interamente alla sua discrezionalità, alla “sua scienza e coscienza” come recita il giuramento (§ 38 *BRiG*: legge federale sull'ordinamento giudiziario) da noi tutti prestato.

E, tuttavia, non deve escludersi che talune regole di deontologia professionale possano incrociarsi con tale intangibile ambito di norme etiche affidate alla coscienza di ogni singolo giudice. Si pensi, ad esempio, alla norma deontologica che prescrive l'imparzialità. Tale dovere potrebbe entrare in conflitto con la mia coscienza etica che mi spinge a proteggere la parte più debole in un processo relativo, per dirne una, a una questione di locazione, di alimenti, di diritti dei consumatori. A quale norma dovrò dare la precedenza? Potrò rivendicare la libertà di decidere sulla base delle mie opinioni politiche e sociali, affermando che il giudice è anche lo specchio in cui si riflette la società, o dovrò attenermi, più rigidamente, alle prescrizioni di deontologia professionale (nel caso riportato, dunque, al dovere di imparzialità)?

Una questione siffatta è oggi al centro del dibattito sull'etica giudiziaria.

2. – Quanto al problema della codificazione dell'etica giudiziaria, prevale una diffusa tendenza, all'interno della magistratura, a ritenere sufficiente la disciplina normativa già esistente. Sarebbe tuttavia opportuno provvedere a integrare almeno i punti deboli, o comunque non sufficientemente dettagliati, di detta disciplina: ci riferiamo all'art. 92 del *Grundgesetz* («il potere giurisdizionale è affidato ai giudici») e al § 39 *BRiG* (secondo cui il magistrato deve comportarsi, sia nell'esercizio delle sue funzioni, sia al di fuori delle stesse, in modo da non ledere la fiducia nella sua indipendenza), alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, o all'art. II. 107 del Trattato europeo, secondo cui ciascuno ha diritto a essere ascoltato davanti a un giudice pre-costituito, indipendente, imparziale, in un tempo ragionevole e in un'udienza pubblica.

Le disposizioni citate non mirano, tuttavia, a imporre il rispetto di *standards* etici. Nella legge fondamentale, la separazione dei poteri è postulata in quanto base dell'ordinamento, nella legge federale sull'ordinamento giudiziario, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel progetto di Costituzione europea si regola il diritto dei cittadini ad un giudice indipendente e imparziale. La legge sull'ordinamento giudiziario regola anche il procedimento disciplinare nei casi di mancata ottemperanza ai doveri di servizio. Certo, anche da disposizioni siffatte possono trarsi norme di comportamento per i giudici, come si desume da una ricca giurisprudenza sul citato art. 39 *BRiG*, relativa, soprattutto, alla questione dell'attività politica dei magistrati. È evidente, in definitiva, come tali disposizioni implicino l'indipendenza, l'imparzialità e la speditezza nell'adozione delle decisioni. Tuttavia, esse non possono considerarsi, *tout court*, regole deontologiche, ponendosi piuttosto come norme giuridiche. L'etica giudiziaria propriamente detta e le regole sociali della nostra categoria, che fin ora sono state, bene o male, impresse nelle nostre teste, si sottraggono alla sanzione, diversamente da quanto avviene per le leggi e, più in generale, per le norme giuridiche.

Il magistrato è tenuto a decidere secondo i canoni dell'imparzialità, dell'indipendenza e in un tempo congruo; dovrà lavo-

rare con scrupolo, il che implica dedicare del tempo alla propria formazione professionale; tratterà con rispetto le parti, evitando ogni discriminazione e, non da ultimo, si ergerà in difesa dell'indipendenza della giustizia, sancita dalla Legge fondamentale. L'elenco, certo, non è esaustivo. Il punto è, in ogni caso, che tali istanze sono di *ordine etico e non appaiono suscettibili di essere tradotte in leggi*.

Ora, se si è disposti a condividere tale presupposto, si dovrà convenire anche sul fatto che le preoccupazioni, molto diffuse nella magistratura tedesca, legate ai rischi della codificazione dell'etica giudiziaria (e all'eventualità di una lettura in chiave disciplinare delle norme etiche, nonché di pressioni indebite da parte esterna alla magistratura) non hanno più ragion d'essere. Eventualità siffatte verrebbero a effetto solo laddove le regole etiche assurgessero al rango di norme legislative e la loro effettività fosse affidata all'intervento ministeriale o alla magistratura stessa. Uno scenario simile, come ho già accennato in apertura di queste note, è lontano mille miglia dalla realtà tedesca.

I due punti cardinali della discussione, sopra indicati, meriterebbero di essere ulteriormente approfonditi. A quanto fin qui detto, possiamo per ora aggiungere che, se solo i magistrati tedeschi riuscissero a convenire su regole etiche comuni e, attraverso queste ultime, a *definirsi* come terzo potere dello Stato e a *identificarsi* in quelle regole stesse, avrebbero una *chance* di comunicare più efficacemente al cittadino le aspettative che i magistrati ripongono verso se stessi, nonché di contrastare il potere esecutivo, allorché l'indipendenza della magistratura e di ogni giudice dovesse essere posta in dubbio.

In effetti, agli occhi dei cittadini i magistrati appaiono ancora come "funzionari della giustizia", diretti dal Guardasigilli. Un ritaglio dell'immaginario prussiano, evidentemente, e non solo. Quando il discorso cade sulla nostra retribuzione, essi si mostrano non di rado sorpresi e ci guardano come a funzionari privilegiati. Occorre dunque, a maggior ragione, che i magistrati, forti della propria consapevolezza (ancora tutta da conquistare) di potere terzo dello Stato, riescano anche a farsi percepire come

custodi delle aspettative dei cittadini nei confronti della giustizia. Il tentativo di rendere visibili le regole di deontologia giudiziaria comuni si rivelerà vantaggioso innanzitutto per i magistrati stessi. Attacchi e critiche al nostro operato, così come procedure ispettive, non sono poi così infrequenti. Anche in considerazione di ciò, le regole etiche possono aiutarci non poco: un giudice che vi si attenga, diviene inattaccabile, a dispetto di tutte le critiche che possano essergli rivolte. Quelle regole possono concretamente porsi come il primo tassello in vista di un sistema di autogoverno della magistratura tedesca.

Abbiamo iniziato il cammino in tal senso. Il tratto più complesso di tale percorso, vale a dire la creazione di *standards* etici e il loro impatto sulla nostra realtà, si preannuncia lungo e impervio, anche in vista della struttura federale che informa l'organizzazione della giustizia tedesca.

HAROLD ÉPINEUSE

IL DIBATTITO SULLA DEONTOLOGIA IN EUROPA

SOMMARIO: 1. Eppure l'Europa era partita con il piede giusto... – 2. E dov'è l'Europa dei giudici? – 3. Il peso di una storia sempre meno condivisa? – 4. Il dibattito deontologico.

1. *Eppure l'Europa era partita con il piede giusto...*¹

Che cosa resta, oggi, del ragguardevole contributo fornito dal Consiglio d'Europa nel 2002 sul tema della deontologia giudiziaria? Come mai, mentre l'Italia prosegue il suo cammino sul percorso inaugurato col codice etico dei magistrati del 1994, la Francia si limita a pubblicare le decisioni disciplinari, come se ciò bastasse a mettere il punto alla questione dell'etica giudiziaria? Perché i giudici inglesi hanno recentemente superato le loro resistenze nei confronti della codificazione dell'etica, dando alla luce un *Code to judicial conduct*, il cui unico referente sono i principi di Bangalore, ignorando platealmente l'*acquis* europeo in materia di deontologia? Perché, infine, le magistrature dell'Europa orientale, dotatesi di codici etici a partire dalla fine degli anni Novanta, non vi hanno trovato le risposte in cui avevano confidato?

La codificazione dell'etica giudiziaria procede sempre di più in ordine sparso. A distanza di poco più di quattro anni dal momento in cui il Consiglio d'Europa ha proposto ai magistrati e agli Stati una visione comune circa l'istanza deontologica per la magi-

¹ Trascrizione dal francese a cura di Raffaele Sabato.

struttura, sembrano ritrovare forza le linee di frattura che a Strasburgo, in occasione della discussione del parere reso dal Comitato consultivo dei giudici europei, erano state invece sfumate. Cedendo a logiche spesso viziate dai particolarismi nazionali, le magistrature europee, di volta in volta, si appropriano o, al contrario, perdono contatto con il modello proposto a Strasburgo: il livello internazionale, intanto, vanno affermandosi sempre più i principi di Bangalore, quale modello di deontologia sotto l'egida delle Nazioni Unite, congruo alle logiche di tale organizzazione.

2. *E dov'è l'Europa dei giudici?*

Negli ultimi cinquant'anni, l'“Europa della giustizia” ha vissuto un'evoluzione senza precedenti, segnatamente dal punto di vista istituzionale: il Consiglio d'Europa, centro di gravità di tale dinamica, ha provveduto incessantemente all'invenzione di strumenti giuridico-politici finalizzati alla creazione di un modello di organizzazione e amministrazione della giustizia condiviso dai propri Stati membri.

L'originalità di tale modello deriva dalla combinazione di tradizioni assai differenti tra loro che discendono, a loro volta, dalla singolarità delle vicende storiche proprie di ciascuno Stato membro. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le Raccomandazioni agli Stati membri in tema di indipendenza della magistratura e di ruolo dei giudici, la Carta europea sullo statuto dei giudici ed i Pareri del Comitato consultivo dei giudici europei: svariati, con ogni evidenza, sono stati gli strumenti che hanno concorso a dar forma a quel modello comune delineatosi, nel corso del tempo, in seno al Consiglio. La questione ancora aperta resta quella dell'effettività, del carattere più o meno vincolante degli strumenti indicati.

Se l'attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non pone più grandi problemi, grazie al prestigio ed all'impegno profuso dalla Corte di Strasburgo nel garantirne l'effettività, le difficoltà permangono per quel che ha riguardo agli al-

tri atti normativi indicati, i quali, avendo carattere non vincolante, lasciano inevitabilmente agli Stati membri margini assai ampi di apprezzamento nel momento applicativo.

Da un lato, vi sono Stati che possono concedersi il lusso di opporre resistenza all'incalzare di *standard* comuni; d'altro canto, a molti altri Stati tale possibilità è invece preclusa, sia per motivi di strategia politica che economica. E se taluni Stati, poi, hanno anticipato il tracciato di evoluzioni successive, altri, al contrario, si sono non di rado mostrati refrattari a ogni cambiamento. Le ragioni degli uni sono ovviamente, in entrambi i casi, di segno opposto a quelle degli altri: vi sono Stati che vivono sotto la spada di Damocle dell'integrazione europea, altri che riescono a incidere in maniera decisiva sul circuito della decisione politica, Stati che si scontrano con dinamiche di blocchi interni, e Stati che vi trovano agevolmente e sistematicamente riparo.

Se è vero, dunque, che esiste uno *standard* europeo di giustizia, è vero anche che assai variegata ne risulta l'applicazione nel contesto dei vari Stati membri. Il che si spiega, innanzitutto, in virtù della diversità dei modelli giudiziari propri di ciascun Paese e, segnatamente, della coesistenza di magistrature burocratiche e di magistrature professionali, per riprendere la classificazione proposta da Carlo Guarnieri.

Un ulteriore argomento – utile a dar conto del diverso impatto dello *standard* europeo all'interno, stavolta, degli Stati membri che condividono la medesima tradizione burocratica nell'organizzazione delle proprie magistrature – è di ordine storico: l'eredità napoleonica, il suo codice e il suo modello di giudice "*bouche de la loi*" continuano a dissolversi sempre più in corrispondenza dell'avanzare della democrazia in Europa.

3. *Il peso di una storia sempre meno condivisa?*

La fine della seconda guerra mondiale ha segnato non solo il declino dei regimi fascisti, ma ha anche dato, nel vecchio Conti-

nente, nuova linfa all'esperienza liberale (nel senso che la filosofia politica attribuisce al termine): in Italia e in Germania, soprattutto, la magistratura è prefigurata dalle rispettive Leggi fondamentali come un potere forte, indipendente e custode dei diritti fondamentali.

I corsi e ricorsi storici sembrano riproporsi, del resto, agli albori degli anni Novanta del secolo scorso, con la disgregazione del blocco orientale: la "sovietizzazione" della giustizia in Europa centrale e orientale cede infatti il passo a una identica visione liberale del ruolo del magistrato, una visione "orchestrata" dal Consiglio d'Europa, grazie anche all'indefettibile sostegno di istituzioni esterne ai confini europei, come la Banca mondiale e la "*Central and Eastern European Legal Initiative*" dell'American Bar Association (ABA-CEELI), per le quali quella visione non era certo oggetto di discussione.

L'Italia – Paese in cui la rilevanza del ruolo dei magistrati non è venuta meno nonostante i recenti attacchi da parte dei politici – continua a lasciare nelle mani della stessa magistratura una parte delle decisioni che la riguardano. Gli interventi durante questo colloquio a Napoli lo confermano: i giudici italiani, in maniera non diversa da quella dei magistrati degli altri Paesi democratici, non reclamano una autogestione completa della magistratura. Nulla di strano, di per sé, nel fatto che le norme disciplinari siano dettate dal Parlamento, che le relative competenze siano esercitate da un Consiglio superiore della magistratura aperto a membri non togati, i quali partecipano anche al procedimento di selezione e di valutazione della professionalità; e ciò a maggior ragione, in quanto si tratta dell'applicazione del famoso *standard* europeo. Il problema sta nel fatto che, al di là di tale quadro istituzionale, i giudici stessi – in sede associativa – abbiano deciso di codificare i propri principi deontologici, in maniera ovviamente compatibile con l'ordinamento giudiziario e con le norme disciplinari fissate dal legislatore. E non si vede chi – sia sul piano pratico sia su quello giuridico – avrebbe potuto impedirglielo.

La Germania post-bellica solo raramente ha avuto bisogno di richiami da parte della Corte di Strasburgo quanto alla salvaguar-

dia dei diritti fondamentali da parte della magistratura. In questo Paese l'interesse alla problematica della deontologia giudiziaria nasce dal 2002. Benché non esistano in Germania principi di deontologia codificati simili a quelli italiani, l'idea si diffonde, senza preclusioni ideologiche ma con una difficoltà, di cui ci ha detto Barbara Krix con il suo intervento: la competenza decentrata di ciascun Land in materia di amministrazione della giustizia. E così – e salvo a vedere se alcune iniziative locali (dopo quella dello *Schleswig-Holstein*) potranno creare un effetto-volano – l'appropriarsi da parte dei giudici tedeschi del proprio destino deontologico manca, allo stato, di quella dimensione collettiva e organizzata all'interno dell'Associazione nazionale magistrati che rappresenta uno dei punti di forza della magistratura italiana.

Fra gli altri Paesi dell'Europa centrale ed orientale, dopo la caduta del muro di Berlino, la Slovacchia, la Repubblica Ceca e la Slovenia hanno conosciuto un destino analogo a quello dell'Italia: una magistratura forte, la cui centralità è espressamente riconosciuta dalla Costituzione, ed un'organizzazione collettiva di magistrati, raggruppati in associazioni nazionali, stimolate a dar vita autonomamente a codici o principi deontologici, quali ovvio complemento, per gli *advisors* europei e americani, dell'applicazione dello *standard* giudiziario europeo. Ma l'affinità con l'Italia si limita a questi aspetti. Spesso, infatti, i codici hanno mancato il loro scopo sia come strumento di diffusione di prassi virtuose, sia come impegno morale verso i cittadini. Ciò è certamente dovuto al fatto che l'innesto deontologico non attecchisce sulla pianta di una magistratura non del tutto risanata. Non si tratta di marchiare d'infamia questo o quello Stato, quanto piuttosto di constatare la persistenza di problematiche relative a corpi giudiziari in cui sono ancora contraddittori qualità della vita dei magistrati e corruzione giudiziale, e in cui quindi la fiducia dei cittadini nei propri giudici non si emancipa dagli schemi che la connotavano nel periodo sovietico. Le garanzie ordinamentali e le procedure disciplinari previste negli anni Novanta – quale impianto giuridico che precede l'istanza deontologica – sono inserite in una realtà più complessa,

che richiede ancora anni di sforzi, pazienza e cooperazione esterna. Qui, come altrove, fino a che non potranno realizzarsi i presupposti, sarà inutile l'innesto degli strumenti deontologici.

4. *Il dibattito deontologico*

Quel che rileva in questa sede non è certo esprimere un giudizio sulla bontà, o meno, del modello liberale applicato alla ricostruzione o riconfigurazione delle magistrature europee, quanto, più semplicemente, constatare fino a che punto la storia si ripete, a distanza di mezzo secolo, siglando, tra l'altro, la netta affermazione di un modello rispetto ad altri. Le recenti evoluzioni del modello britannico confermano tale dato di fatto (*Human Rights Act* del 1998, soppressione del Lord Chancellor): lo *standard* europeo rappresenta l'espressione di un modello intermedio, che richiede a ciascun Paese il rafforzamento delle garanzie di indipendenza della magistratura, piuttosto che la vittoria, così spesso declamata, del modello di giudice proprio del *common law*.

La nascita di codici o di principi di deontologia destinati ai giudici e predisposti dai giudici, lungi dal comportare una rinuncia allo *standard* europeo, ne rappresenta dunque la prosecuzione. Perché ciò avvenga, tuttavia, come ci insegna la storia di alcuni Paesi, sono necessarie tre condizioni: la disponibilità di un quadro istituzionale solido in materia di giustizia; la possibilità per esso di poggiarsi su un'organizzazione collettiva della magistratura; l'accettazione, infine, del superamento di una visione puramente giacobina della figura del giudice.

In suo recente contributo (*Bulletin de l'Ecole Nationale de la Magistrature*, ottobre 2005) il Primo Presidente della Corte di cassazione francese ha enunciato i quattro presupposti che, a suo parere, possono fondare un "dibattito utile sulla deontologia": la serenità della discussione, la necessità di riduzione in un testo scritto, la portata universale dei principi e, infine, il carattere collettivo delle iniziative da intraprendere. I quattro presupposti enunciati interpellano in maniera rilevante ognuno dei modelli

europei quanto alla loro idoneità e successo, nonché alla loro resistenza ad impadronirsi dell'istanza deontologica a quattro anni dall'impulso fornito dal Consiglio d'Europa.

Quanto alla Francia, essa resta impelagata in ciò che la rende certamente sempre più originale nell'ambito dei modelli giudiziari europei: un modello "esplosivo", conteso tra le sue contraddizioni storiche e le sue evoluzioni recenti, un modello che non sa scegliere le innovazioni di cui ha bisogno.

Di serenità nel dibattito, da quanto l'argomento forma oggetto di discussione pubblica, ce n'è solo raramente, a giudicare dalle dichiarazioni degli uni e degli altri, e fra questi specialmente dei sindacati. Al timor panico della possibilità che ci si impossessi nuovamente dell'ordine giudiziario si è ora aggiunta la considerazione dei giochi di potere che può implicare l'occupazione del terreno deontologico. Sennonché la storia che abbiamo insieme passato in rassegna ci insegna che l'istanza deontologica appartiene a coloro che la fanno propria, non a quelli che decidono di non affrontarla.

La necessità di ridurre per iscritto i principi deontologici è evidente: se le buone prassi si diffondono da sole, si diffondono ancor meglio se le si mette per iscritto... In tal senso va l'iniziativa realizzata dagli inglesi con la pubblicazione della loro *Guide to judicial conduct*, che ha messo fine ad una prolungata tradizione di oralità e di scritti sparsi. Del resto, un modello formalizzato per iscritto di deontologia giudiziaria – quello di Bangalore – sta circolando, attraendo consensi, ponendo problemi e fornendo ispirazione in diversi Paesi del mondo. Solo un testo scritto nazionale (o forse europeo?) può porsi come sintesi delle sempre più numerose fonti della deontologia, senza che si sia prima discusso in ordine al se le fonti stesse siano state condivise nella magistratura e dal pubblico.

La portata universale dei principi deontologici, almeno per le condotte al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, è in conflitto con un'ulteriore esigenza: riusciremo a superare ad un tempo la scelta britannica di una neutralità politica quasi sovrumana del giudice nella sua vita privata, e la posizione tedesca per

cui l'espressione delle opinioni politiche e la partecipazione alla vita politica non soltanto sono tollerate, ma sono considerate una garanzia di trasparenza? In effetti, tali due opposte posizioni non creano, né l'una né l'altra, presso le rispettive opinioni pubbliche nazionali, né dibattiti né – soprattutto – scandalo.

Il carattere collettivo delle iniziative, infine, non può che essere ribadito come utile. È competenza esclusiva delle magistrature associarsi, superare le loro divisioni interne, rompere l'isolamento di ciascun magistrato nell'esercizio delle sue funzioni per "far corpo" insieme tra loro, ma anche con la società (e quindi senza corporativismo). Si può seguire il percorso italiano, o trovare un'altra strada. L'importante, oggi, è far sì che l'impulso europeo, affinché la magistratura si faccia carico del suo destino, non resti lettera morta; senza aspettare (e poi forse pentirsi di averlo consentito) che una qualche nuova forma di mediazione si faccia posto tra giudice e società.

EDMONDO BRUTI LIBERATI

RESPONSABILITÀ, IMPARZIALITÀ, INDIPENDENZA
DEI GIUDICI IN EUROPA

SOMMARIO: 1. Indipendenza/Responsabilità. – 2. Indipendenza/Imparzialità. – 3. Uguaglianza/Imparzialità. – 4. Imparzialità e apparenza d'imparzialità. – 5. Imparzialità. Il giudice nel processo. Il metodo del contraddittorio. – 6. L'“imparzialità” del pubblico ministero. – 7. Imparzialità. Il giudice nella società.

1. *Indipendenza/Responsabilità*

«La tendenza verso la giurisdizionalizzazione della società si accompagna, paradossalmente, ad un atteggiamento di crescente sfiducia nei confronti dei giudici. È una questione fondamentale di legittimità, troppo profonda perché possa essere risolta semplicemente con una modificazione delle maniere»¹.

Il rilievo crescente della giustizia nella società ha reso più vivo il problema della responsabilità dei giudici. La sottolineatura del profilo responsabilità/controllo viene vista come contrappeso al maggiore rilievo assunto dal potere giudiziario.

Il controllo sulle decisioni è tradizionalmente affidato al sistema delle impugnazioni dei provvedimenti; esso viene perfezionato con una tendenza verso la generale applicazione del principio di un secondo grado di giudizio di merito. Ma questo sistema

¹ P. MARTENS, *Réflexions sur le maniérisme judiciaire*, in *Rev. trim. dr. b.*, 2002, p. 343; sul fenomeno della «giurisdizionalizzazione» della società e sulle cautele che esso impone, mi sia consentito di rinviare a E. BRUTI LIBERATI, *Potere e giustizia*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica* (a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti), Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 185-231.

di controllo non viene più ritenuto sufficiente ed emerge il tema della responsabilità personale del giudice. Il sistema delle impugnazioni, di per sé, non incide sulla indipendenza del giudice. Ma l'esperienza pratica ha mostrato che un tale rischio di condizionamento esiste, laddove sia in atto una gerarchizzazione interna alla magistratura ed il sistema di carriera sia, in qualunque modo, gestito o influenzato dai magistrati delle corti superiori. Invece le forme di responsabilità personale del giudice hanno un impatto diretto sull'indipendenza; per questo ogni cura deve essere posta alla ricerca di un difficile punto di equilibrio.

Un magistrato francese, Daniel Ludet, ha proposto una distinzione tra le forme classiche di responsabilità che egli chiama responsabilità-sanzione e le forme di responsabilità in senso più largo, che egli chiama responsabilità-azione².

Le forme classiche di responsabilità sono quelle penale, civile e disciplinare. Per quanto riguarda la responsabilità penale ormai dovunque sono scomparse forme di immunità o di fori speciali, mentre si ricorre a mutamenti della competenza territoriale, per meglio garantire la imparzialità del giudizio.

Ben più complessi sono i problemi posti dalle altre forme di responsabilità. Come è noto in Italia nel 1987 si è tenuto un referendum sulla responsabilità civile, cui è seguita una modifica legislativa³; ma la questione viene ricorrentemente riproposta ed è ritornata di attualità in particolare in Francia⁴. Taluno ritiene insoddisfacente la disciplina da noi introdotta con la legge 117/1998. Peraltro in nessun Paese viene affermata la responsabilità diretta del giudice; si ammette una azione contro lo Stato per "malfunzionamento della giustizia", con una possibile azione di regresso nei confronti del magistrati a certe rigorose condizioni. Occorre dire che se l'azione di regresso non è mai stata esercitata in Italia, essa non lo è mai stata neppure in Francia.

² D. LUDET, *Quelle responsabilité pour les magistrats?*, Pouvoirs, n. 74, 1995, p. 119 ss.

³ Cfr. sul punto E. BRUTI LIBERATI - L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura. Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, 1998, p. 166.

Per quanto attiene ai sistemi di responsabilità disciplinare, le questioni principali che si pongono riguardano l'organo deputato ad iniziare l'azione disciplinare e l'organo giudicante, l'esistenza o meno di una "codificazione" di regole disciplinari e il discrimine rispetto ai cd. codici etici o deontologici. Un'altra questione rilevante è quella della pubblicità delle decisioni e delle udienze dell'organo disciplinare. In Italia la pubblicità delle sedute della sezione disciplinare del Csm fu introdotta con l'ordinanza 5 luglio 1985 della stessa sezione disciplinare e poi con la legge n. 74 del 1990.

Ma non è sulle forme classiche di responsabilità che ci si vuole soffermare in questa sede.

«Alla responsabilità-sanzione, che entra in gioco in occasione di disfunzioni della vita giudiziaria, deve aggiungersi la responsabilità-azione, che deve accompagnare, costituire l'ambiente, animare in permanenza, nel quotidiano, l'esercizio delle funzioni giudiziarie»⁵. Vengono in gioco essenzialmente due elementi: la competenza professionale e l'etica.

Gli usi terminologici presentano marcate differenze nei diversi Paesi, nel richiamarsi alle nozioni di etica, deontologia e disciplina. Senza entrare qui nella questione definitoria, dal punto di vista pratico sembra sufficiente distinguere da un lato tra deontologia, che rimanda ad un sistema di principi che debbono guidare il comportamento quotidiano del magistrato, sorretto da una tensione etica e dall'altro disciplina, che fa riferimento ad un sistema di norme corredate di sanzioni⁶. Il confine tra deontologia e disci-

⁴ D. LUDET, *A propos de la responsabilité des magistrats. (Quelques réflexions sur des déclarations ministérielles)*, *Gazette du Palais*, n. 266-267, 2005, p. 2 ss.

⁵ D. LUDET, *Quelle responsabilité*, cit., p. 133.

⁶ Per una analisi approfondita si veda D. BIFULCO, *Deontologia, giudiziaria, disciplina ed interpretazione della legge: territori (limitrofi?) da recintare con cura!*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2004, p. 617 ss., in particolare pp. 618 e 629; D. SALAS, *Le renouveau du débat sur l'éthique du juge*, in *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Paris, Dalloz, 2003, p. 5; G. CANIVET - J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris Dalloz, 2004, p. 11 ss.; e già A. GARAPON, *L'éthique du juge*, Cahiers de l'Institut des Hautes Etudes Judiciaires, 1993.

plina deve essere rigorosamente tracciato, mentre molto più fluida è la distinzione tra etica professionale e deontologia professionale. Due recenti pubblicazioni comparse in Francia sul medesimo argomento fanno riferimento nel titolo l'una a *L'éthique du juge* e l'altra a *La déontologie des magistrats*⁷. Il Consiglio canadese della magistratura nel 1998 ha pubblicato una importante raccolta di principi intitolata nella versione francese *Principes de déontologie judiciaire* e nella versione inglese *Ethical principles for judges*⁸. Negli Usa è corrente il termine *Legal ethics*, che costituisce la denominazione dei corsi universitari in materia ed è anche il titolo di una rivista dell'Università di Georgetown, Washington⁹.

Il codice etico adottato dall'Associazione nazionale magistrati con delibera del 7 maggio 1994 ha adottato tale denominazione perché espressamente prevista dall'art. 58 *bis* del d.lgs. 29/1993¹⁰.

⁷ *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Paris, Dalloz, 2003; G. CANIVET - J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004.

⁸ I testi sono disponibili sul sito di Canadian Judicial Council / Conseil Canadien de la magistrature www.cjc-ccm.gc.ca.

⁹ Si tratta di *The Georgetown Journal of Legal Ethics*. Il prof. Stephen Gillers ha titolato *Regulation of Lawyers: Problems of Law and Ethics*, Aspen Law and Business, New York, 2001 il manuale universitario del corso di Legal Ethics tenuto alla New York University School of Law. Il noto testo della American Bar Association è titolato *Code of Judicial Conduct*. Su Internet è interessante consultare i siti www.legalethics.com e www.legalethicsforum.com. Insieme ad informazioni e dibattiti di grande interesse sulla procedura di nomina dei giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti, in tali siti si può trovare anche l'immane *Top Ten Legal Ethics Stories of 2005*, nonché curiosità come il dibattito apertosi davanti alla Corte Suprema della Florida sulla ammissibilità della pubblicità su internet di uno studio legale, specializzato in procedure per danni alla persona da incidenti stradali, che si affidava alla figura di pit bull munito di un vistoso collare con minacciose punte.

¹⁰ Sul codice etico dell'Anm cfr. A. ROSSI, *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura*, in *Questione Giustizia*, 1993, p. 804 ss.; S. DI PALMA, *Un codice etico per la magistratura*, in *La magistratura*, 1993, p. 25; L. DE RUGGIERO - G. ICHINO, *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Questione giustizia*, 1994, p. 17 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Deontologia del pubblico ministero nei rapporti con la difesa*, in *Rassegna forense*, 1996, n. 1, p. 31 ss.; P.L. ZANCHETTA, *Appunti sulla deontologia dei magistrati*, in *Questione Giustizia*, 2000, n. 2, p. 330 ss.; F. IPPOLITO, *Per un rinnovato codice etico dei magistrati*, in *Questione Giustizia*, n. 6, 2003, p. 1167; R. SABATO, *Le Code éthique italien: entre déontologie et discipline*, in *L'éthique du juge*, cit. p. 93 ss.

2. *Indipendenza/Imparzialità*

La Corte costituzionale nella sentenza 60/1969 ha affermato che «Il principio della indipendenza è volto ad assicurare l'imparzialità del giudice»¹¹; il tema è stato sviluppato nella sentenza 128/1974: «Il requisito essenziale posto dalla Costituzione a presidio del retto esercizio della funzione giurisdizionale è quello dell'indipendenza del giudice, la cui attività deve essere immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi, e deve altresì essere libera da prevenzioni, timori, influenze, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza. Il che importa che il principio dell'indipendenza è il presupposto di quello dell'imparzialità»¹².

Nel Principi di deontologia giudiziaria del Consiglio canadese della magistratura, a commento del punto 6 sull'imparzialità, si cita un passo di una sentenza del giudice Lamer: «L'indipendenza è la pietra angolare, una condizione preliminare necessaria dell'imparzialità dei giudici»¹³.

In termini analoghi si esprime il Parere n. 3 del 2002 del Consiglio consultivo dei giudici europei¹⁴.

L'art. 6 co. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dispone: «Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge, ...».

¹¹ Corte cost., sent. 3 aprile 1969, n. 60, in *Giur. Cost.*, 1969, p. 973 ss.

¹² Corte cost., sent. 15 maggio 1974, n. 128, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 850 ss.

¹³ Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, p. 32. Questa citazione, come le successive, sono la traduzione italiana, a cura di chi scrive, dal testo francese disponibile in www.cjc-ccm.gc.ca. I Principi sono organizzati, dopo una premessa metodologica, con la enunciazione del principio, i corollari ed un commentario, basato su riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

¹⁴ Conseil consultatif des juges européens, *Avis à l'attention du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes et les règles régissant les impératifs professionnels applicables aux juges et en particulier la déontologie, les comportements incompatibles et l'impartialité*, riprodotto in *L'ethique du juge*, cit., p. 191 ss.

La legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 che ha modificato l'art. 111 della Costituzione, inserendo puntuali richiami all'art. 6 della Convenzione europea sopra citato, ha fatto riferimento alla nozione di "giudice terzo ed imparziale", ma ha ommesso la nozione di indipendenza. In dottrina si è cercato di dare un senso all'introduzione della endiadi "terzo ed imparziale"¹⁵. La omissione del riferimento alla "indipendenza" del giudice non sembra avere attirato l'attenzione degli interpreti, più attenti alle ricadute del nuovo testo sulla disciplina del processo penale. È vero che il principio dell'indipendenza della magistratura è già solennemente proclamato all'art. 104 della Costituzione, ma forse in un testo così ridondante come quello dell'art. 111 Cost. modificato, non avrebbe guastato un richiamo alla indipendenza che, come ci rammentano la nostra Corte costituzionale ed il giudice canadese Lamer, è la condizione preliminare dell'imparzialità e dunque di un esito "giusto" del processo.

È il giudice indipendente quello che «assolve in mancanza di prove quando l'opinione comune vorrebbe la condanna o condanna in presenza di prove quando la medesima opinione vorrebbe l'assoluzione»¹⁶.

3. Uguaglianza/Imparzialità

Il concetto di imparzialità è, per altro verso, strettamente legato a quello di eguaglianza. Già nel 1965 la nostra Corte costituzionale aveva affermato che «il primo fondamento[del principio di imparzialità] risiede nell'art. 3 Cost.»¹⁷.

Ancora una volta faccio riferimento ai Principi di deontologia giudiziaria del Consiglio canadese della magistratura, organiz-

¹⁵ Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 50.

¹⁶ L. FERRAJOLI, *Per una storia delle idee di Magistratura democratica*, in N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia*, Milano, Franco Angeli, 1994, p. 73.

¹⁷ Corte cost., sent. 31 marzo 1965 n. 17, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 176 ss.

zati su: Indipendenza, Integrità, Diligenza, Eguaglianza e Imparzialità.

Il principio n. 5 Eguaglianza viene così enunciato: «I giudici debbono adottare una condotta tale da assicurare a tutti un trattamento eguale e conforme alla legge e debbono trattare i casi di cui sono investiti in questo stesso spirito». Nel commentario, premesso che «L'uguaglianza davanti alla legge non solo è fondamentale per la giustizia; essa è anche strettamente connessa alla imparzialità giudiziaria», si sottolinea che «non si tratta di un impegno ad un trattamento identico, ma di un impegno per assicurare l'eguaglianza e la dignità di tutti gli esseri umani e per porre rimedio alla discriminazione di cui sono vittime i gruppi di persone sfavoriti sul piano sociale, politico, o giuridico nella nostra società»¹⁸.

È interessante notare che nel codice etico dell'Anm, che come noto precede di diversi anni il testo canadese, l'art. 9 intitolato «L'imparzialità del magistrato» richiama nozioni analoghe: «Il magistrato... nell'esercizio delle sue funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sulla interpretazione ed applicazione delle norme». Questo atteggiamento positivo antidiscriminazione rimanda allo spirito dell'art. 3 secondo comma della nostra Costituzione che introduce il concetto di eguaglianza sostanziale. Quel secondo comma fu proposto dal relatore della prima sottocommissione Lelio Basso¹⁹ e Costantino Mortati, redattore del testo finale, vi vedeva uno degli elementi principali di novità della nostra rispetto alle altre Costituzioni contemporanee; Norberto Bobbio proprio a partire da questa norma costruì la nozione di «funzione promozionale del diritto»²⁰.

¹⁸ *Principes*, cit., pp. 23 e 24.

¹⁹ Cfr. L. BASSO, *Il principe senza scettro*, Milano, 1958.

²⁰ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, p. 153; N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1312 ss.

Un magistrato francese, Oswald Baudot, una trentina di anni addietro, in un ipotetico “Indirizzo a tutti i magistrati all’inizio della carriera” rivolgeva questo appello: «Consultate il buon senso, l’equità o l’amore del prossimo piuttosto che l’autorità o la tradizione. (...) Siate parziali. Per mantenere la bilancia in equilibrio tra il forte il debole, il ricco e il povero, che non pesano dello stesso peso, occorre che la facciate un poco inclinare da una parte. (...) Cercate sempre di vedere dove sono il forte e il debole, che non sempre coincidono con il delinquente e la vittima. Abbiate un pregiudizio favorevole per la moglie rispetto al marito, per il figlio rispetto al padre, per il debitore rispetto al creditore, per l’operaio rispetto al padrone, per il danneggiato rispetto alla compagnia di assicurazione dell’investitore, per il malato rispetto al servizio sanitario, per il ladro rispetto alla polizia, per il denunciante rispetto alla giustizia». Il tono è evidentemente provocatorio, ma il richiamo al problema, non eludibile, della eguaglianza di fatto, non dovrebbe consentire la conclusione sbrigativa «una tale concezione di rendere la giustizia è inconcepibile» che si legge in un recente saggio francese sulla deontologia giudiziaria²¹.

Il codice etico dell’Anm non prevede invece un richiamo espresso al principio di eguaglianza di fronte alla legge nel suo senso tradizionale, quale enunciato nel primo comma dell’art. 3 Cost., forse perché lo si ritenne superfluo. Si tratta d’altronde del principio che la tradizione vuole iscritto nelle nostre aule di giustizia “la legge è eguale per tutti”. Ma un richiamo espresso darebbe il senso che quella scritta nelle aule di giustizia esprime più

²¹ Così G. CANIVET - J.JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, cit. pp. 79-80. Baudot, sostituto procuratore a Marsiglia nel 1974 fece circolare questo testo (oggi reperibile nella sua integralità in www.ldh-toulon.net) tra i colleghi, uno dei quali pensò bene di segnalarlo al Guardasigilli. L’azione disciplinare fu iniziata proprio con riferimento al passaggio «Siate parziali...», ma fu poi abbandonata. Il problema della diseguaglianza di fatto davanti al giudice è ben presente in *Deuteronomio*, I, 16-17: «In quel tempo diedi quest’ordine ai vostri giudici: ascoltate le cause dei vostri fratelli e giudicate con giustizia le questioni che uno può avere con il fratello o con l’immigrato che sta presso di lui. Nei vostri giudizi sarete imparziali: darete ascolto al piccolo come al grande, non avrete paura di nessuno poiché il giudizio appartiene a Dio».

una tensione, un dover essere, che una realtà effettiva e per sempre acquisita.

Nel 1995, nel pieno delle indagini per corruzione, che si sviluppavano con grande clamore in diversi Paesi europei, un magistrato francese riteneva di cogliere un processo di «evaporazione delle immunità, che di fatto, nel passato ostacolavano la giustizia» poiché «alti esponenti di impresa, politici locali e nazionali, ministri e amministratori erano oggetto diretto di indagini penali, e talora di misure coercitive»²².

