

## CERTEZZA DEL DIRITTO E IMPARZIALITA' DEL GIUDICE

Atti del convegno organizzato a Palermo dal “Centro siciliano di studi sulla giustizia”.  
23 e 24 marzo 2007

### Prima giornata

Avv. Salvatore CORDARO, *Presidente del Consiglio comunale di Palermo.*

Desidero rivolgere il mio cordiale saluto ed il benvenuto più sentito a tutti i presenti, non soltanto a titolo personale, ma anche in rappresentanza dell'istituzione che ho l'onore di presiedere, il Consiglio comunale di Palermo.

Desidero, poi, rivolgere i sensi più alti della mia stima a chi ha pensato ed organizzato questo convegno – Presidente Cerami *in primis* – per aver dato al Comune di Palermo la possibilità di offrire un contributo fattivo, tanto più ove si consideri che questa “due giorni” di confronti, dibattiti e tavole rotonde rappresenta l'esordio del Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia.

E' questo, a mio parere, un momento importante per la nostra Città e per la nostra Regione, perché si presenta un organismo nuovo, libero, composto da uomini liberi, prestigiosi uomini del diritto, magistrati, avvocati, docenti universitari: credo che di un tale contributo la nostra terra, ma anche il dibattito giuridico del Paese, abbia profondo bisogno.

Non entrerò, certo, nel merito del tema proposto dal Convegno, caro Presidente Cerami, perché sarebbe impossibile liquidarlo in poche battute; sento di dover esprimere, tuttavia, i complimenti più sinceri ai componenti del Centro studi perché il titolo che avete scelto mi pare davvero ‘tosto’: «Certezza del diritto e imparzialità del giudice»: certezza del diritto come caposaldo di ogni democrazia, imparzialità del giudice come altra certezza del diritto.

E' un volontario bisticcio di parole, perché questo è il senso profondo che attribuisco ai due principi che saranno oggetto del dibattito, nella speranza che, invece, non si tratti di un semplice auspicio o, peggio, di una speranza.

E' mia convinzione che in una democrazia compiuta il giudice, perché il cittadino possa essere davvero sereno, oltre ad essere imparziale deve anche apparirlo. Credo

che ciò debba accadere sempre e credo che, il più delle volte, nella nostra città, questo sia accaduto.

Per parte mia, sono convinto che argomenti come quelli in trattazione debbano trovare sempre occasione di approfondimento e non possano mai esser considerati scontati; ed è anche per questa ragione che il Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia, per il prestigio dei suoi componenti e per la centralità dei temi trattati, potrà dare un contributo fondamentale per il futuro della nostra terra.

Buon lavoro!

Dr. Raimondo CERAMI, *Presidente del Centro siciliano di studi sulla giustizia.*

*Relazione introduttiva.*

Ringrazio di cuore il Presidente Silvio Coco che ha accettato l'invito che gli abbiamo rivolto di presiedere la riunione pomeridiana del Convegno che è stato presentato e ringrazio di cuore anche tutti i presenti, le Autorità Civili e Militari, i rappresentanti del Parlamento e delle altre istituzioni nazionali e regionali che hanno accettato l'invito del Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia a partecipare al Convegno odierno.

Come avete modo di leggere dagli atti che Vi sono stati messi a disposizione, il Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia è stato costituito con atto pubblico del 17 novembre 2006 da un gruppo di esperti del diritto che formano il Comitato direttivo e si propone di raccogliere le riflessioni di magistrati, avvocati e studiosi provenienti da tutta la Sicilia - ma ci auguriamo di trovare adesioni anche fuori dai confini regionali - sui temi della giustizia ritenuti degni di analisi e di approfondimenti da parte del Comitato scientifico costituito da trenta autorevoli personalità del mondo giuridico isolano.

Il nostro obiettivo è quello di contribuire a fornire le risposte più idonee sul piano legislativo, istituzionale e giudiziario ai molti problemi che riguardano il variegato mondo della giustizia in Italia e abbiamo l'ambizione di diventare un punto di riferimento importante non solo in ambito giudiziario, ma anche per il potere legislativo regionale e nazionale.

Il Convegno odierno rappresenta la prima manifestazione pubblica organizzata dal Centro che, non a caso, ha deciso di dargli il titolo «*Certezza del diritto e imparzialità del giudice*».

La mia relazione, più che introdurre l'argomento, intende delineare, sia pure in generale, alcuni punti essenziali di una questione che noi riteniamo centrale nell'analisi dei problemi della giustizia.

Uno dei caratteri essenziali degli ordinamenti giuridici moderni, nati dalle grandi codificazioni europee dopo la Rivoluzione Francese, è sicuramente quello della "certezza del diritto". Si può dire, anzi, che la questione della certezza del diritto si pone proprio a partire dal periodo delle codificazioni europee. Essa era strettamente legata all'esigenza di assicurare al cittadino una tutela minima nei confronti del potere assoluto. Di fronte, cioè, all'assolutismo della monarchia il concetto di 'certezza del diritto' esprimeva una funzione "garantista", consentiva di sapere anticipatamente se un comportamento poteva determinare l'intervento degli organi giudiziari.

Quando i giuristi parlano di certezza del diritto alludono a due qualità che rendono diversa la legge dall'arbitrio di un padrone: la certezza della norma e la certezza dell'applicazione.

Una norma è certa quando dice chiaramente che cosa è legittimo o illegittimo fare. L'applicazione di una norma è certa quando è possibile prevedere, con una certa sicurezza, che cosa succederà se si osserva la legge o se la si trasgredisce.

Se in un Paese ci sono leggi chiare, applicate in maniera prevedibile e uniforme, un cittadino sa che cosa aspettarsi dal potere politico e giudiziario; se, invece, le leggi saranno oscure e applicate a caso, il cittadino si sentirà in mano a poteri arbitrari e imprevedibili.

Va chiarito che l'espressione "certezza del diritto" non è stata sempre usata per indicare lo stesso concetto. Talvolta si fa riferimento alla stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo ovvero all'univocità delle qualificazioni giuridiche, talaltra si pone l'accento sull'accessibilità delle prescrizioni giuridiche alla conoscenza dei destinatari ovvero alla effettiva cognizione del diritto da parte dei cittadini, altre volte ancora si punta sulla prevedibilità del contenuto delle decisioni dei giudici, oppure sull'esistenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici e sapete bene di cosa parlo: la irretroattività della legge, il principio della legalità, la separazione dei poteri e così via.

E' anche vero che il tema della "certezza del diritto" è stato spesso affrontato con modalità di analisi differenti che hanno, ovviamente, dato luogo a differenti soluzioni.

I teorici del primo giuspositivismo attribuivano alla certezza del diritto il significato della conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dei comportamenti umani; cioè della possibilità per i destinatari di conoscere il significato delle norme in maniera sufficientemente precisa e così essere in condizione di sapere anticipatamente quali erano gli effetti giuridici delle loro azioni.

Quindi, il diritto è certo se sono previste e prevedibili le conseguenze che l'ordinamento giuridico riconnette ai comportamenti umani. Ciò, ovviamente, presupponeva che l'ordinamento giuridico fosse composto da un insieme di norme facilmente identificabili e conoscibili da parte dei destinatari e applicate fedelmente ai casi particolari.

Questa era l'immagine degli ordinamenti giuridici nel periodo degli Stati liberali di diritto, che sono caratterizzati da una base normativa ben definita, facilmente identificabile e conoscibile da parte dei destinatari. In questo periodo l'applicazione del diritto era concepita come una meccanica derivazione della fattispecie particolare dalla regola generale (senza alcun apporto discrezionale da parte dell'interprete).

A partire dall'inizio del ventesimo secolo gli ordinamenti giuridici hanno, però, attraversato profonde modificazioni e si sono progressivamente allontanati dal modello politico liberale. Nel Novecento i sistemi giuridici risultano, infatti, sempre più composti da un insieme assai articolato di norme che non sono sempre facilmente identificabili e conoscibili e che non sono necessariamente applicate fedelmente ai casi particolari. Di conseguenza, sembrano venire meno i principali presupposti teorici della certezza del diritto ma, a poco a poco, vengono introdotte alcune modificazioni del tema.

I teorici del giuspositivismo di orientamento normativista, tra i quali è noto Hans Kelsen, sostengono che la certezza del diritto esprime l'idoneità del diritto a

orientare le condotte degli individui. Non è necessario, cioè, che si possano prevedere con certezza le conseguenze giuridiche delle azioni degli uomini, ma è sufficiente che il diritto renda possibile conoscere *ex ante*, con una buona dose di approssimazione, queste conseguenze.

Per questo motivo, devono essere rispettate alcune regole fondamentali (la pubblicità delle leggi, la non retroattività, la chiarezza, la precisione e la stabilità nel tempo, etc.) che possano favorire non solo la conoscibilità del diritto, ma anche l'applicabilità, generalmente unitaria, delle leggi.

A questo punto, è chiaro che il termine della "certezza del diritto" finisce, quindi, con l'esprimere solo una linea tendenziale del diritto, direi la sua aspirazione alla certezza. Si tratta, cioè, di un valore che corrisponde ad una specifica concezione dei sistemi giuridici: la "certezza del diritto" rappresenta, quindi, un "fine" che bisogna perseguire, una meta che bisogna raggiungere ma che si sposta continuamente in avanti e che richiede regole sempre più forti e adeguate.

In pratica e nella realtà il diritto moderno, specie quello italiano, è caratterizzato da una dose sempre più massiccia di incertezza e di insicurezza che trovano diverse origini: l'accavallarsi di leggi contraddittorie frutto di maggioranze politiche oscillanti e/o alternanti, l'oscurità del linguaggio adoperato nella stesura delle leggi, la loro proliferazione patologica che aumenta la possibilità di contrasti legislativi e determina una complessiva irragionevolezza di tutta la produzione normativa, la tendenza della Corte Costituzionale ad una produzione normativa di stampo giurisprudenziale e, per ultimo, l'affermarsi di un diritto sopranazionale, frutto di mediazioni politiche in sede europea.

Altra causa di incertezza risiede nella fase dell'applicazione delle leggi che è compito demandato alla Magistratura, in relazione alla concreta possibilità di interpretazioni non solo arbitrarie o erranee ma anche ispirate, più che dai principi dell'osservanza delle norme, da pregiudizi ideologici che minano alla radice la regolarità del diritto.

Tanto che qualcuno si è recentemente spinto ad affermare che il principio della "certezza del diritto" è stato soppiantato da quello della "flessibilità del diritto", un diritto, cioè, soggetto a variazioni non soltanto nella fase della creazione delle norme giuridiche ma, anche, nella fase dell'applicazione.

Approfondendo questo concetto, bisogna riconoscere che, nell'epoca attuale, si è fatta strada l'idea che nell'ordinamento giuridico esistono spazi sempre maggiori di indeterminazione nei quali si dà spazio ad una vera e propria "discrezionalità giudiziale".

Uno dei maggiori teorici dell'esistenza di questo "potere giudiziario discrezionale" è, senza dubbio, il Prof. Luigi Ferrajoli - lo avrei voluto invitare al nostro Convegno ma non è stato possibile contattarlo - che, prima di darsi all'insegnamento, aveva svolto, per qualche tempo, anche il lavoro di magistrato e aveva redatto, insieme con altri due magistrati, Vincenzo Accattatis e Salvatore Senese, il famoso "Libretto Giallo" che costituisce uno dei documenti fondamentali che hanno caratterizzato la storia e l'evoluzione di Magistratura Democratica (che, come tutti sanno, è la corrente di sinistra dell'ANM).

La storia recente della cultura giuridica italiana annovera diverse teorie che rimandano all'esistenza di un "potere giudiziario discrezionale", dalla "giurisprudenza alternativa" dei primi anni Settanta alla "giurisprudenza creativa" degli anni Duemila.

Il che - come detto - ha alimentato il grado di incertezza dell'ordinamento giuridico attuale.

Volendo trarre le fila di queste brevi osservazioni si può dire che oggi, forse, non è più tempo di certezze, ma sicuramente si avverte sempre più l'esigenza di contrastare queste spinte verso la "flessibilità" del diritto che alimentano non solo l'incertezza del nostro ordinamento giuridico attuale, ma anche lo sconcerto e il disappunto dei cittadini che sono i veri utenti del diritto e, quindi, di fissare regole chiare e precise, non solo per la fase dell'elaborazione delle leggi ma anche per quella della loro applicazione.

Prof. Giovanni TRANCHINA, *Professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università di Palermo.*

*La politica della giustizia tra certezza del diritto e indipendenza della giurisdizione.*

1.- Discutere di “politica della giustizia” in un’ottica che possa interessare il giurista significa, fondamentalmente, mettere a fuoco la complessa funzione del “render giustizia”, con i delicati aspetti, anche di duttilità, che la caratterizzano; significa, soprattutto, capire se tale funzione debba rimanere rigidamente ancorata alla norma giuridica positiva preconstituita dal legislatore, come pretende la dottrina del “giuspositivismo”, o se possa anche richiamarsi alla logica del c.d. “giusliberismo” che rimproverando al giuspositivismo di ignorare le esigenze nascenti dal fluire della concreta vita sociale in favore di esigenze astratte di uguaglianza e certezza del trattamento giuridico, elabora regole che originano spontaneamente dall’attività dei consociati e che si alimentano di aspirazioni economiche, di obiettivi morali, della c.d. “equità sociale”, e chi più ne ha più ne metta.

Si può facilmente rammentare come al fondo di quest’interrogativo si sia spesso potuta intravedere una componente di natura essenzialmente ideologica. Basti pensare che proprio alla teoria del giusliberismo, portato, se si vuole, alle estreme conseguenze, si addebitò di «aver costituito la base per un pericoloso "personalismo giudiziario" negli ordinamenti dei regimi dittatoriali che si affermarono fra le due guerre». Un personalismo giudiziario che finiva, al postutto, con l’ignorare le garanzie tipiche del principio di legalità e di tassatività. Ed invero, i parametri sulla cui base si amministrava giustizia in nome proprio del giusliberismo erano — lo sappiamo tutti — ora il “sano sentimento nazionalista”, ora la “coscienza proletaria”, e simili. Concetti estremamente vaghi e pericolosamente incerti.

Anche in Italia, negli ormai lontani anni fine ‘60, da un lato si poneva in discussione la stretta subordinazione della funzione giurisdizionale alle leggi dello Stato, nel quadro di un ben più ampio disegno volto a mettere in crisi i valori fondamentali facenti capo all’organizzazione statale, mentre da un altro lato, e proprio perché si percepiva l’equilibrio precario in cui veniva a trovarsi l’autorità dello Stato, si avvalorava con forza l’idea di una irrinunciabile fedeltà ai canoni del positivismo giuridico.

Certo, che il sostrato reale come elemento materiale del diritto, abbia una sua importanza è innegabile poiché il diritto positivo nasce come «precipitato di alcuni fatti sociali e a sua volta agisce sopra altri fatti

sociali» (Recaséns Siches), ma tutto questo significa, fondamentalemente, che il sostrato reale deve si giocare il suo ruolo, ma per suggerire la formulazione di nuove norme o la modifica di quelle esistenti.

Ma riconducendo il discorso entro confini più rigorosamente giuridici, a me pare che il tema della politica della giustizia debba essere visto essenzialmente alla luce di due importanti regole: una che fa capo alla c.d. "certezza del diritto", l'altra che esprime l'esigenza della "indipendenza" da cui dev'essere caratterizzata la funzione del "render giustizia".

2.- Certezza del diritto, che è, poi, certezza della giustizia.

È di sicuro fuor di qualsiasi dubbio che ogni società, in ogni tempo, sotto ogni latitudine ha avuto, ed ha, come sua massima aspirazione, fornirsi di regole di condotta che rendano possibile una coesistenza di "opposti individui".

L'ideale supremo cui deve mirare ogni contesto societario è garantire una serena convivenza a tutti i consociati, una convivenza basata non solo sulla rinuncia alla violenza ma anche sulla solidarietà umana, una convivenza edificata sul rispetto delle "regole" e delle "norme" che consolidano e fortificano la vita sociale e la democrazia.

Naturalmente, parecchie possono essere le strade che portano alla "serena convivenza", ma fra di esse non v'è dubbio che vi è quella della sicurezza, della tranquillità, dell'ordine all'interno della *societas*, della temperanza dei cittadini nell'esercizio della libertà — per dirla con Francesco Guicciardini — vale a dire, del contemperamento della libertà di ognuno con la libertà di tutti gli altri. Ebbene, è proprio tutto questo che al diritto si chiede e che il diritto deve realizzare affinché — com'è stato limpidamente scritto — si ponga «rimedio alla condizione di precarietà, di debolezza, di esposizione all'arbitrio del più forte, che è il rischio insito nella stessa condizione umana».

Ma per raggiungere questo risultato, qualità intima del diritto non può non essere la "impersonalità", la "ipoteticità", la "generalità", la "neutralità", se si vuole, intesa certamente non come distacco, indifferenza, disinteresse, ma piuttosto come capacità di recepire tutte le istanze che la società prospetta: caratteristiche idonee ad attenuare quanto più possibile il rischio di incontrollabili arbitrii di individui e di gruppi. Un rischio che si appalesa estremamente attuale nel momento in cui il diritto diventa qualcosa di indeterminato, aperto alla più diversa e soggettiva valutabilità dei singoli casi; perché è allora che si profila la possibilità del comportamento arbitrario in chi è chiamato ad applicare il diritto, in chi, credendo che siano i propri assiomi a sopravanzare per valore e pregio ogni altrui opinione, farà di essi l'unico metro del proprio giudizio. In tal modo, il diritto diventerà un'arma con cui una fazione pretenderà di combattere contro l'altra per far prevalere i propri convincimenti. Ed è sin



troppo ovvio che la via più conducente per raggiungere questo scopo sta nell'accentuare la indeterminatezza del diritto, la sua elasticità, la sua flessibilità, affinché esso possa risultare più agevolmente riconducibile alle proprie esigenze, alle proprie intenzioni.

A questo punto, allora, si comprende assai agevolmente che il diritto, come guida del comportamento dei consociati, per adempiere realmente a questa sua funzione dev'essere obiettivo e dev'essere conoscibile. Ne consegue che elemento indefettibile della sua struttura dev'essere la "certezza". «L'esigenza della certezza è di per sé intrinseca all'idea di diritto» — scriveva tempo fa Pizzorusso — sicché un sistema giuridico che non sia certo — aggiungeva Cesarini Sforza — è un sistema apparente, che smentisce e tradisce se stesso.

Quella della certezza, dunque, è esigenza che costituisce la stessa ragione d'essere del diritto al punto che il problema è non tanto la certezza del diritto, quanto che la *certezza è diritto*, così come, circolarmente, il *diritto è certezza*, se è vero che il diritto, inteso come *regola* (o insieme di *regole*), si costituisce allo specifico fine di dare certezza, anzi: certezze (Ruggeri).

E anzitutto, certezze alla giustizia.