Parallelamente a questo processo di “evaporazione” delle immunità di fatto, vi era stata una tendenza alla limitazione delle immunità di diritto: privilegi di giurisdizione e immunità parlamentare²³.

Il Maggior Consiglio della Repubblica di Venezia in un decreto del 1402 affermava con orgoglio: «la principale causa della conservazione di questa città è la sollecitudine dei nostri progenitori che vollero *quilibet cuiusvis gradus et conditionis existat subiacent justitiae et juri*»²⁴.

Eppure mai nulla deve darsi per acquisito: le leggi *ad personam* approvate dal Parlamento nella legislatura 2001-2006 hanno messo in crisi il principio della eguaglianza di fronte alla legge, nel suo significato più stretto, al punto da provocare interventi della Corte costituzionale. Le leggi *ad personam* esprimono un momento di crisi della politica, ma, guardando da un altro punto di vista, forse segnalano il dato positivo di una maggiore effettività dell'indipendenza della magistratura.

²² D. LUDET, *Quelle responsabilité pour les magistrats*, in *Les Juges, Pouvoirs*, Paris, Seuil, n. 74, 1995, p. 122.

²³ Una riforma limitativa dell'immunità è stata adottata, oltre che in Italia, anche in Francia con la modifica dell'art. 26 della Costituzione adottata il 4 agosto 1995. La riforma di organismi come le corti speciali di giustizia ha messo fine alla irresponsabilità di fatto per i reati ministeriali (si veda per l'Italia la creazione del Tribunale dei ministri e per la Francia la Cour de justice de la République).

²⁴ Citato in WILLIAM J. BOUSWMA, *Venezia e la difesa della libertà repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 64.

4. *Imparzialità e apparenza d'imparzialità*

Il tema della apparenza occupa uno spazio notevole nel dibattito deontologico sulla imparzialità, sotto il duplice profilo del rispetto delle regole del giusto processo (*fair trial, procès équitable*) e della imparzialità soggettiva del giudice.

Nella tradizione anglosassone è ben nota la espressione per cui “*justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*” (non solo deve essere resa giustizia, ma occorre che si percepisca manifestamente ed indubitabilmente che giustizia è stata resa)²⁵.

In Europa ed in Italia nel dibattito che si è sviluppato a partire dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle giurisdizioni nazionali, i due temi, in principio nettamente distinti, le incompatibilità nel processo e i “pregiudizi” ideologici del giudice, tendono inevitabilmente ad intersecarsi²⁶.

Nel codice etico dell'Anm si trova un duplice riferimento al concetto di apparenza: all'art. 8 con riferimento al tema della ideologia del giudice e all'art. 9 con riferimento alla imparzialità rispetto alle parti e ai doveri di astensione.

Capita spesso in Italia che nel fuoco della polemica sulla pretesa “politicizzazione” dei magistrati si rovesci l'ordine di priorità tra realtà ed apparenza. Ed ecco ancora che ci viene in soccorso

²⁵ La massima è riportata proprio sotto la voce Bias (pregiudizio) in F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico Inglese-Italiano*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 385. La stessa espressione è ripresa al punto 3.2 dei Principi di Bangalore sulla deontologia giudiziaria (2002), ora, nel testo francese, in *L'éthique du juge*, cit., p. 214. È interessante notare che il de Franchis nella stessa voce Bias richiama subito dopo il principio *audi alteram partem*. Su questo stretto collegamento tra imparzialità e contraddittorio si tornerà più avanti.

²⁶ Sin d'ora, sui diversi aspetti del tema, si rinvia a P. MARTENS, *La tyrannie de l'apparence*, in *Rev. Trim.dr.b.*, 1996, p. 640 ss; P. MARTENS, *Réflexions sur le manierisme judiciaire*, in *Rev. trim dr.b.*, 2002, p. 335 ss.; G. DI CHIARA, *Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in tema di imparzialità del giudice*, in *Riv.it.dir. proc. pen.*, 2000, p. 85 ss.; M. LEMONDE - F. TULKENS, *L'impartialité du juge, vers des principes directeurs?*, in *L'éthique du juge*, cit., p. 119 ss.; I. PATRONE, *Le convinzioni personali del giudice e la soluzione delle controversie*, in *Questione Giustizia*, 2004, I, p. 183 ss.

il prezioso documento del Consiglio canadese della magistratura: «per imparzialità si intende non solo *l'assenza apparente*, ma, *cosa ancor più fondamentale, l'assenza reale* di pregiudizio e di partito preso»²⁷.

Questo richiamo alla scala dei valori ci offre la corretta chiave di lettura del richiamo alla indipendenza e all'apparenza di indipendenza contenuto nell'intervento che il Presidente della Repubblica Pertini ebbe a pronunciare dinanzi al Csm il 23 luglio 1981²⁸.

È interessante osservare che la nozione di "apparenza" non ricorre mai nel testo che rappresenta, a tutt'oggi, il livello più elevato di approfondimento sul tema della imparzialità: mi riferisco a *L'impartialité du juge. Principes directeurs et recommandations*, elaborato nel 2003 da un gruppo di lavoro promosso dalla Ecole nationale de la magistrature e coordinato da Marcel Lemonde e Françoise Tulkens²⁹. Si è giustamente preferito affrontare i problemi di "immagine" con riferimento a specifiche situazioni. Si veda il punto 3

²⁷ *Principes*, cit., Commentario A. 3 al principio n. 6, p. 32. Il corsivo è mio.

²⁸ Si era allora nel pieno delle polemiche, dopo la scoperta della Loggia massonica P2, per gli interventi della magistratura milanese sul dissesto del Banco Ambrosiano di Roberto Calvi e sulla vicenda Sindona. Il testo letto dal Presidente Pertini fu adottato alla unanimità dal Csm come risoluzione (Cfr. *Csm Notiziario*, 1981, n. 14, p. 3 ss.). Sono ribaditi i principi fondamentali sul rapporto tra libertà di critica e tutela dell'indipendente esercizio dell'attività giudiziaria; nessuno spazio alle chiusure corporative, ma anche un segnale inequivoco per chi avesse pensato di poter contare sul Csm come stanza di "raffreddamento" delle iniziative giudiziarie che investivano settori del potere. D'altronde quasi un decennio prima, in occasione di un primo momento di tensione tra magistratura e sistema politico Giuliano Vassalli (*Né inanimato né fazioso*, in *Il Giorno*, 20 settembre 1973, p. 3) aveva acutamente osservato: «Allo scandalo si è cominciato a gridare solo da quando sono comparsi negli ultimi anni dei giudici progressisti o di un colore politico prima poco consueto. Fino a quando, dichiarati o non dichiarati, i giudici erano prevalentemente conservatori e spesso reazionari, qualunque decisione veniva accettata da coloro che adesso menano tanto scalpore, come perfetta espressione del sistema. E della "politicità" del giudice sembrava che fossimo in pochi ad accorgerci».

²⁹ Il documento è pubblicato in appendice a M. LEMONDE - F. TULKENS, *L'impartialité du juge, vers des principes directeurs?*, in *L'éthique du juge*, cit., p. 126 ss. (v. *infra* Appendice 5, p. 307 ss.). Ai magistrati italiani non dispiacerà trovare in questo testo alcuni riferimenti al codice etico dell'Anm, che d'altronde ha costituito uno dei testi di riferimento del gruppo di lavoro.

(«Nelle sue relazioni sociali e professionali, comprese le relazioni con la stampa, il giudice si impegna a rafforzare la fiducia del pubblico nella sua imparzialità personale, che si riflette sulla istituzione giudiziaria in generale. Egli condivide con i suoi colleghi questo impegno») e il punto 5 («Nei casi di cui è investito, il giudice si interdice ogni atteggiamento che possa dare l'impressione di una collusione con gli avvocati o il pubblico ministero»).

5. *Imparzialità. Il giudice nel processo. Il metodo del contraddittorio*

Paul Martens, in un'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di incompatibilità nel processo penale, evocando la "tirannia dell'apparenza" e criticando il mito della "verginità intellettuale" del giudice, ha denunciato il rischio che l'apparenza prevalga sulla realtà: l'imperativo categorico è piuttosto il rispetto della presunzione di innocenza e del metodo del contraddittorio³⁰.

L'art. 12 del codice etico dell'Anm «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» rimanda al principio fondamentale del contraddittorio.

Mireille Delmas-Marty ci ha segnalato: «Un celebre trattato cinese che risale alla fine della dinastia dei Ming (XVII secolo) descrive l'itinerario del buon giudizio penale. Senza fissare né principi né regole la Zheyu Zhiyan orienta il cammino del giudice indicandogli gli atteggiamenti, le posizioni da adottare e quelli che, al contrario, deve bandire. (...) E ciò senza dimenticare di 'coltivare il dubbio', perché 'l'esercizio del dubbio' è ciò che fonda 'l'etica del giudice'. (...)».

³⁰ P. MARTENS, *La tyrannie de l'apparence*, cit., pp. 646, 649. Paul Martens, magistrato e studioso del diritto europeo è attualmente giudice alla Corte costituzionale (Cour d'arbitrage) del Belgio.

Fin qui la bellissima citazione del trattato cinese.

Conclude la Delmas-Marty con una brillante sintesi: «In effetti, se l'esercizio del dubbio fonda l'etica del giudice penale, è perché il riferimento alla verità, ed alle incertezze che inevitabilmente l'accompagnano, resta al centro della giustizia penale»³¹.

Una volta riaffermato che la "verità processuale" non può essere la verità assoluta³², possono essere severamente liquidate, come osserva Ferrua, le semplificazioni di chi vorrebbe prospettare «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»; ed infatti «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»³³.

Imparzialità del giudice, quale che sia il sistema processuale, non implica la passività assoluta e la indifferenza al risultato. Il contraddittorio è un mezzo: «La verità... è realmente nota soltanto a chi ha dedicato un'attenzione uguale e *imparziale* alle opposte ragioni, cercando di vederla il più chiaramente possibile»³⁴.

È ancora Mireille Delmas-Marty ad aver sottolineato che le riforme adottate o in corso in diversi Paesi, insieme all'evoluzione delle giurisprudenze, indicano un superamento della «vecchia di-

³¹ M. DELMAS-MARTY, *La prova penale*, in *L'indice penale*, 1996, n. 3, pp. 609-610.

³² Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, ed. Laterza, 1998, pp. 94-135 e p. 546 ss.; L. FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale*, in *Etica e deontologia giudiziaria*, Vivarium, Napoli, 2003, p. 31.

³³ P. FERRU, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, Vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 48; si vedano anche le nette affermazioni di Lord Justice Auld in *A review of the Criminal Courts of England and Wales*, september 2001, www.criminal-courts-review.org.uk, p. 11: «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».

³⁴ JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. a cura di G. Giorello e M. Mondadori, Milano, Il saggiatore, 1981, p. 63.

sputa, di tipo ‘teologico’ fra i sostenitori del modello accusatorio e i sostenitori del modello inquisitorio, a vantaggio di un modello ‘contraddittorio’, che prefigura forse il futuro modello europeo di processo penale»³⁵.

6. *L’“imparzialità” del pubblico ministero*

Il codice etico dell’Anm detta all’art. 13: «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’imputato».

Questo espresso richiamo all’imparzialità evoca immediatamente la definizione del pm come “parte imparziale”, oggetto di tante polemiche, talora di sbrigativi atteggiamenti liquidatori, soprattutto dopo l’adozione nel nostro Paese di un processo di tipo inquisitorio. Eppure la questione è aperta ed è anzitutto connessa alla questione della posizione istituzionale di indipendenza del pubblico ministero. Se è vero che il concetto di indipendenza del pm rispetto all’esecutivo è estraneo alla tradizione della maggior parte dei Paesi, che pure prevedono l’indipendenza dei giudici, è altrettanto vero che *tutte* le figure di pubblico ministero previste nei tribunali internazionali sono dotate di indipendenza. Da segnalare in particolare 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», che d’altronde è stato ripreso quasi testualmente dall’art. 16.2 dello Statuto sul Tribunale penale de L’Aja per i crimini nell’ex-Yugoslavia annesso alla risoluzione 827 del Consiglio di

³⁵ M. DELMAS-MARTY, in *Procedure penali d’Europa*, a cura di M. Delmas-Marty, ed. italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, Padova, 2001, p. 21; nello stesso senso Id, *Il faut renforcer les prérogatives du juge*, in *Le Monde* 23.12.2005, p. 11; ma vedi già M. Delmas-Marty (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1997.

sicurezza dell'Onu del 25 maggio 1993. Nello stesso senso la proposta di un pubblico ministero europeo avanzata nel 1996 con il *Corpus Juris sulle disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, che all'art. 18.2 prevede «Il pubblico ministero europeo è indipendente sia nei confronti delle autorità nazionali sia nei confronti degli organi comunitari»³⁶.

Un magistrato francese ha segnalato la “straordinaria proliferazione” negli ultimi anni di testi che pongono l'imparzialità del pm come principio³⁷, segnalando in particolare la Raccomandazione 2000 (19) del Consiglio d'Europa sul ruolo del pm nel sistema della giustizia penale che prevede che «nell'esercizio delle loro funzioni i pubblici ministeri devono agire in modo equo, imparziale» (art. 24 a). Si può aggiungere che un espresso riferimento alla “imparzialità” del pm è stato previsto nell'art. 124 della Costituzione spagnola.

La peculiare caratterizzazione del pm, parte imparziale, deve misurarsi con la parità delle parti nel processo. E se l'art. 358 cpp (ripreso dall'art. 13 del codice etico dell'Anm) stabilisce che «il pm ... svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagine» si può concludere che regola deontologica per il pm è il rispetto del principio del contraddittorio³⁸. In questo quadro deve essere rammentata una disposizione, solitamente trascurata, del codice di procedura penale, l'art. 124, il quale prescrive: «I magistrati, ... sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando la inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale».

7. *Imparzialità. Il giudice nella società*

Finora si è affrontata la questione dell'imparzialità e dell'apparenza di imparzialità con riferimento essenzialmente al giudice

³⁶ Op. ult cit.

³⁷ M. ROBERT, *Quale imparzialità per il pubblico ministero?*, in *Questione giustizia*, 2005, 2, p. 402 ss.

³⁸ Cfr. L. DE RUGGIERO - G. ICHINO, *Il codice etico*, cit., p. 28.

(e al pm) nell'ambito del processo. Esaminiamo ora la questione con riferimento più diretto alla posizione del giudice nella società³⁹.

Nella storia dell'Italia repubblicana un momento decisivo è stato segnato dal XII Congresso nazionale dell'Anm, che si tenne a Gardone nel 1965. Giuseppe Maranini tenne la relazione generale sul tema "Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione". La mozione finale muovendo dal rifiuto della «concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese» concludeva che «Il giudice, all'opposto, 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».

Il congresso di Gardone, che ebbe una grande eco nel Paese, segnò un punto di non ritorno. Il dibattito sulla giustizia si misurava ormai con la dimensione politica dell'attività giudiziaria, i magistrati si confrontavano con i grandi problemi del Paese e ri-

³⁹ È questo «il rapporto tra impegno culturale ed imparzialità, trasparenza e conoscibilità delle scelte, la differenza tra 'politica delle idee' e politica come gestione del potere» un tema centrale della riflessione all'interno del gruppo di magistrati della corrente di Magistratura democratica: così L. Pepino, che aggiunge «l'imparzialità è estraneità e equidistanza dalle parti processuali, non indifferenza ai valori» (*Appunti per una storia di Magistratura democratica*, in *Questione giustizia*, 2002, n. 1, p. 132. All'inizio degli anni Ottanta, di fronte alle polemiche che avevano accompagnato la novità di un forte impegno della magistratura nelle indagini sulla mafia, Giuseppe Borrè aveva sottolineato «la possibilità (ed anzi doverosità) di distinguere tra neutralità processuale e neutralità culturale» (Introduzione a G. Borrè - L. Pepino (a cura di), *Mafia, n'drangheta e Camorra*, Milano, Franco Angeli, 1983, p. 11). Chi scrive, in un altro dei ricorrenti momenti di tensioni e polemiche sul "garantismo", osservava: «Il giudice, imparziale e terzo rispetto alle parti, non è neutrale rispetto ai valori... Credo anzi, ed all'opposto di quanto talora si sostiene, che solo un forte impegno sui valori, un forte impegno politico culturale rende efficace un intervento che riaffermi la cultura delle garanzie» (E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura oggi tra indipendenza e responsabilità, tra garanzie e valori*, in *Trasformazioni sociali e ruolo della magistratura. Atti del VII Congresso nazionale di Magistratura democratica*, Maggioli editore, Rimini, 1988, p. 463).

discutevano il ruolo del giudice in una società che si stava vorticosamente trasformando: l'ideologia della separatezza del corpo veniva messa in crisi⁴⁰.

Secondo le regole di condotta della American Bar Association «Il giudice può parlare, scrivere, tenere lezioni, e partecipare ad altre attività extra giudiziarie che riguardino la legge, il sistema legale, l'amministrazione della giustizia...». Anzi si sottolinea che il giudice non solo ha il diritto, ma deve essere incoraggiato a partecipare, sia individualmente, sia nelle associazioni di giuristi, al dibattito nella società sulle questioni di giustizia⁴¹.

Molto efficacemente nei Principi di deontologia del Consiglio canadese della magistratura si osserva che «la vera imparzialità non esige che il giudice non abbia né simpatia né opinione. Esige che il giudice sia libero di accogliere ed utilizzare i differenti punti di vista mantenendo uno spirito aperto»⁴².

Il giudice Antonin Scalia ha sviluppato al riguardo interessanti argomentazioni nella opinione di maggioranza della Sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti 27 giugno 2002⁴³. Mentre la opinione di minoranza insiste sul concetto di "apparenza di imparzialità", Scalia distingue tre possibili significati del concetto di imparzialità. Il primo è la imparzialità rispetto alle parti, che è essenziale nell'equo processo assicurando la eguaglianza di trattamento delle parti⁴⁴. Il secondo è imparzialità rispetto alle questioni di diritto in discussione; ma è impossibile

⁴⁰ Il testo completo della mozione si può trovare ora in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 31 in nota; nello stesso volume, p. 257 ss., si trova parzialmente riprodotta la relazione di Maranini. Sul contesto in cui si collocò il Congresso di Gardone mi permetto di rinviare a E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, tomo 2, Torino, Einaudi, 1997, p. 141 ss.

⁴¹ ABA, Code of Judicial Conduct, Canone 4.B e relativo commentario.

⁴² *Principes*, cit., Commentario A.4 al principio n. 6, p. 33. Si veda anche, da ultimo, N. ROSSI, *Magistrati, politica, competizioni elettorali*, in *Questione giustizia*, 2005, n. 6, p. 1281.

⁴³ Supreme Court of the United States, Republican party of Minnesota Vs White, chaiperson, Minnesota Board of Judicial Standards, n. 01-521 27 giugno 2002.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 9.

trovare un giudice, la cui mente sia una *tabula rasa* e che non abbia delle pre-concezioni rispetto alle questioni di diritto⁴⁵. In tal caso non sarebbe persona dalla mente aperta (*open-minded*), ma una testa vuota (*empty-headed*). In un terzo significato imparzialità è apertura mentale (*openmindness*). «L'imparzialità esige non che il giudice non abbia pre-concezioni sulle questioni sottoposte alla giustizia, ma che sia disposto a considerare il punto di vista opposto e rimanga aperto alla persuasione, quando una questione di principio si pone in uno specifico procedimento»⁴⁶.

Nonostante ogni polemica italiana contingente, occorre rimanere fedeli ad un modello di magistrato aperto e partecipe del dibattito nella società, cittadino a tutto tondo, impegnato sui valori, rigorosamente terzo rispetto alle parti, rispettoso del principio del contraddittorio.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

DANIELA BIFULCO

PER UNA DEONTOLOGIA
AL DI FUORI DELLA MISCHIA.
BREVI NOTE SUL RAPPORTO TRA POLITICA,
MAGISTRATURA ED ETICA GIUDIZIARIA

SOMMARIO: Premessa. – 1. L'espansione del potere giudiziario. – 2. Il tramonto della giustizia politica. – 3. Conclusioni.

Premessa

Il tema della deontologia giudiziaria, e della sua codificazione, rimanda ad una questione di carattere più generale rispetto al piano immediatamente attinente all'esercizio della funzione giurisdizionale (e requirente), vale a dire la legittimazione del potere giudiziario negli stati democratici contemporanei. Osservato da tale prospettiva, il tema in questione si colloca al cuore di uno dei paradigmi centrali della filosofia politica, qual è, appunto, la legittimazione del potere; ci stiamo riferendo, evidentemente, a una questione cruciale per uno stato costituzionale di diritto, nel quale, quanto più un potere dello stato si afferma, tanto più è obbligato a dar conto delle sue azioni, a sentirsi responsabile e verso gli altri poteri, e verso la generalità dei consociati.

Nel corso di queste brevi note, si tenterà, dunque, di affrontare il tema della deontologia giudiziaria dal punto di vista dei rapporti tra giurisdizione e politica, e ciò con riferimento sia al contesto internazionale, che sovranazionale e interno. Inquadrare il tema della deontologia da una prospettiva siffatta può rivelarsi, certo, un'operazione concettualmente rischiosa, un'arma a dop-

pio taglio, che, se ben intesa, può contribuire a elevare il dibattito relativo ai rapporti tra giustizia e politica dagli accenti più aspri della congiuntura politico-istituzionale, ma che, al contrario, se malintesa, può sortire l'effetto di far precipitare la discussione nelle spire di quella congiuntura.

I segni di un tale fraintendimento e dell'utilizzazione pretestuosa della deontologia riemergono oggi, a chiare lettere, nella legge n. 150/2005 di riforma dell'ordinamento giudiziario, in cui gli illeciti *disciplinari* si sovrappongono senza discernimento a comportamenti *deontologicamente* scorretti. L'esito di un'operazione così confusa è, inevitabilmente, la rimozione dei veri problemi che la deontologia pone, primo tra tutti il dovere di autolimitazione dei magistrati in vista della tutela dei diritti dei cittadini.

1. *L'espansione del potere giudiziario*

Secondo una chiave di lettura privilegiata da molti interpreti francesi, l'istanza deontologica si sarebbe affermata di pari passo con il potere crescente – o, semplicemente, più *visibile* – della magistratura: come un ampio dibattito (francese, e non solo) ha dimostrato¹, vi è la tendenza a far corrispondere livelli precisi di responsabilità (etica, deontologica, disciplinare, ecc.)² a un potere crescente della magistratura (in ambito sociale, economico e pubblico, in generale).

Parlare di un ruolo (o potere) crescente della magistratura significa far riferimento alla mera constatazione di un dato di fatto, una constatazione che, in quanto tale, vuol essere scevra da giudizi di valore: ruolo crescente vuol dire espansione degli ambiti de-

¹ Sul punto cfr. *Notre justice*, a cura di D. Soulez Larivière e H. Dalle, ed. Robert Laffont, Parigi, 2002 e, per un primo approfondimento sul relativo dibattito, sia consentito rinviare a D. BIFULCO, "Ipotesi di riforma e questioni aperte sulla giustizia in Francia", in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2003, p. 229 e ss, e ID., "Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?), da recintare con cura!", in *Politica del diritto*, 4/2004, p. 617 e ss.

² D. SALAS, *Le tiers pouvoir*, Hachette Littératures, Paris, 1998, pp. 215-220.

cisionali in cui i giudici intervengono e, quindi, sia aumento della “creatività” giurisprudenziale intesa come produzione di diritto ad opera dei giudici³, sia proliferazione di giurisdizioni in ambito nazionale e internazionale⁴.

Altri hanno parlato di “giurisdizionalizzazione” del diritto⁵, fenomeno che ha coinvolto, e che coinvolge, sia il livello comunitario, sia i Paesi di *common law*, come anche i sistemi di *civil law* (e qui, in un contesto dominato da una cultura giuridica positivista, «l’affermazione dell’istituzione giudiziaria acquista tanto più peso politico e significato giuridico»⁶).

Assistiamo, dunque, da un lato, al «ridimensionamento della capacità di comando proveniente dalla politica, ad una accentuata evanescenza della espressione legislativa» e all’impotenza crescente dei tradizionali circuiti propri della rappresentanza politica, dall’altro, a un «riequilibrio istituzionale che vede l’istituzione giudiziaria sempre più vitale, capace di interpretare nuove esigenze e persino di disfarsi di quella misura statale che contribuisce a segnare il declino della legge»⁷. Tale dinamica pare caratterizzare sia il livello interno, che quello sovranazionale e internazionale, se è vero, come sostenuto di recente, che i giudici sono divenuti gli agenti più attivi della mondializzazione, al punto da spingere qualcuno a definire la giustizia transnazionale come un modo «per continuare la politica attraverso altri mezzi»⁸.

A conferma di quanto appena affermato, può ricordarsi, per quel che attiene al livello internazionale, il caso del *principio di*

³ M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984. Per questi profili cfr. C. GUARNIERI - P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 13 e ss.

⁴ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l’universel*, Seuil, Paris, 2004, pp. 7-48.

⁵ C. GUARNIERI, “*La responsabilité des juges*”, in *La responsabilité des gouvernants*, a cura di O. Beaud e J.M. Blanquer, Descartes & Cie, Paris, 1999, p. 184.

⁶ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 189.

⁷ *Ibidem*.

⁸ J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, p. 81.

competenza universale, in base al quale le autorità giurisdizionali dello stato hanno la facoltà – oppure l’obbligo, in certi casi – di perseguire chiunque sia sospettato di aver commesso crimini di guerra e contro l’umanità, qualsiasi sia la cittadinanza dell’autore presunto del reato, quella delle vittime, e a prescindere da ogni collegamento tra il luogo di commissione del reato e le autorità giurisdizionali precedenti. Tra gli ordinamenti che hanno dato più compiuta formalizzazione al principio di competenza universale figurano quello tedesco (art. 6 del codice penale) e belga. L’esperienza belga appare particolarmente significativa, dal momento che la legge del 16 giugno 1993 aveva inizialmente reso possibile un’applicazione molto ampia di quel principio (come avvenuto in occasione del processo, nel 2001, contro 4 cittadini del Rwanda per crimini commessi in quel Paese nel 1994). Un emendamento votato nel 1999 avrebbe poi rafforzato ulteriormente l’effettività della competenza universale, prevedendo che l’immunità accordata alla qualifica ufficiale di una persona non avrebbe impedito l’applicazione della legge del 1993. In breve tempo, il Belgio si è visto inondato di ricorsi (almeno trenta) contro, tra gli altri, il generale Pinochet, il Primo Ministro israeliano Sharon, il dittatore iracheno Saddam Hussein, il Presidente del Rwanda Paul Kagamé. Ebbene, le reazioni a un’applicazione siffatta della legge non si sono fatte attendere, come anche le polemiche per il vasto raggio di discrezionalità accordato da quest’ultima alle autorità giurisdizionali; successivamente la legge è stata – non a caso – “addolcita”, in vista di considerazioni d’ordine diplomatico⁹.

A livello comunitario è il caso del mandato d’arresto europeo a offrire una prospettiva illuminante per osservare le dinamiche con cui i rapporti tra politica e giurisdizione evolvono nel mondo contemporaneo. Quest’ultimo presuppone, com’è noto, un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie e ciò non solo per le misu-

⁹ A. GARAPON, *Des crimes qu’on ne peut ni punir, ni pardonner*, Odile Jacob, Paris, 2004, pp. 33-37. Sulla legge belga del 1993 cfr. D. VANDERMEERSCH, *L’esercizio della giurisdizione extraterritoriale da parte del giudice statale*, in www.difesa.it/CMM/incontri-studio.

re esecutive di una condanna definitiva, ma anche per quelle cautelari. Ora, al di là dei rilievi critici circa il rischio di eventuali lesioni delle garanzie costituzionali, avanzati da più parti, il punto che più interessa in questa sede ha riguardo all'eliminazione di filtri e controlli da parte dell'autorità politica che caratterizzavano, invece, la dinamica dell'extradizione¹⁰: soprattutto in quegli ordinamenti nazionali in cui è più accentuata la dipendenza del potere giudiziario da quello politico, il mandato d'arresto europeo non può non evocare lo spettro di uno sbilanciamento di competenze a favore della magistratura. La reazione del Tribunale costituzionale tedesco del luglio 2005¹¹ è significativa.

Vi è soprattutto un punto, in quella sentenza, in cui si evidenzia la difesa, da parte del *BVerGe*, della sovranità parlamentare contro la discrezionalità dell'autorità giudiziaria straniera che richieda l'extradizione di un cittadino tedesco in altri stati dell'Unione. È il punto della decisione in cui si parla dei margini che la decisione-quadro dell'Unione relativa al mandato d'arresto europeo avrebbe riservato al legislatore nazionale nell'attuazione della decisione stessa.

Il Tribunale afferma che, nel prevedere la possibilità di estradare un cittadino tedesco, il legislatore dovrà rispettare i limiti posti nel *GG* e, segnatamente, il rispetto dei "principi dello Stato di diritto" di cui all'art. 16, co. 2, della legge fondamentale tedesca.

Ciò implica, continua il *BVerGe*, che il legislatore, limitando il diritto fondamentale (alla cittadinanza e alla permanenza nel proprio ordinamento giuridico), dovrà convincersi che l'autorità straniera che pretenda di esercitare il potere punitivo su un cittadino tedesco, osservi quei principi, sanciti pure nell'art. 6 Tr. Ue. E tuttavia l'art. 6 del Trattato, osserva il *BVerGe*, «non preclude al legislatore, in caso di persistente compromissione della recipro-

¹⁰ Rileva il punto M. CHIAVARIO, *Appunti a "prima lettura" sul mandato d'arresto europeo*, in www.forumcostituzionale.it. Sui rischi di lesioni delle garanzie costituzionali che il mandato d'arresto europeo comporterebbe v. i rilievi di A. CELOTTO, *ivi*.

¹¹ *BVerGe*, 2 BvR 2236/04, del 18.7.2005.

ca fiducia tra gli stati membri, di reagire, anche indipendentemente da un procedimento ex art. 7 Tr. Ue». Il Tribunale costituzionale riafferma tale eventualità in relazione al margine di manovra che spetta agli stati nell'attuazione delle decisioni-quadro, affermando che «*gli organi legislativi degli stati membri conservano un potere politico di conformazione che può esprimersi, in caso di necessità, anche attraverso il rifiuto dell'attuazione stessa*». Compito del legislatore è dunque «riempire quei margini di attuazione in modo da preservare il più possibile i diritti fondamentali, nel rispetto del principio di proporzionalità, che, nel caso del divieto d'estradizione, si specifica nei principi della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento»¹².

La lettura delle opinioni dissenzienti è assai istruttiva; va segnalata, in particolare, l'opinione del giudice Lübbe-Wolff, per la quale *la disciplina di attuazione*, così come delineata dalla decisione quadro, già *consentirebbe al giudice di bilanciare gli interessi* configgenti, senza che si renda necessaria una nuova formulazione da parte del Parlamento¹³.

2. *Il tramonto della giustizia politica*

Parimenti rilevanti per la comprensione delle evoluzioni dei rapporti tra politica e giurisdizione appaiono le trasformazioni della giustizia cd. politica: quel che, tra la fine degli anni Ottanta e gli albori del decennio successivo, è accaduto in Francia, come in Italia (l'affidare, cioè, il sindacato sulla responsabilità penale di ministri alla giurisdizione ordinaria, in Italia, e a un'istanza mista -politico-giurisdizionale-, in Francia, come la *Cour de justice de la République*, di cui all'art. 68-1 Cost. fr.) può essere letto, ancora una volta, alla luce del problematico rapporto tra democrazia e giurisdizione.

¹² I brani della sentenza riportati sono tratti dal commento di A. DI MARTINO, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³ *Ivi*.

A fronte dell'ammanco democratico che caratterizzava la giustizia politica (per la poca trasparenza, per l'impossibilità stessa di far valere delle responsabilità) non si è potuta trovare una risposta migliore di quella offerta dalla giurisdizione. Se è vero, come osserva Paul Ricoeur, che al cuore della cultura politica francese si è posto, a partire da un certo momento storico, il problema dell'individuazione di un'istanza politica in grado di chiedere conto ai governanti dei propri atti (ma il medesimo discorso, ci sembra, può riferirsi alla situazione italiana a partire dai primi anni Novanta), e se è vero che quell'istanza non avrebbe potuto essere che quella parlamentare, è pur vero che quest'ultima ha dato *forfait*, come l'*affaire* del sangue contaminato in Francia ha chiaramente posto in luce.

Val la pena di citare, a tal proposito, un intervento dello stesso Ricoeur, che nel 1999 fu ascoltato come testimone dinnanzi alla *Cour de justice de la République*. La richiesta della testimonianza dell'autorevole filosofo venne dal Ministro degli affari sociali e della solidarietà nazionale, M.me Dufoix, incriminata nel caso del sangue contaminato. Il parere richiesto a Ricoeur, appunto in quanto filosofo, ebbe riguardo al significato dell'espressione, utilizzata una volta da M.me Dufoix che, nel dar conto della propria posizione, dichiarò: «*je suis responsable mais pas coupable*» (sono responsabile, ma non colpevole). Ricoeur prende spunto da questa sottoscrizione di responsabilità (politica, evidentemente, ma non penale) per stigmatizzare il processo di “*pénalisation*”, in atto nella cultura politica francese, che impedisce di pensare il problema della responsabilità dei governanti in chiave *innanzitutto* politica. Nella fattispecie, osserva Ricoeur, il caso del sangue contaminato è stato occultato a lungo, sottratto per troppo tempo al luogo naturale in cui avrebbe dovuto essere discusso, vale a dire il Parlamento, che avrebbe dovuto adoperare più efficacemente i suoi poteri investigativi nei confronti del Governo.

E allora, un'istanza mista – politica e al tempo stesso giurisdizionale – come la *Cour de justice*, è vista da Ricoeur come l'inizio, l’*“amorice”*, il punto di una nuova partenza per riscrivere la democrazia e ridare vigore al concetto di responsabilità, un'occasione,

in definitiva, per *riconciliare l'istanza democratica con l'idea di responsabilità*¹⁴.

Ora, l'esigenza di riconciliare l'istanza democratica con l'idea di responsabilità vale anche, *mutatis mutandis*, con riferimento all'autorità giudiziaria. Quella frase – «*je suis responsable mais pas coupable*» – può applicarsi forse anche al rapporto tra il magistrato e la sua deontologia, che è materia, infatti, sottratta al concetto di colpevolezza, di punibilità, di disciplina. Proprio perché la deontologia è materia concettualmente distinta dalla disciplina, va posta con forza la questione della sua effettività, che è affidata, in primo luogo, alla buona coscienza di ogni singolo magistrato. È innanzitutto a un colloquio tutto interiore, molto serrato e solitario, del magistrato con se stesso che la speranza nell'effettività delle norme deontologiche va riposta; il peso di quel dialogo con se stesso deve gravare sulle sue spalle, nessuno può sostenerlo al posto suo. Parafrasando l'affermazione dell'ex ministro, e applicandola alla figura del magistrato, si può immaginare che quest'ultimo dica a se stesso: «La consapevolezza delle regole deontologiche mi rende responsabile di fronte alla collettività, agli utenti della giustizia. Il rispetto di quelle regole è affidato innanzitutto alla mia buona coscienza. Sono dunque responsabile *innanzitutto* eticamente, deontologicamente, delle mie azioni. Affermo la mia responsabilità etica, non perché sento la minaccia di un'istanza superiore in grado di rivendicarne la punibilità, ma perché quella responsabilità è parte integrante della mia funzione».

3. Conclusioni

In definitiva, è nelle coordinate del rapporto tra il ruolo del giudice e l'istanza democratica che la riflessione sulla deontologia giudiziaria può proficuamente innestarsi. La centralità dell'operato dei magistrati nel diritto contemporaneo offre, in altri ter-

¹⁴ P. RICOEUR, *Le juste* 2, Esprit, Paris, p. 289 e ss.

mini, una *chance* per reinterpretare la democrazia o, più precisamente, per rileggere le diverse declinazioni con cui quest'ultima si è affermata nel contesto del costituzionalismo contemporaneo. E se è vero che la memoria storica del costituzionalismo comprende in sé non solo la democrazia intesa in senso “giacobino”, come dominio, cioè, della maggioranza, ma anche la democrazia liberale – e le relative garanzie tese ad arginare le derive maggioritarie – sarà anche vero che il compito delle Corti consiste, allora, nel preservare i diritti dall'invasione del potere (legislativo, esecutivo)¹⁵. Se si accoglie tale prospettiva, dovrà ammettersi anche che il magistrato – ogni singolo magistrato – non può essere considerato “solo” un pubblico funzionario, parte del servizio pubblico “giustizia”, ma anche, inevitabilmente, componente di un *potere*¹⁶, che la Costituzione italiana ha circondato di garanzie molto precise.

Il dibattito sulla deontologia, e sulla relativa codificazione, rappresenta in tal senso una scommessa, come già rimarcato in apertura di queste note, utile anche a distanziare il dibattito del rapporto tra politica e giurisdizione dalle asprezze delle contingenze politico-istituzionali.

Ed invece, nel caso italiano, l'emersione dell'istanza deontologica, tradottasi nella forma più intensa e “visibile” possibile, è a dire la codificazione del 1994, può leggersi come segno della volontà del ceto politico di *deresponsabilizzare* il potere giudiziario attraverso l'accentuazione del lato “tecnico” dell'attività giurisdizionale¹⁷: la codificazione dell'etica giudiziaria (esasperata al massimo grado nella citata legge di riforma dell'ordinamento giudiziario e, soprattutto, ammantata di vesti disciplinari) vuole ricondurre il giudice alla sua natura di *pubblico funzionario* tenuto ad applicare la legge, più che a ricrearla mediante l'interpretazione.

¹⁵ C. GUARNIERI - P. PEDERZOLI, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ Sulla coesistenza di questi due aspetti si vedano le osservazioni di H. PAULIAT, *L'administration de la justice dans les institutions françaises*, in *L'éthique des gens de justice*, a cura di S. Gaboriau e H. Pauliat, Pulim, Limoges, 2002, p. 75 e ss.

È in tal senso che la codificazione della deontologia giudiziaria – così come (mal)intesa dal potere politico nel 1994, ma l'equivoco si ripropone anche ai giorni nostri – è stata quasi un'operazione di deresponsabilizzazione del giudice volta non già a sollevare quest'ultimo dai suoi doveri, bensì a sottrargli *tout court* incidenza politica.

Oggi, come allora (1994), si è persa un'occasione preziosa per guardare al codice nella prospettiva in cui chiede di essere guardato – quale mero strumento, cioè, di autoregolazione della condotta dei magistrati – e si è preferito indugiare in un'ottica distorsiva e unilaterale, che relega il codice al ruolo di strumento di contesa tra magistratura e potere politico.

In definitiva, l'istanza deontologica e la relativa codificazione andrebbero depurate da intenti mistificatori e da utilizzazioni surrettizie del loro significato (che è, invece, quello di rendere trasparenti i comportamenti, non già di minare l'indipendenza dei magistrati attraverso un malinteso controllo “esterno”). Forse è il caso di tornare a guardare alle regole deontologiche come a mere istanze assiologiche (il che, del resto, non è affatto poco), utili ad orientare l'azione di ciascun magistrato, e criteri interpretativi per le norme in tema di responsabilità disciplinare¹⁸.

¹⁷ Il rapporto tra «processo di tecnicizzazione della scienza giuridica e correlativo processo di deresponsabilizzazione, in senso politico, del ceto degli uomini di legge» ed il ruolo cruciale della codificazione per il rafforzamento di tale rapporto sono stati approfonditi da G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 16 e ss.

¹⁸ R. SABATO, *Le code éthique italien entre déontologie et discipline*, in *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, a cura di H. Épineuse e D. Salas, Dalloz, Paris, 2003, p. 99, per il quale la funzione interpretativa della deontologia nei confronti delle regole disciplinari si rende possibile allorché queste ultime facciano riferimento a concetti quali, ad esempio, il “prestigio” o la “considerazione” dovuta all'ordine giudiziario. Al di là dell'ausilio interpretativo, viene giustamente ricordato dall'A. come disciplina e deontologia vadano considerati come ambiti concettualmente distinti.

JULIE JOLY-HURARD

LA DEONTOLOGIA DEI MAGISTRATI IN FRANCIA

Citerò per cominciare le parole di Denis Salas (professore alla Scuola nazionale della magistratura): «È impossibile pensare che l'indipendenza sia senza contropartita. Una giustizia che si fa sempre di più giudice dell'etica altrui, può continuare, ancora a lungo, a non dare ragioni della sua propria etica?».

La giustizia, e il giudice in particolare, devono rendere dei conti. E oggi, forse ancor più che mai, poiché ne va della legittimità dell'Istituzione stessa.

Il giudice, a cui la Costituzione conferisce il difficile compito di giudicare gli altri, deve compiere la sua missione, all'insegna dell'indipendenza e del rispetto del cittadino. L'indipendenza del giudice è garantita dal Presidente della Repubblica, assistito in questo suo compito dal Consiglio superiore della magistratura.

Il rispetto, per converso, non ha garanzie: lo si merita, tramite la qualità del lavoro e la dignità del comportamento.

Da trent'anni a questa parte, il compito del giudice, in Francia, è molto cambiato. Il suo ruolo si è molto accresciuto. E questo non solo perché la richiesta di giustizia è aumentata quantitativamente, ma anche perché è cambiata nella sostanza. Al giudice non si richiede più di dire soltanto la legge, di fare del sillogismo giuridico. Oggi, il giudice interpreta, argomenta, dialoga, compara, costruisce, completa la legge. A tal punto, che alcuni dubitano dell'impatto, e soprattutto dell'utilità, che una tale dispersione del ruolo del giudice può avere nelle nostre società democratiche.

Sull'onda di questa nuova richiesta di giustizia, il giudice reclama allora un nuovo ruolo nella nostra democrazia.

Si erge in qualità di terza parte, rispetto allo Stato. Ma questo nuovo ruolo, inedito, lo attira, a sua volta, verso nuove responsabilità. Il giudice deve essere responsabile – e questo, dal punto di vista civile, penale e disciplinare –, il che significa che deve avere il senso della responsabilità e, inoltre, sorvegliare l'immagine che dà, del suo operato. Per altro, sulla questione dell'immagine, faccio presente che il Consiglio superiore della magistratura, nell'ambito della sua giurisprudenza disciplinare, si riferisce spesso alla nozione di 'immagine' che il magistrato deve dare della sua missione, o di danno all'immagine della giustizia.

Insomma, sembra che oggi, in Francia (e questo, in sintonia con la concezione della Corte europea dei diritti dell'uomo che dà molta importanza all'apparenza), la legittimità di un giudice non dipenda più esclusivamente dal suo potere di giudicare gli altri, ma anche dalla maniera in cui lo fa.

È proprio in tale contesto che la questione della deontologia dei magistrati è apparsa, o meglio riapparsa in Francia. Riapparsa poiché, in realtà, tale questione è tutt'altro che 'nuova'.

Le prime tracce di esigenze etiche, nell'ambito dei doveri dei magistrati, risalgono infatti al Medioevo, epoca in cui le funzioni di giudice potevano concepirsi solo tramite riferimenti alla morale religiosa o alla giustizia divina. Durante l'*"Ancien Régime"*, i Parlamenti tenevano regolarmente udienze settimanali, durante le quali erano puniti i magistrati che non avevano rispettato i loro doveri professionali. Con la Rivoluzione francese, malgrado l'abolizione dei privilegi e il rifiuto dell'idea di una disciplina professionale, il diritto disciplinare riemerge e si istituzionalizza sempre più, in particolare nell'ambito delle professioni giudiziarie. Infine, con la legge del 30 agosto 1883, la Corte di cassazione diventerà Consiglio superiore della magistratura, il cui compito, tra l'altro, sarà di sovrintendere alla disciplina dei magistrati.

Stranamente, la riflessione deontologica presso la magistratura si indebolirà verso la fine del diciannovesimo secolo, per poi ricomparire molto tardi, alla fine del ventesimo secolo. A questa epoca, i riferimenti alla deontologia sono rari e irregolari; sono astratti e di ordine molto generale. Si trovano riuniti in alcune

rare norme dello statuto dei magistrati (l'ordinanza del 22 dicembre 1958), oltre che in altri testi, come il Codice penale o i Codici di procedura civile e penale.

Si coltivava, allora, il mito del giudice irresponsabile, come si usa dire. Era un'epoca in cui si presupponeva che l'autorevolezza e la credibilità della giustizia dipendessero dal silenzio circa gli errori commessi dai giudici.

Per fortuna, quest'epoca oggi è finita, naturalmente. La cultura del segreto non è più ammessa nella nostra società. Al contrario, e l'ho detto poco fa, l'autorevolezza e la credibilità della giustizia, oltre che la fiducia del cittadino nella giustizia stessa, sono più che mai basate sulla trasparenza della procedura e della giurisprudenza disciplinare. I cittadini stessi hanno bisogno di constatare che gli errori dei magistrati vengano puniti in modo efficace e adeguato.

Questa volontà, certo legittima, è stata, in un certo qual modo, stimolata da un duplice movimento: un primo movimento (influenzato in larga parte dall'approccio che gli altri sistemi giuridici – e soprattutto quelli europei – hanno alla deontologia) che tende a democratizzare la disciplina dei magistrati, democratizzazione che ha avuto come conseguenza diretta, di permettere la ripresa e la rivalutazione dei valori e dei principi deontologici della professione (I); poi, un secondo movimento, in corso attualmente, che tende a rinforzare questi principi, a assicurarne l'efficacia e che solleva la questione della loro istituzionalizzazione (II).

I. *La democratizzazione della disciplina in vista della rinascita della deontologia*

In Francia, è durante gli anni Ottanta che si è sentito presente il bisogno di democratizzare la disciplina, e ciò per ridare vita alla deontologia dei magistrati. Tramite questo movimento di democratizzazione, il Consiglio superiore della magistratura ha essenzialmente reso più chiara e concreta la sua giurisprudenza

disciplinare (A) e d'altra parte, lo vedremo dopo, l'ha resa più accessibile (B).

A. *Arricchimento e chiarimento della giurisprudenza disciplinare*

Il Consiglio superiore della magistratura si è reso conto, in effetti, del ruolo pedagogico che doveva lui stesso svolgere presso il corpo della magistratura, affinché nell'animo del giudice si sviluppasse 'il riflesso del comportamento consapevole'. Il Consiglio superiore della magistratura ha deciso, dunque, di forgiare, tramite le varie decisioni e i diversi pareri resi in materia disciplinare, un corpo di regole e di principi atti a guidare il giudice nell'esercizio della sua attività professionale e, se necessario, nell'ambito della sua vita privata. Il Consiglio ha quindi modificato radicalmente il suo modo di giudicare e, alla logica punitiva che dominava la sua politica disciplinare, ha sostituito una logica preventiva, pedagogica, basata sulla responsabilizzazione del giudice.

Più esattamente, nell'ambito di tale orientamento pedagogico, il Consiglio ha optato per una qualificazione disciplinare sistematica e meticolosa dei fatti che gli venivano segnalati, riferendosi in particolare agli obblighi deontologici presenti nello statuto della magistratura e, più precisamente, agli obblighi che figurano nel giuramento dei magistrati, o riferendosi alla definizione che l'ordinanza del 1958 dà dell'errore disciplinare.

In tal modo, tramite decisioni ricche e chiare, il Consiglio è riuscito a creare un corpo di regole di deontologia e di principi a valore normativo, che rimandano, quasi tutti, più o meno direttamente, alle principali esigenze statutarie. Tra questi principi deontologici, quelli che sono stati sottolineati con più intensità sono i seguenti: i doveri d'imparzialità e d'indipendenza del giudice, il dovere di riserbo, la legalità, l'esigenza di delicatezza, di dignità e di onore, oltre al dovere di lealtà e di onestà.

Spinto da questa volontà di delucidazione e di arricchimento della propria giurisprudenza, il Consiglio superiore della magi-

struttura ha deciso, in un secondo momento, di farla conoscere meglio e di renderla più accessibile.

B. *Una giurisprudenza disciplinare più diffusa e più accessibile*

Fino alla fine degli anni Novanta, secondo la tradizione francese, le udienze disciplinari, le decisioni e i pareri resi, erano coperti dal segreto. Di conseguenza, le sedute del Consiglio erano tutte a porte chiuse quando si trattava di materia disciplinare e la stampa non era autorizzata a pubblicare le informazioni concernenti queste udienze né, tanto meno, le decisioni che ne risultavano.

In virtù delle numerose critiche fatte al principio di segretezza, a causa del sospetto e del sentimento d'impunità che crescevano nell'opinione pubblica, ma soprattutto a causa dell'incompatibilità del segreto con le esigenze della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Consiglio ha deciso, autonomamente, di rendere pubbliche le sedute, in materia disciplinare.

Questo cambiamento risale al 1996 per la composizione del Consiglio che concerne la magistratura inquirente, mentre, per la magistratura giudicante, esso risale al 1997. Questa nuova procedura prevede che si richieda al magistrato in causa se desidera avvalersi della pubblicità (in applicazione dell'articolo 6.1 della Convenzione europea), o se invece (in attuazione del diritto interno) preferisca procedere alla seduta a porte chiuse. Così facendo, il Consiglio completava il processo di democratizzazione della procedura disciplinare, attribuendogli maggiore trasparenza e permettendo ai cittadini di constatare che i danni dei magistrati all'onore o alla credibilità dell'Istituzione vengano riparati in modo effettivo e adeguato.

Questa felice modifica è stata poi confermata dalla legge costituzionale del 25 giugno 2001, legge che ha imposto la pubblicità delle sedute disciplinari per il Consiglio superiore della magistratura. E questo, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella decisione Pellegrin contro Francia dell'8 dicembre 1999,

aveva cambiato impostazione, escludendo dal campo di applicazione dell'articolo 6.1 «il contenzioso disciplinare degli agenti pubblici, incaricati di una missione d'interesse pubblico, o che partecipano all'esercizio del pubblico potere».

Peraltro, nel suo impeto di riforma, la legge costituzionale del 25 giugno 2001 ha abolito il divieto di principio, fatto alla stampa, di pubblicare le informazioni concernenti le procedure disciplinari in corso. A questo proposito sottolineo, tuttavia, che già dalla metà degli anni Novanta il Consiglio aveva già deciso di pubblicare, nei suoi resoconti annuali di esercizio, alcuni estratti dei pareri e delle decisioni resi, durante l'anno scorso, in materia disciplinare, e questo con l'obiettivo di sensibilizzare i magistrati alle esigenze deontologiche della loro professione.

Questo primo movimento di democratizzazione della disciplina dei magistrati (che si trova all'origine della rinascita e della concretizzazione dei principi deontologici) è stato seguito da un secondo movimento, molto attuale, che si basa, nel contempo, sulla *riflessione* e sulle *azioni concrete*, che mirano a rendere più forti questi principi, attraverso la loro formalizzazione. In poche parole, questo secondo movimento tende a rendere responsabile il giudice e a coinvolgerlo in modo maggiore nelle questioni di stampo deontologico.

II. *Verso la conferma e il riconoscimento giuridico della deontologia*

La rinascita della riflessione deontologica, in Francia, è, in parte, da attribuire agli avvenimenti politico-giudiziari dei primissimi anni di questo secolo. In effetti, è stato proprio il coinvolgimento di alcuni magistrati in casi di abuso di potere, di corruzione o di concussione, a sottolineare la necessità di mettere in allerta i giudici e richiamarli ai loro obblighi, sia professionali che personali. Pur essendo casi isolati, a causa dello scalpore dei media, questi comportamenti hanno inciso molto sull'opinione pubblica e hanno danneggiato l'immagine e l'integrità della giustizia.

Reagire, è quindi diventato necessario, in modo rapido ed efficace. È in questo contesto che il ministro della Giustizia ha deciso, in un primo tempo, di far prevalere la *riflessione* e, in un secondo momento, di imporre l'*azione*.

La riflessione

Prima di tutto, voglio sottolineare che tutte le riflessioni che, fino ad oggi, hanno accompagnato in Francia il problema della deontologia dei magistrati sono state influenzate da tutto quello che è stato detto o fatto in Europa o nell'ambito di altri sistemi giuridici, in particolare quelli di *common law*. La grande ricchezza e lo sviluppo della riflessione sull'etica del giudice in Europa e altrove non possono che suscitare ammirazione e avere il grande merito della persuasione.

Se si considerano le conclusioni della commissione Cabannes, di cui dirò subito, si può anche affermare che la Francia si unisce, senza esitazione, a questo movimento che a livello europeo e internazionale incita al consolidamento dell'etica del giudice.

Questo 'inizio di riflessione' si è tradotto, in pratica, nella primavera del 2003, con l'istituzione, su iniziativa del ministro della Giustizia, di una commissione di riflessione sull'etica nella magistratura (la commissione *Cabannes*) incaricata di proporre diverse misure volte al miglioramento dello *status quo* e alla riforma del diritto in vigore. Questa commissione ha pubblicato nel novembre del 2003 un resoconto, sottolineando le varie difficoltà di applicazione dell'arsenale legislativo attuale e avanzando diverse proposte di riforma.

Questo resoconto iniziale è stato comunicato, su base consultiva, all'insieme dei magistrati, affinché ciascuno di essi potesse meglio conoscere le proposte fatte, giudicarne la pertinenza, ed eventualmente dare suggerimenti. L'idea insita in questa richiesta di pareri su larga scala, era che venissero messe in atto solo riforme volute e giudicate necessarie dal corpo giudiziario stesso.

E soprattutto, dietro questa idea, traspariva sempre di più l'aspirazione che il corpo dei magistrati potesse recuperare la sua etica e la sua deontologia.

Nel marzo del 2005, dopo aver scrutinato e analizzato 2545 (!) risposte, la Commissione *Cabannes* ha consegnato un rapporto definitivo al Guardasigilli. Nella prima parte del rapporto sono descritti i risultati dell'inchiesta realizzata tra i magistrati, il loro volere e le loro paure, mentre nella seconda parte si procede all'enunciazione di una decina di proposte, volte (cito) a «rinforzare l'etica nella magistratura» e ad assicurare una «protezione efficace dei magistrati». Infine, il rapporto indica che queste differenti misure dovrebbero essere di applicazione immediata.

Le proposte più significative, tra le dieci citate nel rapporto, sono le seguenti:

1. *Modificare i termini e la sostanza del giuramento, per mettere in evidenza sette principi fondamentali*

Adesso il giuramento consiste nella formula seguente: «Giuro di compiere bene e fedelmente il mio dovere, di mantenere religiosamente il segreto delle deliberazioni e di comportarmi, in tutto, come un magistrato dignitoso e onesto». La Commissione propone che il giuramento diventi: «Giuro, al servizio della legge, di compiere il mio dovere con imparzialità e coscienza, con lealtà, integrità e dignità, rispettando il segreto professionale e l'obbligo di riserva».

La sostanza stessa del giuramento, cambierebbe in quanto si verrebbe a creare un legame stretto tra il giuramento e la colpa disciplinare (cosa che oggi non si verifica): la colpa verrebbe definita in relazione al giuramento: «Qualsiasi mancanza del magistrato agli obblighi risultanti dal giuramento prestato costituisce una colpa disciplinare».

2. *Riunire i principi di deontologia, in un testo scritto*

L'obiettivo è di riunire, sotto forma di una raccolta (e non di un codice), le norme in vigore concernenti la deontologia dei ma-

gistrati, le decisioni del Consiglio superiore della magistratura e anche quelle del Consiglio di Stato (giudice di Cassazione o dell'abuso di potere, in tale ambito) ed anche i pareri della futura composizione del Csm, incaricata di risolvere le questioni di etica. Questa raccolta, aggiornata ogni anno, presenterebbe, in forma analitica, le norme commentate e collegate ai sette principi fondamentali, che scaturiscono dal giuramento.

3. *Modificare le modalità di investitura, per una migliore valutazione delle garanzie etiche, dei candidati al ruolo di magistrati*
4. *Istituire un insegnamento speciale, dedicato all'etica e alla deontologia*

Preciso, semplicemente, che essa coinvolge sia l'insegnamento iniziale (impartito alla Scuola nazionale della magistratura), sia la formazione permanente dei magistrati già in attività. Tale proposta mira a unire agli insegnamenti teorici di etica una formazione pratica, tramite *stage* o immersione in casi concreti.

5. *Rinforzare il ruolo essenziale di sorveglianza deontologica dei presidenti di tribunale e dei primi presidenti di Corte di appello*

Si tratterebbe di rendere più responsabili i presidenti di Tribunale e Corte di appello, nel loro nuovo ruolo di controllo della deontologia dei magistrati a loro subordinati. Questa *sorveglianza deontologica* nella loro area di competenza sarebbe volta all'intervento e all'aiuto di un magistrato, qualora questi si trovasse in una posizione critica, o in difficoltà, per guidarlo e consigliarlo sul modo di correggere comportamenti e manovre scorrette.

6. *Creare un sistema di consiglio e di sostegno all'interno del Csm*

Ciò si tradurrebbe nell'istituzione di un collegio (di un comitato), nel Consiglio stesso, composto da tre membri del Consiglio, o da lui nominati, e incaricato delle questioni di etica. Questo col-

legio potrebbe rendere pareri sui casi che gli saranno sottoposti, sia dai magistrati, sia dal Guardasigilli.

Queste sono, dunque, le principali proposte che scaturiscono dal rapporto finale pubblicato dalla Commissione di riflessione sull'etica della magistratura.

Ma oggi che cosa è stato fatto? Cosa abbiamo fatto per rendere più concrete queste proposte?

L'azione

Oggi come oggi, sono state intraprese due iniziative, per lo più simboliche, nell'attesa che una legge venga promulgata per rendere ufficiali le proposte del rapporto.

La prima iniziativa è quella del Primo presidente della Corte di cassazione, Guy Canivet, che, profondamente coinvolto dalla questione dell'etica dei giudici, ha deciso di riunire, una volta l'anno, tutti i primi presidenti delle Corti di appello, in una giornata di studio dedicata interamente alla riflessione sul tema della deontologia dei magistrati. Durante la prima riunione (che si è tenuta nel mese di giugno del 2005, e che sarà di nuovo tenuta nel giugno 2006), sono state riepilogate le iniziative locali, messe in atto dai primi presidenti, iniziative volte a coinvolgere, e ad aiutare, i magistrati a loro sottoposti su qualsiasi problema di ordine deontologico. Lo scopo di questa giornata di studi annuale è stato, inoltre, di rendere consapevoli i primi presidenti del loro ruolo di controllori della deontologia, nella propria zona di competenza, e di incitarli ad agire in modo attivo ed efficace su diversi fronti.

La seconda iniziativa, messa a punto da poco tempo, è stata la redazione, su impulso del Csm, di una raccolta di principi di deontologia, che è, in tutto e per tutto, conforme alla proposta del rapporto. Si tratta dell'insieme di norme, decisioni o pareri resi in ambito di deontologia e accompagnati da commenti pedagogici.

Questa voluminosa raccolta (quasi 700 pagine) costituisce uno strumento di autocontrollo del corpo da cui emana, e traduce chiaramente «la capacità che la professione ha di riflettersi in certi valori che rispettano le attese del pubblico e che rispecchiano il grado di potere attribuitele».

SECONDA SESSIONE

L'EVOLUZIONE INTERNAZIONALE ED EUROPEA
IN TEMA DI DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA

RAFFAELE SABATO

L'EVOLUZIONE INTERNAZIONALE
ED EUROPEA IN TEMA DI
DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA

1. – La mia relazione si concentrerà essenzialmente sulle mie esperienze personali – all'interno del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE - organismo del quale dirò di più in prosieguo) – nell'ambito del dibattito internazionale sulla deontologia giudiziaria.

Prescinderò, pertanto, in linea di massima, da riferimenti a problematiche nazionali italiane – pur assai sensibili in tema di deontologia, specie dopo che la l. n. 150 del 2005, in tema di riforma dell'ordinamento giudiziario, non ha certo contribuito a portare chiarezza o soluzioni condivisibili – salvo a fare, in un caso, riferimento al codice etico adottato dall'Associazione nazionale dei magistrati italiani nel 1994, adozione che dopo dieci anni di applicazione del codice viene celebrata nell'ambito di questo seminario italo-francese. Meglio di me, in ordine ai profili di carattere nazionale italiano, potranno riferire, o lo hanno già fatto, illustri relatori.

Nell'ottica di esperienza personale di cui ho detto, ritengo di potermi concentrare su alcune elaborazioni di deontologia giudiziaria nell'ambito delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa; farò, nei limiti in cui posso, alcuni riferimenti alla situazione francese, alla luce della natura bilaterale di questo seminario.

2. – A livello di Nazioni Unite, la questione di adottare un codice di condotta giudiziaria nasce nell'ambito delle iniziative

volte – nell’ambito della lotta contro la corruzione – a rafforzare l’integrità giudiziaria.

Così, prendendosi indirettamente a base dei lavori i “Principi fondamentali sull’indipendenza della magistratura delle Nazioni Unite”¹, il Gruppo giudiziario per il rafforzamento dell’integrità dei giudici (JGSJI)², riunitosi per la prima volta a Vienna nell’aprile 2000, incaricava il dr. Nihal Jayawickrama, coordinatore del programma delle NU sull’integrità giudiziaria, di predisporre un rapporto sulla base dell’esame dei diversi codici di condotta dei giudici adottati nei diversi Paesi, nonché di svolgere specifiche considerazioni circa le norme ricorrenti in tali codici, con specifico riguardo alle norme non adatte all’adozione in uno o più Paesi.

Nella seconda riunione, a Bangalore nel febbraio 2001, il Gruppo³ approvava un testo formulato attorno a “valori cardine” (*core values*) ed a conseguenziali “principi” (*principles*): il *Bangalore Draft Code of Judicial Conduct*⁴.

Il Gruppo tuttavia notava che, essendo stato il “codice” predisposto da magistrati provenienti principalmente da Paesi di *common law*, era essenziale che fosse esaminato da giudici di altre tradizioni giuridiche per poter essere elevato effettiva-

¹ *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, adottati nel 1985 nell’ambito del *7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders*.

² Il Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity (JGSJI), riunitosi a Vienna dell’aprile 2000 su istanza dell’United Nations Centre for International Crime Prevention, unitamente al 10th United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, era composto da magistrati giudicanti tra i più alti in grado del Bangladesh, dell’India, del Nepal, della Nigeria, del Sud Africa, della Tanzania e dell’Uganda, sotto la presidenza del giudice Weeramantry, vice presidente della Corte internazionale di giustizia, con Justice Kirby, dell’Alta corte australiana, come *rapporteur*. Al gruppo partecipava Dato’ Param Cumaraswamy, UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, a tale carica nominato dalla UN Commission on Human Rights ai sensi della Risoluzione n. 1994/41 del 4.3.1994 della stessa Commissione.

³ Al Gruppo, in tale riunione, partecipavano anche giudici del Canada e del Sud Africa.

⁴ Si tratta del testo appendice *sub 2* alla presente relazione.

mente al rango di un “codice di condotta giudiziaria” internazionale⁵.

Tra le varie occasioni di discussione del progetto, posso riferire dell'incontro avuto, in data 18 giugno 2002, con Mr. Dato' Param Kumaraswamy, UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, e con una rappresentanza del JG-SJI, unitamente ad altri colleghi europei⁶, tutti membri del Gruppo di lavoro del Consiglio consultivo dei giudici europei del Consiglio d'Europa.

All'esito dell'incontro, il Gruppo faceva riserva di formali osservazioni, che venivano rifuse in un documento⁷ che veniva fatto pervenire all'organismo delle Nazioni Unite richiedente.

3. – Fare qualche cenno a tali commenti, formulati da giudici europei su un codice deontologico che, come si dirà, era (e in parte è) conforme agli schemi dei “*model codes of judicial conduct*” di *common law* può essere utile non per la rilevanza dei commenti in sé, ma quale espediente comunicativo per una (prima) ricognizione delle diversità di approccio.

La prima osservazione formulata da noi magistrati europei fu relativa, anzitutto, alla preferenza per l'eliminazione della stessa intitolazione quale “codice”, alla luce della nozione di *corpus* di norme prescrittive (prescrittività che non riteneva confacente all'obiettivo) che a tale termine si ricollega soprattutto nelle tradizioni di *civil law*: meglio parlare di “principi” o “standard” di condotta giudiziaria.

⁵ Così nella *Explanatory Note* in appendice al testo definitivo dei *Principi di Bangalore*, allegato *sub 3* alla presente relazione, di cui *infra* nel testo.

⁶ Erano rappresentati l'Austria, la Repubblica Ceca, la Francia, la Germania, la Lituania, il Lussemburgo, il Portogallo, la Slovenia, la Svezia ed il Regno Unito, oltre all'Italia. L'apporto fornito è esplicitamente riconosciuto nella *Explanatory Note*, cit.

⁷ *Comments N. 1 (2002) of the Working Party of the Consultative Council Of European Judges (Ccje-Gt) on “Code Of Judicial Conduct. The Bangalore Draft”*, riportato in appendice 3 alla presente relazione.

E così l'attuale testo si chiama *Principi di condotta giudiziaria di Bangalore*⁸.

Chiarendo una formulazione precedente, il Preambolo afferma con chiarezza che i principi sono «volti a fissare standard per la condotta deontologica dei giudici», «a fornire una guida ai giudici ed a dare alla magistratura un quadro per la regolazione della condotta giudiziaria». Essi sono anche tesi «ad assistere i governi ed i parlamenti, gli avvocati ed il pubblico più ampio, nella migliore comprensione e nel sostegno all'attività giudiziaria». I principi – si afferma sempre nel Preambolo – presuppongono «che i giudici siano responsabili della loro condotta innanzi ad organi adeguati istituiti per salvaguardare gli standard giudiziari, organi che siano essi stessi indipendenti ed imparziali» e sono in tal senso volti «ad integrare e non a derogare rispetto alle norme di legge e di condotta vincolanti per il giudice».

Non è poco, atteso che la versione precedente del Preambolo non distingueva in alcun modo tra oggetto del codice e norme disciplinari.

Sempre preliminarmente, il nostro gruppo mise in dubbio la stessa struttura, incluso l'ordine di esposizione delle questioni, del codice, espressamente ritenendoli “discutibili” (*questionable*). La bozza, infatti, organizzata come detto sotto titoli che esprimevano altrettanti valori, poi sviluppati in singole prescrizioni, cominciava a trattare per primo il valore della “*propriety*”, ossia del rispetto da parte del giudice di quanto reputato conveniente nell'ambiente sociale. A nostro avviso, i due valori fondamentali, da anteporre agli altri, erano quelli dell'“indipendenza” (anche se gli aspetti strutturali e normativi dell'indipendenza giudiziaria ovviamente prevalgono su quelli comportamentali individuali) e dell'“imparzialità” (quale il giudice deve possedere e deve dimostrare nel contesto di ciascuna controversia).

Sottolineammo, poi, l'importanza del valore dell'“uguaglianza” (o meglio dell'uguaglianza di trattamento) da parte del

⁸ *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, riportati in appendice 4 alla presente relazione.

giudice, valore collegato con quello dell'“imparzialità”, ritenendo importante che fossero segnalate ai giudici, attraverso principi volti ad assicurare la decisione equa ed imparziale di qualsiasi controversia, le influenze che possono avere fattori come l'origine etnica, il genere o la disabilità, strettamente connessi alle modalità attraverso cui le persone si comportano, sia fuori che nella sala d'udienza.

Il nostro Gruppo suggeriva che un schema logico avrebbe comportato il dover trattare prima i profili Indipendenza e Imparzialità, poi di Uguaglianza e solo dopo l'Integrità ed il Rispetto delle convenienze, con le questioni di Competenza e Diligenza, su cui erano esigibili, ma in maniera scontata, rigorosi comportamenti dei giudici.

Avevamo forse esagerato, dimenticando il contesto in cui il progetto era nato: la versione finale, bencé segua la nostra impostazione, collocando *ante omnia* Indipendenza ed Imparzialità, pone però subito dopo Convenienza ed Integrità (in ordine invertito rispetto alla proposta europea), posponendo l'Eguaglianza.

Altra osservazione ebbe a riguardare il fatto che il Codice conteneva una sezione che non concerneva la condotta giudiziale, ma piuttosto l'organizzazione di meccanismi di trattazione di esposti e di sanzioni a carico dei giudici. Nel suo commento, il nostro Gruppo espressamente dichiarava di «non essere d'accordo in ordine al nesso diretto individuato... tra i principi prima affermati e la materia degli esposti e della disciplina». Notavamo che, mentre senza dubbio l'inosservanza dei principi poteva in molti casi essere rilevante per la trattazione di esposti o l'instaurazione di procedure disciplinari, le espressioni impiegate nel testo (specialmente i ripetuti riferimenti all'“attuazione del codice”) suggerivano che qualsiasi inosservanza necessariamente giustificava un esposto contro il giudice o addirittura una procedura disciplinare.

Anche a tale riguardo il risultato è stato considerevole: sotto la rubrica “Attuazione”, nel testo finale oggi si legge: «Data la natura della funzione giudiziaria, *le magistrature nazionali* adotteranno misure efficaci per la creazione di meccanismi per attuare i

presenti principi, se tali meccanismi non sono già esistenti» (corsivo aggiunto).

Accennati – per le finalità espositive predette – alcuni dei profili generali del confronto sulla “bozza di Bangalore”, non farò troppi cenni a profili di dettaglio riguardanti singoli principi deontologici.

Mi limiterò a dire che la maggior parte delle nostre osservazioni ebbe a riguardare i principi comportamentali sotto la rubrica della “*Propriety*”, che coinvolgevano anche aspetti afferenti, a nostro avviso, all’Imparzialità.

Un’osservazione – purtroppo destinata a non avere alcun successo – fu critica sulla formulazione di un principio molto ampio su situazioni che espressamente definimmo «piuttosto comuni, come il matrimonio o una relazione personale [del giudice] con un avvocato». Osservammo che il *focus* non dovesse essere sul ritenere vietati tali rapporti, ma sulla necessità che il giudice si astenesse in ogni ipotesi processuale in cui l’altro soggetto della relazione fosse coinvolto (dovere di astensione che la bozza prefigurava in maniera alquanto lassista, derogabile sull’accordo delle parti).

L’altro principale oggetto delle nostre osservazioni furono le norme assolutamente proibitive di un qualsiasi collegamento (pudicamente riferito al solo periodo “successivo alla nomina”)⁹ tra giudice e dibattito politico, che apparivano rigide anche rispetto all’ambiente di *common law*, da cui pure la “bozza di Bangalore” originava, essendo ivi frequente l’elezione o la nomina politica dei giudici.

Rappresentavamo che in Svizzera i giudici sono eletti sulla base della loro appartenenza partitica e che, in altri Paesi, i giudici hanno diritto a prendere parte nella politica ed essere eletti come membri di consigli di enti locali (pur rimanendo giudici) o del Parlamento (il loro *status* giudiziale in questo caso normalmente rimanendo sospeso). Facevamo presente che non vi era un consenso internazionale e generale, in ordine a se i giudici dovessero essere li-

⁹ Il riferimento è alle norme nn. 1.7 e 1.8 della bozza, allegata *sub* 1.

beri di impegnarsi in politica o dovessero astenersi da ogni partecipazione alla vita politica. Spettava ad ogni Paese trovare un punto di equilibrio tra le libertà, in capo ai giudici come cittadini, di opinione ed espressione sulle questioni di significato sociale ed il loro requisito di terzietà. Rappresentavamo – riprendendo un principio già noto a livello internazionale – che, quand’anche la mera appartenenza ad un partito politico o la partecipazione al dibattito pubblico sui grandi problemi della società non potesse forse essere proibita, i giudici dovessero autolimitarsi almeno rispetto alle attività politiche suscettibili di compromettere la loro indipendenza o mettere in pericolo l’immagine di imparzialità.

In questo senso la versione definitiva del testo veniva riformulata, attraverso l’espressione di un principio finalizzato alla tutela della dignità, dell’imparzialità e dell’indipendenza come limite all’esercizio dei diritti di espressione, associazione, ecc. del giudice.

Altro settore non percepito nell’ambiente di origine del “codice di Bangalore” era quello dei rapporti tra giudice e mezzi di comunicazione. Alla formulazione di un invito a trattare l’argomento, da almeno tre diversi punti di vista, non è venuto seguito.

4. – La “bozza di Bangalore” veniva sottoposta ad altri consessi internazionali e veniva confrontata con il progetto di Parere del CCJE – di cui dirò – sul medesimo tema. Infine veniva approvata nella versione definitiva quale “Principi” nella tavola rotonda dei Presidenti delle Corti supreme di Paesi di *civil law* tenutasi all’Aia nel novembre 2002.

5. – A voler trarre qualche (provvisoria) conclusione dal *case study* che ho tentato di proporre ripercorrendo l’evoluzione del Codice, anzi dei Principi di Bangalore, potrei dunque problematicamente dire che gli aspetti da approfondire restano:

- a) la natura giuridica di questi principi, relegati in un ambito di *soft law* di cui la *softness* è assai pronunciata;

- b) l'essere (o meno) riuscita l'operazione di "internazionalizzazione" dei principi stessi, recidendosi il legame genetico con l'ambiente di *common law* e quello teleologico rispetto al contrasto della corruzione giudiziaria;
- c) l'essere (o meno) chiarito quale sia l'ambito della deontologia giudiziaria e quale quello della responsabilità disciplinare, civile ed eventualmente penale del magistrato.

È assai probabile – ed auspicabile – che nei prossimi mesi si ponga mano ad una ulteriore revisione dei Principi di Bangalore, in vista di un loro effettivo "lancio".

6. – Ciò posto, e volgendo lo sguardo verso il continente europeo, nell'accezione più ampia del termine, passo a riferire brevemente della trattazione che il tema della deontologia giudiziaria ha ricevuto presso il Consiglio d'Europa.

In argomento, può dirsi che – al di là degli approfondimenti svolti in varie sedi del Consiglio d'Europa circa le deontologie professionali ed i codici di condotta – il tema della deontologia giudiziaria è stato trattato essenzialmente nell'ambito della formazione giudiziaria¹⁰, oltre che nell'ambito dell'attività del Ccje su cui mi soffermerò.

La premessa è che l'obiettivo del rafforzamento del ruolo dei giudici è ritenuto essenziale su un piano più generale, da parte del

¹⁰ Vedi le "Conclusions of the 6th Meeting of the Members of the European Network for the Exchange of Information between Persons and Entities Responsible for the Training of Judges and Public Prosecutors (Lisbon Network)" adottate sul tema "The position of the Schools of Magistrates in the judiciary and their role in the training of magistrates" a Bucarest, in data 18 e 19 novembre 2003. In particolare, al § 13 si sottolineava il ruolo della formazione deontologica di giudici e pm, predisponendosi apposita indagine conoscitiva. Al § 14, poi, si affermava chiaramente che «Regarding deontology issues examined at the present meeting, participants expressed the view that speaking of deontology for judges and prosecutors implies, in theory, a reference also to rules of conduct outside of the area of discipline. They considered with interest the experience of adoption of ethical codes within the judiciary and the prosecution offices. They stressed the importance of this particular area and agreed that ethical themes should be components of training programmes in all fields».

Consiglio d'Europa, allo sviluppo della democrazia e all'attuazione piena dei diritti dell'uomo sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. È in questo contesto che, per iniziativa del Comitato dei ministri, è stato creato nel 2000 il Consiglio consultivo dei giudici europei, con il seguente mandato:

«Il Consiglio consultivo dei giudici europei è l'organo consultivo del Comitato dei ministri, con il compito di preparare dei pareri all'attenzione di questo sulle questioni di carattere generale concernenti l'indipendenza, l'imparzialità e la professionalità dei giudici».

La peculiarità del Consiglio consultivo, strettamente collegata al suo mandato, è quella di essere costituito da delegati designati, tra i magistrati giudicanti in servizio, dagli organi nazionali responsabili per la tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità, nonché per la "gestione" dei magistrati giudicanti (funzioni cumulate nel nostro ed in altri ordinamenti dal Csm). Hanno statuto di osservatore le associazioni di magistrati a livello europeo.

Al Csm italiano devo l'onore e l'onere della mia partecipazione ai lavori; ne è conseguito, da due anni, l'ulteriore onore ed onere, conferitomi dagli altri delegati europei, della vicepresidenza del Consiglio e della presidenza del "gruppo di lavoro".

Il Consiglio consultivo dei giudici europei ha dedicato il suo Parere n. 3, nel 2002, ai problemi della deontologia e della responsabilità dei giudici.

Il Parere si è basato su un rapporto del collega francese Denis Salas, nominato specialista sul tema da parte del Consiglio d'Europa, assistito da Harold Épineuse.

Il rapporto approfondiva, con un'apposita ricognizione basata anche sulle risposte a questionari predisposti dal CCJE, le molte differenziazioni esistenti in Europa; su di esse, credo che Harold Épineuse stesso potrà fornirci ragguagli.