Ebbene, se effettivamente si vuole che il diritto non smarrisca questa sua connaturale vocazione per la certezza, e non la smarrisca nel momento cruciale del suo operare, cioè quando trasmigra dal campo astratto delle prescrizioni teoriche a quello concreto della sua applicazione effettiva, l'attuazione della giustizia — che rappresenta certamente la fase più delicata della tangibile realizzazione del sistema giuridico — occorre evitare che la sua concretizzazione avvenga secondo autonomi criteri che siano diversi da quelli manifestati dal legislatore nel momento in cui poneva le regole giuridiche. Se così non fosse, la certezza del diritto verrebbe meno e saremmo di fronte ad una giustizia "oltre la legge", e forse anche "contro la legge"; una giustizia che non solo non applica il diritto, ma che addirittura sovverte il diritto. E quel che è veramente grottesco, lo sovverte proprio attraverso un atto — la decisione giurisdizionale — a cui è esattamente quel diritto che conferisce l'autorità formale di destabilizzare se stesso. Ed allora, paradossalmente, per sovvertire il diritto ci si avvale proprio di quegli strumenti che il diritto stesso offre.

Certezza del diritto, dunque: presupposto indispensabile perché chi è chiamato a render giustizia pieghi le proprie convinzioni alla legge e non la legge alle proprie convinzioni.

3.- Ed ecco profilarsi l'altra fondamentale regola giuridica cui avevamo fatto accenno all'inizio come punto di aggancio per il discorso che stiamo conducendo: la regola dell'"indipendenza" da cui dev'essere connotata la funzione del render giustizia.

Ma quando si parla di indipendenza come essenziale ed indefettibile presupposto del render giustizia non sempre si sottolinea che di “indipendenza” è possibile parlare sotto diversi aspetti.

Anzitutto, se ne deve parlare con riferimento ai principi costituzionali, nel senso che dev'essere in primo luogo la legge fondamentale dello Stato a garantire la sovranità della funzione di giustizia, la sovranità del potere che quella funzione esercita, la sovranità degli organi ai quali quella funzione è demandata. Una sovranità che va garantita e tutelata nei confronti di tutte le istituzioni sociali, a cominciare dalla c.d. classe dirigente, o se si preferisce dalla compagine governativa.

In uno Stato autenticamente democratico, basato sulla separazione dei poteri, la prima forma di indipendenza di cui deve ammantarsi la funzione di giustizia dev'essere proprio l'indipendenza dal potere esecutivo, anzi chiarisco: l'indipendenza da chi in un determinato momento storico incarna il potere esecutivo. L'amministrazione della giustizia non può essere emanazione del potere esecutivo, com'era in passato.

«Una buona amministrazione della giustizia, meta ideale in ogni tempo — scrive Astuti — è stata nel corso dei secoli difficilmente e limitatamente conseguita per la costante tendenza dei governi e delle forze politiche dominanti a tenere sotto il proprio controllo l'esercizio della funzione giurisdizionale, non tanto per tutelarne l'efficienza ed obiettività, quanto per poterne fare uso come strumento di potere». Oggi — continua l'insigne storico del diritto — «una moderna società democratica non vuole giudici ligi al governo né all'opposizione, ma semplicemente liberi e giusti, imparziali anche nell'interpretazione della legge che dev'essere sempre applicata senza pregiudiziali politiche, siano esse repressive o progressiste».

Del resto, l'amministrazione della giustizia è espressione diretta della sovranità popolare: «la giustizia è amministrata in nome del popolo», proclama a chiare lettere la nostra Carta costituzionale. E ciò significa — chiarisce Ferrajoli — che contrariamente al potere legislativo o al potere esecutivo, che sono poteri di maggioranza, la giurisdizione giudica in nome del popolo, ma non della maggioranza; giudica a tutela delle libertà di tutti, anche delle minoranze.

La giurisdizione è «soggetta soltanto alla legge», dispone un'altra norma basilare della Costituzione. E la soggezione soltanto alla legge — commenta ancora Ferrajoli — in quanto unica fonte di legittimazione, esprime la collocazione istituzionale della giurisdizione, e questa collocazione, esterna ai soggetti in causa e al sistema politico ed estranea agli interessi degli uni e a quelli dell'altro, si esprime nel requisito della "imparzialità" e trova la sua giustificazione etico-politica nei due imprescindibili valori assegnati alla giurisdizione: il perseguimento della verità e la tutela dei diritti fondamentali.

Ma amministrare giustizia con criteri che non siano espressione del modulo politico della c.d. classe dirigente impone di rimanere, comunque, corretti interpreti della legge, ancorché dettata dalla classe dirigente. Non significa, certo, alimentare surrettizi comportamenti mistificatori, al fine di realizzare interessi diversi da quelli presi in considerazione dal potere dominante. Perché se così fosse, la giustizia soccomberebbe alle tendenze politiche del momento, e perciò stesso finirebbe col tradire quell'autonomia e quella indipendenza che devono rappresentare in ogni circostanza i suoi contrafforti.

4.- Ma a questo punto, il problema dev'essere ricondotto entro confini ben precisi, muovendo da una puntuale individuazione della funzione giurisdizionale, come funzione del "render giustizia" attraverso una corretta attuazione del diritto.

Ebbene, di frequente i discorsi che si fanno a proposito dell'"attuazione del diritto" sembrano caratterizzati dall'idea che la funzione giurisdizionale debba concretarsi in un'attività di attuazione e di applicazione in senso generale della legge. E così, quando ci si pone il problema dell'interpretazione "adeguatrice" della norma giuridica, della "attualizzazione" da parte della giurisdizione della norma astratta — ossia della norma creata dal legislatore —, dei rapporti tra la legge voluta dal legislatore e l'applicazione che se ne deve fare in sede giurisdizionale, quando ci si preoccupa di tutto questo si finisce, poi, col ricondurre l'attività giurisdizionale nell'ambito del più vasto fenomeno della produzione della legge. Fenomeno assolutamente estraneo alla logica della giurisdizione.

Ed in questa prospettiva, ovviamente, quanto più la legge la si consideri come elemento "astratto" — e intendo "astratto" non tanto rispetto ai singoli casi concreti suscettibili di essere ricondotti entro il paradigma legislativo, ma rispetto al dato storico-temporale — quanto più la legge, dunque, la si consideri elemento "astratto", tanto più si finisce col vedere nella funzione giurisdizionale chiamata ad interpretare e a rendere attuale quella legge, un'attività finalizzata a rivitalizzare la legge stessa, cristallizzata storicamente nel tempo della sua emanazione, e a plasmarla secondo la mutevolezza delle vicende e delle realtà sociali. In altri termini, la giurisdizione verrebbe così ad assumere quasi la fisionomia — com'è stato detto — di «legislatore della dinamicità flessibile», in contrapposizione con il potere legislativo che sarebbe il «legislatore della staticità rigida».

Sinceramente, non mi convincono affermazioni del tipo: «comprendendo anche le decisioni giudiziarie fra le fonti del diritto oggettivo, questo non appare come un insieme statico di formule precettive, ma come il risultato di un continuo processo creativo». Sono affermazioni di cui si conosce il punto di partenza, ma che non si sa dove potrebbero arrivare. E che,

soprattutto, appaiono estremamente rischiose per la "certezza del diritto". A parte tutto, una congettura di questo tipo lascia sicuramente in ombra quello che è il vero aspetto strutturale e funzionale della giurisdizione la quale – e questo è un particolare che non può essere trascurato – dev'essere strumentale alla pacifica risoluzione di controversie. Si può, anzi, dire che è proprio la "controversia" a costituire il limite dell'attività giurisdizionale.

L'idea di "funzione sociale" non appartiene affatto alla fisiologia della giurisdizione. O, semmai, vi appartiene per quel tanto per cui la società può avere interesse alla pacifica risoluzione delle controversie: *ne cives ad arma veniant*, per mantenere la pace sociale. Per il resto, la giurisdizione deve rammentare che ad essa si addicono le toghe – antico simbolo dell'esercizio del diritto e della giustizia – non certo le armature — espressione emblematica delle lotte, e di qualsivoglia tipo.

Ed allora, l'attività giurisdizionale deve operare non già per un'applicazione *in senso generale* della legge, bensì per un'applicazione *in senso specifico*, che si attui nell'ambito di una controversia legale, con lo scopo ben preciso di risolverla.

La funzione preminente della giurisdizione è quella di riaffermare il diritto in un caso in cui due contrapposte parti si trovino in disaccordo sul reale significato dell'enunciato di una norma giuridica: l'attività giurisdizionale dev'essere finalizzata a cogliere il senso della legge in base al caso specifico ed in vista di questo caso. L'attività giurisdizionale, insomma, deve eliminare l'incertezza che sta a base della contesa processuale.

La giurisdizione, nella sua opera di "scoperta" del significato della norma, che possiamo anche chiamare opera di "interpretazione" della norma sottoposta alla sua valutazione, trova il proprio campo d'azione delimitato, per un verso, dal testo normativo già posto, e per l'altro verso dai contrastanti significati che a questo testo dà la *contentio inter partes*. Solo in questo contesto la giurisdizione può offrire le maggiori garanzie della propria necessaria indipendenza, al di fuori della quale cesserebbe di essere giurisdizione.

Addirittura, sinanco il significato etimologico dell'espressione, *juris dictio*, rende palese che la giurisdizione dichiara il diritto, non lo crea.

Del resto, esiste nel nostro ordinamento una inequivocabile norma che, seppur formulata in sede di disciplina del processo civile, è certamente espressione di un principio generale valido per tutti i settori dell'esperienza processualistica: alludo all'art. 113 del codice di procedura civile, secondo cui "nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto". Solo mantenendosi entro quest'ambito la giurisdizione può rimanere nel terreno della "ragione" senza sconfinare in quello dell'"arbitrio". "Ragione", si badi, che in ogni caso dev'essere necessariamente "ragione giuridica", poiché nel contesto di un'interpretazione, così

come va rettamente inteso il concetto, la funzione giurisdizionale altra non può essere se non quella di «tradurre nel linguaggio della legge un fatto storicamente individuato» (Maggiore), scoprendo nel testo tutta la ricchezza del suo significato normativo «che è balenato liberamente nell'intelligenza e nella coscienza del giudice» (Moro).

Ricordiamo tutti il celeberrimo passo di Aristotele, nel quale si afferma esser preferibile, senza dubbio, che governi la legge, più che un qualunque cittadino, dal momento che, anche se è meglio che governino alcuni, costoro bisogna costituirli guardiani delle leggi e subordinati alle leggi. Sta proprio qui, infatti, la radice, tuttora vitale ed insostituibile, dello Stato di diritto.

5.- Naturalmente, tutto quanto l'anzidetto non significa che l'applicazione delle rigide formule dettate dalla ragione giuridica debba fare dell'attività giurisdizionale un semplice meccanismo o una macchina calcolatrice. La legge si stacca dal legislatore, vive di vita propria e cambia nel tempo, anche se i mutamenti non sono bruschi, ma danno luogo ad una ragionevole evoluzione, senza fratture tali da rompere la coerenza del sistema (Roselli).

Ripensando per un momento al principio della "fusione degli orizzonti" su cui si fonda la teoria della conoscenza ermeneutica elaborata da Hans-Georg Gadamer, possiamo dire che ogni testo che dev'essere interpretato, quindi anche un testo normativo, non possiede una sola verità oggettiva, una verità data una volta per tutte, che possa essere riportata alla luce il più fedelmente possibile. In realtà, secondo Gadamer, il testo è un "recipiente" di significati che dialogano continuamente con il presente, rappresentato dall'interprete che si pone di fronte al testo: «l'interprete non può prescindere da se stesso e dalla concreta situazione ermeneutica nella quale si trova». La conoscenza ermeneutica è, quindi una forma di "dialogo platonico", i cui due interlocutori sono il testo da una parte e l'interprete dall'altra: il testo non è quindi immobile entro un solo significato, ma è portatore di una varietà di significati che si innescano da quel dialogo. Ed in quest'ottica si può anche parlare dell'interpretazione come attività di "riproduzione", ma nel senso – chiarito ancora da Gadamer – secondo cui «dal momento che il significato di un testo trascende il suo autore, il comprendere [quel testo] non è mai solo un atto riproduttivo, ma anche un atto produttivo».

E a proposito del "comprendere" la legge nella delicata funzione del fare giustizia, pagine assai limpide ha scritto Piero Calamandrei, pagine che vorrei rammentare a me stesso: «nel processo occorre conoscere il perché umano e sociale di ogni vicenda, saperla collocare nel nostro tempo, vederla storicamente. Pertanto, la funzione giurisdizionale di specificare la legge e di applicarla al caso concreto è in realtà un'operazione di sintesi che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiolo sigillato dello

spirito dove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta ed il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, dell'intuizione e del "sentimento" acceso in una coscienza operosa»: ovviamente, la coscienza di chi è chiamato a compiere l'atto "produttivo" dell'interpretazione.

6.- Ma tutto questo — ci si può domandare — non potrebbe apparire in rapporto antinomico con un sistema estremamente razionalizzato quale quello di far giustizia *secundum leges*? Non potrebbe apparire più congeniale ad una metodologia del far giustizia *praeter leges*? E non potrebbe far pensare — come di fatto qualche autorevole studioso ha pensato (Moro) — che dal momento in cui l'interpretazione della legge passa attraverso l'intuizione, l'intelligenza, la coscienza di ogni singolo interprete, si finisce con l'arrivare alla conclusione che per due casi "eguali nell'essenza" si avranno due "giustizie diverse" e dunque che "la giustizia non è uguale per tutti"? Che poi, in fondo, è la stessa preoccupazione che palesa il giusliberismo.

A parte la considerazione che probabilmente non esistono due distinti casi "eguali nell'essenza tra di loro", pur se all'apparenza combacianti poiché presentano analogie nelle essenzialità, eguaglianze negli accadimenti concreti: comunque sia, cambiano pur sempre il contesto, il momento, i soggetti, sicché ogni caso è uguale solo a se stesso; ma a parte ciò, parlare di "due giustizie" presuppone l'idea di "giustizia come assoluto", di giustizia «che si aderisce al di sopra di ogni particolare situazione» (Di Carlo): un'idea di "giustizia" convenevole alle più alte vette della speculazione filosofica, ma poco confacente all'attività giurisdizionale la cui funzione è la concreta "attuazione della giustizia nel singolo caso". E allora, parlerei di giustizia dell'*unicuique suum*, piuttosto che di "due giustizie".

In ogni caso — e rammento ancora Calamandrei — anche nel rigore del sistema normativo sono «le stesse leggi che offrono all'interprete il varco per far passare il sentimento nelle rigide formule dettate dalla ragione». È la legge che consente alla giurisdizione di decidere "secondo le circostanze"; è la legge che conferisce alla giurisdizione il potere di graduare la responsabilità di una persona secondo ragionate, logiche valutazioni discrezionali. È insomma la legge — conclude Calamandrei — che fornisce gli "organi respiratori" attraverso i quali «riesce a far penetrare all'interno del sistema giuridico l'aria vivificatrice delle esigenze sociali in perpetuo moto di evoluzione». Che è, poi, l'idea kelseniana secondo cui l'interpretazione di ogni disposizione deve avvenire pur sempre all'interno di una "cornice" di norme, registrate o congetturate dall'interpretazione "scientifica", e poi scelte caso per caso al fine di applicarle.

E allora possiamo anche dire — se più ci aggrada — che le scelte dell'interprete non sono di carattere logico-formale, ma sono scelte di natura

eminentemente politica. Con la imprescindibile precisazione, però, che col termine "scelta politica" deve intendersi «l'attuazione di valori in un dato contesto storico» (Lombardi Vallauri); in altri termini: "una politica del diritto", giammai una "banale opzione ideologica o di partito".

7.- È di tutta evidenza, a questo punto, che per adempiere con correttezza, anzi, direi, per adempiere con onestà al compito cui è chiamata, la funzione giurisdizionale non può essere vincolata a fazioni che della realtà sociale abbiano visuali e concezioni unilaterali; non può essere vincolata a fazioni che portino nella loro attività i riflessi delle lotte e delle competizioni, il turbamento delle passioni.

La fiducia nella funzione giurisdizionale come interprete della legge, secondo quei criteri ai quali ho sin qui accennato, dev'essere anzitutto fiducia nella sua libertà da qualsiasi vincolo, da qualsiasi preconetto, da qualsiasi rapporto di dipendenza che sia estraneo alla funzione stessa. Viceversa, l'adesione a schemi ideologici quali che siano significa non solo accettazione di certi principi che poco o nulla hanno a che fare con l'ortodossia giuridica, ma vuol dire anche obbligo di seguire determinate direttive che nei veementi contrasti tra aspirazioni egemoniche che operano scelte basate esclusivamente su un determinato pensiero politico che identifichi una fazione e la sua linea su basi ideologiche, si fanno sempre più perentorie. Vuol dire limite alla libertà di agire secondo il proprio giudizio e la propria volontà imposto a chi deve amministrare giustizia, vuol dire vincolo della coscienza di chi deve amministrare giustizia.

Pertanto, il principio secondo cui l'amministrazione della giustizia dev'essere soggetta comunque all'osservanza della legge acquista un valore ed un significato che vanno al di là dei rapporti tra la funzione giurisdizionale e i diversi poteri dello Stato, investendo, soprattutto, i rapporti tra giurisdizione ed una qualsiasi organizzazione ed in modo particolare le varie organizzazioni e fazioni ideologiche.

Dr. Antonio PATRONO, *Componente del Consiglio Superiore della Magistratura.*

*“ Ordinamento giudiziario e tutela dell'imparzialità del giudice”.*

Soltanto la dottrina e la straordinaria capacità dialettica del professor Tranchina poteva consentirci di ascoltare una prolusione così dotta su due temi che sono gli argomenti centrali di questo Convegno che, in effetti, presentano momenti di connessione da individuare con particolare attenzione ma, anche, con una certa difficoltà.

Il mio compito è molto più agevole in quanto l'oggetto del mio intervento si limita a profili che riguardano il secondo dei due argomenti centrali, l'imparzialità del giudice e, coerentemente con le funzioni di Componente del Consiglio Superiore della Magistratura che svolgo in atto, l'organismo, quindi, che tutti i giorni applica, usa come strumento normativo, come di arma di lavoro fondamentale l'ordinamento giudiziario, proprio i momenti normativi di ordinamento giudiziario che sono posti a tutela dell'imparzialità del giudice; anche se questa prospettiva mi sembra un po' riduttiva in quanto è tutto l'ordinamento giudiziario, il sistema di norme che regolano la vita dei magistrati e l'organizzazione giudiziaria, che, in realtà, è preposto non dico esclusivamente ma principalmente proprio a tutela dell'imparzialità - consentitemi l'estensione - dei magistrati, giudici e pubblici ministeri,

Sull'imparzialità del giudice vorrei fare una breve riflessione. Essa non è un connotato, una caratteristica della giurisdizione ma è l'essenza stessa della giurisdizione.

Non ci può essere giurisdizione, non ci può essere giudice se non c'è imparzialità nell'atteggiamento del giudice; ci può essere parte, ci può essere amministrazione, ci può essere qualcosa di diverso ma l'imparzialità è l'essenza stessa della giurisdizione. Un giudice senza imparzialità è una parte e non è più un giudice, volendo lo possiamo chiamare giudice ma non lo è.

La cosa importante, quindi, non è l'affermazione di un principio evidentemente scontato, ma la predisposizione dei congegni normativi strutturali che sono a tutela della imparzialità del giudice.

Ecco perché l'ordinamento giudiziario è tutela dell'imparzialità, l'imparzialità è l'essenza della giurisdizione. Tutte queste norme sono volte non a scolpire un'essenza che è insita in ciò di cui parliamo ma a preparare la tutela di tutto ciò.

Quindi, affronto il problema della individuazione delle previsioni dei congegni normativi posti a tutela dell'imparzialità del giudice che vuol dire a tutela del giudice, perché non c'è discrasia fra i due concetti, proponendovi una lettura che parte da due angoli di visuale diversi; li chiamo 'visuale esterna rispetto al giudice' e 'visuale interna del giudice' e vi spiego cosa intendo con queste espressioni.



Per quanto riguarda la visuale esterna rispetto al giudice, ovverosia dalla parte della collettività, quali sono le norme poste a tutela dell'imparzialità del giudice? Sono tutte quelle norme che scorporano delle garanzie viste dalla parte della collettività, dell'interesse della collettività, affinché sia assicurato che il giudice sia veramente imparziale, quindi, sono quelle norme poste a tutela della imparzialità del giudice contro comportamenti che siano, eventualmente, voluti, in contrasto con questa sua essenza, dallo stesso giudice.

Per quanto riguarda, invece, la visuale interna, dalla parte del giudice, intendo riferirmi a quelle misure che è lo stesso giudice che chiede a noi, all'ordinamento, che contengano strumenti di tutela della sua imparzialità contro eventuali interferenze. In questo caso l'ordinamento predispone una serie di disposizioni, una serie di previsioni che tutelano non più la collettività da possibili parzialità del giudice ma lo stesso giudice da possibili attentati alla sua imparzialità.

Concludo rapidamente il riferimento a queste due diverse visuali delle norme di tutela dell'imparzialità del giudice ( quindi da una parte la tutela del giudice da attacchi alla sua imparzialità che vengano dall'esterno, e dall'altra la tutela dell'esterno, della collettività, da possibili atti di parzialità dello stesso giudice) , individuando, sulla base dei principi costituzionali, quali sono i criteri orientativi fondamentali che ci possono aiutare al fine di individuare la normativa di sostegno alla tutela di queste due esigenze.

Citerò, dando un certo ordine logico, quattro principi della Carta costituzionale che, secondo me, sono quelli che ci possono aiutare al nostro fine, partendo dal primo comma dell'articolo 104 della Costituzione laddove si dice: "La Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni potere", continuando con il primo comma dell'articolo 102, laddove si dice: "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario".

Evidentemente, la Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere - ricordate le parole del professor Tranchina - perché soltanto una sua caratteristica assolutamente autonoma e assolutamente indipendente sotto ogni profilo può tutelare la necessità di imparzialità del giudice, può assicurare il giudice da attentati alla sua imparzialità che vengano dal di fuori, e assicura la collettività da attacchi che vengano rivolti dal giudice stesso alla necessità che egli stesso sia imparziale.

Una volta che abbiamo affermato questo principio, questa esigenza, noi ravvisiamo nelle strutture costituzionali successive le disposizioni e gli strumenti che, in concreto, consentono di arrivare a questo risultato (articoli 108 e 105 della Costituzione).

Il primo comma dell'articolo 108 della Costituzione afferma: "Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge" (riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario). L'articolo 105 dice: "Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati". Quindi la

tutela dell'autonomia e indipendenza dei magistrati, presidio essenziale per ottenere la garanzia della loro imparzialità, è assicurata dal Consiglio Superiore della Magistratura, organo di rilievo costituzionale, a sua volta indipendente e autonomo da tutti, che, come strumento di lavoro, applica le norme sull'ordinamento giudiziario, non a caso coperte da riserva di legge.

Il cerchio, da questo punto di vista, si chiude. Noi abbiamo un congegno normativo complessivo predisposto a tutelare l'autonomia e l'indipendenza dei giudici in funzione di garantire la loro imparzialità, che ha un presidio dal punto di visto soggettivo nell'organismo che gestisce queste norme, il Consiglio Superiore della Magistratura autonomo e indipendente, ed ha una serie di strumenti operativi, che vengono dati e che devono essere obbligatoriamente adoperati da questo presidio soggettivo, costituiti dalle norme sull'ordinamento giudiziario coperte da riserva di legge.

Ecco perché io dicevo che è abbastanza riduttivo parlare solo di alcune previsioni dell'ordinamento giudiziario come finalizzate a garantire l'autonomia del giudice. In realtà, è l'intero sistema di ordinamento giudiziario che è rivolto, nel momento in cui assicura l'autonomia e l'indipendenza dei magistrati, ad assicurare anche la loro imparzialità, ad assicurare da un lato loro stessi contro possibili comportamenti esterni volti a minare la loro imparzialità, e dall'altro a garantire la collettività contro comportamenti scorretti degli stessi magistrati che possano voler non essere imparziali per finalità, evidentemente, poco commendevoli.

Ritorniamo, pertanto, al filo conduttore del mio discorso, ovverosia ai due diversi profili da cui ero partito, dal punto di vista dei quali si possono e si devono individuare le norme poste a tutela dell'imparzialità del giudice, il profilo interno e il profilo esterno.

Il profilo esterno, quello della difesa della collettività da possibili parzialità volute dal giudice, e quindi le norme che ci garantiscono che i giudici siano effettivamente imparziali anche se volessero non esserlo, sono in realtà un reticolo di disposizioni considerevolmente complesso, anche perché sono disposizioni che hanno una finalità preventiva, sostanzialmente, tendono, cioè, a porre le condizioni perché non si possa verificare un attentato, da parte dello stesso giudice, al suo obbligo istituzionale di imparzialità.

Più semplice è, invece, l'individuazione, che in realtà ho già fatto, di tutti i congegni normativi e istituzionali che risolvono il problema della tutela dell'imparzialità del giudice dal punto di vista interno, dalla parte del giudice stesso; del giudice che vuole essere imparziale e vuole che ci siano delle norme che lo garantiscano da attentati che vengano dal di fuori, che tendano a premere su di lui affinché non sia imparziale.

Sotto questo profilo rileva innanzitutto, come detto, il sistema di governo autonomo della Magistratura, ovverosia la circostanza che tutta la vita del magistrato, da quando nasce come magistrato per tutto lo sviluppo della sua carriera, dipenda da un organismo del tutto autonomo da ogni altro, pluralisticamente composto ma non sottoposto ad alcun momento di considerazione gerarchico-funzionale da parte di nessuno. Il Consiglio Superiore è stato costruito dalla Costituzione come organismo

senza alcuna dipendenza di natura funzionale con nessun altro potere dello Stato proprio per tutelare non l'indipendenza e l'autonomia dei magistrati come valore fine a se stesso ma come premessa alla loro imparzialità, per tutelare loro stessi da chi volesse, con i mezzi e con le modalità più o meno subdole che possano influire psicologicamente sullo spirito di indipendenza, agire con comportamenti direttamente incidenti sulla sua vita e sulla sua carriera così da forzarne la volontà, così da orientarne il comportamento.

Qui comincia e qui finisce il presidio posto dall'ordinamento a tutela della imparzialità del giudice dall'angolo di visuale interno, dalla parte dello stesso giudice. Il giudice chiede all'ordinamento di essere tutelato: e l'ordinamento lo tutela mediante il sistema di governo autonomo della Magistratura.

Più complicato - almeno teoricamente - è, invece, individuare le norme a tutela dell'imparzialità del giudice dal punto di vista della collettività perché, in realtà, le norme a tutela dell'imparzialità del giudice da possibili parzialità da lui stessa determinate sono norme volte generalmente a prevenire situazioni di possibili conflitti di questo genere. In realtà, sono quelle norme che rappresentano presidi di carattere generale organizzativo tendenti ad assicurare che non solo la sostanza ma persino l'immagine del giudice appaia veramente imparziale.

Vi sono tre grandi categorie di istituti di ordinamento giudiziario che sono direttamente funzionali a ciò, a porre le condizioni, anzi, le precondizioni, per evitare che si possano verificare situazioni in cui non solo il giudice possa peccare di parzialità ma in cui qualcuno possa sospettare che il giudice possa peccare di parzialità, situazioni in cui l'immagine del giudice (anche se, in ipotesi, questa parzialità non dovesse mai manifestarsi veramente) potrebbe essere comunque macchiata dalla possibilità che qualcuno possa pensare che egli voglia essere parziale.

Sono questi istituti di livello organizzativo e generale che si ritrovano tutti all'interno delle norme di ordinamento giudiziario. Vi sono, per la verità - ma non ne parlo perché esulano da quest'angolo di visuale -, anche delle norme di carattere non generale e organizzativo ma specifiche, concrete e contingenti che tendono a risolvere situazioni di questo genere in casi pratici e contingenti, e sono delle norme processuali (astensione, ricusazione) che, evidentemente, sono dirette ad assicurare la imparzialità del giudice anche sotto il profilo della immagine, della visione esterna.

Però, al di là di quelle disposizioni particolari applicabili a casi concreti e contingenti, l'ordinamento giudiziario prevede tutta una serie di istituti (che si sono fortemente evoluti nel tempo anche seguendo l'evoluzione di una sensibilità interna ed esterna alla Magistratura) che trovano proprio la principale giustificazione logica nella esigenza che non sia nemmeno messa in discussione la imparzialità e, quindi, l'essenza stessa del giudicare.

Vi propongo un elenco, che non è esaustivo, di norme di questo tipo che si trovano all'interno dell'ordinamento giudiziario.

L'elenco comincia con tutte le norme che riguardano il cosiddetto sistema tabellare. Il sistema tabellare è quella serie di previsioni puramente organizzative volte a

realizzare l'obiettivo della individuazione e della predeterminazione del giudice naturale.

Voi conoscete meglio di me lo sviluppo storico del concetto di 'giudice naturale'. Siamo passati dal concetto di 'giudice naturale' legato all'ufficio giudiziario al concetto di 'giudice naturale' addirittura legato alla persona del giudice all'interno dell'ufficio giudiziario. In mancanza di questa evoluzione ( e quindi se il concetto di 'giudice naturale' fosse rimasto legato all'ufficio giudiziario) il sistema tabellare che tutti conoscete ( che consiste nell'insieme di regole che consentono di predeterminare i collegi, le sezioni e, in alcuni casi, anche i giudici che saranno destinati a trattare determinate materie e, con un'evoluzione ancora successiva, anche i criteri di assegnazione dei singoli affari a tutti questi magistrati) non avrebbe avuto senso.

Invece, con lo sviluppo che si è avuto, con l'esigenza sempre più avvertita di assicurare ancor di più, sempre in garanzia di quella imparzialità, la predeterminazione del giudice, anche con riferimento ai collegi e alle persone, si è creato tutto il sistema tabellare. Sinteticamente cito solo la disposizione fondamentale, l'articolo 7 bis dell'ordinamento giudiziario che, integrato dalla normativa secondaria del Consiglio Superiore della Magistratura, consente di realizzare un sistema che allontani il sospetto di possibili operazioni interne volte ad assegnare affari a giudici che possano, secondo certe possibilità, anche non ad essi adempiere con il massimo di imparzialità necessario.

A proposito del sistema tabellare vi segnalo soltanto una novità che si trova nel disegno di legge 'Mastella' e che, per gli addetti ai lavori, è abbastanza interessante, anche se, evidentemente, di natura un po' settoriale. Riguarda la Corte di Cassazione, che è rimasto l'ultimo ufficio non del tutto 'democratico' nello svolgimento della sua vita interna rispetto agli uffici di merito che, da questo punto di vista, si sono evoluti molto presto. Soprattutto, la Corte di Cassazione mancava e manca tuttora di quell'organo di governo autonomo periferico - il Consiglio giudiziario presente in tutti i distretti in cui è organizzato il territorio giudiziario italiano - che è l'organo consultivo del Consiglio Superiore della Magistratura in materia tabellare. Il disegno di legge 'Mastella' colma questo vuoto perché introduce un terzo comma all'articolo 7 bis nel quale, parlando delle tabelle della Cassazione, fa riferimento alla necessità del parere dell'istituendo Comitato direttivo della Corte di Cassazione che è l'equivalente dei Consigli giudiziari.

Dal punto di vista tabellare, quindi, non ci sono novità, se non estremamente marginali, nella nuova normativa, quindi, esaurisco qui il tema evidenziando come sia proprio il sistema tabellare il primo dei grandi strumenti organizzativi previsti dall'ordinamento giudiziario a tutela di quel profilo esterno della tutela dell'imparzialità del giudice.

Lascio perdere la problematica relativa alla tabellarizzazione dei criteri organizzativi degli uffici del pubblico ministero, anche perché qui si parla di imparzialità del giudice, non del pubblico ministero. Solo a livello informativo, ricordo che quella previsione dell'articolo 7 ter, comma 3, che è stata abrogata dalla riforma 'Castelli', quindi dal decreto legislativo n. 160, è stata reintrodotta nel disegno di legge

‘Mastella’ e, quindi, sostanzialmente, da questo punto di vista, si vedrà, con lo sviluppo dell’iter legislativo che avrà questa proposta di legge, se il principio di tabellarizzazione avrà uno sviluppo anche all’interno delle procure, laddove, invece, adesso non c’è.

Il secondo grande tema in materia di norme di ordinamento giudiziario preposte a tutelare l’imparzialità del giudice, anche dal punto di vista virtuale, come immagine, in via preventiva, è quello che riguarda le norme in materia di temporaneità delle funzioni.

La *ratio* di queste disposizioni (che già esistono ma in maniera molto parziale e che in futuro, certamente, avranno uno sviluppo maggiore) è quella di consentire che venga meno il sospetto che la permanenza, per un tempo eccessivo, in posizioni giudiziarie particolarmente importanti o, comunque, in generale in tutte le posizioni giudiziarie, possa radicare situazioni di potere che consentano ad un magistrato di sviluppare la sua attività difettando del requisito essenziale di garanzia della sua imparzialità.

Questa è stata la *ratio* delle prime introduzioni in materia di temporaneità delle funzioni che sono state sviluppate essenzialmente dal Consiglio Superiore della Magistratura con le sue circolari e che, attualmente, trovano un’unica applicazione normativa nel comma 2 ter dell’articolo 7 bis dell’ordinamento giudiziario che prevede che non si possano esercitare le funzioni di giudice per le indagini preliminari per più di un periodo di tempo predeterminato.

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha esteso notevolmente (con previsioni contenute nella normativa secondaria di circolare) questo tipo di previsioni, tant’è che oggi, in realtà, il principio della decennalità nell’esercizio delle funzioni è esteso, più o meno, a quasi tutte le funzioni giudiziarie.

Con il decreto legislativo sospeso n. 160 il principio della decennalità generalizzata nell’esercizio di tutte le funzioni è diventato legge. Si è passati, quindi, dal dibattito dottrinale all’applicazione della normativa secondaria del Consiglio Superiore, e infine alla legge vera e propria.

Il decreto legislativo n. 160 è stato sospeso e, quindi, per adesso, è in vigore ancora la vecchia normativa. Il disegno di legge ‘Mastella’, da questo punto di vista, prevede delle considerevoli novità e, in particolare, prevede anch’esso la temporaneità delle funzioni ma, anziché quel limite decennale valido per tutte le funzioni, lascia al Consiglio Superiore della Magistratura la possibilità, a seconda delle caratteristiche dell’una e dell’altra funzione giudiziaria, di stabilire tempi e modalità di permanenza continuativa differenziati che vanno da un minimo di otto anni ad un massimo di quindici.

Questo secondo gruppo di disposizioni normative, funzionalmente orientate a garantire l’imparzialità del giudice con istituti di carattere generale, volt proprio non a risolvere problemi concreti ma a prevenire problemi concreti e, comunque, a tutelare un’immagine a 360 gradi di imparzialità del magistrato, viene integrato non soltanto dalla possibilità di temporaneità delle funzioni giudiziarie, in generale, ma

da una particolare temporaneità di funzioni giudiziarie particolarmente delicate come quelle direttive e semidirettive.

La temporaneità degli incarichi direttivi negli uffici giudiziari è stata anch'essa introdotta per la prima volta dalla recente riforma degli incarichi direttivi e semidirettivi. Attualmente, è previsione sospesa e sostituita in prospettiva, anche in questo caso, da altra previsione del disegno di legge 'Mastella' che, anche in questo caso, riafferma il principio modificandone i termini concreti.

Si passa, in sostanza, dalla previsione di quattro anni di durata massima degli incarichi direttivi, prorogabili di due anni, alla previsione di quattro anni, prorogabili per un intero altro periodo, come nel disegno di legge 'Mastella'.

Vedremo che sviluppo avrà ma, certamente, una previsione facile è che il principio della temporaneità degli incarichi direttivi è ormai passato dalla fase di studio, di affermazione, di proposizione, alla fase di applicazione concreta e indietro non si tornerà, pur con tutta una serie di possibili problemi e difficoltà applicative che, adesso, sarebbe troppo lungo sviscerare in tutti i loro possibili sviluppi ma che, sicuramente esisteranno.

Terzo e ultimo gruppo di norme dell'ordinamento giudiziario volte a tutelare l'imparzialità del giudice in via generale, con rimedi organizzativi e non contingenti, è quello che riguarda la separazione delle funzioni, argomento che non posso più dire di attualità, ma diciamo di cronica attualità perché sono anni e anni che se ne parla e se ne discute, che viene proposto con tonalità e soluzioni differenti, che non aveva mai trovato un'applicazione concreta dal punto di vista normativo, che si intreccia con il diverso ma parallelo tema della separazione delle carriere all'interno dell'ordine giudiziario, che ha trovato una prima regolamentazione con il decreto legislativo n. 160 sospeso e che, oggi, trova con il disegno di legge 'Mastella' una nuova e diversa soluzione normativa, a mio giudizio, certamente più razionale della precedente.

E' evidente il perché - ed è inutile che lo spieghi - la separazione delle funzioni o, da parte di chi la sostiene, la separazione delle carriere sono istituti che, certamente, trovano una loro ragione logica da parte di chi li propugna nella necessità di garantire ancor di più la imparzialità del giudice anche dal punto di vista dell'immagine nei confronti della collettività.

Nella riforma 'Castelli' questa soluzione era stata in concreto trovata imponendo ai magistrati, dopo tre anni di carriera, di scegliere definitivamente se, per il prosieguo, continuare a svolgere le funzioni che svolgevano o cambiarle, una volta e per sempre, e poi mai più.

Il disegno di legge 'Mastella', invece, è molto meno rigoroso da questo punto di vista; realizza, in realtà, una vera e propria separazione solo di funzioni e non una separazione di carriere comunque orientata in quanto prevede, a differenza della legge sospesa, che il passaggio dall'una funzione all'altra possa avvenire più volte nel corso della carriera, con determinati limiti, uno di natura territoriale ( le incompatibilità territoriali, distrettuali del disegno di legge 'Mastella') e l'altro temporale, dovendosi necessariamente permanere nelle funzioni svolte, prima di poterle cambiare, almeno per cinque anni.

Questa è una soluzione che, pur presentando degli aspetti certamente criticabili, è ormai accettata all'interno della Magistratura perché, evidentemente, o per ragioni di fatto realmente esistenti, o per la convinzione formatasi nell'opinione pubblica a seguito del dibattito che si è sviluppato, la possibilità che un magistrato passi dal banco dei giudici a quello del Pubblico ministero ma, soprattutto, viceversa, all'interno di uno stesso ambito giudiziario, dello stesso Tribunale, viene ormai difficilmente accettata.

Come per la temporaneità delle funzioni, anche questo è un argomento su cui possiamo ritenere che vi sia una conclusione ineluttabile, si va su quella strada, si tratta solo di vedere quale sarà il congegno normativo concreto che si svilupperà.