Semplificando, può distinguersi tra Paesi in cui l'attenzione alla deontologia giudiziaria è di tipo prevalentemente disciplinare, ove esistono codici deontologici, adottati al fine di fornire la

norma sostanziale da applicare ai giudici disciplinari (indipendentemente dal fatto che i codici siano adottati dai giudici – è il caso, tra i più importanti, della Russia), e Paesi in cui non esistono codici, traendosi la norma disciplinare prevalentemente dalla giurisprudenza dell'organo preposto all'applicazione delle sanzioni disciplinari ai giudici.

Caso a parte era quello italiano, espressamente considerato, ove coesisteva con una impostazione del secondo tipo un codice etico, nato entro una vicenda giuridico-istituzionale assai peculiare, adottato dall'Associazione dei magistrati, che espressamente dichiarava che il codice si poneva su un piano diverso da quello giuridico-disciplinare.

Su questo retroterra, in sintesi, il Parere n. 3 del CCJE affermava che:

- il rispetto da parte del giudice di principi deontologici rigorosi è una contropartita naturale dei poteri importanti di cui dispone il giudice nella società di oggi;
- anche se accavallamenti e interazioni sono incontestabili, le norme deontologiche e disciplinari devono rimanere distinte; le prime norme, quelle deontologiche, esprimono la capacità della professione di riflettere sulla sua funzione; sono “norme di autocontrollo” che implicano il riconoscimento che l'applicazione della legge non ha niente di meccanico e che necessita di un reale potere di apprezzamento, che però pone i giudici in un rapporto di responsabilità nei confronti di loro stessi e dei cittadini;
- i principi deontologici devono essere emanazione degli stessi giudici.

Il Consiglio consultivo dei giudici europei con il proprio Parere incoraggiava, in questa prospettiva, la costituzione in seno al corpo giudiziale di “comitati di etica”, che abbiano un ruolo consultivo, ai quali i giudici potranno rivolgersi in caso di dubbio sulla compatibilità di un comportamento o di un'attività con la loro posizione di giudice.

Questi organi potrebbero essere stabiliti, per esempio, sotto l'egida di un'associazione di magistrati. Dovrebbero essere in

ogni caso distinti e dovrebbero perseguire obiettivi diversi dagli organi incaricati di sanzionare le violazioni disciplinari.

In ciò che riguarda le norme etiche applicabili ai giudici, il Consiglio consultivo dei giudici europei forniva orientamenti che sono direttamente ispirati al codice etico adottato dai magistrati italiani nel 1994, che, pur se emanato sulla base di una vicenda normativa peculiare del nostro Paese, ha rappresentato comunque il primo codice etico di una magistratura dell'Europa occidentale.

Può essere interessante notare come tra i principi, come detto deontologici e non disciplinari, siano inseriti quelli dell'auto-limitazione del giudice in ordine a talune attività politiche, con incompatibilità di certi mandati pubblici con l'attività giudiziale, nonché l'auto-limitazione in ordine a talune manifestazioni di opinione di natura tale da recare un *vulnus* all'immagine di imparzialità; viene poi indicata la necessità di un parere dell'organo di autogoverno per la partecipazione del giudice a certi incarichi nell'ambito dei ministeri.

La portata del Parere n. 3 non si esaurisce sul piano della deontologia, atteso che il parere tratta altresì della responsabilità civile e di quella penale (essendo emerso, sotto tale angolo visuale, in via allarmante che in alcuni Paesi è crescente la prassi di iniziare, spesso vessatoriamente, azioni penali contro i magistrati giudicanti; ciò che ha indotto a raccomandare la previsione di filtri all'esposizione dei magistrati a vessazioni di tal fatta). Non mi pare, però, questa la sede per diffondermi ulteriormente in argomento.

7. – Il Parere n. 3 del Consiglio consultivo è stato il primo testo dell'organismo in questione a ricevere attenzione pubblica.

In particolare, in Francia sono state organizzate iniziative di diffusione del contenuto del Parere da parte dell'École nationale de la magistrature e dell'Institut des hautes études sur la justice.

Ciò che può essere più interessante qui riferire è che al Parere n. 3 si sono richiamati, in Francia, i lavori della Commission

de réflexion sur l'éthique dans la magistrature (denominata "Commission Cabannes" dal nome del suo presidente, M. Jean Cabannes, Primo avvocato generale onorario presso la Corte di cassazione), istituita dal Ministero della giustizia nel maggio 2003 e che ha reso note le sue conclusioni provvisorie nel novembre 2003¹¹, dopo che con risoluzione del 2 ottobre 2003 il Csm francese aveva espresso la sua contrarietà alla redazione di un codice di condotta dei magistrati, facendo presente che il suo ruolo era anche quello di rispondere a dubbi deontologici.

Il 30 marzo 2005 la Commissione – investita dal Ministro del compito di acquisire l'opinione dei magistrati attraverso questionari anonimi – ha depositato, sulla base di 2545 risposte al questionario e di alcune audizioni, il proprio rapporto definitivo¹², ancora una volta su parere contrario del Csm espresso nello stesso marzo 2005.

Le proposte definitive della Commissione sono state, in sintesi, le seguenti:

- 1) modificare il giuramento giudiziario – la cui violazione, ai sensi dell'art. 43 dello Statuto della magistratura, comporta responsabilità disciplinare – per integrarvi i 7 principi deontologici ritenuti fondamentali (imparzialità, diligenza, lealtà, integrità, dignità, rispetto del segreto professionale e dovere di riserbo); può dirsi subito come la proposta sia stata criticata per esser omessa nel proposto giuramento ogni menzione del dovere di indipendenza e, da parte di alcuni sindacati di magistratura, per essere sottolineato il dovere di riserbo in violazione del diritto alla manifestazione del pensiero e di associazione;
- 2) abbandonando la precedente proposta di redazione di un "codice", redigere – al fine di favorire la trasparenza delle problematiche in materia – principi deontologici tratti da testi vari, ivi incluse le decisioni del Csm e del Consiglio di

¹¹ V. *Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*, in www.justice.gouv.fr.

¹² *Ibidem*.

Stato, ad opera di un gruppo di lavoro comprendente esponenti del Csm e dell'Enm;

- 3) approfondire i requisiti etici in sede di reclutamento;
- 4) sviluppare una formazione all'etica ed alla deontologia da parte dell'Enm;
- 5) estendere le situazioni di incompatibilità (includendovi le convivenze e i pacs) e le applicazioni del limite di permanenza settennale nello stesso posto giudiziario; limitare a 7 anni la durata del "fuori ruolo" e dei distacchi, sotto il controllo del Csm;
- 6) riaffermare il ruolo dei capi degli uffici giudiziari nella trattazione delle violazioni disciplinari ed istituire sezioni locali dell'ispettorato;
- 7) migliorare gli strumenti disponibili per la trattazione delle patologie;
- 8) migliorare le valutazioni di professionalità;
- 9) istituire una Commissione di etica all'interno del Csm, che possa essere adita da ciascun magistrato o dal Guardasigilli per l'emissione di un parere pubblico ma anonimo sulla situazione sottoposta, i cui componenti non possono far parte della Commissione per le nomine né della sezione disciplinare; istituire altresì presidi di carattere psicologico per i magistrati di fronte a situazioni professionali difficili;
- 10) proteggere meglio i magistrati da critiche ingiustificate, ad esempio rendendo più restrittivi i criteri per la ricusazione e prevedendo pratiche a tutela per attacchi ingiustificati.

Qualche settimana fa, il 17 settembre 2005, il Ministro per la giustizia francese ha ripreso pubblicamente le proposte del rapporto Cabannes.

8. – Rispetto alle predette proposte, si può certamente dire che esse vanno in direzione almeno parzialmente diversa rispetto alla linea seguita a Strasburgo.

Si tratta, in sostanza, di proposte prevalentemente rivolte o a formulare, seppure indirettamente (a mezzo del giuramento, ar-

gomento che almeno in Italia appassiona poco), nuove norme disciplinari attraverso il richiamo ad esempio del dovere di riserbo; o a modificare norme di ordinamento giudiziario primarie o secondarie (incompatibilità; ultrasettennalità; ispezioni; ruolo dei capi degli uffici; valutazioni di professionalità; destituzioni; requisiti per il reclutamento).

Le uniche due proposte che mi sembrano afferire al nostro tema sono la raccolta di principi deontologici e la formazione di una Commissione di etica. Circa la prima, osserverei che – tenuto conto della provenienza delle “massime” che si vorrebbero pubblicizzare – si tratterebbe sostanzialmente di un massimario disciplinare dei magistrati, un’esperienza che il nostro Csm italiano pure sta facendo da molti anni¹³. Circa la seconda, la Commissione di etica resterebbe incardinata nel Csm, competente per gli affari disciplinari, ciò che non soddisfa il principio della separazione degli ambiti; la formulazione di un parere pubblico mi pare anch’essa vicina all’ambito disciplinare, nel senso che, se non si tratta certo di una sentenza (che deve essere emessa *ex post*), senz’altro si tratta di un *rescriptum* (si scusi il richiamo romanzesco) su argomenti non puramente deontologici ma agganciati, probabilmente, a timori o dubbi di responsabilità disciplinare.

9. – Fornite le predette informazioni su alcuni, limitati profili del tema dell’evoluzione europea, credo sia esaurito il mio compito. Si tratta ora di individuare quale strada prenderanno i magistrati italiani (e per vero, anche per i colleghi francesi la strada non sembra ancora tracciata). Si tratta non tanto di dire, alla luce delle problematiche evidenziate, sì o no a un codice (o, per gli italiani, ad un suo aggiornamento), ma si tratta di rispondere al quesito “un codice per che cosa?”, avendo presente che all’indicazione delle finalità si correlano scelte relative all’individuazione dell’organo che dovrebbe occuparsi di etica (associazioni, Csm, altri) ed al suo ruolo.

¹³ Oggi un massimario è disponibile su www.csm.it.

CARLO GUARNIERI

CODICI ETICI E RESPONSABILITÀ
DEL MAGISTRATO

Questa mattina sono stati messi sul tappeto molti dei nodi della questione. Grazie anche agli ultimi interventi è emersa l'ambiguità della deontologia giudiziaria, un insieme di norme che, come sottolineava il professor Pizzorusso, presenta un contenuto giuridico discutibile. Naturalmente, fra regole disciplinari e regole etiche c'è una relazione inevitabile, anche se non necessariamente una relazione diretta. Anzi, aggiungerei che non dovrebbe esserci in alcun modo una relazione diretta. Del resto, il professor Rousseau ha messo in luce tutte le ambiguità presenti nel tentativo di elaborare codici etici. Rousseau ripropone in realtà la tradizione europea continentale, specie nella versione francese, che vede la giustizia come un servizio pubblico. È un'espressione, quest'ultima, che in Italia può provocare qualche perplessità, ma che ben rappresenta una tradizione che concepisce lo Stato come un organismo dotato, alla fin fine, di un centro unico di decisione. Perciò, qualunque interferenza, qualunque intervento da parte di organismi, gruppi o "corporazioni", trasversale rispetto alla tradizionale linea di decisione politica, che si incentra ovviamente nella legge, viene vista con un certo sospetto.

D'altra parte, c'è il problema di come affrontare le conseguenze della crisi della concezione tradizionale della funzione del giudice, inteso come semplice esecutore del comando legislativo. È una crisi che è stata ricordata da molti, dovuta ad una molteplicità fattori, non facilmente reversibili e che richiede, pertanto, che si apprestino forme di riequilibrio. Come ha sottolineato il pro-

fessor Toniatti, molto probabilmente questa esigenza di stabilire codici etici nasce proprio dal tentativo di riequilibrare il rapporto fra i vari poteri dello Stato. È un'esigenza che viene da più parti, con interessi e obiettivi spesso diversi: può provenire, come diceva Rousseau, dai politici di destra che vogliono in questo modo ridurre la discrezionalità interpretativa della magistratura, cioè ricondurre il giudice ad interpretare il proprio ruolo esclusivamente come "la bocca che pronunzia le parole della legge". Oppure, al contrario, può essere il tentativo da parte della magistratura di legittimarsi agli occhi dell'opinione pubblica. Oppure, ancora, i codici etici possono essere – e qui sta forse l'aspetto più importante – ponti da creare, pur con tutte le difficoltà che l'operazione comporta, tra magistratura e ambiente, tra magistratura e professioni giuridiche. D'altra parte, se è vero che la giustizia è anche un servizio pubblico, è anche vero che amministrare giustizia implica che il giudice disponga di una certa capacità professionale, quella del giurista. Quindi, la relazione fra giudice e giurista sta nei fatti e non può in alcun modo essere negata, pena una forte caduta di legittimazione della giustizia. Certo, in tutto questo processo ci sono delle ambiguità: i codici etici possono essere oggetto di battute di spirito sulla loro scarsa utilità, ma sono comunque destinati a contare. È probabile che dal punto di vista empirico assisteremo ad un lento travaso di norme dai codici etici verso le regole disciplinari. Si tratta naturalmente di un'ipotesi che andrà verificata in concreto, senza dimenticare i rischi che sono impliciti in questo tipo di slittamenti.

ROBERTO TONIATTI

DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA
TRA PRINCIPIO DI INDIPENDENZA E RESPONSABILITÀ.
UNA PROSPETTIVA TEORICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisdizione nello Stato costituzionale di diritto. – 3. Potere interpretativo, indipendenza e responsabilità.

1. *Introduzione*

Ogni riflessione, ancorché in una prospettiva teorica, sulla deontologia giudiziaria in Italia e, inevitabilmente, sul “sistema giustizia” in generale non può non risentire del clima di degenerazione civile ed istituzionale che si è venuto sviluppando – quale vera e propria patologia di sistema – fra giustizia e politica, fra giustizia e società civile, fra società civile e politica, fra magistratura ed avvocatura (o almeno singoli settori delle stesse, ma con marcata propensione ad occupare uno spazio totale).

La polarizzazione di tali antagonismi richiede, dunque, in primo luogo, il recupero di una dimensione psicologica serena e *au dessus de la mêlée* che forse proprio la sede scientifica deve non solo rivendicare ma anche e soprattutto riuscire a conquistarsi sul campo dell’analisi, per poter elaborare valutazioni libere dal vincolo di sostenere acriticamente l’una o l’altra delle polarità contrapposte.

La preoccupazione principale del costituzionalista, anche con l’ausilio del metodo comparato, deve essere di privilegiare la garanzia del sistema costituzionale nella sua unitarietà e nel com-

plesso delle sue articolazioni e, dunque, paritariamente, tanto le istituzioni – democraticamente legittimate – titolari dell’indirizzo politico e della funzione legislativa, quanto la giurisdizione – legittimata dalla sua professionalità tecnico-giuridica e, indirettamente, dalla democraticità (della produzione) del diritto che è vocata ad applicare –, nella sua indipendenza organizzativa e funzionale, secondo il disegno originario della Costituzione repubblicana.

Giova precisare, in proposito, che la dimensione della deontologia giudiziaria – sebbene risulti inevitabilmente radicata in una tradizione della funzione giurisdizionale ben risalente e presenti pertanto taluni connotati propri che possano anche essere vissuti quali avulsi dalla realtà contingente – richiede di venire correttamente “contestualizzata”, a nostro giudizio, nell’ordinamento repubblicano storico (ma anche nell’ambiente sociale). Il quadro normativo costituzionale viene dunque a rappresentare il riferimento di fondo per comprendere se e in quale misura tale dimensione deontologica possa svolgere un ruolo che lo integri e rafforzi e contribuisca a garantirne la corretta attuazione.

Tale impostazione del ragionamento richiede peraltro che si svolgano in via preliminare alcune considerazioni idonee ad evidenziare la configurazione funzionale che la giurisdizione è venuta ad assumere nel contesto dello Stato costituzionale di diritto – e dunque in una prospettiva comparata, che ci aiuta a percepire una peculiare dinamica strutturale di questa fase storica del costituzionalismo – e che ci consentono di parlarne, in termini figurati, come del “potere interpretativo”, rispetto al quale si afferma ed anzi si conferma l’esigenza di richiamare, accanto all’effettività dei meccanismi formali dei reciproci controlli ed equilibri istituzionali (*checks and balances*), anche il contributo di una non meno effettiva etica giudiziaria.

2. *La giurisdizione nello Stato costituzionale di diritto*

Sulla base di questa premessa, occorre riconoscere che la giurisdizione – intesa sia, in senso oggettivo, quale funzione giu-

risdizionale sia, in senso soggettivo, in quanto organizzazione giudiziaria – non è rimasta estranea alle significative trasformazioni che gli ordinamenti giuridico-costituzionali hanno conosciuto, soprattutto nel corso della seconda metà del secolo XX, in conseguenza tanto di dinamiche interne agli Stati quanto di sviluppi che si sono prodotti nel contesto dell'ordinamento internazionale.

Vi è anzi da chiedersi se, rispetto agli altri organi titolari delle tradizionali funzioni sovrane, gli effetti di quelle trasformazioni sulla giurisdizione non presentino, almeno sotto un profilo qualitativo, un'incidenza di rilievo ancora maggiore e più radicale, al punto che di essa non possa parlarsi se non con approcci del tutto innovativi, nella prospettiva di un superamento almeno parziale di quella concezione della giurisdizione quale “potere nullo” che si ritrova alle origini della teorizzazione dello Stato di diritto e che in realtà, più che corrispondere alla ricostruzione sistematica di quest'ultimo, è da configurarsi soprattutto quale aspirazione degli organi politici di governo (e ciò tanto più quanto più innovativi o addirittura rivoluzionari ne siano gli indirizzi).

In sintesi – e a titolo meramente emblematico –, notiamo sin d'ora che, se nel *The Federalist Papers* si qualificava la Corte Suprema come «the least dangerous branch», oggi riuscirebbe difficile offrire una ricostruzione attendibile del sistema politico-istituzionale statunitense senza un congruo riferimento, in termini tanto storici che di attualità, alla centralità assunta dalla giurisdizione federale¹.

Parimenti, un'analisi plausibile dei fattori di consolidamento del processo di integrazione europea non potrebbe ignorare gli incisivi effetti nell'ordinamento interno degli Stati membri pro-

¹ Cfr. *The Federalist Papers* No. 78 (A. HAMILTON): «... the judiciary, from the nature of its function, 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 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 judgement; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm for the efficacy of its judgements».

dotti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo e della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

In un caso e nell'altro, inoltre, accanto all'indicazione circa il ruolo sistematico incrementale assunto da parte degli organi giurisdizionali – oltre tutto, non solo degli organi di ultima istanza, ossia dei vertici, ma dell'intero ordine giurisdizionale in quanto potere diffuso² –, non potrebbe mancare un'osservazione circa l'atteggiamento prevalente di *acquiescenza* dimostrato nei riguardi del fenomeno da parte degli organi di indirizzo politico titolari della funzione legislativa, a conferma, per un verso, del radicamento della giurisdizione nella cultura politica e giuridica della tradizione liberale euro-atlantica ma anche, per l'altro, della complessiva *funzionalità di sistema* esercitata dalla giurisdizione stessa secondo la sua configurazione effettiva ed attuale.

Come risulta evidente sin da queste prime osservazioni, il fenomeno non è circoscritto ad un solo ordinamento ma, come si è appena rilevato, caratterizza unitariamente l'intera *western legal tradition*, ancorché si debba osservare che, se l'allontanamento dagli schemi esplicativi e prescrittivi consolidati (riconducibili alla celebre formula di Montesquieu secondo la quale il giudice non sarebbe che “*la bouche de la loi*”), presenta ormai – anche in ragione della sua diffusione – un carattere strutturale e fisiologico, non può omettersi di considerare l'ipotesi secondo la quale in alcuni ordinamenti (ovvero in alcune fasi storiche) il fenomeno possa assumere anche involuzioni di tipo patologico (quale espresso dalla dottrina statunitense più critica attraverso la formula *judicial activism*, riferito alla contrapposizione fra *interpretism* e *non-interpretism*)³; e che i *checks and balances* sottesi al

² Ad esempio, come risulta, (non solo) nell'ordinamento italiano, dall'applicazione immediata delle norme costituzionali da parte del giudice comune, dalla preferenza per l'interpretazione adeguatrice delle fonti ordinarie al fine di renderle compatibili con la fonte suprema, dal *petitum* delle ordinanze di remissione del giudice *a quo* nelle quali non si esita a sollecitare l'impiego dell'intera tipologia delle sentenze della Corte costituzionale.

³ Si segnala in proposito il recente commentario della Costituzione federale degli Stati Uniti a cura di E. Meese III - M. Spalding - D. Forte, *The Heritage Guide to the*

profilo dinamico e funzionale del principio di separazione dei poteri, se non attuati spontaneamente (ad esempio, attraverso il cosiddetto *judicial self-restraint*) secondo una prevalente ottica di “*equilibrio di sistema*”, richiedono di venire ripristinati e garantiti attraverso interventi legislativi di portata reattiva.

Il nucleo centrale dell’espansione del ruolo della giurisdizione è, in ultima analisi, da ricondurre, per un verso, ad un fattore ad essa endogeno, segnatamente lo sviluppo delle potenzialità insite in quell’attività intellettuale e decisionale, tipica ed ineludibile che è l’interpretazione del diritto; e, per altro verso, ad un fattore esterno – idoneo nondimeno ad incidere direttamente sull’interpretazione stessa, – e segnatamente il modo di essere del diritto o, meglio, del sistema delle fonti: quest’ultimo, infatti, soprattutto a partire dal periodo storico indicato (il secondo dopoguerra)⁴, ha progressivamente conosciuto un pro-

Constitution, The Heritage Foundation, Washington, 2005 nel quale si privilegia «*the original intent of the Framers as the authoritative standard of constitutional interpretation*».

⁴ Negli Stati Uniti, come noto, l’individuazione del potere giudiziario di *judicial review* risale alla celebre sentenza nel caso *Marbury vs. Madison* del 1803. Nel continente europeo, il modello statunitense è stato adattato e razionalizzato (con il contributo non solo teorico di Hans Kelsen) a partire dal primo dopoguerra, ma lo sviluppo più significativo risale alle Costituzioni italiana del 1948 e tedesca del 1949, per proseguire con le nuove Costituzioni del Portogallo (1975) e della Spagna (1978) per estendersi poi in misura cospicua, senza eccezioni, con la stagione delle nuove Costituzioni dell’Europa centrale, orientale e sud-orientale nel corso degli anni Novanta. Lo sviluppo vissuto dal costituzionalismo europeo continentale (a differenza, in particolare, di quello britannico) aiuta dunque a ben comprendere come l’affidare il controllo della conformità della legislazione ordinaria a valori superiori, quali formalizzati nelle Carte costituzionali, manifesti un atteggiamento di diffidenza nei confronti della “dittatura della maggioranza” maturato con la rimozione di regimi politici di natura autocratica e totalitaria ed esprima di conseguenza uno strumento di garanzia di un assetto politico liberale e democratico, paradossalmente realizzata attraverso un istituto di tipo consapevolmente *non maggioritario* (ancorché *non antimaggioritario*: del resto, l’adozione di meccanismi di designazione dei giudici costituzionali in prevalenza ad opera di istituzioni politiche, e dunque sulla base dell’*intuitus personae* e non secondo i consueti canali di reclutamento del giudice comune, rappresenta una forma di compensazione fra il ruolo del legislatore parlamentare e quello del giudice delle leggi quale “legislatore negativo”).

cesso di articolazione (ulteriore rispetto alla distinzione elementare, tipica dello Stato di diritto liberale, fra legge parlamentare e atto regolamentare del governo) che ha reso ben più complesso e plurale sia il sistema delle fonti normative, sia l'applicazione dei criteri volti a disciplinarne il relativo conflitto interno, con una forte propensione alla prevalenza del criterio di competenza)⁵.

In tale contesto, sono di evidente rilievo (rispetto al sistema delle fonti e all'interpretazione) le conseguenze della qualificazione della Costituzione repubblicana italiana quale *rigida e garantita* (non solo dalla procedura aggravata e dal requisito di un consenso politico più ampio rispetto a quello richiesto per l'esercizio ordinario della funzione legislativa ma anche e soprattutto dal successivo eventuale controllo di costituzionalità); e le conseguenze della ripartizione della funzione legislativa primaria, *ratione materiae*, fra Stato e Regioni, che richiede un intervento giurisdizionale di tipo arbitrale⁶; e le conseguenze del riconoscimento dell'applicabilità immediata e del primato del diritto comunitario originario e derivato sul diritto interno, che richiede la collaborazione attiva del giudice comune⁷ e del giudice delle leggi⁸; e le conseguenze dell'adeguamento interno ad una notevole quantità di norme di diritto internazionale le quali, sotto il profilo qualitativo (si pensi a quelle in tema di diritti fondamentali), presentano un'incidenza sui connotati della forma di Stato

⁵ Cfr. R. TONIATTI, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. Di Federico (a cura di), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Padova, 2004, p. 229 ss.

⁶ Per una visione di sintesi in argomento si veda R. TONIATTI, *Lo sviluppo della Costituzione e il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in G. Falcon (a cura di), *Sviluppo e mutamento della Costituzione*, Padova, 2003, p. 41 ss.

⁷ Il giudice degli Stati membri opera infatti anche come giudice comunitario.

⁸ La Corte costituzionale italiana, secondo una prospettiva peraltro non condivisa dalla Corte di giustizia, afferma la propria competenza sia ad intervenire sul diritto comunitario eventualmente contrario ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale sia ad invalidare, per violazione dell'art. 11 Cost. (e forse oggi anche dell'art. 117, comma 1 Cost.) il diritto ordinario interno contrario al diritto comunitario.

stessa⁹; nonché le conseguenze dell'istituzione di organi giurisdizionali quali la Corte di giustizia comunitaria di Lussemburgo e la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo competente in ordine all'applicazione della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali (Cedu)¹⁰.

L'assetto che ne risulta è tale da caratterizzare l'ordinamento italiano quale *Stato costituzionale di diritto*¹¹, segnando così, in virtù della fonte costituzionale *rigida e garantita*, un'evoluzione rispetto allo Stato di diritto, riconducibile alla matrice storica ed ideologica della rivoluzione francese, in cui si afferma come assolutamente prevalente *il metodo politico di produzione delle norme*, ossia l'esercizio della funzione normativa ad opera di un'assemblea politica elettiva e rappresentativa, con corrispondente negazione di ogni altro metodo alternativo (ad esempio il *metodo giurisprudenziale*, che nei sistemi di *common law* ha invece un ruolo molto maggiore, benché anche in quegli ordinamenti, quando il legislatore interviene, la sua volontà politico-normativa prevale sul formante giurisprudenziale)¹².

⁹ È da richiamare il testo revisionato dell'art. 117, comma 1 Cost.: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹⁰ Sulla rete di "dialoghi giudiziari" che si è venuta ad instaurare cfr. A. STONE SWEET, *Constitutional Dialogues in the European Community*, in A.M. Slaughter - A. Stone Sweet - J.H.H. Weiler (ed.s), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1998; sul giudizio di "convenzionalità" delle norme interne cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994; sulla configurazione, nell'ordinamento comunitario, di un equivalente funzionale al principio di *rule of law* – tipico del *common law* inglese e distinto dal principio di legalità fondato sull'esclusività del diritto positivo tipico dei sistemi di *civil law* dell'Europa continentale –, cfr. R. TONIATTI, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in S. Gambino (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 503 ss.

¹¹ Cfr. P. HÄBERLE, voce *Stato costituzionale. II) Sviluppo storico*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 2000.

¹² Sulla pluralità dei metodi di produzione del diritto cfr. in particolare A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998.

È stato efficacemente ed autorevolmente sostenuto che «the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution»; e che si richiede «a theory of jurisdiction more descriptive of its true nature than the theory of the “automaton judge, a theory that would accentuate the creative moment»¹³.

La configurazione dello Stato costituzionale di diritto incide, dunque – e in misura rilevante –, anche sulla funzione giurisdizionale. L'art. 101, comma 2 Cost. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge») va letto come se dicesse: «i giudici sono soggetti soltanto alla legge *a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto comunitario e che sia conforme alla Cedu*»; ovvero come se dicesse che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge *a condizione che la legge possa venire interpretata* in modo da renderla costituzionalmente legittima, ovvero da renderla conforme al diritto comunitario e alla Cedu».

Nella ricostruzione sistematica dell'istituto del controllo di costituzionalità – comprensivo del combinato disposto della giurisdizione comune e di quella costituzionale nell'interazione dei rispettivi ruoli –, accanto al metodo giuridico applicato al contesto concreto del contenzioso giurisdizionale e della sua procedura, vengono a manifestarsi anche un profilo di *politicità*, che è molto spesso inevitabile nella giurisprudenza costituzionale, ma anche un profilo di *funzionalità*, ossia di contributo all'equilibrio complessivo del sistema nel momento stesso in cui quest'ultimo risulta sottoposto alla dinamica evolutiva che non può non essergli propria. La giurisdizione di costituzionalità verrebbe ricostruita, in altre parole, quale funzione preposta alla garanzia dell'applicazione, dell'interpretazione e dell'evoluzione della Costituzione e della sua traduzione nel *diritto costituzionale vivente*, secondo modalità conformi al sistema di pluralismo istituzionale espresso dalla formula dei *checks and balances*; funzione complementare a quella propria del potere politico e, rispetto ad esso,

¹³ F. RUBIO LLORENTE, in A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Springer Verlag, 1988, p. 165.

addirittura fisiologicamente sostitutiva (da qui l'osservazione precedente circa la prevalente acquiescenza degli organi di indirizzo) in condizioni di normalità *convenzionalmente* accettate dagli organi di indirizzo ma suscettibili di diversa valutazione da parte degli stessi.

In altre parole, il *judicial activism* in tanto è funzionale al sistema in quanto, in primo luogo, ne esprima una equilibrata dinamica evolutiva, tale da non richiedere una costante revisione costituzionale formale ovvero una redazione eccessivamente dettagliata delle norme costituzionali, e, in secondo luogo, in quanto non determini una reazione del potere politico (auspicabilmente democratico) a tutela del sistema stesso.

Questi rilievi, come suggerito anche dall'autorevole dottrina sopra richiamata, impongono di riconsiderare criticamente – rispetto alla consolidata dogmatica giuspubblicistica dello Stato di diritto – la natura funzionale stessa della giurisdizione comune e di costituzionalità nello Stato costituzionale di diritto; e riconoscere, di conseguenza, che l'intensa politicità delle norme costituzionali si riflette inevitabilmente sulla politicità anche della loro interpretazione; che il criterio di proporzionalità ovvero quello della ragionevolezza – una preziosa valvola di apertura della discrezionalità interpretativa alla quale si fa così frequente ricorso –, esprimono un tentativo serio e verificabile di recupero dell'oggettività della norma giuridica; che l'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali, secondo tecniche di argomentazione ben collaudate, rappresenta pur sempre un onere per il giudice comune e costituzionale che si sottopone alla valutazione critica di un uditorio tecnicamente qualificato; che, in fondo, la maturazione progressiva di un ruolo diverso della giurisdizione costituzionale è avvenuta in un contesto di generale acquiescenza da parte degli organi ai quali è affidata la funzione legislativa e, più in generale, la direzione politica dello Stato. Si può anzi ritenere che si sia formata una convenzione (non una consuetudine) costituzionale fra gli organi titolari della sovranità dello Stato in base alla quale *rientra fra le funzioni tipiche e fisiologiche di una Corte costituzionale anche quella di guidare l'evoluzione del significato*

della Costituzione in corrispondenza con la domanda di giustizia costituzionale del corpo sociale, espressa attraverso il ricorso diretto – là dove esiste e viene, come si sa, sottoposto ad una rigorosa selezione – ma anche attraverso l’intermediazione del giudice comune¹⁴.

In altre parole, rispetto alla generalità (nello spazio) e alla costanza (nel tempo) di un fenomeno quale qui sopra indicato, si pone il quesito problematico se, in alternativa, sottoporre a critica radicale un fenomeno che esprime pur sempre l’acquisizione di un “equilibrio dinamico di sistema”, conforme al criterio di *checks and balances* e negare la specificità del ruolo della giurisdizione costituzionale ovvero tentare di elaborare un nuovo inquadramento sistematico di quest’ultima che vada oltre la ricostruzione ispirata ad un “equilibrio statico di sistema”, radicato nel principio di separazione dei poteri.

Il quesito presenta del resto un grado di attualità anche maggiore, nel momento in cui l’ordinamento comunitario, attraverso l’allargamento, si apre ad altri ordinamenti nei quali l’introduzione della giurisdizione costituzionale, pur recente, si colloca in una prospettiva che non è quella delle origini storiche dell’attività delle Corti costituzionali in Stati come la Germania e l’Italia, ma è invece quella della giurisdizione costituzionale italiana e tedesca di oggi. Sì che è in base all’attualità e all’effettività del fenomeno – e dei tentativi della dottrina di comprenderlo, razionalizzarlo e sistematizzarlo –, e non in base a concezioni astratte e dogmatiche, che deve svolgersi il confronto volto alla

¹⁴ Del resto, considerazioni non dissimili, nonostante in quell’ordinamento il controllo sia solo preventivo ed escluda qualsivoglia intervento dell’ordine giudiziario, sono appropriate anche con riguardo alla configurazione del *principe de constitutionnalité* in Francia ed all’autoassunzione di un ruolo particolarmente rilevante da parte del *Conseil constitutionnel*, a partire dalla costruzione del *bloc de constitutionnalité* (sul quale rinviamo a due lavori che ne offrono una ricostruzione sistematica particolarmente interessante: L. Favoreu (*coordonateur*) - P. GAÏA - R. GHEVONTIAN - J.L. MESTRE - A. ROUX - O. PFERSMANN - G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 2e édition, 1999; L. Favoreu (*coordonateur*) - P. GAÏA - R. GHEVONTIAN - F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN - O. PFERSMANN - J. PINI - A. ROUX - G. SCOFFONI - J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Précis Dalloz, 1re édition, 2000).

creazione di una comune cultura giuridico-costituzionale europea.

Gli elementi ricostruttivi che abbiamo sopra suggerito potrebbero consentire anche di comprendere in quali circostanze sia da ritenere che il *judicial activism* abbia superato la soglia della dimensione patologica: esse si potrebbero collocare nella reazione formale degli organi politici, consistente, ad esempio, in una legge di revisione costituzionale diretta proprio ad incidere sulla giurisprudenza della Corte costituzionale; in questa ipotesi, verrebbe meno la convenzione costituzionale suddetta, di acquiescenza ed accettazione implicita da parte degli organi politici, e si modificherebbe il parametro costituzionale utilizzabile da parte della Corte costituzionale.

Le riflessioni sin qui svolte hanno inteso operare una ricognizione critica delle trasformazioni che hanno interessato la giurisdizione, soprattutto come effetto di due fattori, segnatamente il consolidamento sia dello Stato costituzionale di diritto sia del processo di integrazione europea, accomunati entrambi da una valorizzazione del formante giurisprudenziale di produzione del diritto – e dunque dell’interpretazione e della discrezionalità interpretativa del giudice –, in vista della realizzazione di un ordinamento giuridico capace di concretizzare nella realtà sociale un quadro omogeneo di valori superiori connotativi dell’esperienza europea della *western legal tradition*¹⁵. La duplice trasformazione dello Stato di diritto in Stato costituzionale di diritto e dello Stato nazionale in Stato comunitario¹⁶ hanno accentuato il ruolo del baricentro giurisdizionale e della conseguente responsabilità nel sistema di *checks and balances*, sia fra le istituzioni di governo sia fra i soggetti statuali.

¹⁵ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2001.

¹⁶ Sulla “forma di Stato comunitario” rinviamo a R. TONIATTI, *Le istituzioni nazionali nell’architettura europea: il caso dell’Italia*, in G. Guzzetta (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, 2003, p. 217 ss.; e R. TONIATTI, *Forma di Stato comunitario, sovranità e principio di sovranazionalità: una difficile sintesi*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, p. 1552 ss.

Gli sviluppi recenti del costituzionalismo europeo si sono manifestati e si stanno manifestando, dunque, anche attraverso un coinvolgimento attivo e addirittura propulsivo della giurisdizione comune e costituzionale, statutale, comunitaria e convenzionale, anche come risultante di un crescente contenzioso – corrispondente del resto all'incremento anche quantitativo dell'intervento del legislatore, a sua volta coerente con la forma di Stato sociale ed interventista e con la natura lunga e programmatica delle carte costituzionali –, a conferma della *vocazione rimediale* (ossia destinata a privilegiare la soluzione alle controversie regolate dal diritto) del diritto europeo¹⁷.

Si tratta, evidentemente, di una *dinamica innovativa*, tanto dal punto di vista costituzionale quanto da quello dell'integrazione europea, rispetto alle origini del costituzionalismo stesso, ed *evolutiva*, in sintonia del resto con l'evoluzione dei processi storici in corso; ed è inevitabile che la sistematica accentuazione posta sul ruolo del *potere interpretativo*, atteso che l'interpretazione è ed è destinata a rimanere l'anima del diritto, abbia posto problemi nuovi soprattutto quando, in particolare, l'assetto corrente appaia revocare in dubbio la sua stessa conformità rispetto ad alcuni principi cardine della stessa *western legal tradition*, quale la separazione dei poteri, ancorché riletta in modo più appropriato come inclusiva del sistema dei *checks and balances*. Il nodo del problema sembra allora essere proprio quello dell'effettività e dell'efficacia dei reciproci controlli e dei risultanti equilibri fra le istituzioni, e segnatamente fra quelle di indirizzo politico e quelle di garanzia.

La medesima esigenza di controlli ed equilibri si manifesta altresì nel contesto del processo di integrazione europea, fra le contrapposte dinamiche volte, da un lato, ad assicurare il requisito di omogeneità delle norme positive sovranazionali ed internazionali e di uniformità della loro interpretazione ed applicazione

¹⁷ Cfr. In proposito M. MAGRASSI, *Il principio comunitario di rule of law e l'evoluzione dei rimedi giurisdizionali*, in R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2002, p. 31 ss.

ma, dall'altro, a garantire la tutela delle identità culturali, delle diversità nazionali e delle differenziazioni normative¹⁸.

Anche in tale prospettiva, la giurisdizione ed il circuito giurisdizionale integrato si prestano ad operare come *sensore privilegiato* e si conferma, di conseguenza, che si richiede alla dottrina una riflessione innovativa anche audace rispetto agli approdi progressi della scienza dogmatica che ha teorizzato e costruito lo Stato di diritto, con eccezionale rigore logico ma in un periodo nel quale la materia viva disponibile – il diritto costituzionale – era assai meno complessa.