Diverso problema - e concludo - è quello, invece, del massimo baluardo, secondo i sostenitori di questa tesi, che potrebbe essere posto a tutela dell'imparzialità del giudice, che sarebbe costituito invece dalla separazione delle carriere: distinguere giudici e pubblici ministeri dal punto di vista ordinamentale creando corpi separati con norme diverse, accesso diverso, senza possibilità di osmosi in maniera che questa soluzione consentirebbe al giudice di trovarsi dinnanzi due parti assolutamente equidistanti, non solo dal punto di vista funzionale del processo ma anche dal punto di vista ordinamentale, di carriera, nei confronti di nessuna delle quali, quindi, egli potrebbe avere - come oggi viene, evidentemente, implicitamente o esplicitamente accusato di avere - un "occhio di riguardo".

Se avessimo tanto e tanto tempo a disposizione stasera per parlare di questo io potrei enumerarvi gli argomenti pro e contro che abbiamo sentito in mille dibattiti, sostenuti con passione e calore indicibile sia dai sostenitori che dagli oppositori di questa tesi che sono poi, normalmente, detto tra virgolette, "avvocati" da una parte e "magistrati" dall'altra, con il mondo della politica in mezzo che è un po' oscillante ma molto trasversale sotto questo profilo.

Sul punto concludo semplicemente con una dichiarazione che è anche una confessione chiara, aperta e senza mezzi termini. Avrei bisogno, anche, di parecchio tempo per spiegarla e, quindi, la enuncio rimandando, magari in un prossimo Convegno di questa stessa Fondazione, ad un momento di riflessione, una giornata di riflessione su questo tema specifico.

In realtà, i sostenitori delle due tesi optano per due modelli diversi di pubblico ministero: chi vuole la separazione delle carriere pensa a un pubblico ministero parte, ma parte non soltanto processuale, funzionale - come è ovvio che già è e non può essere diversamente e così era, addirittura, persino con il Codice *ante* '89- , ma parte proprio - consentitemi l'espressione - nell'anima, portatore, cioè, di un interesse, interesse di giustizia, per carità, ma diverso da quello del giudice.

I sostenitori, invece, della diversa opzione, contraria alla separazione delle carriere - ve lo dico con molta onestà - sono, invece, rimasti ancorati a quella concezione del PM giudice che ci è stata insegnata quando siamo entrati tanti anni fa in carriera, che voleva dire semplicemente che il PM deve ragionare con l'animo del giudice, che è vero che svolge funzionalmente il compito di una parte ma sa, in qualsiasi momento, di avere lo stesso obiettivo del giudice ed è, quindi, pronto e capace in qualsiasi momento - non certo in quel processo, ovviamente, e siamo anche d'accordo da oggi

non anche in quella stessa sede giudiziaria - a cambiare veste e a svolgere l'altro ruolo.

La collettività deve scegliere e su questo, forse, su cui non sempre si è soffermata l'attenzione del dibattito su questo tema, bisognerebbe chiedere alla gente che cosa preferisce. Preferisce che l'organo di accusa sia qualcuno che ragioni con la mentalità di una parte o preferisce che l'organo di accusa, pur svolgendo il ruolo di una parte, con i poteri di una parte e non del giudice, sia qualcuno che ragioni con la mentalità del giudice?

Credo che se noi riuscissimo ad impostare il problema in questi termini, a consultare anche coloro che sono i fruitori del servizio giustizia e chiedere loro “ volete un pubblico ministero avvocato o un pubblico ministero giudice?” , ricondotti i due concetti nei termini che vi ho detto, forse, potremmo avere - non è stato mai fatto e forse sarebbe il caso di farlo - qualche risposta interessante.



Prof. Mario SERIO, *Direttore del Dipartimento di diritto privato generale dell'Università di Palermo.*

*“Certezza del diritto e imparzialità del giudice: riflessioni comparatistiche”.*

Il binomio terminologico su cui si concentrerà la presente indagine appartiene ai temi nobili ed elevati di ogni riflessione giuridica in quanto tocca gli aspetti costitutivi dell'amministrazione della giustizia e, quindi, uno dei capisaldi dello Stato di diritto. Esso, tuttavia, può stemperarsi nell'astrazione e nella genericità se non se ne individuano gli indici positivi di rilevanza e presenza in un dato ordinamento giuridico.

Ci si propone, pertanto, di condurre un'analisi fondata sui dati di diritto positivo che negli ordinamenti italiano ed inglese sorreggono un ordinamento giuridico che coniughi lo scopo di conseguire la certezza del diritto con il bene fondamentale dell'imparzialità del giudice.

Una prospettiva particolarmente appagante è, poi, quella che conferisce alle singole esperienze ordinamentali europee il ruolo di collegamenti necessari con fonti convenzionali transnazionali che esibiscono il proprio primario interesse per il tema della giustizia quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, recepita nel nostro Paese con legge ordinaria del 1967, e nel Regno Unito, più di recente, con lo *Human Rights Act* del 1998, entrato in vigore nell'ottobre di due anni dopo.

Va aggiunto, sempre in via preliminare, che dei due termini del discorso, il primo, cioè la certezza del diritto, meno si presta, per sua natura, a costituire oggetto di una o più specifiche disposizioni di legge.

In, effetti, la certezza del diritto è più agevolmente percepibile come effetto di un sistema normativo organizzato in modo da apprestare i mezzi perché la stessa venga conseguita. In altri termini, la certezza del diritto è un risultato il cui raggiungimento è intimamente legato alla solidità della struttura ordinamentale e alla sua capacità di assicurare la propria credibilità esterna in forme e con modalità idonee allo scopo.

In via concettuale, l'imparzialità del giudice costituisce una qualità, un modo di essere della persona, nonché la manifestazione di un sistema di principi, regole e norme, sia sostanziali che processuali, adeguate rispetto all'esigenza che chi è chiamato ad amministrare giustizia si collochi in una posizione di terzietà e equidistanza nei confronti delle parti.

Il nostro esame avrà ad oggetto fonti convenzionali e progetti legislativi che hanno in comune una specifica attenzione rivolta all'articolata questione dell'amministrazione della giustizia sia con riferimento alle persone addette al compito che ai risultati della loro azione. Si prenderanno in esame la Convenzione istitutiva dell'Unione europea nonché il suo precedente storico-politico costituito

dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza e la Convenzione, appunto, per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo del 1950.

Tutti i testi in parola, i primi due dal coincidente contenuto, racchiudono specifiche disposizioni concernenti l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini degli stati membri, o contraenti, e le forme e le garanzie dello svolgimento del processo.

In breve, queste fonti collocano su un piedistallo di essenzialità la figura del giudice imparziale, di fatto elevandola a precondizione per la effettiva realizzazione di un processo equo.

Si consideri, infatti, che i testi comunitari assumono come modello di processo quello che si svolga equamente e davanti ad un giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge.

In termini sostanzialmente corrispondenti si esprime l'articolo 6 della CEDU secondo cui il diritto all'equo processo può solo concretizzarsi davanti ad un Tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge.

E' evidente che la costruzione normativa comune ai testi in esame si concentra sulla figura di un giudice sia individuale che collegiale che possieda caratteristiche soggettive ed oggettive ben delineate, l'indipendenza e l'imparzialità e, dal punto di vista, funzionale ed oggettivo, la propria precostituzione per mezzo di regole fissate dalla legge.

Si può dire sin da adesso che la precostituzione della persona del giudice, attraverso la previa adozione di criteri oggettivi ed astratti, secondo il modello costituzionale italiano, possiede un carattere strumentale sia rispetto alla qualificazione dei requisiti soggettivi del giudice, sia in relazione a quella di 'giusto processo' che sarebbe impedito nel suo realizzarsi dalla violazione della regola in parola. Ma, come si vedrà subito, la precostituzione del giudice mediante regole predeterminate attiene anche, più di quanto si sia soliti disposti ad ammettere, alle caratteristiche soggettive di indipendenza ed imparzialità.

C'è subito da chiedersi se la nozione di 'giudice indipendente' e quella di 'giudice imparziale' siano tra loro interdipendenti ovvero del tutto autonome; c'è, in particolare, da chiedersi se esse attengano a beni diversi tutelati dall'ordinamento.

La risposta è necessariamente articolata e, come sembra emergere soprattutto dall'analisi della giurisprudenza della Corte dei diritti umani di Strasburgo, l'impressione che si ricava dalle norme in questione è che le due nozioni tendano, in ultima analisi, ad integrarsi vicendevolmente solo allorché il risultato generale e fondamentale dello svolgimento di un giusto processo sia conseguito.

In altri termini, il punto di riferimento di ogni osservazione che ruoti attorno alla definizione delle qualità soggettive del giudice ha ragion d'essere solo se esse vengano esplorate nella prospettiva della sussistenza di un giusto processo e come strumenti concorrenti allo scopo. Ciò equivale a dire che non è agevole né utile delineare una figura astratta di giudice indipendente ed imparziale mentre è molto più proficuo e rispettoso della *koinè* culturale europea indagare circa le condizioni attraverso le quali l'obiettivo di un giusto processo possa essere utilmente perseguito e tra esse, naturalmente, le due qualità in parola quali si sono concretamente dispiegate in una specifica vicenda processuale.

Ciò detto, il requisito dell'imparzialità allude alla collocazione ideale del giudice all'esterno del circuito di interessi veicolato dalla singola vicenda processuale. Ma sarebbe semplicistico ravvisare l'imparzialità nella semplice astensione dal prendere parte direttamente o indirettamente agli interessi di cui si discute nel processo.

Si tratta di una sorta di dato di precomprensione da dare per scontato; molto più complessa può essere la realtà la quale può chiamare in causa l'imparzialità del giudice in forme inedite o non facilmente controllabili, chiedendogli di improntare la propria azione o all'allontanamento dalla scena processuale, allorché la partecipazione sia preclusa dalle ricorrenze di specifiche condizioni predeterminate per legge o - ed è l'ipotesi di più difficile governo - imponendogli condotte che non solo rendano certa l'eguaglianza di trattamento delle parti ma, addirittura, fughino il dubbio o l'apparenza che questo possa non avvenire. I fattori di perturbamento della imparzialità, al netto di quelli disciplinati in virtù della operatività del dovere di astensione nei casi previsti dalla legge, hanno carattere innominato e sfuggono ad una precisa classificazione, potendo trovare la propria origine in circostanze imprevedibili e cangianti.

Quel che in via di approssimazione può, però, dirsi riguarda lo stato mentale che potrebbe appannare l'essenza o l'apparenza dell'imparzialità del giudice rendendolo inadatto al proprio ufficio, come definito in ambito europeo. Ciò potrebbe avvenire a causa di una partecipazione emotiva del giudice alla causa sottopostagli, dipendente dai più vari ed imperscrutabili fattori quali la comunanza della materia ad altra agitata giudizialmente da parenti o congiunti, la subliminale avversione provata nei confronti di qualcuna delle parti in causa, l'adesione ideologica verso una delle tesi sostenute giudizialmente e così via.

E' assolutamente chiaro che queste condizioni, risolvendosi in imperscrutabili stati d'animo soggettivi, non possono che sfuggire a qualunque forma di controllo o sanzione e restano del tutto irrilevanti ai fini del giudizio sulla imparzialità del giudice.

E' altrettanto sicuro che altre sono le cause impeditive dell'imparzialità giudiziale: in primo luogo lo stesso mancato rispetto delle regole precostituite per legge per la designazione della persona fisica del giudice chiamato a decidere una data controversia può lasciare adito al sospetto che la violazione fosse rivolta al fine di imporre una data persona fisica, o di escluderne un'altra, con ciò dando luogo alla premessa logica per rinunciare ad una figura effettivamente imparziale.

Altre ancora possono essere le ragioni che spingano verso una qualificazione negativa della posizione del giudice. Il diritto inglese conosce una definizione sia in positivo che in negativo del requisito in esame cui si è sempre ispirata la giurisprudenza nel corso degli anni. Il modello di giudice inglese che soddisfi i requisiti di cui si parla è quello del giudice *unbiased*, che sia cioè portatore di un sentimento di *bias* inteso come pregiudizio di qualunque origine o causa, faziosità, animosità, coinvolgimento emotivo materiale nella causa, inclinazione, disposizione, influenza.

Attorno al concetto di *bias* si è, quindi, costruita - sia pure in negativo - la figura di giudice non imparziale perché, appunto, apparentemente o temibilmente mosso da

sentimenti capaci di far velo alla possibilità di rendere una giustizia terza ed impersonale.

Naturalmente, si rivela arduo individuare le possibili ragioni che rendano un giudice *biased*, cioè incapace di assicurare imparzialmente la propria opera nell'amministrazione della giustizia.

Un caso recente, molto clamoroso, in cui fu ritenuta priva del necessario requisito di imparzialità la posizione di un giudice inglese, è quello relativo alla discussione davanti la *House of Lords* inglese del ricorso proposto dall'ex presidente cileno Pinochet contro la propria estradizione.

Uno dei giudici della *House of Lords*, che aveva concorso a pronunciare la decisione a maggioranza con cui lo Stato inglese aveva accolto la domanda di estradizione proposta dallo Stato spagnolo, fu, poi, ritenuto incompatibile con l'Ufficio, con la conseguenza, senza precedenti, che la *House of Lords*, in diversa composizione soggettiva, procedette all'annullamento della propria decisione perché risultò che egli era presidente di una branca locale di *Amnesty International*, la stessa organizzazione che aveva contribuito a promuovere il giudizio nei confronti di Pinochet.

L'accertamento della concreta ricorrenza di situazioni atte ad incrinare l'essenza o l'apparenza dell'imparzialità giudiziale presenta alti margini di opinabilità e suscita dibattiti molto accesi circa la compromissione che alla figura del giudice può essere recata dalla sua espressione di opinioni o idee o dalla sua appartenenza o partecipazione a movimenti ideologici o politici.

L'indagine che segue è indirizzata alla ricerca dei più illuminanti orientamenti giurisprudenziali sul tema dell'imparzialità del giudice della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo e delle Corti inglesi.

Le occasioni nelle quali la questione dell'imparzialità giudiziale è venuta alla cognizione della Corte di Strasburgo sono state originate da dedotte violazioni ai sensi dell'articolo 6 della CEDU, già citata, da parte degli stati aderenti alla Convenzione nella prospettiva della realizzazione del giusto processo.

Si comprende subito, a conferma dell'osservazione già anticipata, che le denunce di singoli cittadini nei confronti di stati europei per violazione dell'articolo 6, in relazione alla mancanza nel loro giudice del requisito dell'imparzialità, sottintendono, in effetti, la mancata realizzazione, per quella specifica causa, del giusto processo cui avrebbero avuto diritto; e la strumentalità, potremmo dire più elegantemente la riconducibilità del requisito dell'imparzialità del giudice, individuale o collegiale, al complesso dei mezzi soggettivi od oggettivi reputati ineliminabili per il raggiungimento del fine del giusto processo - valore fondamentale nel sistema dei diritti umani scolpiti nella Convenzione del 1950 - vale a spiegare l'elevato grado di rigore con cui la Corte competente giudica le fattispecie sottoposte al suo esame, alla ricerca di elementi che confermino o smentiscano l'effettiva realizzazione di un giusto processo.

La proposizione fondamentale che la Corte di Strasburgo costantemente utilizza è che l'imparzialità indichi la mancanza di pregiudizio o - *bias* - é che essa vada accertata secondo un doppio test soggettivo, al fine di verificare le convinzioni

personali del giudice in un dato caso, ed oggettivo, per verificare se il giudice offrisse garanzie sufficienti per escludere qualunque legittimo sospetto di parzialità. Si dice che è in gioco la fiducia che le Corti debbono riuscire ad ispirare in una società democratica ai cittadini e, soprattutto nei processi penali, all'imputato. Questo è il dato costante cui si ispira la Corte di Strasburgo al fine di verificare la fondatezza delle domande risarcitorie proposte da individui nei confronti di stati per la violazione dell'articolo 6, che cioè uno stato, attraverso la persona del suo giudice, riesca ad ingenerare un sentimento di fiducia, circa l'operato del giudice stesso, non nella generica ed astratta collettività ma nella singola parte processuale. Si dice, ancora, che, a proposito del test oggettivo, le apparenze hanno una certa importanza. La personale imparzialità del singolo giudice stesso, alla stregua del test soggettivo, si presume fino a prova contraria. Si chiede, ai fini dell'accertamento della sussistenza del test oggettivo di imparzialità, che il giudice adotti misure robuste per evitare il rischio di non apparire imparziale ed anche che lo Stato prenda ogni misura - anche organizzativa, riguardo al sistema idoneo di costituzione delle Corti - rivolta a tale scopo. Se nel Tribunale difetti il requisito dell'indipendenza e quello dell'imparzialità la conclusione è che non possa garantirsi un giusto processo.

Vorrei fare, adesso, una rapida analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Dico subito che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si pone in una linea non coincidente con la giurisprudenza delle Corti inglesi e questo può apparire sorprendente perché siamo tutti portati ad immaginare che la giurisprudenza inglese continui a vivere all'insegna di una massima del 1924 secondo la quale perché il giudice sia indipendente occorre non soltanto che egli operi in forma indipendente ma - si dice testualmente - "*Must be seen to be doing justice*", cioè deve esser visto come operante al fine di assicurare un processo equo.

Vi dico subito che la giurisprudenza inglese ha, di recente, adottato il test dell'apparenza, sotto la realistica presa d'atto che una sua applicazione estrema e troppo rigorosa avrebbe potuto portare ad una serie alluvionale di ricorsi per l'astensione e, poi, per la ricusazione del giudice e mi sembra una presa di posizione molto realistica e pragmaticamente accoglibile.

Diverso è, invece, il binario in cui si colloca la Corte di Strasburgo che, testualmente, ha attribuito importanza all'apparenza e sull'apparenza costruisce il proprio giudizio, esattamente il test oggettivo, al fine di verificare la sussistenza o meno della violazione dell'articolo 6.

In quali casi e secondo quali circostanze, tra le tante, la Corte di Strasburgo si è espressa rilevando la sussistenza della violazione?

Normalmente, la tipologia di procedimenti sui quali la Corte si è pronunciata evocava la ricorrenza di figure riconducibili, secondo la nostra esperienza, a casi di astensione o ricusazione. Non è questo, però, l'ambito della nostra indagine sia per una ragione formale che per una ragione sostanziale.

La ragione formale è che i casi di astensione o ricusazione, che sono poi comuni alle normative europee, prevedono un rimedio endoprocedimentale consistente nella proposizione del rimedio all'interno del processo. Hanno un carattere puramente

rescindente, cioè non tendono all'analisi del merito della pronuncia ma, anzi, tendono a prevenire che una pronuncia venga effettuata dal giudice sospetto.

La ragione sostanziale è che la tutela, ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione, è un tipo di rimedio risolvendosi nella assicurazione che il processo sia giusto e si svolga secondo le regole predeterminate. La preventiva eliminazione, attraverso l'accoglimento dell'istanza di astensione o la pronuncia della ricusazione da parte del giudice sovraordinato, costituiscono rimedio sufficiente - nel caso il giudice fosse sospetto - ad impedire la violazione dell'articolo 6, nel caso di rigetto dell'istanza, ristabiliscono un ordine ex articolo 6 già sussistente fin dall'inizio.

Limiterò al massimo l'esame dei casi di astensione o ricusazione non attuata dallo Stato giudice e poi risoltisi in accertamento della violazione dell'articolo 6.

Ad esempio, in Italia la Corte Costituzionale, molto lungimirantemente, ha prevenuto l'intervento della stessa Corte di Strasburgo, eliminando la possibilità che una stessa persona fisica conosca, del medesimo procedimento, in più fasi o gradi dello stesso.

Per quanto attiene ai casi di *bias* ritenuto sussistente dalla Corte di Strasburgo, uno dei più comuni è quello di origine razziale. In particolare, in Francia ed in Inghilterra è avvenuto che in processi davanti la Corte d'Assise qualcuno dei giurati, o in Camera di consiglio o all'esterno della Camera di consiglio, avesse rivolto apprezzamenti di forte connotazione antirazziale nei confronti dell'imputato o, addirittura, avesse dichiarato esplicitamente di essere razzista.

Nel caso di imputati appartenenti a nazionalità e di credo religioso diverso rispetto a quello del Paese nel quale venivano giudicati - nel caso francese si trattava di imputati Nord africani, nel caso inglese si trattava di imputati asiatici - fu accolta la domanda di accertamento di violazione dell'articolo 6, sia pure a maggioranza e con verdetti particolarmente sofferti, perché, pur escludendosi la sussistenza di un atteggiamento soggettivamente parziale da parte del giudice, era stata violata l'apparenza della sua imparzialità in quanto un occhio spassionato di un appartenente al pubblico avrebbe tratto meccanicamente la convinzione che a quell'apprezzamento di natura razziale sarebbe conseguito un giudizio sfavorevole per l'imputato; e non avendo né il singolo giudice che presiedeva la giuria proceduto a rimuovere il giurato né lo Stato provveduto ad adottare un sistema di organizzazione normativa tale da prevenire l'incidente, si supponeva che il giudice fosse *biased*.

La giurisprudenza inglese era partita dal presupposto che due potessero essere i casi di appannamento della imparzialità giudiziale, il primo di intuitiva evidenza, quello del giudice portatore di un interesse diretto nella controversia.

Il caso da cui prese le mosse è del 1852: si trattava di un giudice azionista di una società che era convenuta in un giudizio civile. La seconda categoria di casi era quella nella quale bastava - per una serie di fattori determinabili solo *ex post* - che fosse lesa la apparenza di imparzialità del giudice.

Di recente la *House of Lords* ha fatto macchina indietro: resasi conto della possibilità che il giudizio ipotetico sull'appannamento della figura di imparzialità del giudice fosse affidato ad una terza persona non qualificata e che da questo potesse

generare una serie di ricorsi rivolti a sottrarre la parte al proprio giudice naturale preconstituito per legge, ha sostituito al test dell'apparenza quello del concreto pericolo che quella particolare condizione di cui era portatore il singolo giudice nuocesse alla sua imparzialità.

La situazione del diritto inglese è, quindi, molto più prudente e richiede che esistano indici rilevanti ed affidabili sull'appannamento della imparzialità della figura del giudice.

La posizione del diritto italiano, in termini di imparzialità, non va affrontata in questa sede nella chiave delle disposizioni processual-penalistiche o civilistiche che regolano gli istituti dell'astensione e della ricusazione ma alla luce del decreto delegato 109 del 2006 che disciplina la materia degli illeciti disciplinari.

Di imparzialità si parla in contesti differenti e credo che sarà impegnata la sensibilità sia dei titolari dell'azione disciplinare sia dei giudici disciplinari nell'applicazione con equilibrio e misura di queste disposizioni. L'imparzialità figura, assieme a valori come correttezza, diligenza e laboriosità, tra i doveri fondamentali del magistrato di cui all'articolo 1, la cui violazione, in sé, determina illecito disciplinare.

Di dovere di imparzialità o di violazione aggravata del dovere di imparzialità si parla nella norma immediatamente successiva, laddove, alla condotta in sé violativa del dovere di imparzialità, si accompagni anche l'evento - che determina l'aggravamento della qualificazione - consistente nell'attribuzione di un ingiusto danno o di un indebito vantaggio ad una delle parti.

L'imparzialità, in questo caso, non può limitarsi a corrispondere alla figura delineata dalla Corte di Strasburgo: l'apparenza della violazione del dovere di imparzialità. L'imparzialità deve essersi risolta in un comportamento incompatibile con quel dovere, positivamente accertato e verificato, così come accertati e verificati devono essere gli eventi favoritistici o sfavoritistici conseguiti da quella condotta.

L'imparzialità, infine, è considerata come forma di clausola generale perché, in chiusura dell'articolo 3, si pone come illecito disciplinare ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza.

Questa è davvero una norma sulla cui legittimità costituzionale c'è da dubitare innanzitutto per il profilo puramente tecnico della riproduzione di un errore di diritto contenuto nella legge delega, quella della genericità ed indeterminatezza, interamente riprodotta nella riformulazione della norma; in secondo luogo perché determina una grave aporia legislativa lasciando immaginare all'interprete che l'imparzialità, intesa come clausola generale di cui all'articolo 3, sia altro dalla imparzialità di cui agli articoli 1 e 2, così dando vita ad una sostanziale violazione del principio di legalità perché priva la fattispecie incriminatrice di quei requisiti di leggibilità e, quindi, di applicabilità e prevedibilità che sono alla base dell'ordinamento stesso.

Non c'è molto altro da dire se non aspettare ed attendere ciò che si andrà producendo in termini di imparzialità. C'è da dire, peraltro, che possono apparire riconducibili al dovere generale di imparzialità di cui all'articolo 1 fattispecie che ne potrebbero costituire manifestazione di appannamento, quali l'iscrizione o la partecipazione a

partiti politici o il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o compromettere l'immagine del magistrato.

A questo proposito è utile un brevissimo riferimento ai sistemi di *common law*: quanto alla rilevanza, alla accettabilità democratica che, ai fini della formazione del giudizio, possano avere le convinzioni personali e il retroterra spirituale e culturale del giudice, una Corte canadese ha detto che i giudici non sono meri numeri e che una società democratica si aspetta assolutamente che un giudice si porti dietro nella propria decisione quel bagaglio di vissuto individuale e di convinzioni che lo rendono uomo.

In secondo luogo, un giudice inglese - tra l'altro incaricato di presiedere una Commissione legislativa di riforma - si è chiesto quale fosse il rapporto tra l'ordinamento inglese ed altri ordinamenti europei a proposito di giudizi sfavorevoli ai governi interni formulati dalle Corti inglesi e dalle Corti europee. Egli si esprime nel senso che l'Inghilterra è un Paese particolarmente felice rispetto ad altri, in quanto normalmente avviene che quando un giudice inglese dà torto al Governo - si suppone in una causa civile o amministrativa - egli, alternativamente, ottenga una buona stampa o, addirittura, venga promosso. E' da dubitare che questa regola abbia carattere universale.

Andiamo a chiudere sul tema della certezza del diritto. Essa ha carattere strumentale, non è valore di un ordinamento ma è sintomo che un equo processo, ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione, sia stato condotto. Per arrivare alla certezza del diritto è molto più agevole percorrere la strada della uniformità, che non significa però appiattimento.

Credo si debba riconoscere a settori della Magistratura italiana il merito, in materia civile, di avere superato le barriere della interpretazione acostituzionale del diritto creando categorie di protezione, ai sensi, per esempio, dell'articolo 2043, e categorie correlate - parlo della protezione dei beni costituzionalmente rilevanti - quali quello alla salute, alla correttezza nelle azioni di mercato, etc., senza cui avremmo, forse, avuto sì la ripetitività del diritto ma anche una deludente risposta alle aspettative di tutela dei cittadini.

Sempre in tema, il decreto legislativo n. 40 del 2006, pomposamente intitolato al recupero della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, crede di compiere un passo in avanti - e, probabilmente, nelle intenzioni si apprestava a compierlo - rinvigorendo la funzione della Corte di Cassazione, ai sensi dell'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario rimasto in vigore - Cassazione intesa come organo capace di assicurare l'esatta ed uniforme interpretazione del diritto oggettivo nazionale - imponendo alla stessa Corte, nei ricorsi proposti ai sensi dell'articolo 360 n. 3 e nel caso di ricorsi proposti nell'interesse della legge da parte del Procuratore generale o d'ufficio, l'obbligo della espressione del principio di diritto.

E' intimamente contraddittorio il mezzo rispetto al fine. Il principio di diritto, per candidarsi a trasformarsi in *regola iuris*, capace di essere applicata con tendenziale capacità uniformante ai successivi giudizi, deve avere il carattere della generalità,



della riconducibilità di ogni termine della singola questione sottoposta al giudizio della Corte di legittimità a quella futura da decidere.

Secondo l'espressione letterale del decreto legislativo, la Corte di Cassazione dovrebbe, all'interno del giudizio su ogni singolo ricorso, esprimere tanti principi di diritto quanti sono i quesiti posti dalle parti.

Porre tanti principi di diritto quante sono le questioni significa rendere concreta quella che dovrebbe essere una regola astratta, perché non si avrebbero più principi di diritto ma risposte a quesiti, esattamente quel che avviene, normalmente, attraverso i lodi pronunciati dai collegi arbitrali.

Certezza equivale ad uniformità, e non implica fissità, così come uniformità non implica incapacità di rivedere le proprie decisioni. Sembra, piuttosto, dirigistico il modello descritto dalla riforma, attraverso il decreto n. 40 del 2006, laddove esso prevede una sorta di supremazia gerarchica delle sezioni unite rispetto alle altre sezioni della Cassazione, addirittura, arrivando a stabilire che, ove su una data materia le sezioni unite abbiano posto un principio di diritto, la sezione semplice che intendesse discostarsi non potrebbe farlo dovendosi limitare a devolvere la questione stessa alle sezioni unite (con la prevedibile conferma del precedente orientamento). Questo è un forte arretramento sul terreno dell'autonomia e dell'indipendenza perché crea una gerarchia all'interno della Corte di Cassazione, in quanto le sezioni semplici sarebbero gerarchicamente sottordinate rispetto alle sezioni unite.

Alla luce delle considerazioni precedenti sembra potersi dire che il tema della imparzialità è comune ai vari ordinamenti e che i sistemi di tutela sono diversi: quello italiano contiene gli anticorpi necessari per fermare le derive nel caso di violazione del relativo dovere, anche alla luce dei rigorosi principi fissati dalla Corte dei diritti umani.

Dr. Fabrizio VANORIO, *Presidente della Sezione distrettuale dell'A.N.M. di Palermo.*

Buona sera a tutti. Ho un compito doppiamente ingrato, innanzitutto perché il mio, ovviamente, è un intervento e, quindi, segue le tre relazioni che sono state assolutamente analitiche, non solo per l'approfondimento ma anche e soprattutto per la qualità dei relatori; è un compito doppiamente ingrato anche perché questo mio intervento dilazionerà, comunque, una pausa che, mi rendo conto, è umanamente auspicabile.

Gli argomenti del convegno di oggi toccano proprio la giurisdizione in sé, la *iuris dictio*, quindi è davvero difficilissimo compendiarli e arrivare a delle definizioni esaustive.

Le stesse relazioni hanno messo in luce come il concetto stesso di certezza del diritto sia quasi un ossimoro, è un concetto, cioè, soggetto ad una mutevolezza di definizioni.

Mi riallaccio all'ultima relazione perché è quella che abbiamo tutti più fissa nella nostra memoria e di essa ho condiviso i passaggi essenziali, degli spunti che ci ha offerto il professor Serio, come quello sulla pretesa di un'asetticità assoluta o dell'apparenza di imparzialità totale che ci farebbe davvero sprofondare - dico 'noi' perché sono un magistrato - nelle stesse difficoltà e contraddizioni in termini che ci ha illustrato, in pagine davvero esemplari, Piero Calamandrei, che è stato citato anche più volte dal professor Tranchina, vale a dire quasi nella ignavia, nello scolorire qualsiasi tipo di vissuto umano che, inevitabilmente, chi giudica porta con sé nella fase delicatissima e - quella sì - segreta della camera di consiglio.

L'asetticità assoluta, dicevo, non è auspicabile poiché, come hanno ritenuto le massime autorità giurisdizionali inglesi nei casi illustrati dal professor Serio, si aprirebbe una rincorsa che, poi, non avrebbe fine, dal momento che qualsiasi appartenenza, qualsiasi opinione espressa dal magistrato, le sue stesse convinzioni religiose, non soltanto quelle politiche, determinerebbero l'obbligo a suo carico di astenersi dal giudizio in moltissimi giudizi.

Pensate, nel caso citato poc'anzi, all'appartenenza all'associazione umanitaria *Amnesty International* che, tutto sommato, persegue degli obiettivi che sono accolti e sono a base di ogni Costituzione nazionale ma, soprattutto, delle Carte sopranazionali: non si finirebbe più nella "casistica delle incompatibilità".

Potrei anche fare l'esempio delle associazioni ambientaliste. E' evidente, quindi, che sono altri i rimedi che l'ordinamento deve approntare e molti di essi già li appronta: infatti, la relazione del Consigliere Antonio Patrono ha delineato una serie di presidi che già esistono, alcuni, invece, sono in via di approvazione normativa, proprio per garantire che le decisioni dei giudici siano sottratte alla parzialità - quella sì sbagliata - dell'aver interesse alla controversia o, comunque, dell'aver esercitato

funzioni endoprocessuali ed anche funzioni nell'ambito della stessa circoscrizione territoriale che, in qualche modo, appannerebbero l'immagine del magistrato, ma in relazione ad atti non della vita privata, bensì della sua sfera professionale.

E' chiaro che altra può e deve essere l'attività del magistrato al di fuori della giurisdizione ed il suo impegno anche in realtà associative nelle quali è evidente - come appunto risulta dall'articolo 2 della Costituzione e non è necessario richiamare altri parametri costituzionali - che si concreta e si estrinseca la vita democratica del nostro Paese.

Per il tempo che ho a disposizione posso soltanto ragionare per esempi, non posso, naturalmente, compiere l'analisi che hanno svolto i relatori prima di me; non farò nomi perché il vostro pensiero andrà subito a casi molto noti della cronaca degli ultimi decenni.

Voglio sottoporre alla vostra attenzione i cosiddetti gruppi di magistrati o *pool* che, a mio avviso, tanto hanno fatto, in positivo, nel contrastare fenomeni gravissimi: mi riferisco all'Ufficio istruzione del Tribunale di Palermo, così come, anche, ai *pool* antimafia successivamente nati o, comunque, anche al famoso *pool* sui reati contro la Pubblica Amministrazione della Procura di Milano. Organi giurisdizionali o, comunque, singoli magistrati sono stati attaccati con virulenza estrema da alcuni settori della stampa e della politica, salvo, poi, cambiare questi giudizi, come nel caso dei magistrati di Palermo, quando, purtroppo, qualcuno di questi colleghi è stato vittima di attentati e sapete benissimo a chi mi riferisco.

I giudizi estremamente critici che venivano espressi quando questi colleghi erano in vita purtroppo sono radicalmente mutati: almeno si sarebbe auspicata una certa coerenza.

Questi gruppi di magistrati, non a caso - lo sappiamo tutti, lo sanno gli avvocati, lo sappiamo noi - erano composti da magistrati che avevano orientamenti culturali, professionali, religiosi del tutto diversi. Quindi, andare ad additare, magari, le idee del magistrato espresse legittimamente ed in maniera palese al di fuori della rispettiva attività professionale, può essere pericoloso perché molto spesso - ripeto - porta a dare giudizi radicalmente infondati, laddove, invece, può essere molto più pericoloso il magistrato che, in maniera occulta, segreta, veramente può aderire, più o meno consapevolmente, più o meno stabilmente, a centri di potere o, comunque, avere degli interessi, come ricordava il professor Serio, essere interessato al corso azionario di società commerciali. Naturalmente, non possiederà mai direttamente azioni, ma le potrà gestire per interposta persona, tramite mandati fiduciari. E' certamente lì che si annida molto di più il pericolo per il cittadino, che potrà essere giudicato, senza saperlo, da un giudice che è parziale.

Penso che questo sia il vero problema del magistrato che può non essere parziale e a questi inconvenienti credo che già l'ordinamento giudiziario attuale garantisca dei rimedi comunque efficaci ma, sotto questo profilo - penso di poterlo dire anche a nome di tutta la Magistratura associata - la Magistratura associata guarda, senza alcun timore, non solo ai controlli di professionalità che il nuovo ordinamento, con le variazioni che verosimilmente ci saranno, appresterà, ma guarda senza alcun timore proprio all'applicazione di norme disciplinari tassative, cioè le norme che

impediscono la partecipazione o il coinvolgimento in centri affaristici o simili gruppi di potere. Queste norme noi non le temiamo affatto.

Possiamo, sì, temere, invece - e qui ancora sono d'accordo con il professor Serio - clausole troppo vaghe e troppo indeterminate che potrebbero portare, magari, la parte che, in buona fede, ma anche in mala fede, voglia ostacolare in qualche modo l'attività giurisdizionale e magari diluire ancor di più i tempi dei processi, a criticare o attaccare un magistrato - ripeto - sulla base di norme non certe, in quanto assolutamente vaghe.

Forse dirò delle ovvietà ma questi sono i caposaldi della nostra attività. Qual è il sistema per controllare davvero che la decisione di un giudice sia logica e, magari, non sia davvero deformata, come spesso si suol dire, da eventuali ideologie del magistrato?

Il sistema per il controllo è la motivazione: noi abbiamo un sistema basato sulla logicità della motivazione. C'è un sistema delle impugnazioni che passa per più gradi di giudizio. Oggi un dibattimento penale, dalla fase cautelare alla fase definitiva, fino ad arrivare alla fase di esecuzione, passa per non meno di venti o venticinque persone fisiche che motivano e si occupano dello stesso caso, da angolazioni diverse ma, naturalmente, ognuno di loro produrrà una motivazione.

Questa è la garanzia del cittadino ed è questa la garanzia offerta anche alla libera dialettica, al contraddittorio e, soprattutto, offerta alle valutazioni dell'Avvocatura che produce, essa stessa, i gradi di giudizio attraverso le impugnazioni.

Di clausole aperte ma tassative, in alcuni settori, il diritto avrà sempre bisogno perché è evidente che i concetti di 'buoncostume' o di 'sicurezza pubblica' devono essere calati dal singolo giudice nella realtà fenomenica attuale. Veniva ricordata prima l'evoluzione giurisprudenziale nel campo del diritto civile, ma io credo che chi ha applicato negli anni Settanta l'articolo 674 del codice penale - che era una norma esistente e non è stata certo inventata, una norma che, probabilmente, per tanti anni, è rimasta recondita in un angolo del codice - lo ha fatto non certo inventando diritto, ma applicando una norma del Codice del 1930, alla luce dei parametri costituzionali, in particolare dell'articolo 9 della Costituzione.

Magistratura Democratica o altri gruppi non hanno bisogno di me come difensore d'ufficio anche perché io, in questo, sarei parte in causa essendovi iscritto, ma mi riallaccio a quanto detto dal professor Serio poc'anzi, né tanto meno Luigi Ferrajoli ha bisogno di difensori d'ufficio, anche perché ne sceglierebbe un altro e non sceglierebbe me. L'applicazione di norme che esistono nel nostro ordinamento, alla luce di parametri costituzionali, non è altro che l'in sé del nostro lavoro, perché giuriamo sulla Costituzione. Naturalmente, non posso qui soffermarmi sul famosissimo dibattito teorico sull'abrogazione automatica implicita delle norme previgenti contrastanti con la Costituzione oppure, invece, attraverso il filtro della Corte costituzionale, ma anch'esso è un fondamento essenziale della nostra attività giurisdizionale. E qui non posso che richiamarmi a quello che io ho considerato il maestro, non foss'altro perché è l'autore di uno dei primi libri che ho letto da studente di giurisprudenza, mi riferisco a Vezio Crisafulli e al sistema di gerarchia

delle fonti normative, che la sua monografia davvero fa quasi scivolare nel sangue di ogni giurista, rivolgendosi non certo ai magistrati ma ad ogni studente di diritto.