3. *Potere interpretativo, indipendenza e responsabilità*

È dunque in questo contesto che viene a collocarsi una riflessione sul ruolo della *deontologia giudiziaria* quale fonte di criteri direttivi in senso positivo e limitativi in senso negativo dell'esercizio responsabile del potere interpretativo. Si ripropone, dunque, il binomio "potere e responsabilità", tipico ed ineludibile in una società liberaldemocratica, nel riconoscimento che a maggior potere non può non corrispondere una maggiore responsabilità e che, se è vero che l'alternativa rappresenta di per sé una patologia in un sistema democratico fondato sul principio di responsabilità di chi esercita una funzione pubblica, è anche vero che, nel contesto della giurisdizione, ogni forma di responsabilità non può non essere compatibile con il rigoroso rispetto per l'indipendenza del magistrato.

Occorre sottolineare che, se il consolidamento fisiologico del ruolo della discrezionalità interpretativa motivata (riconosciuta e addirittura sollecitata dal sistema delle fonti quale è venuto ad essere) nell'esercizio della giurisdizione comune e di costituziona-

¹⁸ Su cui rinviamo a R. TONIATTI, *Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, p. 17 ss.; nonché a C. PICIOCCI, *L'identità culturale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione*, cit., p. 119 ss.

lità può indurre a parlare, in senso figurato e secondo le considerazioni sopra svolte, di un potere interpretativo, ebbene, tale potere si rivela del tutto privo di ulteriori forme di responsabilità. Ne conseguono, peraltro, una corrispondente espansione della *responsabilità diffusa*, ossia l'ineliminabile soggezione alla libertà di critica da parte sia di un uditorio qualificato in senso tecnico (la dottrina e, più in generale, la comunità epistemica dei giuristi) sia dell'opinione pubblica; una maggiore aspettativa circa l'efficacia della *responsabilità disciplinare*; e, come già indicato, una maggiore enfasi sulla *deontologia giudiziaria*, con l'avvertenza che è proprio quest'ultima (almeno) ad apparire come la fonte di (auto)disciplina più consona alla garanzia per l'indipendenza del magistrato.

Osserviamo, infatti, sotto questo profilo, che né l'elaborazione dottrinale né l'esperienza storica sono state in grado di formulare soluzioni plausibili in proposito se non con riguardo all'autodisciplina degli organi giurisdizionali: la dottrina statunitense, ad esempio, che per prima e con notevole costanza si è occupata dell'argomento (e che, nonostante le diversità del contesto, è utile richiamare in questa sede) ha elaborato la contrapposizione fra il *judicial activism*, da un lato, e il *judicial self-restraint*, dall'altro, proprio con riguardo a due diversi modi di concepire (*interpretivism* e *non-interpretivism*) l'esercizio della funzione. Ma, notiamo, la formula del *self-restraint* evidenzia la volontarietà (*self*) del contenimento (*restraint*) del ruolo della giurisdizione e dunque rappresenta una manifestazione di autonomia e non già di rispetto di una norma eteronoma.

La deontologia giudiziaria può dunque costituire la fonte direttiva autonoma preferenziale per una corretta configurazione del rapporto fra potere (interpretativo) e responsabilità.

Di deontologia giudiziaria si può parlare, sia in astratto sia con riguardo all'esperienza storica italiana, in una pluralità di accezioni e tentare di operare una qualche chiarezza. Esiste una *deontologia giudiziaria in senso individuale*, un codice di rigore professionale personale, autonomamente costruito ed auto-applicato in base a concezioni del tutto personali, affidato al controllo

del tribunale della coscienza del singolo magistrato. Si tratta di una dimensione, a nostro giudizio, essenziale (“la madre di tutte le deontologie”) e meritevole di affidamento primario, non fideistico ma di certo sino a concreta verifica contraria. Esiste altresì una *deontologia giudiziaria in senso generale*, quale risulta dalla prassi di comportamento diffusa, condivisa e ricorrente della generalità dei magistrati. A differenza della prima – le cui regole rimangono scolpite nella coscienza dei singoli –, questa potrebbe essere probabilmente ricostruita in modo tendenzialmente oggettivo, sulla base di accertamenti di natura sociologica, verifiche, sondaggi e quant’altro.

Si prospetta inoltre una *deontologia giudiziaria in senso corporativo* (corporativo, senza accezioni negative, proprio perché esprime una valutazione autoreferenziale come quella di un ordine professionale), quale può essere considerato il codice etico dell’Associazione nazionale magistrati.

Da ultimo, pur con le differenziazioni del caso, è da indicare anche una *deontologia giudiziaria in senso disciplinare o sanzionatorio*, quale può considerarsi il massimario della giurisprudenza della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, probabilmente integrato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione quale ultima istanza rispetto alla giurisdizione della Sezione disciplinare del Csm. Entrambe queste fonti – ma soprattutto il codice etico – hanno natura prevalentemente oggettiva, in quanto formalizzate in un testo ovvero in una pluralità di decisioni individuali. Si prospetta, ora, anche una *deontologia giudiziaria in senso legislativo*, risultante dalla tipizzazione dell’illecito disciplinare operata dalla legge di riforma dell’ordinamento giudiziario n. 150 del 2005 (e successiva specificazione da parte del decreto legislativo), ancorché anche a questo riguardo il potere interpretativo della Sezione disciplinare sia chiamato a svolgere un ruolo rilevante.

Rispetto all’articolazione qui sopra delineata, un primo spunto di riflessione critica può essere fornito dall’affermazione del primato della deontologia quale manifestazione dell’autonomia del singolo magistrato, della magistratura e della magistratura

organizzata rispetto all'intervento di fonti eteronome, tanto che tali queste ultime siano completamente (come nell'ipotesi dell'intervento legislativo) o solo parzialmente (in ragione dei criteri di composizione mista della Sezione disciplinare, fra membri laici e membri togati). In proposito, sorge il quesito se, posti di fronte all'esercizio di una funzione pubblica sovrana, sia corretto considerare la giurisdizione come un ordine professionale – tutto auto-referenziale, tutto chiuso al proprio interno –, tale da esprimere esclusivamente autonomia e non essere sottoposto ad alcuna forma di eteronomia in ordine alla valutazione della correttezza deontologica del comportamento del magistrato, sia nell'esercizio della funzione sia nella vita sociale. In particolare, sorge altresì il quesito dello spazio da riconoscere alle aspettative dei terzi circa la deontologia dei magistrati.

A riguardo, la sentenza n. 100 del 1981 della Corte costituzionale sembra adeguata a fornire gli elementi essenziali in base ai quali rispondere ai quesiti sopra posti: negando l'esistenza di un requisito costituzionale di obbligatorietà circa l'*an* della tipizzazione delle figure di illecito disciplinare, la Corte sembra particolarmente attenta a riconoscere la rilevanza della riprovazione da parte della coscienza sociale di taluni comportamenti di singoli magistrati e dunque a valorizzare la fiducia dei cittadini della quale deve godere il singolo magistrato e la magistratura nel suo complesso¹⁹. La Corte, infatti, individua «i valori tutelati dalla norma proibitiva, al fine di stabilire, in relazione ad essi, se ed in quale misura sia possibile la tipizzazione dei comportamenti che possono violarli. Essi sono da un lato la fiducia e la considerazione di cui deve godere ciascun magistrato e dall'altro il prestigio dell'ordine giudiziario. È sufficiente esaminare il contenuto di tali valori per constatare la impossibilità di prevedere tutti i com-

¹⁹ La questione era stata sollevata in ordine all'art. 18 del R.D.L. 31 maggio 1946 n. 511, nella parte in cui esso identificava un illecito disciplinare nel fatto che il magistrato tenga, in ufficio o fuori, condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario.

portamenti che possono lederli; si tratta, infatti, di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, non essendo identificabili e catalogabili tutti i possibili comportamenti con essi contrastanti e che potrebbero provocare una negativa reazione dell'ambiente sociale»²⁰. La Corte precisa altresì che «tali considerazioni giustificano la latitudine della previsione e l'ampio margine della valutazione affidata ad un organo, che, operando con le garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale, e, per la sua strutturazione particolarmente qualificato per apprezzare se i comportamenti di volta in volta considerati siano o meno lesivi dei valori tutelati». In particolare, non «può ritenersi che tale sistema normativo violi il principio di legalità perché, come questa Corte ha affermato (confronta sent. n. 191 del 1970 e le altre ivi citate) esso si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato. Né appare censurabile il riferimento, nella norma, alla fiducia e considerazione di cui il magistrato deve godere ed al prestigio dell'ordine giudiziario, perché, come si dirà in prosieguo, trattasi di concetti determinabili secondo la comune opinione».

In altre parole, la Corte non sembra riconoscere alcuna preferenza in favore di un'esclusiva autoreferenzialità della magistratura nella definizione dei criteri di valutazione deontologica della correttezza dei comportamenti dei magistrati, ma appare piutto-

²⁰ Precisa anche la Corte: «Ciò spiega la ragione per la quale, nelle leggi che nel passato hanno tentato di enunciare ipotesi tipiche di infrazioni disciplinari come il R.D.L. 6 dicembre 1865 n. 2626 e la legge 17 luglio 1908 n. 438 sia stata posta una norma di chiusura generica diretta a sanzionare tutti i comportamenti capaci di ledere la reputazione del singolo magistrato o la dignità dell'ordine al quale egli appartiene. Cfr. ora la previsione della legge n. 150 del 2005 secondo la quale «nell'attuazione della delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera f, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) provvedere alla tipizzazione delle ipotesi di illecito disciplinare dei magistrati, sia inerenti l'esercizio della funzione sia estranee alla stessa, *garantendo comunque la necessaria completezza della disciplina con adeguate norme di chiusura*, nonché all'individuazione delle relative sanzioni» (il corsivo è nostro).

sto orientata a valorizzare il ruolo di una componente esterna, ancorché generica (la coscienza sociale, la comune opinione) ma suscettibile di concretizzazione nel circuito forense, nel mondo accademico, nel personale tecnico ed amministrativo – che merita di essere valorizzato fra i soggetti del sistema giustizia –, nei cittadini e nelle loro associazioni²¹.

Questa precisazione ci pare utile per introdurre, quale ulteriore spunto di riflessione, il fattore dell'effettività della deontologia giudiziaria che, nell'ottica dei terzi rispetto all'ordinamento giudiziario, può agevolmente tradursi in un fattore di *credibilità* della deontologia stessa, soprattutto per quanto concerne il codice etico, ossia quella che abbiamo sopra indicato come deontologia in senso corporativo. In tale prospettiva, un più ampio coinvolgimento di soggetti, quali segnatamente avvocati, giuristi e cittadini (gli "utenti" del servizio giustizia) – considerando, con riguardo alla tipologia sopra delineata, l'intervento legislativo del tutto eteronomo e virtualmente in conflitto con l'indipendenza dei magistrati, fatta salva peraltro l'intermediazione giurisdizionale del Csm –, non solo in sede di definizione ma anche di accertamento della effettività/credibilità del codice etico potrebbe conferire maggiore spessore e visibilità alla manifestazione dell'autonomia; e soprattutto contribuire al radicamento ed alla legittimazione sociale della magistratura stessa.

Rileviamo in conclusione che, chiamati a formulare un giudizio sui primi dieci anni di codice deontologico dell'Anm, con tutti i limiti di un'esperienza e della capacità di percezione personale, si propende per una valutazione di irrilevanza dell'esistenza del codice stesso, verosimilmente sostituito – nel concreto operare professionale e personale dei magistrati – dalla deontologia individuale e generale ovvero, presentandosene il caso, dalla deontologia rilevante in sede disciplinare. Non solo perché esso contiene

²¹ Cfr. ad esempio, le attività nel settore "giustizia" di organizzazioni come CittadinanzAttiva che, a fronte del problema costituito dall'eccessiva durata del processo, individuando come controparte il Ministero della Giustizia, si propone di attivare cause pilota per affermare l'obiettivo della tutela del servizio giustizia, anche con una liquidazione simbolica del danno, in <http://www.cittadinanzattiva.it>.

regole a contenuto deontologico minimo e dunque banale (ad esempio, l'art. 1, «Valori e principi fondamentali: nella vita sociale il magistrato si comporta con dignità, correttezza, sensibilità all'interesse pubblico. Nello svolgimento delle sue funzioni ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale, di indipendenza e di imparzialità»)²², non solo perché altri precetti appaiano alquanto disattesi nella prassi (ad esempio, l'art. 10 secondo il quale «il magistrato che aspiri a promozioni, a trasferimenti, ad assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione né accetta che altri lo facciano in suo favore»), ma anche – e a maggior ragione in coincidenza con le prassi non conformi – in quanto del tutto privo di istanze e meccanismi di vigilanza, di controllo ed eventualmente di sanzione.

Forse, avviare un percorso di *deontologia condivisa*, anziché separata e corporativa, potrebbe consentire alla magistratura organizzata di superare, almeno nei confronti della società civile, talune situazioni di chiusura ed antagonismo, che il sistema italiano non può più permettersi, anche a salvaguardia di quel potere interpretativo nel quale abbiamo individuato la risultante di un'evoluzione di sistema che è a sua volta garanzia della giurisdizione e dei cittadini²³.

²² Cfr. anche l'art. 11, La condotta nel processo: «nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio, evitando inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento eventualmente necessario».

²³ Ricordiamo, a titolo di esempio, che la legge di delega n. 150 del 2005 prevede, fra i criteri direttivi per l'individuazione degli illeciti disciplinari, che (n. 11) «non può dar luogo a responsabilità disciplinari l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale». Come si pone, in rapporto alle norme sull'interpretazione (scritte in periodo di Costituzione flessibile) la cosiddetta interpretazione evolutiva-adequatrice: è essa conforme all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale? possiamo farne a meno? È in grado il Parlamento di sostituirsi alla magistratura nell'opera di accompagnamento della crescita dell'ordinamento giuridico sorretto dalla Costituzione? O non vi è piuttosto da temere che disposizioni come questa, oggetto di disciplina normativa, possano rappresentare un'occasione di interferenza con il profilo più alto della giurisdizione, ossia l'esercizio della discrezionalità interpretativa motivata.

PRIMA SESSIONE

DEONTOLOGIA GIUDIZIARIA
TRA PRINCIPIO DI INDIPENDENZA E RESPONSABILITÀ.
UNA PROSPETTIVA TEORICA

DOMINIQUE ROUSSEAU

GARANZIE DI INDIPENDENZA DEL GIUDICE
E ISTANZA DI RAZIONALITÀ DELLA DECISIONE*

Prima di entrare nel vivo del mio intervento, vorrei innanzitutto rivolgere un sentito ringraziamento ai promotori di queste giornate di studio sulla deontologia giudiziaria ed esprimere la mia felicità per essere qui con voi, oggi, per discutere sul tema dell'etica dei magistrati.

In Francia e, segnatamente, presso il *Conseil supérieur de la magistrature*, seguiamo con grande attenzione l'esperienza – teorica e pratica – legata alla deontologia giudiziaria italiana e, più in generale, le vicende della vostra magistratura. Non a caso, la settimana scorsa abbiamo ospitato, a Parigi, una delegazione italiana del Consiglio superiore della magistratura, con cui, per due giorni, abbiamo proficuamente discusso, comparando il funzionamento delle magistrature italiana e francese, soprattutto con riguardo alla questione della responsabilità dei magistrati. Devo confidarvi che i francesi considerano – ma forse, a questo punto, dovrei dire consideravano – il Consiglio superiore della magistratura italiano come un modello, una fonte d'ispirazione per quello francese, da cui prendere spunto in vista del perfezionamento delle competenze e del funzionamento di quest'ultimo. Siamo stati molto sorpresi, una volta ancora, di apprendere che in questo momento, in Italia, sono in discussione alcune norme che mirano a circoscrivere assai nettamente il ruolo e l'importanza del Consiglio superiore della magistratura.

* Trascrizione dal francese a cura di Daniela Bifulco. Testo non rivisto dall'Autore.

Voglio dunque ribadire che continueremo a dedicare un vivo interesse all'evoluzione della magistratura italiana e che i motivi di confronto tra i nostri Paesi si rafforzeranno negli anni a venire.

Venendo al tema della deontologia, vorrei iniziare raccontandovi di un romanzo, che ho letto di recente, proprio in vista di questo mio intervento. L'autore – che forse conoscerete – è Robert van Gulik e il titolo dell'opera a cui faccio riferimento è *L'énigme du clou chinois*¹.

La trama, in estrema sintesi, è incentrata su un caso giudiziario, seguito da un magistrato – il giudice Dee – il quale matura ben presto la convinzione che una donna abbia assassinato suo marito. Ritenendo di disporre di prove sufficienti perché si proceda all'autopsia, il giudice dispone che venga riesumato il cadavere. La posta in gioco per la donna, nel caso in cui la prova decisiva (l'autopsia, appunto) si riveli fondata, è la pena di morte. La donna si oppone all'iniziativa del giudice, al quale si rivolge ricordandogli che la sua qualità di magistrato non lo legittima a far tutto quel che crede, che anche la sua azione è sottoposta a limiti e, soprattutto, al principio di responsabilità che regna nella Cina in cui è ambientato il romanzo: se il magistrato commette un errore, dovrà subire il medesimo castigo previsto per la vittima dell'errore giudiziario. Il giudice Dee, a quel punto, afferma di conoscere perfettamente quel principio e di essere pronto ad accettare la sfida, assumendosi la piena responsabilità della sua decisione.

Non vi rivelerò la fine della storia, per non privarvi ingiustamente del gusto della sorpresa.

Quel che mi preme sottolineare è la metafora, che fa da sfondo a questo romanzo, relativa al rapporto tra il potere del giudice, soprattutto con riguardo al contenuto della decisione giurisdizionale, e la sua responsabilità. Il punto decisivo non è tanto il problema della responsabilità del giudice rispetto al suo agire privato (il giudice è alcolizzato? Inganna sua moglie?), bensì rispetto al contenuto stesso della sua decisione. La grande questione che la metafora del romanzo ci consegna è dunque la seguente: a un

¹ ROBERT VAN GULIK, (trad. it.) *I delitti del chiodo cinese*, Mondadori, 1990.

grande potere (decidere la morte di un individuo) deve corrispondere una grande responsabilità (accettare una sorte simile, in caso di errore).

La lettura del mio fine settimana è un pretesto come un altro da cui muovere per riflettere insieme a voi, stamane, sul rapporto tra responsabilità e deontologia (1), da un lato, e tra responsabilità e indipendenza, dall'altro (2). E l'angolo visuale della mia riflessione sarà quello proprio del professore universitario, poiché tale io sono, benché attualmente (e ormai da quasi tre anni) membro del *Conseil supérieur de la magistrature*.

1. – Inizierò con tre osservazioni relative al rapporto tra responsabilità e deontologia. La prima, per constatare l'inflazione della parola "deontologia". Da circa dieci, quindici anni vediamo apparire ovunque, nel contesto dell'Ue, codici etici: nelle imprese, nei grandi magazzini, ecc. In Francia, da circa cinque anni, i codici etici vanno diffondendosi anche nelle Università: vi si legge, tra l'altro, di come i professori debbano comportarsi con gli studenti e con i tesisti. L'istanza deontologica sembra dunque pervadere tutti i settori di attività. Forse a qualcuno verrà in mente di scrivere un codice etico anche per i novelli sposi, con tutte le regole da osservare... il che forse provocherà una diminuzione del numero di matrimoni!

La seconda osservazione ha riguardo all'indeterminazione semantica che caratterizza il termine "deontologia". Abbiamo ascoltato vari tentativi volti a distinguere la deontologia dall'etica, dalla morale e dal diritto. Ho consultato, in vista di questo seminario, svariati dizionari e ho potuto constatare che esistono tesi e opinioni estremamente variegata sul punto. In breve, mi è parso impossibile convenire su una definizione esatta di quei termini (deontologia, etica, ecc.). A seconda delle differenti tradizioni culturali, alcuni chiameranno deontologia ciò che altri definiscono nei termini di etica. L'indeterminazione semantica sembra dunque porsi come elemento pregiudiziale rispetto alla ricerca sulla parola "deontologia", e, a maggior ragione, pregiudiziale ri-

spetto all'intento comparativo: se l'italiano, il francese o il tedesco affidano a quella parola un significato ogni volta diverso, parleremo, evidentemente, di volta in volta della stessa parola, non già dei medesimi contenuti.

E, allora, pretendendo di comparare su tali presupposti, rischiamo di operare sulla base di illusioni o finzioni giuridiche. Occorre, dunque, procedere con molta cautela alla comparazione, che può avere un senso solo allorquando si sarà fatta luce sui differenti significati da attribuire alle singole parole.

Terza osservazione. Iniziando a sentirci un po' persi a causa di tale indeterminazione semantica e dell'uso inflazionato del termine "deontologia", possiamo forse cercare di uscirne volgendo lo sguardo alla storia: da tale punto di vista, la deontologia si è posta, per lo più, come un insieme di regole alle quali una data attività sociale è stata sottoposta; più precisamente, un insieme di regole volte a disciplinare l'attività di una certa categoria di persone (magistrati, avvocati, insegnanti, commercianti).

Delimitando in tal modo, e per ora, il campo di indagine, è possibile constatare che tale evidenza storica ha trovato la sua espressione nella morale cristiana; solo a partire dal medioevo si è realizzato uno sdoppiamento tra il contenuto della morale cristiana e il contenuto di quelle regole professionali. Tale sdoppiamento verrà a più maturo compimento a partire dal momento in cui gli organi competenti a fissare quelle regole di comportamento (e a imporne il rispetto) non saranno più organi legati alla chiesa, bensì organi direttamente legati a quella data professione. Uno dei primi esempi in tal senso è offerto dall'ordine dei medici.

La lettura de *La deontologia come scienza della morale*, di Jeremy Bentham, può suggerirci spunti assai validi di riflessione. Bentham affronta la deontologia a partire da tre principi naturali, il primo dei quali è il principio pragmatico: la deontologia, afferma Bentham, consta di casi concreti, con cui gli uomini che vivono in una certa comunità si devono confrontare. Casi concreti ai quali occorre fornire una soluzione precisa.

Detto altrimenti, la deontologia deve servire, in tale prospettiva, a risolvere casi specifici; applicando – da buon inglese – il

metodo induttivo, Bentham ritiene che i principi generali di deontologia debbano trarsi da quei casi, man mano che emergono nel contesto di una certa comunità sociale.

Il secondo principio che informa la teoria deontologica di Bentham è il principio di utilità: la deontologia non deve fornire principi di giustizia che siano ancorati, magari, al diritto naturale o a grandi sistemi metafisici, bensì trovare risposte a casi concreti sulla base del principio di utilità e del criterio dell'interesse. Il terzo principio concerne il punto più delicato, e forse più debole della teoria di Bentham, avendo riguardo al problema della sanzione. Evidentemente, la soluzione prestata dalla deontologia ai casi concreti, a quel che certi filosofi americani definirebbero *hard cases*, potrebbe comportare, alla fine, una sanzione. Il punto su cui Bentham appare incerto ha riguardo alla natura della sanzione: alla violazione di una regola deontologica farà seguito una sanzione morale, una sorta di riprovazione pubblica, o piuttosto una sanzione giuridica? La risposta rimane nel vago.

Dopo aver strutturato il suo ragionamento sulla deontologia sulla base, dunque, dei tre principi, o criteri guida (il pragmatismo, l'utilità, la sanzione), Bentham definisce la deontologia ricorrendo a una formula ammirevole – che trovo ammirevole anche nella sua elegante ...vacuità di senso! – secondo cui la deontologia sarebbe, al contempo, un'arte e una scienza. In quanto "arte", la deontologia è ciò che "conviene fare" (ammirevole, vedete, nel suo non voler dire esattamente niente), in quanto "scienza" la deontologia è la conoscenza di quel che conviene fare in ogni occasione.

Una risposta siffatta si adatta perfettamente, mi sembra, alla *forma mentis* del giurista, se è vero che quest'ultimo è maestro nella scoperta di parole su cui tutti possono intendersi, soprattutto se si è di fronte a un termine talmente polisemico, che ciascuno può attribuirvi il senso che ritenga più appropriato. «Fare ciò che più conviene fare»: tale è il senso del termine deontologia secondo Bentham. Torniamo, evidentemente al problema iniziale dell'indeterminazione semantica del termine "deontologia".

Per un professore universitario che cos'è più "conveniente" fare quando esamina i suoi studenti? Dovrà svolgere le sedute d'esami a porte chiuse, per garantirne una maggiore tranquillità, o a porte aperte, per assicurare la visibilità del suo operato e, dunque, il controllo sociale sullo stesso? E ancora: che cosa sarà "conveniente" per un giudice? Potrà avere un'amante nella stessa città in cui svolge le sue funzioni di magistrato, o dovrà scegliere un'altra città per i suoi amori clandestini? E se il nostro, ipotetico giudice va a cena in un ristorante di cui conosca il gestore, dovrà accettare che quest'ultimo lo consideri suo ospite, o dovrà declinare l'invito, pagando a fine cena come tutti gli altri? Gli esempi che vado proponendovi sono tratti da casi pratici, non certo di fantasia. E traggo spunto dalla realtà, per sottoporvene un altro: se un autorevole magistrato prende servizio in una nuova città, diciamo Marsiglia, e il sindaco, rendendogli visita, gli dice: «Io so che lei ama il calcio e vorrei pertanto invitarla a seguire il prossimo derby nella *loge des invités du maire*» (*ndt*: tribuna d'onore, riservata al sindaco e ad altre autorità), come dovrà reagire il giudice? Quale sarà il comportamento più "conveniente", per dirla con Bentham? Accettare l'invito, in quanto offerta amichevole, o considerare quell'invito come un tentativo di corruzione? E, in questo caso, siamo nell'ambito della deontologia, dunque del *soft law* o del diritto, dunque, del disciplinare?

Cercherò di rispondere, chiarendo la posizione del *Conseil supérieur de la magistrature* circa questioni siffatte.

Dovrò contraddire il segretario generale dell'Associazione nazionale magistrati, dott. Antonio Patrono, dicendo subito che siamo contro un codice di deontologia per la magistratura. In due recenti occasioni, il *Conseil supérieur de la magistrature* si è chiaramente detto contrario a tale eventualità. A livello più esteso rispetto all'ambito ristretto del Csm francese, non mancano certo posizioni (a destra soprattutto) favorevoli all'idea di un codice etico per la magistratura.

Il *Conseil supérieur de la magistrature* è contrario al codice etico essenzialmente per tre ragioni, che possiamo ricollegare, in

qualche modo, a quei tre principi di Bentham cui ho fatto riferimento.

In primo luogo, un codice etico sarebbe ridicolo o incompleto, se pretendesse di regolare con dovizia di particolari tutti i singoli casi. Ciò che, in fondo, importa al magistrato, e alla società civile, è sapere cosa egli può fare e cosa non deve fare. A tal fine, il metodo induttivo *à la* Bentham si dimostra certamente più utile: partire dal caso concreto, allorché si presenta, fornendo una soluzione. È per tale motivo che abbiamo allora deciso di pubblicare una raccolta della giurisprudenza disciplinare del Csm (a partire dal 1959), che uscirà nel febbraio 2006.

Il secondo motivo di dissenso rispetto alla codificazione dell'etica giudiziaria ha riguardo al profilo dell'autoreferenzialità dei codici: è noto, infatti, che questi ultimi sono solitamente redatti dai membri stessi della professione che, in quei codici, troverà le proprie regole di comportamento; in genere, sono le professioni liberali a darsi dei codici. Ebbene, quella dei magistrati non è una professione liberale. La giustizia è un servizio pubblico reso da funzionari appartenenti a quel pubblico servizio. In una prospettiva siffatta è del tutto incoerente che i magistrati dettino a se stessi regole di deontologia come fossero liberi professionisti. Al limite, all'elaborazione di un eventuale codice deve essere chiamata a partecipare, in qualche modo, anche la società civile. Il *Conseil supérieur de la magistrature*, in quanto composto anche da membri laici, può essere un tramite in tal senso. Il codice dovrebbe elaborarsi, certo, di concerto con i magistrati, ma non potrebbe essere, *tout court*, espressione esclusiva di questi ultimi.

Il terzo motivo del dissenso del *Conseil supérieur de la magistrature* nei confronti della codificazione dell'etica giudiziaria concerne, infine, il profilo della sanzione. A tal riguardo, devo constatare un certo grado di confusione – diffuso sia tra i magistrati sia nell'opinione pubblica francese – relativo alla distinzione tra etica e disciplina, o, più precisamente, agli argomenti cui si ricorre per supportare tale distinzione. Mi riferisco, in particolare, all'opinione secondo cui le regole deontologiche sarebbero regole non sanzionabili giuridicamente (ma solo socialmente), a diffe-

renza di quelle disciplinari. Ho l'impressione che argomenti siffatti riflettano la tentazione, cui cediamo sovente, di far ricorso all'etica per aggirare il diritto. Una volta che si decidesse di codificare le regole di deontologia giudiziaria, sarebbe difficile, mi sembra, sostenerne anche la natura non giuridica e, quindi, l'impossibilità di sottoporne a sanzione l'eventuale violazione.

2. – E giungo, infine, al rapporto tra responsabilità e indipendenza, andando direttamente al cuore del problema. Una questione siffatta non si può risolvere se non a partire dal problema relativo all'atto del giudicare, al significato stesso dell'espressione "applicare la legge". "Applicare la legge" significa forse che è la legge a determinare la decisione del giudice? E se il giudice dovesse applicare male la legge, dovremo giungere alla conclusione che abbia commesso un errore per cui potrà essere condannato? Dobbiamo restare dunque ancorati alla teoria di Montesquieu, per cui il giudice "è la bocca della legge"? Non ci sarà certo bisogno di approfondire i riferimenti alla filosofia del linguaggio o a Gadamer, per sapere che quella teoria è, oggi, del tutto sorpassata. Il giudice contribuisce alla creazione della norma, conferendo senso alla lettera della legge. In sé, le parole della legge non hanno contenuto normativo e tale contenuto non acquisiscono se non grazie all'interpretazione che il giudice dà a quelle parole stesse.

Ora, il giudice è un uomo. Se c'è una tentazione cui non dobbiamo soccombere è quella di fare del giudice un dio, o uomo e dio al tempo stesso. Il passato ci ha purtroppo fornito esempi in tal senso e tutti sappiamo com'è finita.

Occorre fare in modo che, nel momento interpretativo, la soggettività del giudice sia controbilanciata dalla soggettività degli altri giudici e che proprio in questo dialogo di tante soggettività si radichi la razionalità (momentanea) della decisione. Che cosa interviene a rendere una decisione giurisdizionale *razionale*? Non già il suo contenuto, quanto il modo attraverso cui quel contenuto prende forma. Da ciò deriva l'importanza della garanzia di

indipendenza del giudice, anche nel momento interpretativo della legge. Anche le forme di partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia risultano strumenti indispensabili ad assicurare un maggior grado di oggettività e razionalità delle decisioni giurisdizionali.

Ancora, la collegialità della decisione è un ulteriore e imprescindibile elemento di garanzia di razionalità della decisione. A tal proposito, devo sottolineare come, in Francia, la giurisdizione vada sempre più spesso configurandosi in senso monocratico. Senza pretendere di affermare che la collegialità possa porsi come garanzia di oggettività assoluta di giudizio, va detto però che essa è un'importantissima forma di tutela contro la soggettività di ciascun giudice nel determinare il senso della legge.

L'obbligo di motivazione, infine. Invocando il rilievo di tale obbligo ai fini della razionalità della decisione, potrò dare l'impressione di rievocare un dato scontato, ma così non è, soprattutto se il riferimento è al *Conseil d'État* o al *Conseil constitutionnel*. Ora, il giudice, proprio in quanto investito del compito fondamentale di determinare il senso della legge, deve motivare perché sceglie di dare un senso piuttosto che un altro a quest'ultima. È attraverso la motivazione che si renderà possibile il controllo sulla razionalità della sua decisione. A ciò si ricollega il ruolo, a mio avviso cruciale, delle *dissenting opinions*: io le vedo come regole di procedura, che costringono il giudice a motivare più approfonditamente, e garanzia ultima della razionalità procedurale della decisione.

Si pensi al caso della legge francese del 2002, che ha vietato la mendicizia attraverso lo sfruttamento di minori. La *ratio legis* è far sì che il minore non sia privato dei mezzi di sostentamento necessari a un adeguato sviluppo psico-fisico. È accaduto che un giudice, investito di un caso in cui era in discussione, appunto, lo sfruttamento di un minore attraverso la pratica della mendicizia, mandasse assolta la madre di quest'ultimo, constatando che il bambino godeva di una buona condizione psico-fisica. Nicolas Sarkozy, che era stato il promotore della legge in parola, dichiarò che il giudice aveva commesso un errore inammissibile di inter-

pretazione. Ma si sbagliava. L'interpretazione della legge operata in quell'occasione dal giudice era inattaccabile, essendo basata su motivazioni razionali, pubbliche, leggibili e controllabili grazie, appunto, al rispetto dell'obbligo di motivazione. La decisione del giudice appariva pienamente legittima, almeno in quel preciso momento storico: è ovvio che nessun giudice può pretendere di fornire interpretazioni valide anche per il futuro.

Mi fermo qui, perché noto di avere esaurito il tempo a mia disposizione, ringraziandovi tutti, ancora una volta.

ALESSANDRO PIZZORUSSO

IL “CODICE ETICO” DEI MAGISTRATI ITALIANI

Il codice deontologico, adottato dal Comitato direttivo centrale dell’Associazione nazionale magistrati il 7 maggio 1994 in applicazione di disposizioni legislative sulle quali la stessa premessa che precede il testo esprime dubbi di costituzionalità, ha svolto, in questo suo primo decennio di vita, una funzionalità modesta, ma tutto sommato positiva¹. Questa valutazione può desumersi, sia dalla utilizzazione che i precetti in esso contenuti hanno svolto nell’ambito dei processi disciplinari che si svolgono nei confronti dei magistrati, sia nell’ambito di quella riflessione che è in corso sul piano culturale, in Europa e nel mondo, intorno al ruolo sociale del magistrato e nell’ambito della quale l’esperienza

¹ Per i testi dei codici etici delle diverse magistrature e degli avvocati dello Stato cfr. *Foro it.*, 1996, III, p. 38, con nota di richiami. Cfr. altresì, da ultimo, il *Codice di autoregolamentazione* adottato dall’Associazione nazionale magistrati ai sensi della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, su cui vedi, da ultimo, la delibera della Commissione di garanzia 21 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, III, 589, con nota di richiami e osservazioni di A.M. Perrino, nonché il *Codice di autoregolamentazione dell’astensione dall’attività giudiziaria dei magistrati militari*, approvato dall’Associazione nazionale magistrati militari il 6 febbraio 2003 e valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con deliberazione n. 05/487 del 14 settembre 2005, in *Le leggi*, 2005, I, p. 3210. Per i commenti cfr. L. DE RUGGIERO - G. ICHINO, *Il codice etico dei magistrati. Una prima riflessione in tema di deontologia*, in *Questione Giustizia*, 1994, p. 17 ss.; B. GIANGIACOMO, “Codice etico” e dirigenti degli uffici di Procura, *ibid.*, p. 302 ss.; R. MAGI, *Deontologia, processo, sistema. Riflessioni sul “Codice etico” della Magistratura*, *id.*, 1994, p. 766 ss.; R. DANOVÌ, *Uso dilatorio degli strumenti processuali e profili deontologici*, *id.*, 1998, p. 314 ss.; L. FERRAJOLI, *L’etica della giurisdizione penale*, *id.*, 1999, p. 483 ss.; F. IPPOLITO, *Per un rinnovato codice etico dei magistrati*, *id.*, 2003, p. 1149 ss.; D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?), da recintare con cura!*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 617 ss.

italiana è risultata una delle più progredite². È quindi probabile che i pregi che il funzionamento pratico di questo testo ha dimostrato di possedere facciano dimenticare taluni aspetti più controversi che le sue origini presentano e che esso possa contribuire a risolvere qualche problema nel tormentato panorama della giustizia italiana.

L'adozione di "codici di comportamento" per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni fu prevista dall'art. 26 del decreto legislativo n. 546 del 1993 (che introdusse un art. 58 *bis* nel decreto legislativo n. 29 del 1993, successivamente sostituito dall'art. 27 del decreto legislativo n. 80 del 1998). Essa è oggi regolata dall'art. 54 del decreto legislativo n. 165 del 2001, recante "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", che riproduce, con piccoli ritocchi formali, l'art. 27 del decreto legislativo n. 80 del 1998 predetto.

I primi tre commi dell'articolo stabiliscono che, per il personale della generalità delle amministrazioni, il codice di comportamento è redatto dal Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali abilitate alla contrattazione collettiva a norma della legge medesima, è pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* ed è consegnato al dipendente all'atto dell'assunzione. Esso viene recepito nei contratti di lavoro, cui è allegato, e i suoi principi vengono coordinati con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare.

Il quarto comma è dedicato a «ciascuna magistratura» e all'Avvocatura dello Stato, con riferimento al cui personale si stabilisce che un «codice etico» è adottato dagli organi delle «associazioni di categoria» e «viene sottoposto all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata», aggiungendo che «in caso di inerzia [delle associazioni] il codice è adottato dall'organo di autogoverno».

² Cfr. D. Salas, H. Épineuse (a cura di), *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Paris, Dalloz, 2003; G. Visintini, S. Marotta (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, Napoli, Vivarium, 2003.

Seguono altri tre commi dei quali il quinto detta regole riferite al «codice di cui al comma 1», e quindi non riguarda il personale delle magistrature e dell'Avvocatura dello Stato, mentre il sesto e il settimo fanno riferimento ai «codici di cui al presente articolo» e quindi, sia ai codici di comportamento redatti per la generalità del personale della Pubblica amministrazione, sia ai codici etici redatti per i magistrati e gli avvocati erariali.

Il sesto comma stabilisce che «sull'applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura» e il settimo che «le pubbliche amministrazioni organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici di cui al presente articolo».

L'interpretazione di questo testo implica una serie di problemi, alcuni dei quali derivano dall'impiego, in esso, di formule ambigue o reticenti, mentre altri nascono dal mancato coordinamento di molte delle espressioni che sono in esso impiegate con taluni principi in tema di organizzazione del potere giudiziario che sono stabiliti dalla Costituzione. E, per quanto alcuni di tali principi siano, a loro volta, di controversa interpretazione, sembra chiaramente escluso che questa disposizione, contenuta in una legge che ha per oggetto l'ordinamento del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, fosse la sede opportuna per la soluzione delle questioni in materia di ordinamento giudiziario che vengono a questo proposito in considerazione. All'ordinamento giudiziario, come è noto, la Costituzione ha esplicitamente previsto che sia dedicata un'apposita legge, destinata a rendere conformi ai principi costituzionali le statuizioni contenute nel regio decreto n. 12 del 1941.