Concludo con due spunti: il primo è attuale mentre il secondo è, ancora una volta, un ricordo di Piero Calamandrei. Per quanto riguarda lo spunto attuale, abbiamo parlato tanto di anni Sessanta o anni Settanta, però, ritengo che, forse, sia più opportuno parlare del 2007.

In questo momento si discute nell'Associazione nazionale magistrati su un tema che è di estrema attualità, vale a dire di un invito rivolto, certamente in maniera molto autorevole, anche ai magistrati, dalle gerarchie ecclesiastiche, all'obiezione di coscienza di fronte a norme che possano collidere con i valori della persona umana.

Ad esempio, io penso che - questa è una mia opinione personale ma è una discussione che, però, già si è avviata nell'Associazione e che affronteremo anche nella Giunta di Palermo - proprio perché un giudice è soggetto soltanto alla legge, l'unica forma possibile per far emergere un contrasto tra la legge positiva e valori sopraordinati, è la rimessione della questione alla Corte costituzionale.

Un caso estremamente delicato - lo sappiamo tutti - è quello affrontato dalla notissima sentenza n. 196 del 1987 della Corte costituzionale, in tema di autorizzazione delle minorenni all'interruzione volontaria della gravidanza. In quella occasione la Corte ebbe modo di negare in linea di principio l'obiezione di coscienza del magistrato.

Infine, ritengo significativo richiamarmi ancora a Calamandrei. Egli ricordava che un anziano magistrato ebbe a dirgli che il peggior nemico del giudice non è tanto quello della corruzione: sono casi singoli, pochi e, comunque, vengono spesso puniti. Il peggior nemico, diceva l'anziano Presidente, non è nemmeno quello delle opinioni politiche che magari il giudice può avere ma il conformismo: "Creda a me: la peggiore sciagura che potrebbe capitare a un magistrato sarebbe quella di ammalarsi di quel terribile morbo dei burocrati che si chiama il conformismo. E' 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 sodisfa in anticipo" <sup>(1)</sup>. Il giudice di cui dobbiamo aver paura, insomma, è quello che, per conformismo, per pigrizia e soprattutto perché non vuol leggere le carte, non amministra giustizia perché rifiuta di giudicare, devolvendo ad altri quello che, invece, ha il dovere di decidere, con la propria coscienza, applicando la legge, emettendo una decisione e motivandola logicamente.

---

<sup>(1)</sup> Piero Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, IV ed., Firenze, 1959 (rist. Milano, 2006), pag. 271.

On Giuseppe LUMIA, *Vicepresidente della Commissione Parlamentare Antimafia.*  
(testo originale).

Ringrazio la Fondazione “Centro siciliano di studi sulla Giustizia” perché credo che questa sia una buona occasione per mettere a fuoco sia alcuni aspetti di fondo della certezza del diritto e della imparzialità del giudice, sia anche perché è importante, oltre ad una rigorosa riflessione su alcuni aspetti di fondo che fanno da architrave a questi due importanti elementi, considerare anche alcuni aspetti funzionali, cercando di fare un confronto sereno e costruttivo - per quanto sia possibile - anche in ordine ad alcune decisioni che sono in corso d’opera e che ho sentito che sono state valutate.

In particolare, ringrazio il dottor Patrono perché mi ha liberato dalla necessità di fare riferimento puntuale al disegno di legge ‘Mastella’ che interviene con uno spirito che possiamo definire di ‘lieve riforma’ rispetto all’ordinamento che precede Castelli e che supera alcuni aspetti fondamentali criticati, appunto, dalla legge 150, cosiddetta ‘Castelli’. Quindi, anch’io posso dare un contributo su alcuni aspetti di fondo ed offrire, poi, alla vostra valutazione qualche elemento di tipo funzionale che potrebbe arricchire il dibattito sulla certezza del diritto e l’imparzialità del giudice.

Innanzitutto, mi preme sottolineare che sia la certezza del diritto che l’indipendenza e l’imparzialità del giudice sembrano espressioni stabilmente acquisite ma quando poi, di volta in volta, le richiamiamo e le sottoponiamo al confronto e alla verifica culturale, vediamo che così non è e, forse, non potrebbe essere diversamente. Perché?

Se pensiamo all’idea di certezza e indipendenza del giudice intorno alla costituzione degli stati, quindi, intorno a periodi storici di un certo rilievo per strutturare e fondare gli stati, sicuramente questi due termini acquistano un particolare rilievo e certezza del diritto; ad esempio, in ordine alla necessità di liberarsi dalla eccessiva discrezionalità del sovrano, sicuramente acquisivano un valore e una caratterizzazione, in ordine non solo alla sua uniformità ma anche di fronte alla sua fissità, che, sicuramente, nella valutazione, acquisisce un apprezzamento particolare.

Oggi, invece, di fronte all’evoluzione che le democrazie hanno avuto e di fronte ai principi fondativi della nostra Carta costituzionale, nel valutare la certezza del diritto - come è stato ben spiegato nell’intervento del professore Mario Serio che ho molto apprezzato - ci possiamo liberare dei principi di fissità e ne vediamo, invece, l’elemento più dinamico.

Qual è, allora, il problema che abbiamo oggi nel discutere sul tema della certezza del diritto? Evitare che l’elemento dinamico scada, invece, in arbitrarietà, in manipolazione ideologica. Si definisce in termini di subalternità, rispetto ai grandi poteri invasivi delle odierne società, a partire, ad esempio, dalla forte invasività che oggi ha il potere economico-finanziario. Ecco che, quindi, il tema della certezza del

diritto dobbiamo, di volta in volta, calibrarlo rispetto alle grandi questioni che attraversano la vita di una democrazia e di una società.

Oggi non penso che il tema della certezza del diritto - ripeto - si possa ricondurre ad alcuni pericoli o ad alcune definizioni che si davano in altri momenti storici, ma quello che abbiamo oggi, da un lato, ci consente di guardare a questo aspetto con più libertà, con più laicità, con meno preoccupazioni e, quindi, possiamo senz'altro affermare che una moderna cultura giuridica della certezza del diritto la libera da un'eccessiva staticità; dall'altro lato, ci impone di verificarne continuamente il grado di libertà che deve sempre richiamare la certezza del diritto rispetto a nuovi pericoli, a nuove dimensioni che interferiscono e che ne possono piegare i suoi requisiti costituzionali ed impongono, quindi, una moderna rilettura di questo importante aspetto.

Ad esempio, ricondurrei ancor di più il tema della certezza del diritto alla necessità di avere leggi chiare, organizzate in un sistema normativo coerente e semplificato. L'ipertrofia normativa è una condizione di potenziale inefficacia del sistema e costituisce un serio limite tanto all'azione di Governo quanto a quella della Pubblica Amministrazione; favorisce, inoltre, comportamenti anomici, caratterizzati, spesso, dallo sfruttamento professionale di contrasti normativi ed incertezze sistemiche. Ciò si riscontra, soprattutto, nelle materie attinenti ai rapporti economici e finanziari, ad esempio, in una moderna questione con cui ci stiamo confrontando cioè la tutela dell'ambiente - per fare un riferimento concreto e reale - con cui, di volta in volta, la certezza del diritto si deve confrontare.

In questa direzione il processo di modernizzazione dello Stato impone un severo sfoltoimento dell'enorme numero di leggi vigenti e richiede, anche, un suo intervento sistematico. Ad esempio, è tema attuale - per fare un riferimento più diretto alla discussione che si sta svolgendo in Parlamento e nella Commissione parlamentare antimafia (vedo qui presente il Senatore Di Lello) - costituire, organizzare un moderno testo unico delle leggi antimafia perché così disperse, in un numero elevatissimo (in più di cinquanta norme già definite), ci impongono un lavoro serio e vi è il rischio che si perda l'idea, seppure moderna e dinamica, di certezza del diritto. Questo dovrebbe costituire un aspetto sistemico di lavoro parlamentare che metterebbe in condizione il valore dinamico della certezza del diritto di poter vivere e strutturarsi in modo positivo e attivo.

Sono d'accordo con l'idea che il diritto vive sia in Parlamento che nelle aule dei tribunali. Anche questo, naturalmente, va pensato e verificato alla luce dell'evoluzione che i sistemi parlamentari stanno avendo e attraverso l'evoluzione, le difficoltà, le incertezze in cui oggi si organizza la certezza della legge dentro i meccanismi concreti delle aule dei tribunali.

E' chiaro che un sistema di bilanciamento nelle democrazie mette in condizione la certezza del diritto di vivere bene e di trovare nella fonte parlamentare una fonte autorevolissima, non solo sul piano della gerarchia delle fonti e sul piano della legittimazione costituzionale ma anche su quello concreto dell'autorevolezza, della fiducia, del grado di consenso che in una società devono, comunque, sgorgare per potere, poi, avere un principio di coesione e di adesione che sono sempre importanti

per rendere il diritto in grado di orientare, anche nella vita quotidiana, preventivamente, i comportamenti dei cittadini e la loro adesione, con convinzione e consapevolezza, a quei comportamenti; un bilanciamento dei poteri che deve attenere, naturalmente, alla storia, ai drammi, alle insufficienze, ai limiti della nostra democrazia, ai problemi con cui ci confrontiamo e con uno sguardo al contesto internazionale, ai meccanismi oggi attuali della globalizzazione.

La certezza del diritto vive nel Parlamento se abbiamo dei parlamenti autorevoli, forti, se, ad esempio, li liberiamo da una questione che, storicamente, aveva un senso ma forse, oggi, un po' meno: la cosiddetta 'incompatibilità' tra la funzione del parlamentare e alcune professioni. Oggi, ad esempio, abbiamo, per alcune professioni, legittimamente, giustamente, un principio di incompatibilità mentre per altre no; questo, se, sul piano funzionale della legittimazione, non crea alcun problema, lo crea, invece, sul piano di quella autorevolezza, convinzione, motivazione che mette in condizioni di creare delle adesioni convinte di una società e del cittadino a quella produzione normativa.

Spesso, sono state in discussione le questioni trattate quando dalle aule del Tribunale ci si è spostati in sede parlamentare con gli stessi soggetti che, di volta in volta, di fronte ad un conflitto in un'aula del Tribunale, si sono spogliati della loro veste e ne hanno assunto un'altra in Parlamento, creando dei meccanismi legislativi e delle norme che sono state fortemente discusse e sono state fonte di forti polemiche, di forti conflittualità nella società piuttosto che di coesione, di orientamento e di condivisione comune.

Ecco perché è importante che anche il Parlamento riveda alcune sue forme di compatibilità, affinché lo stesso Parlamento sia nelle condizioni, anche da questo punto di vista, di essere autorevole e forte e si creino dei meccanismi per cui è importante che i parlamenti resistano, siano forti e autorevoli rispetto a quella invasività, a cui facevo riferimento prima, che si viene a creare sempre più nella società e che, attraverso le forme delle cosiddette *lobby*, tende a condizionarne, oltre il dovuto, oltre la legittima interazione che si deve creare tra società e Parlamento, il suo percorso legislativo.

Lo stesso ragionamento vale per le aule dei tribunali. Avere una realtà che non sia moderna, ben organizzata, efficiente, strutturata bene, spesso, anche sul piano funzionale, rende quella certezza del diritto e quella indipendenza del giudice sfuocata, non in grado, realmente, di potersi esercitare, magari fondata sul piano teorico e culturale ma, poi, sfrangiata, indebolita, sul piano della sua funzionalità concreta.

Ad esempio, per quanto riguarda l'indipendenza della Magistratura, riflettiamo anche sul modo di governare il lavoro concreto del magistrato, di disporre gli strumenti essenziali per rendere giustizia.

Come tutti i paesi avanzati occorre assicurare un complesso organizzato di uomini e di mezzi per ciascun giudice. Perché nel nostro Paese, ancora, non si fa strada l'idea dell'Ufficio del giudice in condizione di far vivere realmente, sul piano funzionale, quella forte capacità culturale ed ordinamentale di essere riconosciuto soggetto forte, indipendente e terzo, imparziale quando, poi, concretamente, deve amministrare



direttamente il giudizio, la sua funzione, quando deve quotidianamente prendere delle decisioni? Infatti, quando quelle decisioni sono disturbate da livelli organizzativi insopportabili, da un'organizzazione premoderna, difficilmente il precipitato operativo dell'adesione all'imparzialità del giudice regge nell'impatto del suo lavoro e della delicata funzione che deve svolgere nella società, difficilmente gli viene riconosciuta quando qualunque cittadino ha la possibilità di seguire quel ritmo quotidiano in cui, concretamente, si amministra la giustizia.

Insomma, abbiamo uno scadimento sia nel cittadino - che è oggi consapevole e più attrezzato, non percepisce una moderna organizzazione in grado, realmente, di rendere imparziale il magistrato - che nella stessa convinzione del giudice: non scatta quella autorevole consapevolezza della sua forte funzione e, quindi, della sua capacità di potere esercitare concretamente quel ruolo.

Ecco perché anche questi moderni aspetti vanno elaborati, vissuti, organizzati e quelle norme che, via via, si avvicinano a questi indirizzi devono essere sostenute e, penso, dovranno trovare anche - per quanto mi riguarda - maggiore spazio sia nel dibattito attuale che stiamo vivendo, anche rispetto alla stessa proposta 'Mastella', sia nel dibattito parlamentare e mi auguro che possano trovare più forza e possibilità di strutturazione.

Naturalmente, vi sono alcuni aspetti che sono stati affrontati e che, forse, troveranno una possibilità di equilibrio e di soluzione più adeguata per quanto riguarda l'indipendenza nell'ordine giudiziario che ha trovato, anche, alcune convinzioni comuni che, adesso, penso, finalmente potranno avere un precipitato un po' più stabile sul piano normativo, meno suscettibile di continui scossoni, di continue norme che rischiano di non fare vivere il sistema con il giusto riposo, con la giusta attenzione ma lo rendono, invece, continuamente destabilizzato da norme che si susseguono e che, spesso, o sono in contraddizione o passano da un eccesso all'altro.

Penso che l'idea della temporaneità degli incarichi, con quell'equilibrato sistema che è stato proposto, da questo punto di vista, possa trovare finalmente una buona soluzione, così come vi è stata presentata anche la soluzione sulla non separazione delle carriere ma delle funzioni con quel meccanismo; anche questo potrà servire per tenere il PM dentro la cultura complessiva del giudice senza lasciarlo, nello stesso tempo, sprovvisto di quei passaggi e di quelle distinzioni che ne possono garantire una sua funzione un po' più specifica e ancora più moderna.

Nello stesso tempo, per quanto riguarda l'autogoverno, il ripristino del numero dei membri del CSM, apparentemente, sembra soltanto una norma organizzativa ma, invece, ha una sua ricaduta più generale, che mette in condizioni, realmente, di far vivere una cultura di autogoverno che incide per una quota anche sul legame che ci può essere con l'imparzialità del giudice.

Queste soluzioni, insieme ad altre che qui non commento per la brevità del tempo a disposizione, ci mettono nelle condizioni di poter dire e di poter trovare, anche nella politica, la 'dritta' necessaria.

In sostanza, la mia convinzione è che, sotto il fuoco delle divisioni e di un conflitto esasperato, le grandi riforme, che debbono avere la condizione, la strutturazione per

essere condivise, difficilmente possono attuarsi; infatti, quando esiste un conflitto nella politica, nella società, nei soggetti che vivono quell'esperienza, è difficile che si attuino.

Pertanto, è necessario attuare quelle riforme condivise in grado di essere percepite complessivamente dagli operatori della società come non punitive, non arbitrarie, non sbilanciate ma, realmente, in condizioni di far vivere i principi costituzionali - in questo caso a partire dall'articolo 111 della Costituzione - e poi tutte quelle maturazioni normative, culturali, funzionali e professionali che, via via, nel nostro Paese sono state accumulate a confronto anche con le terribili e specifiche condizioni che il Paese vive nel campo della messa in pericolo, spesso, dei suoi cardini democratici come il terrorismo, la mafia, la corruzione.

Vi è la necessità, nello stesso tempo, di trovare all'interno del sistema democratico delle forme delicate di bilanciamento che ci consentano, non solo all'interno del sistema giustizia ma, più complessivamente, all'interno della società, di trovare quelle situazioni più adeguate che, alla fine, sulle spalle del giudice, lo pongano nelle condizioni di avere, nella sua consapevolezza e nelle sue norme, quei principi e quelle norme positive che lo rendano effettivamente imparziale e che facciano del diritto una forma di certezza dinamica ma, anche, una fonte viva, in grado di indirizzare e rendere ancora più forte la nostra democrazia.

Dr. Cesare VINCENTI, *Presidente della Sezione Misure di Prevenzione del Tribunale di Palermo.*

Innanzitutto, ringrazio per l'invito e per l'opportunità che mi è stata data, partendo dalla constatazione che la scelta del tema è stata particolarmente felice in quanto riesce a coniugare e a sottolineare, da un lato, l'essenza della giurisdizione che, come è stato già detto, consiste proprio nella imparzialità del giudice ma, dall'altro lato, individua anche l'essenza o, comunque, la tendenziale essenza dell'ordinamento giuridico che, essendo costituito da regole, è tale solo in quanto sia certo.

La regola, per definizione, deve essere certa perché, altrimenti, non è una regola ma, conformemente ad una sempre più diffusa percezione dell'ordinamento da parte dei cittadini, diventa soltanto una raccomandazione o, addirittura, un consiglio.

La regola è tale in quanto certa, tant'è che la stessa Corte di Giustizia, nel valorizzare l'aspetto *sostanziale* della definizione di norma piuttosto che quello *formale* cui siamo legati, ha avuto modo, più volte, di rilevare come la norma, per essere tale, deve essere *chiara, conoscibile ed effettiva*, cioè avere una capacità di incidenza sulla società, laddove il tasso di certezza si è di molto affievolito.

Altra abilità degli organizzatori è quella di avere individuato questo tema in un momento particolare che vive il nostro Paese, in cui è sicuramente diminuito il tasso di certezza rispetto alla legge - per vari motivi - e nel quale il cittadino finisce col sentirsi veramente frastornato con riferimento più immediato ai contenuti delle decisioni giurisdizionali. Le sentenze risentono infatti delle difficoltà che attraversano tutte le fasi del processo decisionale: la individuazione della norma (la disordinata produzione legislativa in un quadro di progressiva disarticolazione del panorama normativo rende sempre più difficile anche la individuazione della norma da applicare nel caso concreto); la interpretazione della norma; la ricostruzione del fatto attraverso regole giuridiche che sono anch'esse molto difficili da individuare e da interpretare: si pensi alla tematica della inutilizzabilità di certi atti in sede penale o, anche, a tematiche relative al processo civile, alle difficoltà che nascono dal fatto che oggi ci sono 23 riti diversi nel processo civile. Il tema della sussunzione del fatto rispetto alla norma presuppone, anch'esso, una mediazione interpretativa di norme di diritto e, quindi, anche questo, è un tema che consente ampia discrezionalità.