La portata dei principi stabiliti dal titolo IV della parte seconda della Costituzione del 1947 ha costituito oggetto, nei decenni decenni, di lunghe discussioni delle quali non è qui certamente possibile dar conto³. Si può tuttavia ricordare come una delle principali ragioni che indussero Piero Calamandrei a do-

³ Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, p. 29 ss.

mandarsi, nel suo celebre discorso accademico del 1921, «se la vantata indipendenza dei giudici non sia nel nostro ordinamento, meglio che una concreta realtà, una pia illusione di dottrinari che vivono fuori dal mondo» e a segnalare il rischio che i fatti inducessero gli studenti di giurisprudenza a ritenere «che la scienza scritta nei libri non è che vuota menzogna»⁴, fosse rappresentata proprio dall'inquadramento dei magistrati di quel tempo in una carriera burocratica le cui regole favorivano in modo evidente le interferenze dei politici sulle decisioni dei giudici.

E si può ricordare anche, per limitarsi a due citazioni che hanno trovato sviluppo in un'ampia letteratura, come il primo importante congresso scientifico che si svolse in Italia nel dopoguerra su questi problemi, per iniziativa di Giuseppe Maranini, avesse come titolo "Magistrati o funzionari?", chiarendosi molto efficacemente, con questa semplice domanda retorica, come la riforma dell'ordinamento giudiziario, che la Costituzione aveva impostato, dovesse avere il suo momento fondamentale nella configurazione di una magistratura composta di giuristi che traevano la loro qualificazione, anziché da una progressione in carriera del tipo di quella che è propria dei funzionari, da un elevato grado di professionalità⁵.

Nel corso dei decenni che ormai ci separano dall'entrata in vigore della Costituzione, queste indicazioni hanno trovato taluni parziali riscontri, ma una legge generale che desse ad esse una completa attuazione non ha mai visto la luce, fino a quando, poche settimane fa, coloro che si propongono di rovesciare l'ordinamento costituzionale fondato sulla opzione per la democrazia repubblicana espressa dagli italiani con il referendum del 2 giugno 1946 e con la lotta antifascista degli anni precedenti, hanno approvato una riforma che ripristina l'assetto che era stato proprio delle leggi di ordinamento giudiziario del 1865, del 1923 e del 1941, quelle cioè che facevano della magistratura un corpo di fun-

⁴ P. CALAMANDREI, *Governo e Magistratura* [1921], in *Opere giuridiche*, II, Napoli, Morano, 1966, p. 197.

⁵ G. Maranini (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Milano, Comunità, 1961.

zionari dello Stato, fondandosi sostanzialmente quell'equazione tra magistrati e funzionari che si era affermata nell'ambito della tradizione francese fissata dalla legge napoleonica del 1810 e che il congresso fiorentino del 1961, la cui attenzione era rivolta soprattutto al mondo anglosassone, aveva individuato come un modello da rimuovere dalla legislazione italiana.

La disposizione sui codici di comportamento è equivoca pertanto già per il fatto di inserire in un testo destinato a disciplinare il rapporto di lavoro dei funzionari dello Stato una previsione riferita ai magistrati, la quale dovrebbe trovare posto – sempre che si ritenga opportuno adottarla – nella legge sull'ordinamento giudiziario prevista dalla VII disposizione transitoria della Costituzione. Non è detto che l'indebita collocazione abbia avuto, di per sé, specifiche conseguenze negative, ma l'uso di formule che presuppongono un'assimilazione dei magistrati ai funzionari determina un'evidente inadeguatezza di questo testo legislativo, che taluni elementi di differenziazione non bastano a giustificare.

Una prima differenziazione deriva dalla stessa denominazione usata per il codice di cui si prevede l'adozione che, per i funzionari è chiamato "codice di comportamento" e per i magistrati e gli avvocati erariali "codice etico"⁶. Nulla nel testo dell'articolo lascia però supporre che alle due espressioni sia attribuito un differente significato, come pure dovrebbe essere, dato che, se così non fosse, un'ovvia regola di *drafting* avrebbe dovuto indurre a usare le stesse parole per indicare lo stesso oggetto. Ma sembra veramente difficile stabilire perché con riferimento ai magistrati si debba parlare di "etica" e con riferimento ai funzionari di semplici "comportamenti", non sembrando dubbio che anche le attività dei funzionari possono determinare problemi morali non meno gravi di quelli che debbono (invero forse più di frequente) affrontare i magistrati o gli avvocati erariali.

Una seconda e più importante differenziazione deriva poi dal fatto che l'affidamento alle associazioni di categoria del compito di redigere il codice etico sembra voler riconoscere ai magistrati

⁶ In proposito, vedi tuttavia F. IPPOLITO, *op. cit.*, p. 1154.

ed agli avvocati erariali una sorta di autonomia nella determinazione dei canoni morali da osservare, che non si ritiene invece di accordare ai funzionari, e questa prospettiva trova ulteriore fondamento nella previsione dell' "adesione degli appartenenti alla magistratura interessata" al testo deliberato, che viene richiesta senza peraltro precisare quali conseguenze possano derivare dalla mancata adesione della maggioranza o da quella di singoli magistrati.

Se, infatti, anche per i funzionari una qualche partecipazione al procedimento di formazione dei codici è assicurata dal parere che deve essere chiesto alle associazioni sindacali, il testo della legge – che nulla dice sul carattere di tale parere e conferisce al Dipartimento della funzione pubblica il compito di "definire" il testo del codice – sembra comportare che esso abbia carattere necessario ma non vincolante e che il provvedimento abbia quindi carattere eteronomo.

Per quanto riguarda i magistrati, non credo che ci sia nulla da obiettare circa la qualificazione delle loro associazioni come titolari di funzioni sindacali, che indubbiamente esse esercitano normalmente, ma più difficile da spiegare appare l'affidamento agli "organi di autogoverno" di subentrare in questo compito in caso di inerzia delle associazioni. Questo soprattutto in considerazione della funzione disciplinare che compete agli organi di autogoverno e che mal si concilia con una funzione di questo genere.

Analoghe perplessità sono determinate altresì dal sesto comma che attribuisce ai «dirigenti responsabili di ciascuna struttura» il compito di vigilare sull'applicazione dei codici. Se infatti, come vedremo tra un momento, i codici di comportamento e i codici etici non contengono vere e proprie norme giuridiche, ma semplici regole morali, non dotate dal grado di vincolatività normalmente proprio delle norme giuridiche, sembra difficile configurare una funzione dei dirigenti degli uffici, fondata addirittura su una prescrizione legislativa, volta a convincere i loro colleghi a rispettare le norme del codice etico, nulla assicurando che costoro condividano le regole fissate dall'associazione di categoria o

dall'organo di autogoverno e non vedendosi, in tal caso, quali azioni possano essere intraprese per indurli ad uniformarvisi, se non una sorta di predicazione, la cui utilità può risultare oltre modo dubbia.

Questo non significa che un'opera di *moral suasion* da parte dei dirigenti degli uffici non possa risultare opportuna, ma ciò può avvenire nell'ambito dei normali rapporti che, al di fuori di ogni prescrizione legislativa, spontaneamente si stabiliscono fra coloro che si trovano a collaborare ad una qualsiasi attività dato che il fatto che tale opera determini effetti positivi – oppure negativi – dipende dalle qualità personali del dirigente e dei suoi colleghi, non certamente dal fatto che la legge conferisca al primo una funzione di questo tipo.

La funzione del codice etico sarà quindi quella un memorandum volto a segnalare ai magistrati le situazioni in cui essi debbono prestare particolare attenzione a non agire in modo tale da determinare reazioni sfavorevoli nelle persone con le quali vengono a contatto nell'esercizio delle loro funzioni – o, più in generale, nell'opinione pubblica – fornendo loro altresì qualche indicazione sulla linea di condotta che, fra i colleghi, è ritenuta quella che, di regola, sembra più opportuno seguire, senza peraltro che ciò comporti un vero e proprio obbligo di uniformarsi alla regola, sia per la possibilità, che raramente può essere del tutto esclusa, che il caso particolare induca a derogare alla regola generale, sia per l'ammissibilità – ove non si violino altri doveri più rigorosamente stabiliti – di un vero e proprio dissenso.

Nonostante che la legge nulla dica circa la natura giuridica dei codici etici, è opinione sostanzialmente pacifica in dottrina e in giurisprudenza quella secondo cui le disposizioni in essi contenute non sono vere e proprie norme giuridiche, dotate di una qualsiasi sanzione, ma sono enunciati cui spetta un'efficacia meramente persuasiva, il cui grado di intensità non dipende peraltro tanto dall'autorità dello Stato del quale la legge che prevede la redazione dei codici etici esprime la volontà o, più particolarmente, dall'autorità dell'istituzione che ha redatto il codice o della persona che ne raccomanda l'osservanza, quanto dalla razionalità

dell'indicazione che essi esprimono e dalla conseguente capacità di convincere coloro che ne sono i destinatari.

Questa enunciazione della natura delle regole contenute nei codici etici può essere meglio chiarita mettendo in evidenza le somiglianze e le differenze che esse presentano con altri tipi di regole la cui efficacia viene anch'essa più o meno analogamente distinta da quella delle norme giuridiche, che sono soltanto quelle che secondo l'opinione concorde dei giuristi "costituiscono diritto" nel senso più comune del termine.

In proposito occorre segnalare come la tendenza a far coincidere il diritto con la legge, e più particolarmente con il codice, avesse indotto i giuristi dell'Europa continentale a distinguere nettamente le fonti del diritto da tutti gli altri tipi di norme che non erano riconosciute come "diritto". In base a questa impostazione, il diritto era costituito dalla legge dello Stato – e principalmente dai "codici" – e dalle altre fonti cui la legge eventualmente rinviava (consuetudini, regolamenti, leggi straniere, diritto internazionale), mentre non costituivano fonti la dottrina, la giurisprudenza, le mere "regole sociali" non giuridicizzate, ecc. Questa impostazione era stata teorizzata e valorizzata dalla dottrina giuspositivistica che aveva raggiunto la sua massima diffusione nel corso del XIX secolo. Fin dagli inizi del secolo successivo, tuttavia, emersero correnti di opinione le quali misero in discussione questa impostazione, e l'incremento dei rapporti internazionali dovuti allo sviluppo delle comunicazioni realizzato a partire dal secondo dopoguerra favorì la circolazione di modelli di ordinamento giuridico che seguivano impostazioni diverse da quella prevalente dell'Europa continentale.

Si ebbero così sempre più spesso casi in cui la disciplina giuridica di singole fattispecie non derivava più da una norma prodotta da una singola fonte, bensì da una combinazione di disposizioni provenienti da fonti diverse, aventi rango e origini diverse, ma capaci di completarsi tra loro secondo tecniche d'interpretazione variamente congegnate. Tra le vicende più importanti che produssero fenomeni di questo tipo si può ricordare il riconoscimento della Costituzione come fonte superiore alla legge e della

legge come fonte superiore al regolamento, che determinarono la configurazione dell'ordinamento giuridico secondo il principio di gerarchia delle fonti, la combinazione delle competenze legislative dello Stato centrale (o federale) con quelle di enti territoriali in esso compresi (stati-membri, regioni, ecc.), secondo il principio di competenza, l'incidenza pratica delle fonti derivanti da trattati internazionali o direttamente da altre forme di diritto internazionale o transnazionale, ecc. Ne derivò un complesso processo di scomposizione e ricomposizione delle fonti del diritto, nel senso che, nella maggior parte dei casi, il diritto – ossia la regola da applicare alla fattispecie – non derivava più da un'unica fonte, ma dalla combinazione di più fonti operanti in modo differenziato⁷.

Questo genere di fenomeni non produsse soltanto una pluralità di fonti dell'ordinamento giuridico dello Stato ed una pluralità di ordinamenti contemporaneamente vigenti nei confronti di uno stesso territorio o di uno stesso gruppo di persone, con conseguente necessità di selezione dei materiali normativi risultanti dalle diverse fonti o dai diversi ordinamenti, ma anche casi di combinazione di fonti diverse o di penetrazione di influenze di vario tipo, capaci di modificare l'interpretazione delle fonti più direttamente utilizzabili per la ricerca della regola da applicare. Fra i più importanti effetti di questa evoluzione richiamerò qui soltanto, a titolo di esempio, la distinzione fra principi e regole, da un lato, e gli effetti dell'interpretazione sistematica, dall'altro lato.

In questa situazione sembra molto più difficile credere che sia possibile tenere ferma una distinzione rigida fra ciò che è diritto e ciò che non lo è sulla base, ad esempio, della distinzione fra "norme giuridiche" e "regole sociali", assai seguita fino a qualche tempo fa⁸. Nella situazione attuale è molto più probabile che

⁷ Per ulteriori sviluppi cfr. A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1 ss., 42 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁸ Sulla nozione di "regole sociali", cfr. C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle "regole sociali"*, Milano, Giuffrè, 1965, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

forme di produzione di norme, che non adempiono a tutte le condizioni richieste per essere inserite nel catalogo delle fonti del diritto proprio di un ordinamento giuridico statale, possano comunque vedersi riconosciuto un qualche ruolo che consente loro di influire, più o meno incisivamente, sul processo di ricerca, selezione e interpretazione dei materiali normativi dai quali l'operatore giuridico – e, in particolare, il giudice – ricaverà la regola da applicare alla fattispecie sottoposta al suo esame.

Tra gli esempi di norme cui è stata negata, talora con successo, talora senza successo, talora con risultati variamente intermedi, la capacità di “produrre diritto” se non dopo essere state integrate o trasformate mediante l'impiegato di un'altra fonte, si possono elencare, alla rinfusa, i casi di *soft law* di cui si parla soprattutto nell'ambito del diritto internazionale (cui appartiene, almeno per ora, anche la Carta di Nizza sui diritti fondamentali tutelati nell'ambito dell'Unione europea), le norme programmatiche delle costituzioni (e quelle degli statuti delle regioni), i principi enunciati nelle “leggi cornice” (rispetto alle leggi delle regioni), i principi enunciati nelle leggi di delegazione o di delegificazione (rispetto ai decreti delegati o ai regolamenti così detti delegati), le direttive comunitarie (rispetto alle leggi statali di recepimento), ecc. In tutti questi casi, e in molti altri, presentatisi in Italia o altrove, troviamo che per individuare la norma da applicare al caso concreto occorre impiegare più materiali normativi in combinazione tra loro e si pone il problema dell'efficacia delle fonti “incomplete” (o comunque prive di una piena efficacia giuridica) fino a quando non siano state completate o integrate. E il catalogo degli esempi di questo genere si allungherebbe notevolmente se prendessimo in considerazione anche i casi di materiali normativi che influiscono soprattutto sull'interpretazione dei testi normativi, come è proprio normalmente della dottrina, della giurisprudenza, ecc.

Di fronte a questo tipo di evoluzione, sembra difficile pensare che la formulazione di un codice etico possa veramente restare confinata nell'area delle “regole sociali”, escludendosi cioè ogni loro capacità di influenzare, in un modo o in un altro, il pro-

cesso di ricerca, selezione e interpretazione delle norme da applicare ai casi concreti⁹. Al contrario, tutto lascia pensare che influenze di questo genere si produrranno, soprattutto, nei confronti di alcuni tipi di attività giuridiche che presentano forti elementi di contiguità rispetto alle attività regolate dalle norme in questione. Non è questa la sede per compiere una compiuta rassegna delle attività giuridiche mediante le quali si esercitano forme di controllo sull'attività del giudice che potrebbero, in ipotesi, essere influenzate dal fatto che essa risulti lesiva di una norma del codice etico, oppure che invece si adegui pienamente ad una tale norma. Tuttavia possono segnalarsi qui sommariamente almeno gli esempi più vistosi.

Il caso più prossimo a quelli nei quali viene in considerazione l'osservanza o la violazione di una norma del codice etico è sicuramente quello che si ha quando si debba decidere circa la responsabilità disciplinare di un magistrato e la fattispecie della quale si discute rientri in qualche modo nella previsione di una norma etica che la approvi o la disapprovi. In relazione ad un caso siffatto, è veramente pensabile che la valutazione della moralità o immoralità della condotta che è stata compiuta dai redattori del codice etico non abbia nessuna influenza sul giudizio disciplinare? La risposta negativa a questo quesito appare particolarmente certa in presenza di un sistema di quasi completa atipicità degli illeciti quale era quello previsto dalla legge del 1946, ma sarà spesso inevitabile anche in un sistema che si sforzi di tipizzare gli illeciti senza rinunciare ad una clausola di chiusura di contenuto necessariamente generico, quale è quello previsto dalla legge recentemente approvata dalle Camere.

E del resto, di fronte a qualunque previsione che non presenti un carattere di assoluta tassatività, è chiaro che il giudice non potrebbe non ripetere i ragionamenti che hanno indotto i re-

⁹ Sulle tecniche utilizzate per l'elaborazione delle norme giuridiche concretamente applicabili alle fattispecie concrete cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, disposizioni sulla legge in generale*, art. 1-9, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, p. 88 ss.

dattori del codice etico a formulare una norma attinente al caso e non si vede perché il giudice, che ben potrebbe documentarsi leggendo opere di dottrina, decisioni pronunciate in altri giudizi, ecc., non dovrebbe tener conto anche di questo dato. Ovviamente, l'influenza che esso potrà esercitare non sarà un'influenza rigidamente determinante, quale quella che potrebbe assumere una norma giuridica che presenti tutti i requisiti per vincolare il giudice, ma sarebbe chiaramente censurabile una pronuncia che pregiudizialmente scartasse questo dato come assolutamente inattendibile.

Analoghe considerazioni possono farsi per quanto riguarda i giudizi di responsabilità civile e penale, per quanto in questi casi appaia meno probabile che le norme etiche possano riguardare fatti costitutivi di queste forme di responsabilità del giudice. In astratto, tuttavia, non sembra possibile escludere che norme come quelle comprese in un codice etico possano rientrare fra quelle la cui violazione può costituire (o concorrere a costituire) la colpa, ai sensi dell'art. 43, c.p., laddove esso parla di «inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline»¹⁰.

In ogni caso, sembra difficile escludere che una violazione di norme etiche possa influire sulla determinazione delle sanzioni fra minimo e massimo o su altre analoghe valutazioni del giudice. Infine, sarebbe assolutamente paradossale ritenere che la circostanza che un certo tipo di comportamento trovi una valutazione positiva o negativa in una disposizione del codice etico impedisca al giudice che deve pronunciare sulla responsabilità di un magistrato di tenere conto, in un senso o nell'altro, di una tale circostanza.

¹⁰ Cfr. M. GALLO, *Colpa penale (dir.vig.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 641; F. MANTOVANI, *Colpa*, voce del *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, Utet, 1988, p. 306.

ANTONIO PATRONO

LA RIFLESSIONE DELL'ANM SULLA DEONTOLOGIA

Anch'io occupo pochi minuti per qualche riflessione introduttiva sui temi che andiamo a trattare in questi due giorni, temi molto importanti che ovviamente saranno affrontati dai vari relatori sotto la visuale specifica propria di ciascuno.

Io credo nel doveroso sforzo di arrivare non necessariamente a una sintesi costruttiva (non dobbiamo costruire nulla di particolare oggi), ma di porre le basi per una riflessione che sia quanto più possibile comune e che possa portare quanto più possibile a considerazioni finali condivise. Se è vero, infatti, che le regole deontologiche sono diverse per i vari operatori della giustizia, ciò non vuol dire che esse non possano avere una base comune per lo meno di principi condivisibili da tutti.

Il sottotitolo del nostro seminario fa riferimento a un evento, ai dieci anni di vita del codice etico dei magistrati, e viene chiesto, a chi interverrà, di dare un giudizio specifico su questo codice. Quindi bisognerebbe fare un lavoro di sintesi, di riflessione, dando anche un giudizio, una valutazione finale di ciò che è stato positivo o negativo, dei risultati che può avere avuto il codice, delle considerazioni e degli sviluppi che può aver provocato. È difficile, a mio parere, poter dare un giudizio di questo genere, diretto ed immediato, su qualche cosa che non ha una conseguenza, un riferimento diretto e immediato. Il codice deontologico è un insegnamento morale, etico, professionale, non è qualche cosa, quindi, che abbia un'applicazione immediata e riscontrabile. In realtà, ciò che veramente importa è vedere se questo codice, nei principi cardine che ha proposto a coloro che erano chiamati ad osservarlo e

alla comunità scientifica giuridica in generale, ha poi prodotto quello che, alla prova dei fatti, dovrebbe essere l'unico vero risultato: un'acquisizione di mentalità nello svolgimento dell'attività professionale e nella condotta di coloro che sono destinati ad osservarlo, che risulti poi conforme a questi principi di carattere generale.

Vedete quindi che dare un giudizio immediato e diretto, come forse il sottotitolo ci chiederebbe, è difficile: che cosa possiamo dire che questo codice ha fatto alla prova dei fatti determinata da dieci anni di vigenza? È difficile rispondere. Se parlassimo di un codice disciplinare, allora potremmo fare statistiche, valutazioni, potremmo vedere quanti processi ha generato, quante condanne, quante assoluzioni, come si potrebbe fare in qualsiasi altro campo del diritto. Ma per qualcosa che in realtà non è giuridico, ma è morale, è etico, è professionale, in realtà noi dobbiamo, per poter dire come si è comportato alla prova dei fatti in questi dieci anni, trovare alcuni indici rivelatori necessariamente indiretti, alcune spie. Secondo me, sulla base di alcune spie di valutazione, il giudizio che noi possiamo dare di questo codice, dopo dieci anni di vita, non può essere che positivo.

Una prima considerazione: se voi leggete la premessa dell'approvazione del codice deontologico, che risale al 1993, vedete una cosa singolare: questo codice fu approvato dall'Associazione nazionale magistrati in ottemperanza a una norma di legge. Nelle dieci righe di premessa che accompagnano il testo del codice deontologico voi potete vedere una critica proprio allo stesso principio, allo stesso criterio, una critica sia impostata sul piano tecnico (si fa riferimento a dubbi di legittimità per violazione di riserve di legge e cose del genere) e che evidentemente denotano una certa perplessità da parte di chi era stato chiamato (l'Associazione nazionale magistrati e quindi l'intera comunità dei magistrati) a mettere per iscritto regole di comportamento deontologicamente (quindi solo moralmente) cogenti.

Dieci anni dopo, nessuno di noi si sognerebbe di manifestare alcuna perplessità sulla opportunità, sulla bontà non solo di questi principi, per quel che riguarda il loro contenuto concreto,

ma della necessità di metterli per iscritto, come un manifesto morale da indirizzare a tutti i magistrati perché lo seguano e a tutti gli altri osservatori perché verifichino, sulla base di quello, se sia seguito o no da parte di coloro che sono obbligati a farlo. Questo è già un cambiamento di mentalità molto importante, è una spia del buon risultato che questo codice ha prodotto.

Vi è una seconda spia per vedere se il giudizio che possiamo dare, necessariamente basato su circostanze indirette, è positivo o negativo. Questo codice mi risulta che abbia costituito non dico un modello, ma uno spunto di riflessione, di ispirazione per altri ordinamenti stranieri in vista dell'eventuale adozione di un catalogo di comportamenti deontologici per i magistrati.

Ho qui un testo che mi è stato fornito da Edmondo Bruti Liberati di uno schema di codice deontologico francese elaborato da un gruppo di lavoro costituito nel 2002 presso l'*École nationale* della magistratura di Parigi e, scorrendolo, naturalmente con le diversità che sono caratteristiche dei diversi nostri ordinamenti, mi sembra evidente che vi sia un punto focale comune, che vi siano quindi alcuni spunti che si ritrovano, anche in questo schema, sicuramente tratti anche da ispirazioni che il nostro codice può aver provocato. Quindi, se un codice deontologico giudiziario dei magistrati italiani viene così favorevolmente accolto anche da nostri omologhi stranieri, che lo guardano come un possibile, non dico modello, ma comunque punto di riferimento da tenere presente con grande attenzione per adottare qualche cosa di simile, evidentemente quei principi hanno colto nel segno; tali principi, messi per iscritto, in realtà riflettevano ciò che tutti i magistrati sapevano di dover fare, sapevano che era giusto fare.

Una terza spia che mi induce a dare un giudizio positivo di questo codice dopo dieci anni è il fatto che i contenuti principali sono stati addirittura saccheggianti, anche con modalità non del tutto corrette e temo con effetti che potranno essere problematici, dallo stesso legislatore, come è stato ricordato dal preside di Giurisprudenza, nella legge di riforma dell'ordinamento giudiziario. Nella legge delega (e non credo che il decreto legislativo ap-

plicativo riserverà molte sorprese da questo punto di vista: sono pronto a pronosticare che rileggeremo grosso modo i contenuti della legge-delega senza molte modifiche), addirittura sono riportati testualmente alcuni passaggi, alcuni principi e criteri contenuti nel codice deontologico. Colgo l'aspetto positivo di ciò soltanto in questo: evidentemente si tratta di principi talmente giusti, talmente condivisibili che sono stati recepiti da uno stesso legislatore che sappiamo tutti (lo sappiamo tutti noi italiani e anche gli amici francesi) avere avuto un atteggiamento di assoluta ostilità nei confronti della magistratura e di tutto ciò che veniva dal mondo della magistratura. Certi principi sanciti nel codice etico erano talmente perfetti e la loro determinazione talmente concreta che hanno costituito fonte di ispirazione per un legislatore che ne ha poi travisato il senso. Il legislatore ha, cioè, commutato totalmente principi, criteri deontologici, di comportamento, non tipizzati, non specificamente determinati, ma che costituiscono un sentire della coscienza dei magistrati, facendo finta di ritenere che potessero diventare, senza la mediazione tecnica e culturale necessaria, norme imperative, addirittura cogenti, sul piano della affermazione possibile di responsabilità disciplinari in caso di violazione, con difetto di tipicità clamorosa.

Non voglio ripetere quello che ha già detto il professor Chieffi, ricordando quell'articolo della legge delega sulla responsabilità disciplinare, che in pratica non fa che parafrasare l'articolo 8 del codice deontologico dei magistrati, con ciò dimostrando che quel principio è, dal punto di vista immanente, corretto, condivisibile e condiviso, ma senza comprendere che la mancanza di una sintesi, di una tipizzazione inevitabilmente creerà un equivoco dal punto di vista del principio e una impossibilità di applicazione in concreto. Ci sarebbe stato bisogno di un'operazione tecnica e culturale ben più elevata di quella che è stata semplicisticamente fatta con una trasposizione quasi letterale. Bisognava capire qual era il principio, e da lì trarre tante applicazioni concrete del principio stesso che potessero, nei limiti di una norma disciplinare rendere concreto quel tipo di criterio. Però, quanto meno, prendiamo il buono là dove è possibile trovarlo: anche questa

è una spia, comunque, della bontà del contenuto del codice etico dei magistrati.

Quindi alla prova dei fatti dopo dieci anni, in base a questi indici indiretti, direi che possiamo essere soddisfatti di ciò che fecero dieci anni fa coloro che scrissero questo codice, perché evidentemente ben interpretarono il sentimento dei magistrati circa quella che deve essere la loro deontologia e quello che, nel mondo circostante, è visto dagli altri essere un buon magistrato quando si comporta in applicazione di quei principi.

Concludo molto rapidamente con una considerazione che credo troverà l'opportuno sbocco in relazioni successive. Qui si parla giustamente di deontologia giudiziaria. L'attività giudiziaria non è prerogativa esclusiva dei magistrati: ci sono anche gli avvocati, quindi l'altra metà del mondo che vive in tribunale e che, anch'essa, deve seguire criteri deontologici ai quali ispirare il comportamento concreto dei professionisti.

Una riflessione comune sul tema della deontologia del magistrato e dell'avvocato è, a mio giudizio, molto importante, perché in un Paese come il nostro, in un sistema giudiziario come il nostro, in cui la conflittualità tra la magistratura e l'avvocatura è spesso particolarmente viva e intensa, in cui gli interessi contrapposti sono evidentemente tali da poter rendere difficile il convivere al fine di poter ottenere il risultato migliore per il cittadino, una deontologia comune o condivisa, apprezzabile da tutti seppur talvolta diversa per ciascuno, basata su principi che tutti apprezzino, che tutti rispettino, può essere una camera di compensazione importante al fine di prevenire conflitti e contrasti. Da questo punto di vista non posso che mostrare apprezzamento per le categorie professionali degli avvocati che stanno dimostrando negli ultimi tempi (forse anche prima, ma posso testimoniare direttamente solo per i tempi più recenti) una grande attenzione a questi temi. Nel mese di giugno, ad esempio, c'è stato un convegno a Salerno organizzato dalla corrente di Magistratura indipendente e dall'Unione delle Camere penali proprio sul tema della deontologia magistrati-avvocati nel giusto processo penale. Molte delle riflessioni avanzate in quella sede (che potrebbero essere

riprese e sviluppate al fine di ottenere un risultato positivo nella coscienza di entrambe le categorie), credo che possano essere valutate in maniera apprezzabile. È chiaro che magistrati ed avvocati fanno lavori diversi, anche se operano tutti nelle aule di giustizia al fine dell'affermazione della stessa. Ed è chiaro che le finalità dell'attività del magistrato, pubblico ministero e giudice, e la finalità defensionale dell'avvocato sono in alcuni casi addirittura opposte (pensate soltanto alla ricerca della verità, che evidentemente può essere una finalità esclusiva della componente magistratuale, ma non anche quella dell'attività defensionale di un avvocato); quindi la differenza di finalità rende anche diverse le regole di deontologia più adeguate al ruolo svolto da magistrati e da avvocati. Pensare di elaborare, ad esempio, (semplifico) un codice di comportamento comune a magistrati e avvocati è velleitario, è impossibile, è sbagliato. Vi possono essere alcune regole deontologiche comuni: riflettendo, vi è qualche aspetto in cui non vi è differenza di comportamenti ideali legati alla differenza di finalità. Ad esempio, un aggiornamento costante, la correttezza nei rapporti tra tutti, la correttezza tra colleghi di una stessa categoria sono esigenze che evidentemente si prestano ad un'elaborazione di regole che siano uguali sia per magistrati sia per avvocati. Ma non è questo il punto importante. Il punto importante è che anche nei profili di comportamento che inevitabilmente devono essere diversi, perché diverso è il fine dell'attività dei magistrati e dell'attività degli avvocati, è possibile, ragionando in buona fede e con buona volontà, trovare regole deontologiche che non siano comuni, cioè uguali per tutti, ma che siano però condivise, accettate ed apprezzate da tutti. Il magistrato sa che alcune regole deontologiche che è tenuto ad osservare non possono applicarsi a chi fa l'avvocato, mentre altre regole sono tipiche dell'atteggiamento dell'avvocato nell'esercizio della sua professione; io, magistrato, quella regola deontologica non la applico a me, non potrei farlo perché sono diverso dall'avvocato, non si presta alla mia attività, ma è una regola che è stata da noi pensata assieme, sapendo che si riferiva soltanto a lui, come altre regole potremmo noi pensare assieme, sapendo che si riferiranno soltanto ai magistrati

e che quindi, pur non essendo comuni, siano condivise. Lo sforzo del dialogo tra magistrati ed avvocati in questo settore è di cercare di trovare, se possibile, regole deontologiche comuni dove sia possibile farlo (ma poche volte sarà possibile farlo), e regole deontologiche diverse, specifiche, peculiari a ciascuno degli operatori giudiziari, ma che nascano da una riflessione comune e che siano condivise ed apprezzate da tutti. È possibile fare ciò ed è una strada molto importante, perché sviluppando questo tipo di riflessione, di considerazione è possibile anche arrivare a pensare, a prevenire, a comprendersi meglio e a lavorare meglio nei momenti di vita comune che, necessariamente, nell'attività di tutti i giorni sono continui.

Concludo qui queste brevi riflessioni introduttive, volte soltanto a spiegare il perché di questo incontro (che trae spunto dall'evento di dieci anni di vita del codice etico dei magistrati), mentre i temi di carattere generale, in maniera ben più dettagliata ed approfondita, saranno sviluppati dai relatori che si succederanno oggi e domani.

RELAZIONI INTRODUTTIVE

LORENZO CHIEFFI

DISCREZIONALITÀ INTERPRETATIVA
E REGOLE DEONTOLOGICHE

1. – A nome della Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli porgo a tutti i partecipanti all'odierna iniziativa i saluti e un augurio di un proficuo lavoro e di un sereno soggiorno nella nostra città.

Lo svolgimento delle giornate di studio nella splendida sala del Palazzo dei Principi Serra di Cassano, sede del prestigioso Istituto per gli studi filosofici diretto dall'avv. Gerardo Marotta – cui rivolgo le più sentite congratulazioni per il riconoscimento recentemente conferitogli dal Presidente della Repubblica, a testimonianza dell'importante ruolo di promozione culturale svolto da questo centro – consolida una significativa collaborazione tra le nostre due istituzioni che, nel corso degli ultimi anni, ha consentito l'organizzazione di stimolanti incontri culturali e, soprattutto, la pubblicazione – in modo da assicurare indelebile traccia di queste riflessioni – di una rivista (la *Rassegna di diritto pubblico europeo*), edita con il patrocinio dell'Istituto stesso, che, proprio in uno dei suoi primi numeri, ha dedicato ampio spazio al tema della giustizia¹.

Il Convegno, organizzato dalla Sun in collaborazione con l'Anm, si deve all'operosità e all'entusiasmo del dottor Raffaele Sabato e della collega, professoressa Daniela Bifulco, che hanno rivolto, nei rispettivi ambiti professionali, particolare attenzione al ruolo della magistratura all'interno di uno Stato di diritto, sen-

¹ M. D'Amico (a cura di), *Europa e giustizia*, n. 1/2003 della *Rassegna di Diritto pubblico europeo*.

za affatto trascurare l'imprescindibile approccio comparatistico, con riguardo all'esperienza transalpina.

Tale interesse, non limitato alle sole vicende domestiche, ha pertanto consentito l'avvio di questa prestigiosa collaborazione con l'Institut des hautes études sur la justice di Parigi – altro ente promotore del convegno – che mi auguro possa continuare nel tempo per consentire alla giovane Facoltà di Giurisprudenza sammaritana un proficuo scambio di esperienze in questo comparto delle scienze giuridiche.

2. – Il tema oggetto del convegno, la “Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità”, è certamente meritevole di attenzione per richiamare una questione al centro del dibattito politico a seguito dell'entrata in vigore nel mese di luglio di quest'anno della legge delega (n. 150 del 25 luglio 2005) sulla riforma dell'ordinamento giudiziario che detta i principi ed i criteri direttivi cui dovrà attenersi il Governo nell'adozione dei decreti delegati, anche avendo riguardo all'individuazione delle regole di condotta che dovranno essere osservate dai componenti della magistratura, per non incorrere in sanzioni disciplinari.

In vista dell'esercizio della delega legislativa appare certamente utile l'avvio di una riflessione, tra tutti gli addetti ai lavori (siano essi operatori del settore giudiziario che appartenenti all'Accademia), sui limiti di ordine deontologico e comportamentale che dovranno guidare il magistrato stesso secondo un modo di procedere *responsabile* (nell'accezione conferita a questo termine da Hans Jonas²) che, nell'indurre ad atteggiamenti di *self restraint*, gli consenta di evitare – volendo fare un primo esempio – inopportune forme di protagonismo mediatico, peraltro assolutamente stigmatizzate dallo stesso codice deontologico dell'Anm, all'art. 6, nella parte in cui censura il comportamento di quel giudice o pubblico ministero il quale, incurante del necessario riser-

² H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, tr. it., Torino, 1996.

bo, sollecitasse la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività d'ufficio. Nel pieno rispetto della libertà di manifestazione del pensiero sarebbe, infatti, deontologicamente scorretta una condotta che non si ispirasse a criteri di equilibrio e di misura nelle dichiarazioni rese alla stampa.

La questione deontologica, che rifugge ogni interpretazione etica di parte (distante dal necessario pluralismo indispensabile all'interno di uno Stato democratico e laico), appare altrettanto importante all'interno di una società – come la nostra – caratterizzata da una tumultuosa evoluzione (che costringe a continui bilanciamenti assiologici) per le trasformazioni indotte da un repentino e, certamente, inarrestabile progresso tecnologico in molteplici campi dello scibile umano.

L'incapacità, sovente mostrata dal sistema politico “bloccato”, ad assecondare le aspettative e i nuovi bisogni manifestati dalla collettività a causa di questi imprevedibili cambiamenti intervenuti all'interno di una società complessa, ha condotto la magistratura – che si è venuta, talora, a “trovare più avanti” dello stesso organo della rappresentanza politica³ – a svolgere un importante ruolo di supplenza per assicurare l'affermazione di diritti di sicuro rilievo costituzionale, privi tuttavia di un indispensabile riconoscimento con legge ordinaria.

Accanto alla crisi dei tradizionali meccanismi della rappresentanza politica, a cominciare dai partiti politici, è stato proprio questo veloce incedere delle conoscenze umane – nel campo della informatica, della fisica, della biomedicina, ecc. – a determinare un'espansione dell'intervento giurisprudenziale, con tutti gli inevitabili rischi di eccessi (o abusi) interpretativi.

In tale prospettiva, sarebbe invero certamente scorretta – per non essere rispettosa dei limiti posti dall'art. 9 del codice deontologico dell'Anm (che invita il magistrato a «superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme») –

³ C. CASELLI - L. PEPINO, *Un cittadino che non crede nella giustizia*, Roma-Bari, 2005, p. 6.

un'interpretazione giurisprudenziale che, in assenza di una disposizione di legge ordinaria da cui ricavare una specifica norma giuridica, fosse l'esito di un particolare convincimento personale del giudice, influenzato, prevalentemente se non addirittura esclusivamente, da convinzioni etico/religiose.

Benché giuridicamente possibile, proprio in considerazione del vuoto legislativo, e quindi improduttiva di responsabilità (civile o penale) o di conseguenze disciplinari, certamente inopportuno (dal punto di vista deontologico) sarebbe allora il comportamento tenuto da quel giudice che, ad esempio nel campo della biomedicina, pretendesse di imporre (magari ricorrendo allo strumento cautelare, nella misura consentita dall'art. 700 cpc, in grado di produrre effetti irreversibili in attesa del giudizio di merito⁴) un suo personale convincimento dogmatico invece di attendere, più convenientemente, l'intervento del legislatore ordinario o invece rimettere la questione alla Corte costituzionale⁵, nell'esercizio di un'opportuna forma di *self-restraint*.

⁴ Tra le tante pronunce giudiziarie, in sede cautelare, destava certamente perplessità l'intervento del Trib. di Roma (sent. 14 febbraio 2000) che, in presenza di un vuoto legislativo in materia di fecondazione assistita (solo in seguito disciplinata dalla legge n. 40 del 2004), riconosceva all'istante – in applicazione dell'art. 700 cpc – il “diritto a procreare”, anche attraverso il ricorso alla maternità surrogata, nell'esercizio del più ampio diritto di «manifestazione e svolgimento della personalità». Secondo tale giudice il «desiderio di procreazione non appagato» potrebbe, inoltre, «comportare squilibri psichici dai risvolti patologici, specie per le donne». Ad analoghe considerazioni conduce pure la copiosa giurisprudenza (pretorile, amministrativa e costituzionale) legata al cosiddetto caso “Di Bella”, adottata in dispregio alle più elementari regole della sperimentazione farmaceutica che consente l'erogazione, a carico dello Stato, solo dei prodotti farmacologici dotati di solide evidenze scientifiche. La sentenza del Pretore di Maglie (11 febbraio 1998), che dette lo spunto a questa anomala prassi giurisprudenziale, può leggersi in appendice a C. MADARO, *Il camice e la toga*, Milano, 1998. La sentenza della Corte costituzionale, che riconobbe il diritto degli “orfani di terapia” giunti allo stato di vita “terminale” a godere dell'assistenza da parte del S.S.N. per accedere al *cocktail* a base di somatostatina, è la n. 185 del 26 maggio 1998, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1524.

⁵ Per L. FERRAJOLI (*L'etica della giurisdizione penale*, in G. VISINTINI - S. MAROTTA, *Etica e deontologia giudiziaria*, Napoli, 2003, p. 39) «il giudice ha l'obbligo, non solo giuridico ma anche morale, di associare alle leggi i soli significati normativi che li rendono compatibili con i principi costituzionali e, ove ritenga che nessuno di tali signifi-

Lungi dal voler collegare all'esercizio di questi arditissimi esecutivi inopportune conseguenze disciplinari – come parrebbe essere nelle stesse intenzioni del legislatore delegato⁶, che non sembra infatti escludere la possibilità di ricorrere ad interpretazioni evolutive o creative (*secundum o praeter legem*) tali comunque da rinvenire, in considerazione del vuoto legislativo, le proprie radici nel disposto costituzionale – indubbi sarebbero, tuttavia, i pericoli di un intervento giudiziario che pretendesse di affermare una situazione giuridica di vantaggio priva dell'indispensabile aggancio normativo, per fuoriuscire da qualunque lettura dello spartito costituzionale, nonostante l'evidente duttilità e capienza esegetica di quest'ultimo.

Gli effetti irreversibili, per i diritti della parte soccombente e nonostante la presenza dei tre gradi di giudizio, cui potrebbe spingere una interpretazione *fantasiosa* del giudice cautelare, pur non determinando l'automatica applicazione di sanzioni disciplinari (non configurandosi un'ipotesi di violazione di legge) sarebbero, tuttavia, deontologicamente censurabili, al punto di rappresentare – ove lo stesso giudice facesse ripetuto ricorso a queste tecniche interpretative – elemento di valutazione all'atto del conferimento di nuovi incarichi.

L'indipendenza ed autonomia della magistratura (art. 104 Cost.), «condizione essenziale e irrinunciabile dell'esercizio della funzione giudiziaria»⁷, assicurata da un complesso di garanzie preordinate ad impedire qualsiasi condizionamento gerarchico da ogni altro potere (a cominciare da quello politico rappresentato dall'esecutivo), si nutre anche del costante rispetto di un insieme

cati sia con questi compatibile, di sollevare eccezione d'incostituzionalità. L'etica del giudice, per quanto riguarda l'interpretazione della legge, è insomma quella positivizzata dalla Carta costituzionale».

⁶ A norma dell'art. 2, co. 6, lett. c, n. 11), e fermo quanto previsto dai numeri 3, 7 e 9, «non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale».

⁷ C.A. CIAMPI, *Intervento del Presidente della Repubblica in occasione dell'incontro con i nuovi uditori giudiziari*, Palazzo del Quirinale, 17 febbraio 2003, in sito internet http://www.associazionemagistrati.it/arch_doc/doc_vari/uditori.htm.

di regole comportamentali (dalla soggezione soltanto alla legge, *ex art.* 101 Cost., all'ossequio delle regole deontologiche a cominciare – *ex art.* 1 del codice dell'Anm – dai principi di dignità, correttezza e sensibilità all'interesse pubblico, che significa prevalenza del disinteresse personale e dell'indipendenza) in grado di assicurare neutralità ed imparzialità di giudizio.

Le regole deontologiche, adottate dall'Anm in base all'art. 58 *bis* del d.lgs. 3 febbraio 1993, come introdotto dall'art. 26 del d.lgs. n. 546 del 1993, rappresentano allora (alla pari di quelle introdotte dal Consiglio nazionale del notariato, cui la legge n. 220 del 27 giugno 1991 egualmente assegnava il compito di «elaborare principi di deontologia professionale») un insieme di prescrizioni comportamentali con base normativa e valore legale che si differenziano da quelle contenute in altri codici etici, privi di rilevanza giuridica, adottati volontariamente da ordini professionali (come quello dei medici⁸), partiti politici, imprese, e via elencando.

Pur essendo escluso ogni “sindacato di legittimità” sul contenuto dei precetti della deontologia professionale, di cui si sottolinea la natura extragiuridica, estranea all'attività normativa “vera e propria”⁹, il codice deontologico potrebbe divenire, nell'interpretazione giurisprudenziale (sia essa amministrativa, civile o penale), importante «punto di riferimento per l'applicazione di sanzioni collegate a *clausole generali*», potendo consentire al giudice, in presenza di leggi che «stabiliscono criteri generali di imparzialità o di correttezza», di «individuare *figure sintomatiche* o *indici rivelatori* di scorrettezza o parzialità»¹⁰. Nonostante la sua estra-

⁸ Il codice di deontologia medica non ha «efficacia di norma obiettiva di diritto» costituendo, piuttosto, un «regolamento amministrativo interno, espressione della potestà regolamentare di persone giuridiche di diritto pubblico dotate dell'autonomia riconosciuta agli enti pubblici locali (art. 5 Costituzione) e cioè agli Ordini dei medici e alla loro Federazione in quanto organi esponenti di un ordinamento giuridico particolare riconosciuto dallo Stato per la tutela di interessi generali» (C. LEGA, *Manuale di bioetica e deontologia medica*, Milano, 1991, p. 95).

⁹ Cass. Sez. Un. 18 giugno 1985, n. 1266.

¹⁰ S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Doc. Giust.*, 1994, n. 7-8, p. 1371 ss.

neità alle fonti del diritto, il giudice potrà, pertanto, prendere in considerazione le prescrizioni in esso contenute «in sede di interpretazione ed applicazione del diritto»¹¹.

3. – Le regole di condotta contenute nel codice deontologico, e rientranti nel più ampio comparto della cosiddetta *soft law*, si distinguono – anche se il confine potrebbe divenire impalpabile (in assenza di una rigida tipizzazione degli illeciti disciplinari) – da quei comportamenti prescritti come obbligatori dalla legge, la cui violazione darebbe, invece, luogo proprio ad un illecito disciplinare. Quest'ultima ipotesi verrebbe, ad esempio, a configurarsi in presenza dell'inosservanza delle regole (poste a garanzia del segreto istruttorio) da parte di colui che decidesse di trasmettere il contenuto di comunicazioni (ad esempio telefoniche) acquisite attraverso intercettazioni che dovrebbero invece rimanere riservate.

Come giustamente rilevato dalla stessa Bifulco¹², non sempre i «comportamenti contrari alla deontologia» si tradurranno «in sanzioni disciplinari», a conferma dell'esigenza che i principi deontologici rimangano distinti dal sistema disciplinare, proprio per evitare i possibili rischi di confusione.

Quanto precede non significa che una regola deontologica non possa assumere, in seguito, una diversa valenza per essere ritenuta, all'interno della comunità sociale, essenziale e quindi suscettibile di essere immessa in una prescrizione legislativa, con tutte le conseguenze sanzionatorie (civili, amministrative, penali) in caso di trasgressione.

¹¹ F.D. BUSNELLI, *Prefazione* a V. Fineschi (a cura di), *Il codice di deontologia medica*, Milano, 1996, p. IX ss. A giudizio di questo Autore basterebbe «pensare all'importanza che possono avere le norme dei codici deontologici che si riferiscono al *corretto esercizio della professione* per l'interprete chiamato ad applicare l'art. 1175 del cod. civ. in tema di *comportamento secondo correttezza*; ovvero le norme che predicano *l'osservanza dei principi e delle regole deontologiche* ai fini della valutazione della diligenza».

¹² D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: terriori (limitrofi?)*, da *recintare con cura!*, in *Pol. Dir.*, 2004, n. 4, p. 617 ss.

L'esigenza di mitigare l'eccessiva vaghezza e genericità dei criteri di determinazione delle regole di condotta, che dovranno essere mantenute per evitare l'irrogazione della sanzione disciplinare¹³, ha, sin dai tempi della Commissione bicamerale presieduta dall'on. Massimo D'Alema, spinto una parte della dottrina e della stessa magistratura ad auspicare una «adeguata tipizzazione tendenziale degli illeciti disciplinari» che potrebbe consentire di «ottenere gli effetti positivi della discrezionalità e di limitare al massimo le potenzialità nocive»¹⁴.

Nel perseguire tale proposito la recente legge delega n. 150 del 2005 è probabilmente andata oltre questo obiettivo di chiarezza, al punto di provocare un'evidente confusione tra regole disciplinari e regole deontologiche che, più correttamente, dovrebbero essere lasciate all'autonomia delle associazioni di categoria, come prescritto dall'art. 58 *bis* introdotto dal d.lgs. n. 29 del 1993.

A ciò conduce, ad esempio, la lettera dell'art. 2¹⁵ nella parte (art. 2, co. 6, lett. *b*, n. 3) in cui si demanda al Governo, nell'esercizio della delega, di prevedere «che anche fuori dell'esercizio delle sue funzioni il magistrato non debba tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettono la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione». Analoga considerazione andrebbe fatta per la parte della stessa legge di delega in cui si dispone che costituiscono illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni «il rilasciare dichiarazioni e interviste in violazione di criteri di equilibrio e di misura» (art. 2, co. 6, lett. *c*, n. 6); ed infine, laddove si individua come illecito disciplinare, al di fuori dell'esercizio delle funzioni, «ogni

¹³ Secondo quanto disposto dall'art. 18 del RD 31 maggio 1946, n. 511 a norma 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».

¹⁴ N. ROSSI, *La giustizia disciplinare*, in *Quest. Giust.*, 1997, n. 3, p. 581.

¹⁵ I principi e criteri direttivi vengono, peraltro, individuati in questo articolo attraverso una scrittura particolarmente tormentata, in assoluto dispregio ai meccanismi che regolano il *drafting* legislativo, al punto di pregiudicarne la comprensione non ristretta ai soli addetti ai lavori.

altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza» (art. 2, co. 6, lett. *d*, n. 9).

L'introduzione in atti legislativi (legge delega e successivo decreto delegato) di prescrizioni deontologiche, pur potendo ad esse conferire un maggiore rilievo impositivo, rasenta infatti – se non si è attenti – un'indebita invasione di un ambito di competenze che, più opportunamente, avrebbe dovuto essere disciplinato dallo stesso corpo dei magistrati.

D'altra parte, l'estrema latitudine e genericità di questi principi, che meglio si sarebbero prestati ad una regolamentazione deontologica, rischiano tuttavia di sovraccaricare il Governo, nell'esercizio della delega legislativa, di un compito ultroneo e, soprattutto, in grado di condurlo pericolosamente a tracimare gli argini dell'autonomia della magistratura, alla quale soltanto spetta perciò il compito di fissare regole deontologiche interne, attraverso i propri apparati associativi.

Con molta difficoltà, se non ricorrendo a disposizioni eccessivamente generiche (e tali da ampliare gli ambiti di discrezionalità dell'organo disciplinare), il Governo potrebbe tradurre in regole precettive, accompagnandole con sanzioni disciplinari per i trasgressori, comportamenti contrari al bisogno di "apparenza" (di imparzialità) che dovrà, in avvenire, informare i comportamenti dei magistrati, alla luce di quanto prescritto dal già citato art. 2, co. 6, lett. *d*, n. 9. Il dovere di ogni componente dell'ordine giudiziario di conformare le proprie azioni a quell'*abito mentale*¹⁶ richiamato dalla Costituente, più che attraverso un'imposizione disciplinare (eteronoma) avrebbe dovuto, allora, più correttamente fare parte del bagaglio culturale assunto (autonomamente) da ciascun magistrato.

Da qui l'importanza di un'adeguata formazione dei componenti dell'ordine giudiziario, che tenga conto dei doveri deonto-

¹⁶ On. A. BOZZI, *A. C.*, sed. pom. del 6 novembre 1947, in Camera dei Deputati – Segretariato Generale (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, 1970, p. 3665.

logici da osservare nell'esercizio delle rispettive funzioni (giudicante o requirente).

Numerosi sono, pertanto, gli spunti di riflessione posti dal tema dell'etica professionale che, attraverso un sereno confronto, saranno certamente oggetto delle relazioni programmate dagli organizzatori del convegno. Sono certo che l'autorevolezza degli studiosi invitati consentirà di risolvere molti dei dubbi evidenziati in questo intervento senza alcuna ambizione risolutiva.

Nel ringraziare ancora una volta la professoressa Daniela Bifulco e il dottor Raffaele Sabato per l'importante iniziativa e tutti voi per essere convenuti così numerosi nella sede dell'Istituto per gli studi filosofici, consentitemi di porgere a tutti i partecipanti all'odierno incontro gli auspici di un proficuo lavoro.

ANTONIO GRELLA

INDIRIZZI DI SALUTO

È veramente con entusiasmo che porgo il saluto dell'Ateneo che rappresento, con entusiasmo perché il nostro Ateneo, soprattutto con la Facoltà di Giurisprudenza, è impegnatissimo non solo allo studio del diritto nel senso più compiuto possibile, ma anche nel cercare di creare una cultura inerente la legalità e il rispetto delle istituzioni, quindi del diritto che ne consegue. Sono anche grato perché è importantissimo per me in un momento come quello che stiamo attraversando che vi siano questi incontri-confronti a documentazione ulteriore che la ricerca italiana non ha nulla da invidiare a nessuno, ma pretende solo un'attenzione maggiore da parte di chi ci governa, di chi ci gestisce, visto che nell'ultimo periodo c'è stata e purtroppo persiste una distrazione profonda sulla ricerca e sull'innovazione tecnologica.

Un'altra riflessione (e mi fa piacere che ci sia il segretario generale dell'Associazione nazionale magistrati): mai come in questo momento per un'informazione errata, completamente modificata rispetto alla realtà, tutti si aspettano una giustizia molto più rispondente a quelle che sono le esigenze della società che ci circonda. Sono convinto che il 90% dell'alterazione è dovuta a un'informazione completamente sballata, ma che ci sia questa esigenza, questa necessità lo percepiamo tutti, la raccogliamo tutti.

Infine ringrazio la professoressa Bifulco, il preside Chieffi, che ci ha dato un'occasione unica e rara. Io sto in un palazzo che è famoso per la Rivoluzione del '99. Ma quello che intendo dire è che per una coincidenza probabilmente fortuita, a cui gli organizzatori non hanno pensato, proprio ieri il Presidente della Repub-

blica ha dato un importante riconoscimento all'avvocato Marotta, che mi dispiace non sia presente, per tutta l'opera culturale che gli Istituti filosofici di Napoli da anni stanno portando avanti. Io sono ben lieto anche perché, risalendo lo scalone di questo palazzo, ho visto che alla rivoluzione del '99 parteciparono oltre che filosofi e letterati anche moltissimi giuristi. Quale migliore sede, quindi, per dibattere gli argomenti che sono oggetto della vostra discussione? Buon lavoro.

LUCIO ASCHETTINO - DANIELA BIFULCO

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Sulla natura (non giuridica?) delle norme deontologiche. – 2. Sui confini tra deontologia, disciplina e interpretazione. – 3. Funzioni della deontologia giudiziaria in società pluraliste e democratiche. – 3.1. Segue. La libertà di manifestazione del pensiero (politico) deve essere garantita anche al magistrato nel contesto di uno Stato democratico e pluralista? – 3.2. Il confortante alibi del “clima politico”, ovvero come non affrontare (e non risolvere) il problema della “politicità” del giudice. – 4. Deontologia, informazione e responsabilità diffusa.

Il tema della deontologia si pone al crocevia di due universi, giuridico l'uno, etico-filosofico l'altro.

Che a tali microcosmi non possa guardarsi come a mondi irrelati, bensì come a sistemi di pensiero che, rimandando l'uno all'altro in un gioco continuo, teso e fecondo di corrispondenze, impongono all'interprete un certo grado di duttilità e propensione ad abbandonarsi a quel gioco, è una delle evidenze più significative emerse dal seminario di studi italo-francese sulla deontologia giudiziaria – di cui, in questa sede, presentiamo i contributi – svoltosi presso l'Istituto italiano per gli Studi Filosofici di Napoli, il 4 e 5 novembre 2005.

In quanto questione che affonda la sua ragion d'essere nella sfera dell'etica, dunque dei valori, la deontologia non può non affrontarsi che in riferimento a un dato tipo di società o,

* Insieme agli altri curatori, desideriamo rivolgere un vivo ringraziamento ai *veri* artefici – sublimi ed efficientissimi – di questa pubblicazione, dunque alla Dott.ssa Marilena Riesi, che ha curato la revisione del testo, al Dott. Stefano Rossi (Casa editrice Jovene) e alla Sig.ra Monica Vari (Segreteria dell'Associazione nazionale magistrati), che ha curato la raccolta dei contributi.

meglio, in riferimento al modo in cui una data società si pone in rapporto al mondo dei valori. Se è vero che viviamo in società “complesse”, multiculturali e che hanno (o pretendono di aver¹) fatto proprio il principio di laicità dello Stato, ne deriva anche che non possiamo non affrontare il tema della deontologia se non tenendo presente che tali società si connotano per il *pluralismo assiologico*.

In quanto questione intimamente legata anche al diritto, la deontologia va affrontata muovendo dalla sua natura (“non giuridica”, come ripetutamente, e da più voci, sottolineato nel corso del convegno, o anche giuridica?), con particolare riguardo al profilo dell’efficacia (o mancanza di efficacia?) giuridica e della “giustiziabilità” (o meno) delle norme deontologiche.

Nel proporre al lettore queste note introduttive al volume, che altra pretesa non hanno se non quella di enucleare alcuni dei punti centrali affiorati nel dibattito e darne, a tratti, una lettura anche critica, daremo la precedenza a tale ultima problematica, che pare aver diviso, a tratti, gli animi in due schieramenti opposti.

1. *Sulla natura (non giuridica?) delle norme deontologiche*

«Esattamente riguardata a fondo, l’esperienza sociale contiene già in sé l’esperienza giuridica»².

¹ La parentesi è d’obbligo, ci sembra, ove solo si osservi come spesso, nelle aule d’udienza dei tribunali, capiti ancora di osservare il crocifisso alle spalle del seggio del giudice. Che la potenza espressiva e la forza seduttiva della simbologia giudiziaria possano incunarsi ben più profondamente nell’immaginario dei consociati (e, segnatamente, degli utenti della giustizia) di quanto non riescano a fare altre modalità espressive (come la grammatica stessa del diritto e della procedura, dei loro contenuti) è ben illustrato da A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris, 1997, (spec. cap. 1). Pur se non produce un senso destinato alla comprensione razionale, agendo piuttosto a livello inconscio, emozionale ed estetico, il simbolo riesce non solo a indicare la presenza dell’autorità, svolgendo invece, e al tempo stesso, una funzione prescrittiva e imponendo dunque il rispetto dei segni del potere. Forse, nelle aule dei tribunali di uno Stato laico, sarebbe il caso di eliminarli, i crocifissi. Chiusa la parentesi.

² G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, ora in *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 433-434.

Se rievochiamo Capograssi, è perché la sua filosofia dell'esperienza giuridica offre un inquadramento teorico ideale per il tema che stiamo affrontando. Nel ricondurre, infatti, l'esperienza giuridica – e etica, in generale – interamente nella sfera dell'esperienza del soggetto, del singolo individuo (rispetto alla cui centralità lo Stato, e il diritto posto dallo stesso, non sono altro che logici momenti dell'*esperienza*, appunto, *umana*) quella filosofia ci offre una sponda teorica utilissima per provare a riflettere almeno su due aspetti fondamentali.

Il primo riguarda il rapporto che ciascun magistrato instaura con l'insieme di regole deontologiche che informano la sua professione. Per quanto esse constino di prescrizioni comuni a tutta la categoria, e dalla categoria stessa create, per quanto codificate, o meno, dette regole sono, devono essere il risultato di un'*esperienza innanzitutto soggettiva*, nel corso della quale il *singolo* magistrato dovrà assimilare, sulla propria pelle, senso, portata e conseguenze di quelle regole stesse (sulla distinzione tra deontologia giudiziaria in senso individuale – “la madre di tutte le deontologie” –, in senso generale e diffuso, e in senso corporativo, si rinvia al contributo di R. Toniatti).

Inoltre, e veniamo al secondo aspetto, a meno di non volersi professare convinti assertori della teoria imperativistica della norma (per cui il diritto contemplerebbe solo prescrizioni coercitive³), occorrerà tenere in debito conto non solo la natura, intrinsecamente sociale, delle regole deontologiche (che nascono, non a caso, dall'autodeterminazione del gruppo immediatamente interessato), ma anche la natura *giuridica* delle stesse. Almeno in una società, e in uno Stato, improntati al pluralismo delle fonti (P. Rescigno) e, più in generale, al pluralismo giuridico, è impossibile tracciare una linea di demarcazione netta tra ciò che è diritto e ciò che non lo è, tra norma (soltanto) sociale e norma (anche) giuridica.

In un contesto pluralistico, il sistema delle fonti è destinato, anzi, a divenire sempre più complesso, soprattutto con riguardo

³ Sul punto v. le pagine che H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, p. 23 ss., dedica al pensiero di Austin.

alla moltiplicazione dei metodi di produzione del diritto⁴: basti pensare al rilievo acquisito dal metodo *giurisprudenziale* di produzione del diritto e a quanto quest'ultimo non possa prescindere, a sua volta, dalla complessificazione del sistema delle fonti stesse. Tale interdipendenza si traduce, come è stato rilevato, in un arricchimento notevole delle tecniche interpretative (Toniat- ti).

Il pluralismo giuridico nella vita reale del diritto, insegnava Gurvitch, non è che una conseguenza del pluralismo di fatto nella realtà sociale: «ogni gruppo ed ogni unione possiede la capacità di produrre il proprio ordine giuridico autonomo, atto a regolare la propria vita interna. I gruppi e le loro unioni, prima ancora che intervenga lo Stato, *partecipano, in quanto centri produttori autonomi di legislazione giuridica, alla trama complessa della vita del diritto*, ove i diversi ordini giuridici si confrontano, si combattono, si compenetrano, si equilibrano e si ordinano gerarchicamente nel più vario modo»⁵.

Se, nel riferirci al fenomeno giuridico, ne evidenziamo l'immanenza della radice sociale, dunque la sua "socialità" o il suo aspetto di fenomenologia sociale che dir si voglia, non facciamo altro che rievocare visioni proprie certo non solo di un Capogrossi o un Gurvitch, ma di una nutritissima e autorevole gamma di firme attive nell'arco degli ultimi tre secoli⁶.

Su questa stessa linea, con la mitezza dei toni e l'implacabilità delle argomentazioni che ne contraddistinguono lo stile, anche un'altra voce contribuisce a risolvere il nodo della natura del-

⁴ Cfr., a tal proposito, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995 (spec. cap. XIII, in cui viene affrontato il tema del diritto cd. "convenzionale").

⁵ G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1949, p. 93 (il corsivo è nostro).

⁶ «Intendendo in tal senso il fenomeno giuridico, non ci si discosta da una concezione che affonda le sue radici nei secoli passati ed è stata propria di autori come Althusius, Grotius, Leibniz, Dupont de Nemours, Fichte, Proudhon, ed altri; e che è stata affinata sul piano giuridico soprattutto ad opera dei tedeschi von Stein e von Gierke e, più di recente, in Francia da Hauriou, in Austria da Ehrlich ed in Italia da Santi Romano». Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 17.

le norme di deontologia (giudiziaria ma non solo). Ci riferiamo all'intervento di A. Pizzorusso, per il quale affermare che le regole sociali non sono regole giuridiche è tipico di un'impostazione che, valorizzando fortemente i testi ed escludendo altre forme di produzione normativa, tende a far coincidere il diritto con la legge.

A conferma della fallacia dell'equazione diritto = legge, l'Autore adduce molteplici esempi: dalla notissima confutazione, ad opera del giudice costituzionale, della differenza tra norme programmatiche e precettive, fatta propria dalla Cassazione in tempi ormai lontani, alle norme di *soft law* nel diritto internazionale e alle direttive comunitarie prima della loro trasposizione nell'ordinamento interno, allo sviluppo, nel contesto del diritto comparato e transnazionale, della prassi per cui nell'ambito anche di concreti procedimenti giudiziari, si utilizzano giurisprudenze di giudici stranieri o internazionali. Contestando l'opinione largamente diffusa secondo cui le norme contenute nei codici deontologici non sarebbero norme propriamente giuridiche, l'Autore si contrappone, dunque, a un tipo di impostazione propria del periodo di massimo sviluppo delle tendenze giuspositivistiche, in cui si pensava di poter distinguere nettamente ciò che è diritto da ciò che non è diritto.

In altri termini è emersa la tesi secondo cui, per quanto "sociale" possa essere la genesi delle norme, non per questo esse non sono, del pari, anche giuridiche. E, se sono giuridiche, qualche forma, più o meno intensa, di effettività potrebbero averla. Le norme deontologiche non si sottraggono a quest'evidenza, rafforzandola, anzi, in quanto esempio perfetto di norme che nascono come norme di "diritto sociale" per divenire anche qualcosa di diverso, norme giuridiche, appunto.

Affermata dunque la ontologica giuridicità delle norme sociali, e pur tenendo in debito conto la distinzione tra ambito deontologico e disciplinare (su cui *infra*, § 2), a noi sembra possibile tentare, senza eccessive forzature delle varie opinioni emerse nel corso del seminario, una sintesi tra quei due ambiti, anche con riguardo al principio di effettività.

Questo aspetto è stato sottoposto, nel corso del seminario di studi, al fuoco incrociato di opinioni, tanto autorevoli, quanto discordi tra loro, come già ricordato, rilevando, alcuni, come le norme deontologiche siano «indicazioni di principio prive di efficacia giuridica»; e tale punto di vista si pone in linea, del resto, con l'*incipit* del codice etico della magistratura (G. Natoli), nella sua declamata mancanza di efficacia giuridica (al punto muove una serrata critica R. Danovi).

E tuttavia può soccorrere, in quel tentativo di sintesi, l'idea che l'effettività giuridica delle norme deontologiche si manifesti soprattutto attraverso l'ausilio interpretativo che le stesse possono offrire alle norme in tema di responsabilità disciplinare⁷ (in tal senso v. anche S. Prisco). Sotto questo aspetto vi è stato chi, pur sottolineando «la natura extragiuridica, estranea all'attività normativa 'vera e propria', dei codici di deontologia» (L. Chieffi), ha ricordato anche come il codice potrebbe divenire, «nell'interpretazione giurisprudenziale (sia essa amministrativa, civile o penale) un parametro utile per l'applicazione di sanzioni collegate a clausole generali: facendo leva su leggi che fissino criteri generali di imparzialità e correttezza, il giudice potrebbe dunque individuare figure sintomatiche o indici rivelatori di scorrettezza o parzialità».

Per questa via si è dunque ricondotta la sfera deontologica in quella giuridica anche se, riprendendo il pensiero di G. Natoli e N. Rossi (tra gli altri) e convenendo ancora una volta sulla diversità, dagli stessi evidenziata, tra obiettivi del codice deontologico e quelli propri del codice disciplinare, sarà interessante soffermarsi su un ulteriore profilo: quello delle conseguenze legate alla violazione della norma deontologica. In merito è assai interessante il tema posto in campo da C. Guarnieri: «È giusto che ci sia una separazione tra

⁷ Così R. SABATO, *Le code éthique italien entre déontologie et discipline*, in *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, a cura di H. Épineuse e D. Salas, Dalloz, Paris, 2003, p. 99, per il quale la funzione interpretativa della deontologia nei confronti delle regole disciplinari si rende possibile allorché queste ultime facciano riferimento a concetti quali, ad esempio, il "prestigio" o la "considerazione" dovuta all'ordine giudiziario. Al di là dell'ausilio interpretativo, viene giustamente ricordato dall'A. come disciplina e deontologia vadano considerati come ambiti concettualmente distinti.

momento deontologico e momento disciplinare, però mi domando: la violazione sistematica delle regole del codice deontologico è proprio destinata a non avere alcuna conseguenza? O può avere conseguenze un domani, quando si tratta, ad esempio, di attribuire un ufficio direttivo a un certo magistrato, che sistematicamente, per anni, ha violato norme accettate dall'Associazione e si presenta per avere assegnato un certo ufficio direttivo in concorrenza con un altro magistrato che magari ha la stessa anzianità, gli stessi titoli, ma che queste regole ha osservato? Io credo che qualche conseguenza ci debba essere, senza arrivare a quelle conseguenze *soft* dei giudici inglesi per cui se un giudice viola certe regole (ad esempio, esagera col bicchiere) non viene più invitato a pranzo da nessuno al *club*, mangia da solo, non gli si rivolge parola: questo pare che a volte scateni crisi depressive che portano alle dimissioni».

Se si accede a un tale punto di vista, dovrà ammettersi, ancora una volta, che una qualche efficacia giuridica le norme deontologiche possano dispiegarla. In tal senso, si è detto che «il campo in cui immediatamente refluisce il sistema di valori e regole etiche dovrebbe essere quello delle valutazioni di professionalità» (G. Salmè).

Appare dunque del tutto evidente che, fermo restando il diverso campo di operatività del codice deontologico e di quello disciplinare, alla affermazione di una intrinseca giuridicità della norma deontologica si perviene attraverso l'analisi della sua genesi e delle sue applicazioni.

2. *Sui confini tra deontologia, disciplina e interpretazione*

Il punto sollevato da Guarnieri è di estrema delicatezza e ci porta a recuperare la *vexata quaestio* del limite che separa la deontologia dalla disciplina. Qui i pareri sembrano abbastanza uniformi, nel senso di ammettere quel limite, non solo, ma di evidenziarne anche l'importanza⁸.

⁸ Sul punto G. CANIVET, J. JOLY-HURARD, *La déontologie des magistrats*, Dalloz, Paris, 2004, p. 12 ss.

I rilievi, anche molto critici, nei confronti della legge delega n. 150/2005 sono stati in tal senso molteplici, avendo la stessa operato una discutibilissima sovrapposizione di norme disciplinari e norme deontologiche all'interno dell'articolo (2, co. 6) dedicato agli illeciti disciplinari ed ignorando del tutto quanto sin qui evidenziato in ordine alla differente natura delle due categorie di norme pur così intimamente correlate.

Il punto più criticabile di tale articolo appare senz'altro costituito da quelle disposizioni (cfr. artt 2, co. 6, lett. c, nn. 9 e 11) volte non solo a restringere indebitamente la discrezionalità interpretativa del giudice, ma anche a configurare l'eventualità che un provvedimento giurisdizionale viziato nel merito divenga oggetto di sindacato disciplinare. Una possibilità siffatta è semplicemente eversiva rispetto ai principi e ai criteri generali dell'ordinamento processuale italiano e ai principi costituzionali (*in primis*, l'art. 101, co. 2, Cost.).

A tal proposito è utile riportare l'opinione del Comitato di giudici europei presso il Consiglio d'Europa, secondo cui la deontologia consiste di «norme d'autocontrollo» che originano dalla consapevolezza, nel giudice, che «l'applicazione della legge non ha nulla di meccanico, implicando anzi un reale potere di apprezzamento». La consapevolezza di tale potere pone i giudici «in un rapporto di responsabilità verso se stessi e i cittadini»⁹.

Quest'affermazione è importante perché, da un lato, afferma un dato innegabile (che sembrerebbe scontato, ma che vale invece la pena sottolineare, visto che è stato travolto dalla citata legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario), è a dire il rapporto coesenziale che lega il giudice alla funzione interpretativa (D. Rousseau), dall'altro sottolinea la necessità che il giudice ancori la propria discrezionalità interpretativa a parametri riconducibili ai principi fondanti dello Stato costituzionale di diritto¹⁰ con una

⁹ Il parere è riportato da A. LACABARATS, *Les travaux du Conseil de l'Europe*, in *L'Ethique du juge*, cit., p. 87.

¹⁰ Cfr. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 154 (*Judicial discretion*). La versione originale, in lingua ebraica, è del 1987 e reca il titolo: *Shikul Daat Shiprety*).

operazione di autocontrollo il cui superamento può assumere rilievo sotto il profilo deontologico (B. Krix).

Così ricondotto all'ambito deontologico, non già disciplinare, il "controllo" sull'interpretazione viene giustamente rimesso all'unico soggetto possibile, al giudice stesso, che anche nello svolgimento dell'attività interpretativa, dovrà tener conto dei principi deontologici comuni a tutti i magistrati e "visibili" anche a tutti gli altri consociati.

Non diremo nulla di nuovo ricordando che il percorso obbligato, ai fini della "visibilità" dell'interpretazione, passa attraverso l'obbligo della motivazione. Motivazione che dovrebbe essere, a tale scopo, chiara, articolata. E ... sobria, suggerisce Prisco, in veste, da un lato, di fustigatore della consuetudine retorica propria, a suo parere, di certa giurisprudenza italiana e, dall'altro, di entusiasta apologeta dell'*esprit de géométrie* di quella francese. Indulgendo a un pizzico di sciovinismo, gli rispondiamo ... *melius abundare*, alle volte, se è vero che anche i francesi (v. Rousseau) sono non di rado polemici sullo stile troppo stringato delle motivazioni dei loro magistrati: il ricorso, ad esempio, a un metodo esegetico e a una logica strettamente deduttiva, spesso adottati dalla *Cour de cassation* (attraverso l'*escamotage* della cd. "*phrase unique*") servirà forse a garantire la correttezza formale del ragionamento, ma molto meno la ricchezza dell'argomentazione. Uno stile troppo geometrico e stringato, è stato detto, potrebbe mirare a far figurare come obbligate, necessarie, soluzioni interpretative che, apparentemente, pretenderebbero di ancorarsi saldamente alla legge, ma che, di fatto, potrebbero nascondere eccessi davvero un po' troppo "creativi" da parte del giudice. Che diventerebbe, in tale prospettiva, un misterioso, ambiguo ventriloquo¹¹.

¹¹ H. MUIR WATT, *La motivation des arrêts de la Cour de Cassation et l'élaboration de la norme*, in *La Cour de Cassation et l'élaboration du droit*, a cura di N. Molfessis, Economica, Paris, 2004, p. 57, cui si rinvia pure per il nutrito corredo bibliografico sul tema delle ideologie sottostanti alle tecniche di motivazione (spec. in riferimento al movimento dei *Critical legal studies*). Sulle tecniche di motivazione in Francia cfr. anche *La technique de Cassation. Pouvoir et arrêts en matière civile*, a cura di M.N. Jobard-Bachelier e X. Bachelier, Dalloz, Paris, 2003.

In ogni caso, per quanto la tecnica redazionale delle motivazioni possa risultare spesso discutibile (perché, ad esempio, ridondante, o «caratterizzata da difetti di coordinamento nel passaggio tra vari argomenti trattati, o da sovrabbondanza di citazioni giurisprudenziali non del tutto pertinenti»), essa non dovrà essere sindacata dal giudice disciplinare, potendo invece «trovare più idoneo luogo di valutazione in sede di procedimento amministrativo per la progressione in carriera del magistrato»¹².

La mancanza (totale o parziale) di una motivazione chiara e articolata (sul punto v. le osservazioni di Toniatti circa la «discrezionalità interpretativa motivata», e Rousseau, soprattutto in riferimento al ruolo delle *dissenting opinions*) può essere la prima spia di interpretazioni eventualmente abnormi della legge¹³, incostituzionali, oltre che deontologicamente scorrette, perché contrarie, di volta in volta, ai doveri di imparzialità, correttezza, senso della misura, ecc.

Ora, nei casi in cui un'interpretazione abnorme della legge sia davvero riconducibile ad un *comportamento* negligente, corrivo, in breve incurante della legalità, è ipotizzabile, anzi auspicabile, un intervento del giudice disciplinare¹⁴; laddove la motivazione sia sorretta da argomenti che, seppur *giuridicamente* criticabili, discutibili, trovino tuttavia un fondamento nella legge, il sindacato disciplinare non avrà più ragion d'essere¹⁵ e l'interpretazio-

¹² Proc. 120/98, sentenza del 24.9.1999, in *Massimario delle decisioni della Sezione Disciplinare, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2000-2001, p. 55.

¹³ Come quella riscontrata dalla Sezione disciplinare in riferimento all'operato di un magistrato requirente, che, adottando «un provvedimento abnorme, in quanto solo formalmente ancorato ad una motivazione apparente», aveva evidentemente trascurato il fatto che «il rispetto delle regole anche nei suoi profili formali costituisce garanzia a presidio della credibilità dell'attività requirente, oltre che inviolabile limite per il doveroso rispetto dei diritti di difesa» (Proc. n. 108/98, sentenza dell' 11.11.2000, in *Massimario delle decisioni*, cit., p. 127).

¹⁴ Come nel caso citato nella nota precedente.

¹⁵ «La responsabilità disciplinare deve essere esclusa quando sia stato accertato che i provvedimenti emessi dagli incolpati (...), seppure inficiati da errori ravvisati dal giudice di legittimità (...), da un lato, non sono stati posti in essere per fini diversi da quelli della giurisdizione e, dall'altro, non sono il frutto di una condotta professionale negligente e trascurata. *Né tali provvedimenti possono essere qualificati come abnormi se*

ne della legge fornita dal magistrato potrà essere messa in discussione attraverso le ordinarie vie di ricorso.

Per tutto quanto detto, è evidente che, se il riferimento è all'ordinamento italiano, dal giudizio sulla responsabilità disciplinare occorre tener fuori l'idea stessa che provvedimenti giurisdizionali possano essere sindacabili attraverso vie che non siano quelle endoprocessuali, eccezion fatta – come appena affermato – per i casi di macroscopica violazione del codice etico (v. Guarnieri) e dell'obbligo di motivazione¹⁶.