E' vero che la discrezionalità è consustanziale all'attività giurisdizionale: tuttavia, un sistema che abbia un minimo di efficienza deve tendere alla uniformità delle decisioni perché - ripeto - l'utente della giustizia non riesce a capire come mai nei vari gradi si adottino le soluzioni più diverse e come mai casi simili siano trattati in maniera diversa da giudici diversi o in contesti territoriali diversi. Nè va trascurato il fatto che la prevedibilità della decisione - unitamente alla sua effettività - determina notevoli effetti deflattivi sul contenzioso.

Senza avere la pretesa di indicare vie dirette ad aumentare il tasso di chiarezza del sistema normativo - tasso che è sceso per tante cause ma soprattutto per la progressiva incapacità del Legislatore di regolamentare un certo conflitto di interessi in termini di *mediazione politica*, cosicchè si preferisce formulare *leggi-manifesto* che delegano al giudice la risoluzione concreta del conflitto - approfittando di una certa sensibilità ai profili organizzativi che mi viene dall'esercizio di funzioni semidirettive, vorrei invece sottolineare come si possa perseguire il fine della maggiore uniformità attraverso un processo di migliore organizzazione interna alla Magistratura.

Quindi, attraverso una formazione permanente che il Consiglio Superiore si è dato carico di assicurare, ma che dovrebbe fare un ulteriore passo avanti attraverso la previsione di formazione obbligatoria (mentre, allo stato, si tratta solo di corsi, magari organizzati ad altissimo livello, ma con partecipazione volontaristica); la valorizzazione di esperienze locali, attraverso l'accentuazione e il potenziamento della formazione decentrata, che, invece, secondo la previsione della Scuola del decreto 'Mastella', si tende a ridimensionare, laddove la circolazione di orientamenti giurisprudenziali nell'ambito dello stesso ufficio può essere assicurata anche - se non soprattutto - dai seminari decentrati.

Attraverso la valorizzazione del potere di coordinamento dei semidirettivi, le riunioni d'ufficio, la fruibilità del contenuto motivazionale dei provvedimenti con l'inserimento in rete delle motivazioni dei provvedimenti in ambito locale ma anche in prospettiva in un ambito più ampio.

Sicuramente, tutto ciò non incide sulla indipendenza del Giudice, perché è chiaro che la conoscenza delle opinioni altrui non influisce sulla capacità di provvedere in maniera autonoma e indipendente, senza alcun condizionamento; e, tuttavia, aumenta il livello di consapevolezza nell'adottare una certa soluzione piuttosto che un'altra e, quindi, finisce col rendere più robusta e più consapevole la professionalità del giudice, alla quale si collega la sua legittimazione: non avendo una legittimazione politica, la Magistratura può fondare infatti la propria legittimazione soltanto sulla professionalità dei suoi componenti.

Vi ringrazio per la attenzione.

Dr. Tommaso VIRGA, *Presidente di Sezione del Tribunale di Palermo.*

Come sempre accade a chi ha occasione d'intervenire per ultimo, tutti gli argomenti che costituivano oggetto di discussione di questo pomeriggio sono stati tracciati. Quindi, cercherò di ritagliarmi uno spazio ulteriore rispetto a quello che è stato già percorso da Altri e terrò conto di un aspetto, che, credo, sia ben noto a tutti gli operatori che, quotidianamente, frequentano le aule di giustizia e si imbattano nei problemi di ogni giorno, che solitamente non investono i massimi sistemi ma, spesso, riguardano aspetti minimi, quasi bagatellari, che, però, sono destinati ad incidere sul modo concreto di amministrare Giustizia.

Intendo brevemente soffermarmi sul problema delle continue riforme che hanno interessato il settore.

La polemica politica si è intrecciata in questi anni, in modo quanto mai intenso, con la questione Giustizia.

In particolare la giustizia, sia civile che penale, è stata e continua ad esser interessata da ricorrenti riforme.

Basti pensare, tra le tante, alla riforma del codice di procedura civile del 1990, a quella del diritto societario del 2003, alla riforma entrata in vigore nel marzo 2006 sul processo di cognizione ed esecutivo e sul diritto fallimentare ed a quella dell'aprile dello stesso anno, che ha esteso il rito del lavoro alle controversie relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali.

Di recente sono stati anche approvati i codici delle assicurazioni e del consumo e si delinea all'orizzonte una nuova riforma processuale.

Anche la giustizia penale, dopo la riforma del rito nel 1988, è stata interessata da innumerevoli interventi, sempre però a macchia di leopardo.

Sul piano costituzionale, la riforma dell'art. 111 sul giusto processo e la terzietà del giudice ha poi sancito un punto fermo dal quale ne sono discese problematiche interpretative delle norme ordinarie.

La semplice elencazione delle principali riforme evidenzia come l'ordinamento sia continuamente interessato da modifiche che comportano conseguenze per il principio della certezza del diritto, oltre che per gli operatori che devono faticosamente aggiornarsi, a pena della sostanziale e definitiva perdita della dovuta e necessaria competenza. Oggi, come ha già ricordato il collega Vincenti, a volte vi è pure la difficoltà di capire quale norma si applichi !

Sicché, a fronte di tale alluvionale, quasi inarrestabile, produzione legislativa, potrebbe dirsi col Manzoni che "Le gride non mancano, anzi diluviano".

La polemica poi si intreccia, il più di volte, con lo scontro politico.

Anche se non ci si allontana dal vero nel ritenere che la volontà di riformare e modificare non sembra appartenere ad uno o all'altro degli schieramenti, tanto che i progetti di riforma provengono da tutte le parti politiche e non sempre con

differenziazioni realmente significative, come sta accadendo in tema di riforma dell'Ordinamento Giudiziario.

Liberandoci della polemica politica è però necessario chiedersi se questo fenomeno del continuo riformismo, peraltro non solamente italiano, non abbia radici diverse e più profonde delle semplici schermaglie di sapore elettorale.

Se la classe politica, nel suo complesso, ma direi anche le rappresentanze organizzate delle categorie (magistrati, avvocati, consumatori, sindacati, Università), chiedono sempre modifiche, forse vorrà pure dire che tale ansia di cambiamento attinge ad una radice profonda che vive e si sviluppa nella società e, quindi, nel complesso della platea dei cittadini e si annida nel profondo.

Qualcuno, poca fa, ha parlato di "stati liberali", del modo in cui si formavano le leggi nell'Ottocento, ma io vorrei ricordare che anche prima il concetto di certezza del diritto era ricco di significato.

Nell'antica Grecia e nell'antica Roma la certezza del diritto costituiva il punto fermo della legislazione.

Ad Atene, allorché si proponeva una modifica legislativa venivano nominati i magistrati che difendevano la legge esistente, in contraddittorio con i proponenti del cambiamento.

Nella Roma antica la certezza del diritto costituiva il fondamento dell'ordinamento giuridico.

I romani accettavano e applicavano un concetto di certezza del diritto il cui senso era che il diritto non doveva mai essere subordinato alla volontà e al potere arbitrario di qualsiasi assemblea legislativa e di qualsiasi persona, compresi i senatori e gli altri magistrati importanti dello stato.

Questo è il concetto di certezza del diritto o del diritto a lungo termine, o romano, se si preferisce.

Nei tempi moderni, o meglio del post moderno, si è passati dal concetto di giustizia a lungo termine a quello di giustizia a breve termine.

I filosofi del diritto hanno evidenziato come la nostra società sia afflitta dalla sindrome dello "albero grande" e cioè dalla sindrome di non avere la pazienza che un albero sia seminato e cresca.

E ciò sembra esser alla base della schizofrenica illusione che le "riforme" daranno "nel breve termine" tutti i risultati voluti, che l'uomo moderno - presuntuoso e forte della incredibile progressione della tecnologia in tutti i campi - ritiene di poter raggiungere subito.

Da questa frenesia, del tutto e subito, che sembra caratterizzare la nostra società, pare essere travolta "la certezza del diritto", che invece dovrebbe affermarsi attraverso leggi che durino nel tempo, che abbiano modo di essere interpretate da una giurisprudenza consolidata e che siano recepite dai cittadini nel loro vivere quotidiano.

Invece, per ogni vicenda attuale si invoca una "nuova" legge e ad una legge sempre diversa si demanda la soluzione di vecchi problemi, quali quelli della ragionevole durata dei processi, in un parossismo tanto emotivo quanto miope, che riesce ormai incomprensibile anche ai partner europei, oltre che agli operatori nazionali.

Non disgiunta da questa frenesia é la profonda illusione che il tecnicismo possa risolvere i problemi di quello che viene definito, forse con una espressione non del tutto felice, “il servizio giustizia”, individuato come un bene di consumo come gli altri, senza avvedersi che, in tal modo, forse si corre il rischio di separare il mondo del diritto e la giustizia dalla sua reale radice umanistica e, in ultima analisi, dall’uomo al quale sono diretti.

Questa situazione è ancor più grave nel nostro Paese, che negli ultimi decenni ha assistito ad una continua opera di supplenza della magistratura e, di conseguenza, ad una sempre maggiore giurisdizionalizzazione dei conflitti sociali, che, anche a causa dell’inefficienza dell’apparato amministrativo e, per quel che concerne il settore civile, dello sproporzionato aumento della classe forense, che non ha eguali nel mondo occidentale, ha finito con l’intasare le aule di giustizia, incidendo negativamente sui tempi ragionevoli di durata dei processi.

Sono note le condanne della CEDU ed il Paese è stato posto ancora una volta sotto osservazione dal Consiglio d’Europa.

Ma, a parte le conseguenze gravi sotto il profilo internazionale, detta situazione è destinata ad influire seriamente anche all’interno dell’ordinamento e, in particolare, sulla stessa certezza del diritto perché non v’è maggiore incertezza che quella provocata da una Giustizia che interviene con grave, colpevole ritardo.

E ciò nel nostro Paese riguarda non solo la giustizia civile e penale, ma anche (e forse soprattutto) quella amministrativa e contabile.

Quanto ai rimedi, nel delicato settore della giustizia civile il legislatore è più volte intervenuto dal 1990 ad oggi, ma, com’è a tutti evidente, non con buoni risultati, perché, pur con qualche esito positivo, non può dirsi che il Paese sia riuscito ad entrare nei comuni standard europei.

Tanto è vero che, per rendere più veloce il processo civile e far fronte agli impegni internazionali assunti dal Paese, è recente l’approvazione di un nuovo disegno di legge recante “Nuove Disposizioni per la razionalizzazione e l’accelerazione del processo civile”.

Si tratta di ben 59 articoli che, per il breve tempo concesso all’intervento, non possono esser esaminati in questa sede.

Ciò che occorre sottolineare è invece la filosofia di base cui è ispirata la riforma e che consiste nell’attribuire un maggiore potere di direzione al giudice. Significativo in tal senso mi sembra l’art. 52 del disegno di legge, che al titolo III delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile aggiunge un capo VI. Quest’ultimo, sotto il titolo “Della ragionevole Durata del Processo”, introduce un solo articolo, il. 152 bis disp. att., che prescrive in modo lapidario che “Il giudice cura che la durata del processo non ecceda il termine di due anni in primo grado, di due anni in secondo grado e di un anno nel giudizio di legittimità”.

Sebbene la disposizione, verosimilmente di matura programmatica, si riferisca ai processi di non particolare complessità, è dubbio come il giudice possa effettivamente curarne il rispetto con gli attuali carichi di lavoro che gravano su quasi tutti gli Uffici.

In realtà, pur contenendo elementi di razionalizzazione del processo, il disegno di legge sembra più orientato a risolvere in astratto (e allo stato temporaneamente) i problemi internazionali dello Stato, connessi alla irragionevole durata dei processi, piuttosto che ad assicurare la definitiva soluzione dei problemi interni della Giustizia civile.

Ciò che gli operatori avvertono non è tanto l'esigenza di nuove regole processuali, e cioè di un altro rito destinato ad aggiungersi ai numerosi conosciuti ed operanti, quanto la necessità di serie e stabili riforme strutturali, quali quelle più volte sollecitate dall'Avvocatura e dalla Magistratura associata, che però richiedono uno sforzo, soprattutto economico, in grado di incidere sui problemi strutturali (e non solo processuali) dell'Amministrazione della Giustizia.

In particolare, una Giustizia civile efficiente, anche sotto il profilo della ragionevole durata dei processi, richiederebbe validi e razionali sistemi di conciliazione preventiva, agevolati dall'intervento di benefici fiscali; vorrebbe l'eliminazione delle controversie bagatellari ed una più razionale e moderna organizzazione nel territorio delle circoscrizioni giudiziarie, nonché la riduzione dei molteplici riti attualmente esistenti, oltre ad un serio adeguamento degli organici del personale di Magistratura ed amministrativo e ad un'altrettanto seria e non più rinviabile riforma dell'accesso alla professione Forense.

Se la certezza del diritto è un valore realmente condiviso, è allora necessario un percorso più complesso che non si arresti a soli ritocchi del rito, ma che tenga conto della necessità di modifiche strutturali, ormai non più rinviabili, sul rilievo, di buon senso, che la Giustizia, al pari della Ricerca e dell'Economia, rientra tra gli interessi primari del Paese e per i quali è conveniente investire.

L'auspicio è che non si ritorni ai tempi dei Promessi Sposi, quando Manzoni scriveva: Il buon senso c'era, ma se ne stava nascosto, per paura del senso comune.



## Seconda giornata.

Prof. Salvatore Ardizzone, *Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Palermo*

*"Valori in crisi? I luoghi della questione e la verifica".*

1. *Certezza del diritto* come l' "in sé del diritto", secondo una prospettiva filosofico-giuridica – vi si oppone, tradizionalmente, la concezione del diritto libero - e, in uno dei suoi possibili significati di ricaduta, come prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice e della applicazione del diritto come esso "è"<sup>2</sup>. Profilo significativo, quest'ultimo, in un contesto nel quale si abbia interesse a coniugare i rapporti tra certezza del diritto ed attività del giudice connessa alla funzione di giurisdizione.

---

<sup>2</sup> Sui diversi significati della espressione "certezza del diritto" nell'accezione più specificatamente giuridica ed in riferimento alla prospettiva giuspositivista, S. Berteza, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2002, p. 53ss. L'A. ricorda altre nozioni connesse alla espressione certezza del diritto, tratte dalla letteratura in argomento e comunque senza pretesa di esaustività: l'osservanza delle norme da parte dei loro destinatari, l'accesso alla cognizione e la stessa cognizione delle prescrizioni, la controllabilità dei processi decisionali, l'invulnerabilità dei diritti quesiti, la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni pubbliche.

Il Berteza approfondisce, poi, la questione della certezza del diritto in riferimento alla teoria dell'argomentazione giuridica, trattata in recenti contributi, nella prospettiva di indagine non oggettualistica che si sviluppa nella filosofia del diritto a partire dalla metà degli anni settanta ( per le precisazioni introduttive, p. 11, 27).

Secondo l'A., le tesi fin qui sviluppate dalla teoria dell'argomentazione giuridica sulla certezza del diritto – analizza il pensiero di MacCormick e di Alexy - esprimono una versione moderata e non sempre coerente di non oggettualismo (p. 257); possono proporsi, invece, considerazioni differenti che presuppongono l'accettazione di una forma radicale e conseguente di non oggettualismo. Alla luce di tale scelta, si conclude che la certezza del diritto è una nozione debole: non può essere definita come la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti individuali, ossia come la conoscibilità *ex ante* dei contenuti delle decisioni del giudice; permette semplicemente di escludere dall'ambito giuridico alcune possibilità pratiche, ma non garantisce la predeterminazione della risposta giuridica (p. 301-302). La certezza equivale a non incertezza del giudizio, a una delimitazione solamente parziale della sfera degli esiti ragionevolmente possibili. Sviluppando tali considerazioni critiche, si deve ammettere la incommensurabilità delle due concezioni, sia sotto il profilo teorico sia sotto la luce dei problemi applicativi. La concezione della certezza come l'in sé del diritto non è in alcun modo coniugabile con la concezione del diritto libero o secondo una versione, quella del diritto flessibile o del diritto fluido.

In generale, altresì, M. Corsale, *Certezza del diritto, I) Profili teorici*, *Enc. Giur. Treccani*, vl. VI, Roma, 1988; A. Pizzorusso, *Certezza del diritto, II) Profili applicativi*, *Enc. Giur. Treccani*, vl. VI, Roma, 1988.

Sull'odierna oscurità assunta dal tema "certezza del diritto", a causa della sua complessità e della molteplicità dei significati che gli si attribuiscono, E. Carbone, *Fatto, valore e disvalore. Frammenti sulla certezza del diritto, Sociologia del diritto*, 2006, fasc. 2°.

Certezza del diritto non significa necessariamente immutabilità e fissità dello stesso<sup>3</sup> piuttosto, essa esprime, sul versante della sua ragion pratica, l'esigenza di assicurare garanzie rivolte alle aspettative dei cittadini in ordine all'applicazione delle regole che governano gli assetti giuridici della comunità.

*Imparzialità del giudice* come condizione per un verdetto secondo diritto e che non sia affetto dal tarlo della disposizione del magistrato a favorire arbitrariamente una delle parti della controversia.

L'imparzialità è l'essenza della giurisdizione e garanzia contro l'abuso; se ne coglie l'importanza quando la si confronta con il suo opposto, cioè la parzialità.

Certezza del diritto e imparzialità del giudice sono valori della moderna cultura giuridica, ma con radice antica, i quali, con un tasso di approssimazione verso il più o verso il meno, si inverano nella prassi applicativa del diritto<sup>4</sup>.

La loro immanenza si avverte in tutti i settori dell'ordinamento (gli ambiti del diritto civile e commerciale, del diritto amministrativo, del diritto penale, esaltati nel momento processuale), anche se mostrano un privilegiato riguardo al diritto penale ed al diritto processuale penale in relazione alla qualità degli interessi in giuoco, quando si consideri da un lato la funzione coattiva e preventiva delle norme e, dall'altro lato l'implicata dimensione della libertà personale degli individui.

In rapporto ai fatti, tali valori – quello della certezza del diritto e l'altro dell'imparzialità del giudice – sono sottoposti, tuttavia, a tensioni e non da ora. L'oggi, semmai, è testimone di un'accentuazione della crisi, la quale, se c'è, va compresa e governata.

Nel coniugare i due valori, poi, non si può fare a meno di richiamarne un terzo: il valore della "*giustizia*", che è lievito per l'uno e l'altro.

Un diritto che non vada incontro al senso di giustizia comune dei cittadini e che non ne interpreti i contenuti essenziali finisce per produrre significative fratture con ripercussioni sulla funzione preventiva delle norme e sulla tenuta generale del sistema.

Il punto è: di fronte a situazioni nelle quali si registrano casi di incertezza del diritto e casi di parzialità del giudice, a quale misura delle violazioni (per quantità e per qualità) sarebbe possibile assicurare, da un lato la persistenza dei valori ad identificare una certa specificità del diritto e, dall'altro la consistenza generale del sistema giuridico ordinato, per suo fine essenziale, al bene comune ?

---

<sup>3</sup> Per questa sottolineatura sul versante della interpretazione delle leggi, invece, G. Zagrebelsky, // *diritto mite*, Torino, 1992, p. 202

<sup>4</sup> La connessione tra i due valori indirizza l'attenzione verso l'applicazione giudiziale del diritto.