In conclusione, e recuperando il riferimento all'art. 101, cpv, Cost. («i giudici sono soggetti soltanto alla legge»), che dovrebbe restare il primo parametro utile a recintare la discrezionalità interpretativa, va ricordato che proprio in virtù della singolare e prorompente forza espansiva acquisita dal potere interpretativo del giudice – e ciò a livello internazionale, comunitario e interno (D. Bifulco) – occorrerà rileggere quel capoverso (come suggestivamente proposto da Toniatti) così parafrasando: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge, *a condizione che* la legge sia costituzionalmente legittima, che la legge sia conforme al diritto comunitario, che la legge sia conforme alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e al diritto internazionale in generale». E ancora: «All'interno di questo potere interpretativo esiste un profilo di politicità, un recupero di politicità nell'interpretazione del diritto. Ma bisogna anche dire che *questo profilo di politicità non è disfunzionale, ma anzi è funzionale* all'equilibrio complessivo del sistema».

A tale scopo è davvero cruciale, lo ribadiamo, il ruolo che la motivazione svolge nell'assicurare quell'equilibrio.

presentano una motivazione articolata e sorretta da ragioni che, pur ritenute dal giudice di legittimità nettamente criticabili e non condivisibili, si collocano comunque nella sfera della "discutibilità" giuridica restando perciò nella sfera dell'errore.» (Proc. n. 124/2000, sentenza del 10.10.2001, in *Massimario delle decisioni* ..., cit., p. 60; il corsivo è nostro).

¹⁶ Queste osservazioni sono state più diffusamente sviluppate altrove: cfr., se si vuole, D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?)*, da recintare con cura!, in *Politica del diritto*, 4/2004, p. 617 ss.

3. *Funzioni della deontologia giudiziaria in società pluraliste e democratiche*

La complessità dell'organizzazione sociale implica la necessità di "criteri di collegamento" fra i diversi livelli di quel che gli amministrativisti chiamerebbero "policentrismo autonomistico"¹⁷, cui ognuno di noi partecipa in diversa misura. Seguendo l'opzione interpretativa più immediatamente prossima alla sensibilità del costituzionalista, faremo riferimento alla laicità dello Stato, che imponendo un «necessario pluralismo» assiologico, implica, evidentemente, che la questione deontologica *rifugga «ogni interpretazione etica di parte»* (Chieffi).

Se si accoglie tale prospettiva, potrà anche affermarsi che il significato delle norme deontologiche è, almeno in parte, riconducibile alla creazione di quei «criteri di collegamento tra valori che, se lasciati da soli, sono valori che diventano antinomici»¹⁸.

Si pensi, ad esempio, al valore della neutralità e imparzialità da un lato, e, dall'altro, all'idea di "impegno" (che potrà significare sia «impegno nel perseguire il fine istituzionale che alla magistratura è affidato»¹⁹, sia impegno "politico" in senso molto lato, nel qual caso il ragionamento è destinato a divenire più complesso, come cercheremo di illustrare qui di seguito).

Nel rafforzare il senso di quell'«impegno nel perseguire il fine istituzionale che alla magistratura è affidato» vengono in soccorso le regole deontologiche, se è vero che queste ultime devono «favorire il processo di identificazione del magistrato con il proprio ruolo» (identificazione, dunque, non solo, o non tanto, con un mestiere, ma, come ricordato da Natoli, con un *Beruf*, professione, cioè, e *vocazione*, al tempo stesso; nel medesimo senso Guarnieri, secondo il quale: «quel processo di identificazione (...) è uno degli elementi più importanti per favorire un buon

¹⁷ A. PAJNO, *La questione deontologica*, in *Etica e deontologia giudiziaria*, a cura di S. Marotta e G. Visentini, Vivarium, Napoli, 2003, p. 398.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

funzionamento dell'apparato giudiziario. Noi abbiamo una serie di indizi anche empirici che ci dicono che i giudici che sono fortemente identificati con la loro funzione sono poi giudici che non solo rendono meglio, ma anche quelli meno corrotti, e che lavorano di più (...); la deontologia deve diventare uno degli aspetti di questo processo di identificazione»).

In mancanza di regole deontologiche che assicurino il collegamento tra questi due valori potenzialmente antinomici (nell'esempio riportato, neutralità e "impegno", inteso come identificazione nel ruolo, ma anche, crediamo, come senso di appartenenza alla comunità politica), il sereno e adeguato svolgimento della funzione giurisdizionale non potrà dirsi assicurato. A tal fine occorrerà, per un verso, «garantire condizioni che consentano un certo grado di separatezza del magistrato dal corpo sociale, al fine di garantirne la neutralità e l'indipendenza, e, d'altro canto, assicurare il collegamento del magistrato stesso con la società per assicurarne la capacità di comprensione»²⁰.

L'art. 9 del codice etico della magistratura italiana è un valido esempio di criterio di collegamento: nel coniugare i diversi significati del dovere di imparzialità (co. 1: divieto di discriminazione in base a sesso, cultura, ideologia, razza o religione; co. 2: superamento dei pregiudizi culturali suscettibili di incidere sulla comprensione e sulla valutazione dei fatti e sull'interpretazione e applicazione delle norme), offre a ciascun magistrato la regola generale cui informare il proprio comportamento, che dovrà scaturire da un complesso bilanciamento di istanze assiologiche: neutralità, imparzialità e indipendenza, da un lato e, dall'altro, quella complessa trama di fili che collega ciascun magistrato alla società in cui vive. Poco importa il nome che si voglia attribuire a detta trama – valori di riferimento politici, oppure impegno "politico", in senso lato (che è cosa diversa, ovviamente, dall'impegno partigiano, come rilevato da Guarnieri); quel che più rileva è che occorre finalmente accettare l'idea della "politicalità" del giudice, ove per politicalità intendiamo il necessario relazionarsi di

²⁰ *Ibid.*

quest'ultimo a un universo di valori di riferimento, che gli derivano dal fatto stesso di essere, oltre che magistrato, individuo e cittadino immerso in un certo contesto sociale (v. Krix).

Dalla politicITÀ, intesa in tal senso, alla tentazione metafisica o ideologica del giudice, il passo può essere tanto breve quanto fatale. Il ruolo del codice deontologico si insinua in questo delicato passaggio, e consiste, appunto, nell'evitare che quel passo sia compiuto, che a quella tentazione si ceda. La deontologia serve ad aiutare ciascun magistrato a visualizzare, a guardare con maggior distacco e obiettività gli estremi assiologici potenzialmente confliggenti. A tal scopo, le norme deontologiche devono essere chiare, generali, porsi come linee-guida, insomma, in riferimento alle quali ogni magistrato dovrà, di volta in volta, calibrare il bilanciamento di istanze assiologiche eventualmente contrapposte.

In tal senso il codice svela tutta la sua importanza ai fini della acquisizione di un «abito mentale» (Chieffi), dunque di una certa «mentalità nello svolgimento dell'attività professionale e nella condotta di coloro che sono destinati ad osservarlo» (A. Patrono). Se tale è il ruolo del codice etico, si comprende anche quanto la formazione professionale sia decisiva per assicurare l'attecchimento dei valori deontologici nella coscienza e nel quotidiano operare del magistrato.

A tal proposito, e recuperando quanto già accennato circa la delicatezza del tema della "politicITÀ" del giudice, è stata opportunamente suggerita (da Guarnieri) l'introduzione, nell'ambito della formazione professionale, di un «addestramento migliore, più profondo, dei giudici alla conoscenza e al maneggio delle principali filosofie politiche contemporanee. I giudici devono sapere che cosa è il pensiero liberale, che cosa è il cosiddetto pensiero liberista, quali sono le tendenze all'interno del movimento socialista internazionale. Queste cose secondo me sono importantissime, perché quando si va a discutere di uguaglianza, di libertà individuali, queste cose vengono fuori. (...) Credo che se i giudici recuperassero una certa conoscenza delle principali dottrine politiche e anche dei principali caratteri di funzionamento dei si-

stemi politici, sarebbero più bravi a *controllare i propri valori, cioè l'influsso dei propri valori sulle proprie decisioni*».

3.1 *Segue. La libertà di manifestazione del pensiero (politico) deve essere garantita anche al magistrato nel contesto di uno Stato democratico e pluralista?*

Sofferinarsi, ancora una volta, sul tema della politicità dell'azione giudiziaria (e, quindi, sul ruolo dei valori politici nelle scelte giudiziarie), tentando di definirne il senso, è tanto più necessario, ove si tenga presente il nostro contesto di riferimento più immediato, ovvero quello italiano, in cui, oramai, ogni manifestazione di idea – *lato sensu* politica – sembra preclusa ai magistrati, almeno a quei magistrati che non vogliano esporsi all'eventualità, anzi certezza, di vedere stigmatizzato il proprio diritto alla libera manifestazione del pensiero (politico, ebbene sì) nei termini di partigianeria per avere votato, per dirne una, alle primarie del 2005, o avere manifestato in favore dei cd. Pacs.

Il tema si fa ancor più di bruciante attualità ove si ricordi quanto previsto dalla legge delega n. 150/2005, che prevede come illecito disciplinare «l'iscrizione o partecipazione a partiti politici, ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici (*sic!*) che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato» (art. 2, co. 6, lett. *d*, n. 8) e diventa addirittura paradossale di fronte alla scelta, operata dal legislatore delegato, di recepire le previsioni della delega senza alcuna specificazione e tipizzazione, lasciando il campo degli illeciti disciplinari disseminato di incertezze²¹ ed opacità. Del tutto singolare, e a dir poco equivoca, appare la previsione prospettata dal legislatore delegato in ordine al profilo della libertà e legitti-

²¹ Si fa riferimento al decreto legislativo recante «disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati e delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicazione, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati in attuazione degli artt. 1 co. 1, lett. *f* e 2, co. 6 e 7 della L. 25 luglio 2005 numero 150».

mità di critiche, provenienti dall'interno della magistratura, ai procedimenti in corso: si prevede, infatti, di punire «*l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato*». È del tutto evidente che l'ambito di rilievo disciplinare di questa previsione riguarda solo le critiche o le adesioni di carattere giuridico o culturale, in quanto altra norma disciplinare prevede già come illecito funzionale «*l'indebita interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato*». Da un lato, appare evidente la forzatura operata dal legislatore delegato, sotto il profilo logico, conseguente alla assimilazione della critica ai provvedimenti giudiziari alle *indebite interferenze*, ben più rilevanti (come le pressioni e le raccomandazioni); dall'altro destano perplessità i contorni sfumati della norma, che ravvisa conseguenze disciplinari solo nel caso in cui quelle interferenze siano «idonee a influenzare la libertà del magistrato investito del procedimento, di decidere liberamente»: di talché andrebbe, ad esempio, sanzionata la libertà di critica del magistrato particolarmente autorevole e non quella di chi “non conta nulla”!!!

Rimane del tutto oscuro come una previsione siffatta possa conciliarsi con la libertà di manifestazione del pensiero del magistrato affermata a chiare lettere (pur se inscritta in certi limiti) nella nota sentenza n. 100/1981 della Corte costituzionale²², come pure, in tempi più recenti, dalla Suprema Corte.

La Corte di cassazione, nel delineare i limiti di tale diritto, ha affermato che la liceità dello stesso può ravvisarsi solo laddove sia rispettata «la condizione della correttezza dell'espressione, intesa sia come correttezza formale, sia come limite sostanziale, indivi-

²² «*Deve riconoscersi – e non sono possibili dubbi in proposito – che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, ma (...) la libertà di manifestazione del pensiero (...) non è senza limiti, purché questi siano posti dalla legge e trovino fondamento in precetti e principi costituzionali. (...) I magistrati, per dettato costituzionale (...) debbono essere imparziali ed indipendenti, e tali valori vanno tutelati (...) anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del loro compito. (...) Nel bilanciamento di tali interessi con il fondamentale diritto alla libera espressione del pensiero, sta il giusto equilibrio*».

duabile in ciò che è strettamente necessario per soddisfare *l'interesse sociale* al quale la manifestazione del pensiero è finalizzata»²³.

Da tale punto di vista, dunque, “l’interesse sociale” si porrebbe quale limite immanente della libertà di manifestazione del pensiero. Si può essere d’accordo, o meno, con una tesi siffatta che tende a “funzionalizzare” quella libertà al soddisfacimento di un “interesse sociale”. Per quel che ci riguarda, prendiamo senz’altro le distanze da una visione del genere che, affermando l’esistenza di limiti immanenti alla libertà di espressione del pensiero, “ingabbia” la stessa nelle troppo anguste maglie di vincoli ideologici, poco adatti a una democrazia relativamente “aperta” (che, in quanto tale, dovrebbe cioè escludere limiti contenutistici o ideologici alle libertà²⁴), quale quella italiana. Che, poi, a quei vincoli e limiti si voglia dare il nome di “interesse sociale”, come nel senso indicato dalla Cassazione, o democraticità della forma di Stato, poco rileva in questa sede.

Nel propendere per una visione ben più liberale della libertà di manifestazione del pensiero, ci sentiamo, del resto, confortati da autorevole dottrina, nonché da un nutrito filone di giurisprudenza costituzionale, tesi entrambi a supportare *la tesi «che nega al legislatore ordinario l'autonomo potere di restringere il diritto di libera manifestazione adducendo l'esistenza di limiti 'immanenti' a tale diritto, ancorché finalizzati alla tutela del 'regime democratico'»*²⁵.

Forse, però, anche a volere accedere alla tesi secondo cui la libertà di espressione del pensiero del magistrato troverebbe il proprio limite sostanziale nell’interesse sociale, vista la funzione

²³ Cass. civ., Sez. U., 22.12.2003, n. 19659.

²⁴ A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989, p. 2.

²⁵ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, p. 388 (il corsivo è nostro). Per spunti comparatistici sulla legislazione limitativa della libertà di manifestazione del pensiero, cfr. A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 26-51 e *Id.* (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005.

pubblica da lui svolta, si giungerebbe alla conclusione che quel medesimo “interesse sociale” non possa non ricomprendere in sé l’interesse – della collettività tutta – non solo a che i «giudici non abbiano la testa vuota» (come dice l’*enfant terrible* della Corte suprema degli Stati Uniti, Antonin Scalia, ripreso da Bruti Liberati e Guarnieri), ma anche che devono esprimerle nei limiti della correttezza; ciò affinché il dibattito democratico (cui la libertà di manifestazione del pensiero, in quella visione, sarebbe preordinata) possa trarre linfa vitale da quell’espressione stessa. E, anche, affinché il cittadino sappia come “la pensa” il suo giudice naturale.

Il codice etico può contribuire a insegnare al magistrato come contemperare il proprio, *incoercibile*, diritto alla libertà di manifestazione del pensiero con i limiti (prestigio, ordine, correttezza, imparzialità, indipendenza) allo stesso imposti dalla Costituzione e dalle leggi.

Certo, si dirà, il cittadino potrebbe non fidarsi di questa virtù interiore, della naturale attitudine del magistrato al *self-restraint*. In tal caso, *quid iuris?* Ove ne ricorrano le condizioni, le parti interessate potranno ricorrere alla riconsiliazione²⁶.

Le resistenze, ancora molto dure a morire, nei confronti dell’idea che un magistrato abbia diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero politico sono ben evidenziate dalla prima versione del codice etico, approvato (su mandato Onu) a Bangalore nel 2001. In quella sede si erano infatti previste «norme assolutamente proibitive di un qualsiasi collegamento (pudicamente riferito al solo periodo ‘successivo alla nomina’) tra giudice e dibattito politico» (R. Sabato). La rigidità del divieto appariva, invero, tanto più paradossale in quanto quel documento era scaturito da un contesto composto, soprattutto, da giudici di *common law* ai quali, pure, l’idea della partecipazione del magistrato alla dinamica politica (quando non addirittura alla competizione elettorale) non doveva certo risultare estranea.

²⁶ S. BELTRANI, *Nuovo ordinamento giudiziario e libertà di manifestazione del pensiero: due mondi lontani?*, in *la Magistratura*, 3/4, 2005, p. 19.

Le giuste osservazioni rivolte dal gruppo di lavoro del Consiglio consultivo dei giudici europei – tese a evidenziare l'assenza di una univoca posizione, a livello internazionale e generale, circa la libertà, o meno, dei giudici di impegnarsi in politica (Sabato) – sono servite solo in parte a stemperare l'essenza manichea di quella originaria previsione, la versione definitiva del testo prevedendo, infine, e più genericamente, che il limite all'esercizio del diritto di espressione del giudice debba individuarsi nella tutela della dignità, imparzialità e indipendenza.

Che le posizioni, a livello internazionale ed europeo, circa l'ammissibilità della partecipazione dei magistrati al dibattito politico siano screziate di venature abbastanza variegata, lo dimostra il caso tedesco, dunque un ordinamento vicino a quello francese ed italiano, quantomeno dal punto di vista del sistema (burocratico) cui è informata l'organizzazione della magistratura, e segnatamente, il reclutamento dei giudici²⁷.

Sul punto varrà la pena di soffermarsi per verificare se i tedeschi abbiano, come spesso accade, qualcosa da insegnarci. Della loro cultura politica e giudiziaria è acquisizione ormai ben salda il diritto dei magistrati di partecipare alla vita politica del paese (Krix), ivi compreso il diritto di iscriversi a partiti politici. E, è bene ribadirlo, stiamo parlando di un sistema giudiziario burocratico, non elettivo.

Provi un po', l'interlocutore straniero, a porre in discussione tale diritto. La maggior parte dei giudici tedeschi ne difenderà a spada tratta la legittimità, anzi l'irrinunciabilità e affermerà che il giudice è, innanzitutto, un *Bürger*, un *cittadino* come gli altri; in quanto tale, egli ha diritto a manifestare il proprio pensiero, anche politico, e a partecipare alla vita politica del proprio Paese.

È, del resto, la stessa legge tedesca sull'ordinamento giudiziario a legittimare e, anzi, a presupporre il diritto a una siffatta partecipazione, allorché definisce il magistrato come colui che disponga della «necessaria conoscenza (o competenza nella) della

²⁷ Sul punto C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma, 2002, p. 88.

sfera sociale» (§ 9, co. 4, *DRiG*²⁸). Come dire che per essere qualificati “magistrati”, occorre, pregiudizialmente, aver maturato un certo grado di conoscenza della società in cui si vive. A tale condizione, se ne accompagna un'altra che “obbliga” letteralmente il magistrato a farsi attivo difensore, in ogni tempo, dell'ordinamento liberale e democratico così come delineato dalla legge fondamentale (§ 9, co. 2, *DRiG*)²⁹. La medesima legge, inoltre, nel prevedere esplicitamente l'eventualità che il magistrato svolga “attività politica” (*politische Betätigung*), gli impone anche di comportarsi in modo che la fiducia (dei consociati) nella sua indipendenza non venga compromessa da quella stessa attività politica³⁰.

All'utente della giustizia che ponga in dubbio l'imparzialità di giudizio del magistrato – impegnato in politica – spetterà l'onere di provare quel dubbio, come affermato da una consolidata giurisprudenza (di cui in nota riportiamo esempi particolarmente eloquenti)³¹, anche costituzionale³², e ciò sia in riferimento ai giu-

²⁸ § 9 *DRiG*, Abs 4: «In das Richterverhältnis darf nur berufen werden, wer über die erforderliche soziale Kompetenz verfügt» (la *DRiG* – *deutsches Richtergesetzes* – è la legge-quadro federale sull'ordinamento giudiziario tedesco)

²⁹ § 9, Abs. 2, *DRiG*: «In das Richterverhältnis darf nur berufen werden, wer die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt».

³⁰ § 39 *DRiG*: «Der Richter hat sich innerhalb und ausserhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird».

³¹ *OVG Lüneburg 2. Senat*, 13.5.1992: «Un giudice, che appartenga a un partito politico, e da quest'ultimo candidato per le elezioni comunali (...) può destare nel ricorrente (*Kläger*) il sospetto di parzialità. Dal ricorrente, tuttavia, è lecito aspettarsi che egli legittimi il suo dubbio circa l'imparzialità e l'indipendenza del giudice, fornendo la prova del suo sospetto. Il che significa che il ricorrente, se vorrà far valere il suo dubbio in giudizio, dovrà dimostrare i motivi per cui è portato a credere che il giudice si comporterà – consapevolmente o inconsapevolmente – in maniera non conforme a quanto previsto dal § 39 della legge sull'ordinamento giudiziario [v. nota precedente]. Il dovere di indipendenza del giudice non potrà essere messo in discussione solo in virtù della sua appartenenza a un partito politico (o collaborazione alle attività dello stesso), né della presunta identificazione del giudice con un certo orientamento politico». [Traduzione nostra]. Il testo della sentenza è leggibile in www.jurisweb.de/jurisweb/cgi-bin/j2000cgi.sh. E, ivi, nel medesimo senso della precedente decisione, cfr. anche *BVerwG 2 Senat*, Urteil v. 29.10.1987, Az: 2 C 72/86; ed inoltre: *VG Schleswig*,

dici ordinari, sia a quelli appartenenti al Tribunale costituzionale federale.

È evidente che lo scotto del nazismo deve aver giocato buona parte nel rendere i magistrati tedeschi coscienti e attivi difensori della propria essenza di *Bürger*. Non sarà un caso, del resto, se nella legge fondamentale tedesca il vincolo del giudice alla legge si arricchisce, assai significativamente, del richiamo all'obbligo di soggezione *anche al diritto* (art. 20, co. 3 – gemma preziosa! – del *Grundgesetz*). E che il diritto non si identifichi nella legge, constando invece di uno spettro infinitamente più esteso di fonti (Pizzorusso), quali, tra le altre, le interpretazioni della giurisprudenza³³ (Rousseau, Toniatti) e, in qualche modo, le regole “sociali” (Bifulco, Pizzorusso), è un altro dei punti emersi, a più riprese, nel volume che qui si presenta.

Forse, val la pena ricordare che la drammatica esperienza della dittatura fascista portò l'Italia, sulla scia di un percorso molto simile a quello tedesco, a una reazione altrettanto decisa contro l'imbavagliamento sistematico della magistratura, se è vero che il Ministro di giustizia nel 1944 (con circolare n. 285/1944) abolì non solo il divieto, fino ad allora vigente per i magistrati e il personale degli uffici giudiziari, di professare pubblicamente la

Urteil v. 12.12.1984 - 11 A 60/84, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, Heft 19, p. 1098 ss.

³² *BVerG*, 1, *Senat*, 12.7.1986: «La Legge fondamentale e la legge sull'ordinamento giudiziario presuppongono che i giudici costituzionali non solo abbiano opinioni politiche, ma che possano anche farsene attivamente sostenitori, assicurando, al tempo stesso, l'imparzialità, l'obiettività, l'assenza di pregiudizi e la scrupolosità nello svolgimento del loro ufficio. Il diritto alla libertà di parola e all'intervento nella dinamica politica non possono essere loro disconosciuti; nel caso in cui i giudici esercitino tale diritto, le parti (del processo) non potranno, solo per questo, ragionevolmente ritenere che quella partecipazione (al dibattito politico) si rifletta necessariamente sulla interpretazione del diritto operata dal giudice stesso» [Traduzione nostra]. Per il testo della sentenza in originale si veda: www.jurisweb.de/jurisweb/cgi-bin/j2000cgi.sh.

³³ La dottrina sul punto è a dir poco sterminata. Cfr. almeno, per quanto concerne la Germania, G. ORRÚ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, 1977, p. 298 ss.; e, per quella italiana, spec. del secondo dopoguerra, v. G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 11-53.

propria fede politica, ma prevede anche che la partecipazione alla vita politica fosse oggetto di un *dovere civico*: «sarebbe per i funzionari dell'Ordine Giudiziario un privilegio odioso il contrastare loro l'adempimento di questo dovere, limitando *a priori* nei loro riguardi l'esercizio dei diritti politici al semplice atto del dare il voto nelle elezioni. (...) Se moventi diversi da quelli del compimento del dovere dovessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro l'iscrizione ai partiti perché, dentro e fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni e relazioni, tanto più efficaci quanto più nasconde»³⁴.

3.2. *Il confortante alibi del "clima politico", ovvero come non affrontare (e non risolvere) il problema della "politicità" del giudice*

Certo, si dirà, il clima politico dell'epoca era diverso, si trattava, allora, di elevare un *barrage* giuridico in difesa del nuovo ordinamento, reagendo ai soprusi perpetrati dal regime fascista contro le libertà, che andavano rimodellandosi sotto la guida illuminata di eccelse menti giuridiche. Erano, non a caso, i tempi in cui la dottrina più raffinata (Mortati) teorizzava non solo il diritto, ma anche il dovere di resistenza del cittadino contro i poteri pubblici che «violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione»³⁵, come pure il diritto/dovere del giudice di disapplicare la legge ingiusta (Garbagnati³⁶).

³⁴ Il documento è citato da S. BELTRANI, cit., p. 18.

³⁵ Così recitava la versione originaria – proposta appunto da Mortati in Assemblea Costituente –, dell'art. 50 Cost. it. Sulle ragioni della soppressione della disposizione v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, pp. 1038, 1245-46. Sulla legittimità del diritto di resistenza, in quanto direttamente fondato sul principio di sovranità popolare *ex art. 1, cpv, Cost, Id., Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 32.

³⁶ «È ingiusta la legge positiva che, contrastando nel suo contenuto con l'ordine naturale dell'umana società, non contiene, in realtà, diritto oggettivo, né è giuridica-

Ma il punto, ci sembra, è che i diritti di libertà, almeno se interpretati alla luce del dettato costituzionale, non possono sempre e solo essere declinati a seconda di come butta il vento, a seconda, cioè, del cd. clima politico, o di questa o quella maggioranza parlamentare. Altro è leggere quei diritti (tra cui, appunto, la libertà di espressione del pensiero, anche del magistrato) alla luce dei necessari canoni interpretativi che legano le norme all'evoluzione dei tempi e dell'ordinamento giuridico (ci riferiamo, ovviamente, all'interpretazione evolutiva e adeguatrice; di particolare interesse appaiono, a tal proposito, le osservazioni di Danovi sulla funzione dei cd. "canoni complementari", interni al codice deontologico forense, quali strumenti per interpretazione evolutiva del codice stesso), altro è affermare che, poiché quel clima è, all'ora attuale, pessimo, conviene confinare la libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nel rassicurante recinto del "prestigio dell'ordine giudiziario", conviene, insomma, non esporsi troppo, onde evitare di dare adito a recriminazioni immediate da parte politica.

Se è vero che il clima dei rapporti tra magistratura e politica è stato pessimo negli ultimi anni, è pur vero che gli unici valori di riferimento in tema di libertà sono ancora definiti a chiare lettere nella Costituzione. E, dunque, l'esercizio della libera espressione del pensiero del magistrato dovrà trovare il suo punto di equilibrio nel bilanciamento dei valori (cfr. Bruti Liberati) previsti in quest'ultima, non certo nel bilanciamento dei mutevoli umori del "clima politico".

E la Costituzione, in fatto di divieto o limitazioni all'attività politica del magistrato o all'iscrizione ai partiti politici (art. 98, co. 3), si è dimostrata agnostica, rimettendo alla discrezionalità del legislatore l'eventualità di tradurre in effettività tali limitazioni. La legge, come si sa, non è stata mai adottata. Una situazione ambigua (tipica, per tanti versi, di un malcostume tutto italiano, perennemente venato di ipocrisia) si è perpetuata nel tempo: nessun di-

mente vincolante, ma è mera espressione dell'arbitrio del legislatore e, come tale, è direttamente disapplicabile dal giudice e dallo stesso soggetto privato.» G. GARBAGNATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, in *Jus*, 1954, p. 444.

vieto esplicito di iscrizione ai partiti, nessun divieto esplicito di esprimere idee politiche. Salvo, poi, essere accusati di faziosità, partigianeria o quant'altro, allorché un'opinione politica venga espressa dai magistrati.

La legge delega n. 150/2005 conferma quell'ambiguità: se da un lato, infatti, si prevede, in termini chiari e inequivocabili il divieto «di iscrizione ai partiti politici», dall'altro tale divieto viene esteso, in maniera appunto del tutto ambigua, alla «partecipazione» agli stessi e al «*coinvolgimento nelle attività di centri politici*» (art. 2, co. 6, lett. *d*, 8).

Relativamente al significato di quest'ultima espressione, ammettiamo di sentirci stretti in un'alternativa infernale: confessare la nostra insipienza, perché davvero non afferriamo quale sia il senso di “centro politico”, o sospettare che la formula del legislatore sia volutamente ambigua e architettata in modo da stigmatizzare, al momento giusto, qualsivoglia attività o espressione politica del magistrato. Sarà la forza invincibile dell'amor proprio, ma tenderemmo senz'altro a propendere per la seconda ipotesi: la “partecipazione ai partiti politici” così come il “coinvolgimento nelle attività di centri politici” formano, insieme, un bel calderone in cui il legislatore minaccia, neanche troppo velatamente, di cuocere a fuoco lento la libertà di manifestazione del pensiero politico dei magistrati italiani. Si pensi, ad esempio, all'eventualità che un magistrato decida di partecipare a una certa manifestazione: potrà farlo impunemente o sarà accusato di appoggiare – per il solo fatto della sua presenza a quella manifestazione, cui abbia aderito, tra gli altri, anche un certo partito – l'attività propagandistica di quest'ultimo? La risposta è ovvia. Sarà accusato e soggetto a sanzione disciplinare.

In conclusione (e lanciando un timido *ballon d'essai*): posto che ciascun magistrato dovrebbe mantenere sempre viva la consapevolezza (almeno se deontologicamente orientato!) che le sue idee e valori politici di riferimento minacciano costantemente di influenzare le proprie decisioni, non si tradurrebbe forse in un vantaggio, per la democraticità del sistema innanzitutto, la possibilità “concessa” ai magistrati di esprimere liberamente le proprie

idee politiche?³⁷ In un sistema democratico e pluralista ogni magistrato, crediamo, dovrebbe imparare a camminare da solo, in equilibrio sul filo del bilanciamento tra la libertà garantita dall'art. 21 e i valori dell'imparzialità e indipendenza (Bruti Libertati) imposti sia dalla Costituzione, sia dal codice etico. In equilibrio sul filo, dunque, ma... senza rete sotto, assumendosi, cioè, l'intera responsabilità di quel delicato bilanciamento che egli stesso dovrà, di volta in volta, attuare, facendo in modo che il suo diritto alla partecipazione politica non influenzi le sue decisioni, né il modo in cui applicherà il diritto.

Ancora una volta appare velleitaria e assolutamente non condivisibile la scelta, operata dal legislatore, di sanzionare «l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è idoneo a turbare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste». Anche in questo caso, la direttiva di carattere generale contenuta nella l. 150/2005 non ha trovato nello schema del relativo decreto delegato una sintesi apprezzabile, che avrebbe dovuto invece contemplare la tipizzazione di fattispecie chiaramente applicabili. Nel disegno del legislatore delegato, dunque, le critiche e i dissensi pubblici nei confronti di atti, provvedimenti o anche linee di condotta dei molteplici soggetti istituzionali che esercitano funzioni costituzionalmente previste (come il Ministro, ma anche gli enti territoriali, e perfino il Cnel) potranno determinare un intervento disciplinare, precludendo definitivamente ogni possibilità di partecipazione.

4. *Deontologia, informazione e responsabilità diffusa*

Comunque sia, e al di là delle singole, più o meno soggettive opzioni emerse sul tema della politicità dell'azione giudiziaria, il punto è che tale problematica pone in massimo risalto il ruolo della deontologia. Se un minimo comun denominatore è emerso dai vari contributi (v. Bifulco, Guarnieri, J. Joly-Hurard, Prisco) que-

³⁷ In tal senso, S. BERTANI, cit., p. 19.

sto attiene senz'altro al profilo della *legittimazione dell'azione giudiziaria* negli Stati di diritto contemporanei e alla funzione, in tal senso imprescindibile, che le regole deontologiche sono destinate a svolgere nel rafforzamento di quella legittimazione (Rossi)³⁸.

A fronte del ruolo crescente della magistratura – che significa, tra l'altro, espansione degli ambiti decisionali in cui i giudici intervengono, aumento della “creatività” giurisprudenziale intesa come produzione di diritto ad opera dei giudici, proliferazione di giurisdizioni in ambito nazionale e internazionale – si impone l'esigenza di individuare contrappesi idonei a equilibrare una tendenza evolutiva siffatta.

Se dunque è vero, come è stato sostenuto da più voci nel corso delle giornate di studi partenopee, che il ruolo dei codici deontologici appare decisivo nell'equilibrare una dinamica politico-istituzionale, in cui le istanze dell'indipendenza e della responsabilità³⁹ si ritrovano contrapposte in un serrato faccia a faccia, ciò è vero anche in riferimento allo scenario internazionale ed europeo (Bifulco, Épineuse, Joly-Hurard, Sabato).

Stando così le cose, occorrerà, a questo punto, trovare il modo di rinvigorire l'effettività del codice etico. A tal scopo, sarà decisivo maturare la consapevolezza che la deontologia giudiziaria, pur nascendo – lo si è ricordato in apertura di queste note – come istanza innanzitutto individuale, deve poi servire anche a relazionarsi con gli altri. Sarà bene, allora, abbandonare quell'“orgoglio luciferino” che può indurre, talvolta, un magistrato a pretendere di capire come gli altri lo vedono (Rossi); e, ascoltando le parole del poeta, provare a «guardare alla propria vita come fosse la vita di un altro» (Eliot), tentando di capire a quali valori deontologici i consociati immaginano ispirato l'agire del magistrato stesso. Dove, per consociati, ci riferiamo alle categorie professionali con cui la magistratura lavora in più stretto contatto, segnatamen-

³⁸ Cfr. D. SALAS, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette, Paris, 1998, p. 215.

³⁹ H. DALLE, D. SOULEZ LARIVIÈRE, *Juges et procureurs*, in *Notre justice*, (a cura dei medesimi AA.), Robert Laffont, Paris, 2002, pp. 134-135.

te l'avvocatura⁴⁰ (Danovi, Guarnieri, Patrono), il mondo dei media e quello degli utenti della giustizia.

Se condivisa con l'opinione pubblica e la comunità dei giuristi, la deontologia giudiziaria non potrà che rafforzare la propria effettività, rendendo più concreto quel circuito di responsabilità diffusa necessario ad alimentare il dibattito democratico. Naturalmente, anche il terreno della "condivisione" dovrà ispirarsi a regole di carattere generale ed astratto sui temi di fondo della deontologia, regole che sappiano prescindere dagli umori e dalle tendenze di pensiero ispirate al particolare momento politico o sociale: vi sono regole deontologiche – in tema, soprattutto, di interpretazione del diritto – rispetto alle quali è bene che ciascun magistrato agisca senza sentire la pressione di ciò che l'uditorio "si aspetta" da lui: il rischio del conformismo, soprattutto interpretativo, è sempre dietro l'angolo! (v. Toniatti, Prisco).

Infine, e per quel che ha riguardo al rapporto tra magistratura e media (e, quindi, opinione pubblica), della massima importanza appaiono i rilievi di chi, invocando una radicale trasformazione delle norme (e delle prassi che ne conseguono) tese a regolare i rapporti tra media e circuiti giudiziari, mette in guardia dal rischio di un baratro, sempre più profondo, tra la giustizia reale e quella percepita dall'opinione pubblica (L. Ferrarella)⁴¹. Se il sistema normativo non cambia, diverrà impervio recidere il canale informativo personale, riservato o privilegiato tra giornalista e la sua "fonte" (la costituzione di canali siffatti è vietata, come è noto, al magistrato dall'art. 6 del suo codice etico).

Peraltro, la soluzione adottata dal legislatore nella legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, che conferisce al solo pro-

⁴⁰ Cfr. R. DANОВИ, *Deontologia e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003 e il recente contributo di G.C. HAZARD e A. DONDI, *Etiche della professione legale*, il Mulino, 2005, p. 97 ss.

⁴¹ Su tale discrasia si veda A. GARAPON, *La démocratie entre spectaculaire et spéculaire*, in *Cahiers de l'école des sciences philosophiques et religieuses*, 20/1996, p. 51 ss.; *Id.*, *L'autorité est-elle télégénique?*, in www.gip-recherche-justice.fr; *Id.*, *Mise en image de la justice: à défis nouveaux, garanties nouvelles*, Relazione presso il Consiglio superiore della magistratura, Roma, 11 maggio 2005.

curatore della Repubblica il potere di mantenere i rapporti con i media⁴², non solo non risolve il problema appena evidenziato, ma addirittura lo enfatizza in quanto, limitando ad una sola persona il potere di interloquire con i media, rende ancora più pressante la necessità per il giornalista di ricercare un canale privilegiato di comunicazione. Per tacere, poi, della limitazione del diritto all'informazione e della ulteriore radicalizzazione della struttura gerarchica dell'ufficio di Procura, che quella norma comporta.

Il "rapporto incestuoso" (Ferrarella) che lega il giornalista alla sua fonte resterà, dunque, l'unico strumento di cui il primo dispone per avere notizie e per trasmetterle al pubblico. Come, poi, i tasselli del mosaico di notizie raggranellate qui e là dal giornalista vengano da lui assemblati, è questione tutta rimessa alla sua deontologia professionale.

Ebbene, per quanto nobilmente il "giornalista-accattono" riesca a comportarsi, spiega Ferrarella, vi è pur sempre il rischio che, nella rincorsa alla notizia, vinca infine "il giornalista più scorretto" (che avrà avuto, come fonte privilegiata, di volta in volta, «l'imputato 'più eccellente', l'avvocato più aggressivo, il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio inserito nel circuito mediatico, o il magistrato più ambizioso»). Micidiali, a quel punto, possono essere gli effetti di una notizia giudiziaria, in tal modo ottenuta, sulla percezione della giustizia da parte del pubblico; i lettori, o gli ascoltatori, si faranno, inevitabilmente, «un'idea su una giustizia percepita che nella realtà non esiste e chiederanno o saranno disponibili ad accogliere riforme che non hanno a che fare con la giustizia reale, ma sono proiezioni di una giustizia percepita» (Ferrarella). Con buona pace, evidentemente, dell'auspicio di quella responsabilità diffusa che dovrebbe poter garantire la libertà di critica (nei confronti della giustizia) sia da parte dell'opinione pubblica, che di un uditorio più qualificato in senso tecnico: la dottrina, vale a dire, e la comunità dei giuristi (Toniatti).

⁴² Si veda anche l'art. 5 del decreto legislativo recante «disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero a norma dell'art. 1, co. 1, lett. d, della legge 25.7.2005 n. 150».

ISBN 88-243-1607-7



9 788824 316071

€ 30,00