2. Un'osservazione banale, ma molto vicina alla realtà delle cose: in un assetto sociale ordinato e relativamente stabile, certezza del diritto ed imparzialità del giudice vivono in condizione idilliaca. Non appaiono mutamenti di tal fatta da scuotere una buona prevedibilità del contenuto delle decisioni emesse dal giudice ed i cittadini hanno fiducia nei giudici che sono considerati sereni ed imparziali, anche perché ritenuti non conflittuali al sistema dei valori comunemente condiviso.

Non è lo stesso riguardo a società dinamiche, conflittuali, contraddittorie, intessute da “movimenti”, nelle quali sono offuscate, per sostanza e per apparenza, certezza del diritto e fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia; soprattutto nei confronti di quest'ultima vi è il timore che i giudici siano parziali.

Il tema generale affonda sul terreno dei rapporti diritto/società dal quale si sviluppano altri e egualmente complessi snodi relativi alla economia ed al governo politico della collettività.

E' tempo, quello attuale, in cui mi sembra che siano enfatizzati i problemi dell'*incertezza del diritto* e quelli della *parzialità del giudice* nei diversi luoghi nei quali l'occasione li fa emergere: qualificate analisi concernenti le disfunzioni dell'amministrazione della giustizia, circuiti mediatici, dibattiti che sostanziano riflessioni e proposte della politica. Il sospetto è che talvolta si agiti un tema *angosciante*, quello della crisi, come argomento strumentale per trattarne altri di minore spessore o per avanzare proposte d'ingegneria costituzionale. Talvolta, infatti, si avverte che l'imparzialità del giudice possa essere correlata all'autonomia ed all'indipendenza dell'ordine giudiziario nella prospettiva dei rapporti tra i poteri dello Stato.

Una recente indagine demoscopica sull'amministrazione della giustizia in Italia rappresenta il dato di una diffusa percezione d'incertezza dell'attività giurisdizionale lungo la linea del rafforzamento dell'immagine/aspettativa di una giustizia aleatoria. E tra gli elementi fondanti la opinione della giustizia aleatoria si annovera la convinzione che l'operato dei magistrati sia influenzato da elementi ideologici estranei alla legge, riconoscibili nella loro personale cultura, in motivazioni politiche oppure spinti dalla tutela di interessi individuali o di gruppi sociali più forti<sup>5</sup>. Ancor prima, una analoga difficoltà, riguardo al rapporto tra incertezza del diritto e, come era stigmatizzato allora, “lo stato della profonda crisi che travaglia la struttura giuridica e giudiziale del Paese”, veniva formulata nell'indagine su “L'efficienza della giustizia italiana e i suoi aspetti economico-sociali” pubblicata nel 1968 per i tipi della casa editrice Laterza<sup>6</sup>. Come è noto, l'opera si iscrive in una ampia indagine sulla magistratura italiana, in un arco di pubblicazioni che va dal 1968 al 1973, e relativa ai cambiamenti che si notavano in quel tempo. La crisi della certezza

<sup>5</sup> M. L. Ghezzi – M. A. Quiroz Vitale, *L'immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 198 –199.

<sup>6</sup> Castellano- Pace- Palomba, *L'efficienza della giustizia italiana e i suoi aspetti economico sociali*, Bari, 1968.

del diritto vi viene coniugata con i mutamenti di sostanza che si registrano nella società e nella magistratura la cui funzione è, appunto, la applicazione del diritto <sup>7</sup>.

Ed è un grido di allarme sulla certezza del diritto, anche se con connotazioni diverse, illuminate dalla prospettiva filosofico-giuridica, quello che si raccoglie dalla lettura del volume di Lopez de Oñate e dal successivo dibattito da esso suscitato <sup>8</sup>.

In generale, quindi, una condizione di turbamento della certezza del diritto, come anche della possibile imparzialità del giudice, può essere indicata nelle caratteristiche della società del tempo (società della certezza *versus* società della incertezza).

E' anche vero, peraltro, che il discredito verso quei valori può provenire dall'inadeguatezza, reale o soltanto ritenuta tale, dello stesso diritto ad essere regola condivisa per la soluzione dei conflitti d'interessi di una data società.

Le due condizioni possono interagire tra loro; come sviluppare dinamiche proprie in assoluta autonomia. Calate nel contesto dell'applicazione del diritto, esse convergono verso il luogo della interpretazione delle norme; nel dibattito che concerne la produzione del diritto, le condizioni richiamate hanno ruoli essenziali nella politica. Ne è testimone il capitolo "giustizia e politica" amplificato nelle letture delle informazioni mediatiche, le quali talvolta vanno oltre il servizio di cronaca e di *opinions-makers*

3. Una riflessione su "certezza del diritto e imparzialità del giudice" - ognuna delle due tematiche è per sé enormemente estesa, forse priva di confini, e con un supporto bibliografico sterminato - costringe a constestualizzarne i diversi profili, anche per segnare un ambito maggiormente ridotto su cui lavorare.

Così mi sono preoccupato del rapporto certezza/incertezza del diritto e di quello che avvolge imparzialità/parzialità del giudice nella dimensione dinamica di una reciproca correlazione, cercando di coglierne aspetti di maggiore attualità. Mi ha colpito un argomento non molto diffuso nelle classiche trattazioni teoriche: quello dell'incertezza del diritto prodotta dalla parzialità del giudice. In realtà, non che esso vi sia totalmente assente; piuttosto, è considerato con molto pudore quando, nel luogo dell'interpretazione della legge, ci si riferisce all'influenza della cultura personale del giudice nel formulare la decisione. In altri termini, la parzialità del giudice rende difficoltoso instaurare un rapporto di sufficiente prevedibilità nei riguardi del contenuto della decisione.

---

<sup>7</sup> Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*; Di Federico, *Il reclutamento dei magistrati*; Governatori, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche delle sentenze*; i due volumi su *L'uso alternativo del diritto* a cura di Pietro Barcellona.

<sup>8</sup> Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto* (Roma, 1942), Milano, Giuffrè, 1968. Nella edizione del 1968 sono pubblicati i contributi degli Autori che in quel dibattito a distanza si sono confrontati: Calamandrei, Carnelutti, Fedele, Capograssi, Corsale.

Alla luce della scelta effettuata, cioè la considerazione della incertezza del diritto prodotta dalla parzialità del giudice, mi sono chiesto - ed è il senso dell'interrogativo "valori in crisi?" - quale attendibilità possa avere la diffusa opinione che i valori della certezza del diritto e dell'imparzialità del giudice sono in crisi. Ne ho ricercato la verifica, tenendo anche conto della duplice prospettiva della fisiologia e della patologia nel modo di applicare le regole del diritto.

Quello della verifica costituisce un passaggio significativamente delicato. Certezza del diritto ed imparzialità del giudice costituiscono la ossatura di un pensiero giuridico maturato alla luce di talune connotazioni intrinseche al fenomeno giuridico, nel rispetto di garanzie, progressivamente ritenute irrinunciabili e paramtrate sul valore delle libertà individuali.

Altresì, per capire se la asserita crisi è sotto controllo oppure versa in una condizione di rottura definitiva, ho seguito un'immagine tratta dalla scienza della dinamica dei metalli, la quale spiega la sorte di un "provino" di metallo sottoposto a forza (o sforzo) di trazione<sup>9</sup>. A causa della aggressione, a talune condizioni il metallo, dopo essersi allungato, ritorna alla situazione originaria, anche se può presentare inessenziali modificazioni (fase della elasticità); se, invece, si sono verificate condizioni di sforzo più forte, il metallo non può tornare alla sua situazione originaria (si tratti della fase dell'allungamento delle fibre o snervamento, ove diminuisce la forza meccanica e si disperdono le originarie specifiche capacità e caratteristiche ed il metallo è utilizzabile ma al di sotto delle sue iniziali capacità, o della fase della rottura, in cui la entità diventa assolutamente inservibile ed è distrutta nella sua specifica originaria funzione).

Il che, trasferito nel campo delle riflessioni sul tema, e nei limiti del punto iniziale posto, vuol dire scoprire a quale livello l'ordinamento può tollerare tassi d'incertezza del diritto e tassi di parzialità del giudice, senza che ne sia distrutta la specifica funzione e la data fisionomia identificativa. Dal microcosmo di una crisi circoscritta vi è il rischio di trascorrere, per passaggi progressivi, alla crisi dell'intero sistema.

Un luogo classico della riflessione sul tema certezza del diritto e imparzialità del giudice è quello dell'interpretazione.

Se rientra nella fisiologia la non univoca interpretazione di un testo normativo non chiaro o addirittura oscuro, quando siano state rispettate le regole dell'*ars interpretandi*, è sicuramente da annoverare nella patologia un risultato ermeneutico prodotto da scelte arbitrarie ed interessate<sup>10</sup>. In questo caso ogni ordinamento –

<sup>9</sup> A. Carrelli, *Metalli*, *Enciclopedia Italiana Treccani*, v. XXIII, rist. del volume pubblicato nel 1934, Roma, 1951, p. 26

<sup>10</sup> E' un luogo classico quello della relazione tra incertezza del diritto e cattiva condizione normativa dovuta ad una sorta di ipertrofia legislativa come alla non corretta formulazione tecnica delle leggi. Le due condizioni producono incertezza interpretativa con effetti sulla possibile non conforme applicazione giudiziale.

Non sempre è ben messo in evidenza il contesto normativo vigente in cui si alloca il momento della incertezza rispetto al prodotto definitivo della giustizia: diritto sostanziale o diritto processuale? Nei riguardi dello specifico sistema penale si tratta di difficoltà emergenti nella fascia del diritto sostanziale o in quella del processo od ancora nell'ambito del diritto della esecuzione della pena?

come il nostro - conosce gli istituti appropriati di difesa. Tuttavia, talvolta essi possono non funzionare; allora, si apre una ferita nel tessuto dell'ordinamento, la quale, se non prontamente rimarginata, rischia di espandersi creando seri problemi alla credibilità dell'ordinamento e, in fondo, alla stabilità dello stesso.

Può rientrare nella fisiologia dei rapporti tra certezza del diritto ed imparzialità del giudice anche l'ambito in cui si assegna al giudice uno spazio di discrezionalità, più o meno ampio. Si tratta di ricostruire le linee teleologiche insite nella discrezionalità attribuita; di stabilire se essa in qualche modo non contrasti con regole sovraordinate; infine, di verificare se la scelta discrezionale concretamente esercitata corrisponda, per requisiti e conformità allo scopo, a ciò che il diritto, qual è, dispone. Giova qui ricordare le distinzioni formulate in tema di discrezionalità e rammentare, nello specifico del diritto penale, il percorso della giurisprudenza costituzionale in tema di principio di legalità e determinatezza della legge penale, oltre la ricchezza dei contributi riguardo al potere discrezionale nella commisurazione della pena ed agli altri luoghi ove la legge prevede un ambito di discrezionalità. Pur se guardata talvolta con sospetto, la scelta per una discrezionalità controllata può servire alla "giustizia" meglio di un suo rifiuto.

Altro profilo in cui possono emergere aspetti problematici della certezza del diritto e della imparzialità del giudice riguarda taluni momenti dell'*iter* processuale.

La patologia dell'incertezza, in rapporto alla parzialità del giudice penale, si può cogliere nei casi di giudice sospetto<sup>11</sup>: il giudice corrotto, il giudice di parte, il giudice non sereno.

Nello specifico i casi possono emergere attraverso le problematiche che attengono alla competenza, alla incompatibilità ( art. 34 c. p. p.), alla astensione e ricusazione del giudice ( artt. 36 e 37 c. p. p.), alla rimessione del processo (art. 45 c. p. p.), alla fase stessa della decisione (un indizio di sospetto può essere nella pervicace determinazione del giudice a trattenere il processo, quando, rispetto ai fatti, è problematica la sua competenza).

Né bisogna dimenticare la complessità derivante dalla convergenza e dalla stratificazione dei diversi ordini di fonti normative, la quale complica l'interpretazione e l'applicazione del diritto. Si deve aggiungere la difficile relazione tra codificazione e frammentarietà della legislazione, in momenti nei quali si è affievolita o perduta la condizione di centralità del codice rispetto alla costellazione normativa che lo circonda.

Nel registrare le difficoltà a livello di interpretazione delle leggi, talvolta, si sottovaluta la funzione "nomofilattica" attribuita nel nostro ordinamento alla Corte di cassazione, soprattutto nelle decisioni delle Sezioni Unite.

Possono appartenere alla fisiologia del funzionamento del diritto anche i conflitti di giudicato; ciascun ordinamento appresta misure ritenute adeguate alla loro risoluzione.

La carenza di una buona tecnica legislativa ed il tradimento degli ideali di trasparenza normativa vagheggiati dagli illuministi sono alla base della crisi della legge, secondo il pensiero di M. Aini, *La legge oscura. Come e perché non funziona* (1997), Laterza, Bari, 2002, p. 3ss., 27ss. " da qui la più generale disaffezione nei confronti del diritto, che apre il varco alla legge del più forte, al sopruso, alla prevaricazione".

<sup>11</sup> Strumenti di salvaguardia sono previsti nell'ambito del processo civile e del processo amministrativo.

Vi è attenzione, altresì, a talune dinamiche probatorie *ex officio* che vedono il giudice assumere iniziative che potrebbero inficiare la imparzialità nel giudizio<sup>12</sup>.

Nei confronti della parzialità del giudice, gli ordinamenti prevedono le loro difese. Esse si sviluppano su due diversi livelli.

Su un piano, vi è il regolamento dell'ordinamento giudiziario che determina, tra l'altro, i canoni etici dell'esercizio della professione, fra i quali si annovera il principio dell'imparzialità nel duplice aspetto dell'essere imparziale e dell'apparire imparziale.

Sull'altro livello, vi è la previsione di regole endoprocessuali da applicare ai casi in cui si evidenzia una condizione di parzialità nell'atto giudiziario che il giudice ha compiuto oppure si appresta a compiere.

4. In una prospettiva giuspositivista non è contestabile il *fondamento costituzionale* dei valori della certezza del diritto e dell'imparzialità del giudice. Qualche brevissima indicazione.

Per la certezza del diritto è riferimento essenziale il principio di legalità sotteso ai diversi ambiti nei quali il valore è guida dell'azione giuridicamente fondata: il campo delle fonti, quello concernente la salvaguardia dei diritti fondamentali, l'azione della pubblica amministrazione, l'esercizio della funzione giurisdizionale, ma vi è una essenziale evocazione anche nel principio di eguaglianza ( il detto popolare " la legge è eguale per tutti" )<sup>13</sup>.

Relativamente all'imparzialità del giudice, vale il principio che i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.), quanto ora contenuto nel rinnovato art. 111, soprattutto il secondo comma " Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale...." (ma è significativo tutto il testo della disposizione costituzionale), l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale da parte del P.M. (art. 112 Cost.).

5. La verifica condotta, anche se parziale ed episodica,<sup>14</sup> non induce a ritenere che certezza del diritto ed imparzialità del giudice siano valori in una dimensione di crisi tale da attestare la distruzione del sistema giuridico. Né hanno modo di alterare la identità dell'ordinamento le singole situazioni in cui può emergere una certa dose di incertezza o nelle quali si sia evidenziata una parzialità nel giudizio. Vi sono filtri di controllo preventivo e/o successivo in grado di potere eliminare o assorbire le distorsioni che si dovessero verificare, anche riguardo agli effetti connessi e derivati.

<sup>12</sup> Hervé Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Giappichelli, Torino, 2006

<sup>13</sup> Di ampio respiro lo scritto di A. Ruggeri, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, Contributo a *Le fonti del diritto oggi*, Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso, Pisa 3-4 marzo 2005, [www. Costituzionalismo.it](http://www.Costituzionalismo.it)

<sup>14</sup> Ho considerato la giurisprudenza della Corte di cassazione su alcuni dei profili di patologia indicati nel testo; sarebbe auspicabile una più ampia e completa ricerca sull'argomento.

Si tratta della formulazione di un'ipotesi, alla luce del parziale controllo effettuato, la quale, peraltro, andrebbe ulteriormente controllata.

Nel riprendere la similitudine del metallo sottoposto a sforzo, credo che la crisi non sia nella fase della rottura né in quella dello snervamento; piuttosto essa sembra attestarsi ancora nella fase della elasticità.

Il tasso d'incertezza e quello di parzialità sono ammortizzabili nella dinamica di un ordinamento giuridico non eccessivamente rigido, che contenga regole di difesa sufficientemente garantite e rispettose dei principi che lo sorreggono.

Né bisogna dimenticare il ruolo che i valori della certezza e dell'imparzialità hanno nei riguardi dei cittadini. Essi sono presidii alla salvaguardia della libertà delle persone contro gli abusi dell'autorità.



On. Avv. Enrico LA LOGGIA, *Componente della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati.*

Il principio della divisione dei poteri attribuisce a distinti centri ogni singola funzione: fissare le leggi, disporre l'esecuzione, risolvere le controversie.

Oggi il legislatore adotta spesso leggi-provvedimento puntuali e concrete; i giudici tendono ad enucleare principi regolatori; i cittadini pretendono sempre più spesso dal diritto e dal giudice la disciplina di ambiti della propria vita e delle proprie relazioni.

Si parla di giustizia in almeno tre accezioni: giustizia sociale, giustizia come garanzia di legalità, giustizia come amministrazione del sistema giudiziario. Ciascuna di esse genera percorsi specifici ed affronta nodi di etica individuale, di etica pubblica.

E' importante in tal senso il ruolo dell'etica, intesa come etica delle responsabilità nell'amministrazione della giustizia, così come nelle altre funzioni che quotidianamente tutti esercitiamo.

La complessità della società moderna, quindi, chiama il sistema giudiziario ad esercitare una continua regolazione, e non un dominio, dei soggetti, dei rapporti e dei comportamenti sociali.

In questa prospettiva risulta facilitato anche il perseguimento di altri valori etici quali la terzietà e la capacità di essere istituzione e non potere. Nelle società moderne si governa accompagnando e si fa giustizia regolando. E' l'etica della responsabilità che impone sempre più il rispetto e la valorizzazione dei molteplici soggetti sociali.

Il funzionamento della macchina giudiziaria passa, infine, attraverso la professionalità e serenità del singolo operatore e pone quindi un problema di etica individuale. E' doveroso chiedersi: 'perché il tema della giustizia oggi divide e genera conflitti anche tra i soggetti processuali'?

Il processo non è uno strumento di lotta, né un momento regolatore di conflitti sociali. La sua funzione, piuttosto, è quella di accertare responsabilità individuali attraverso una serie di regole che lo disciplinano e non quella di accertare la verità sostanziale, perché se così fosse la difesa del colpevole diverrebbe un ostacolo al raggiungimento del fine processuale. Questo è un concetto particolarmente delicato che, nello studio attento del processo, si trae dai buoni maestri che ci hanno preceduti ritengo di doverlo ripetere senza, peraltro, suscitare questioni.

Al termine del processo il giudice accerta una verità che è solo processuale, anche se ci si augura che essa si avvicini a quella sostanziale. Il contrario, probabilmente, porterebbe alla diminuzione di una serie di garanzie, ma su questo so che susciteremmo un vespaio di polemiche e quindi mi astengo dall'esprimere un'opinione 'politica', mi attengo soltanto a quello che ho tratto dalla dottrina.

Nel processo civile, se il concetto del “*giusto processo*” esprime il legame indissolubile tra giustizia sostanziale e processuale, nel senso che il processo civile deve essere regolato e gestito in modo da favorire il perseguimento di una decisione giusta è lo stesso articolo 111 della Costituzione, consacrando i principi su cui deve reggersi un “processo giusto” che chiede anche al giudice l’impegno di darvi l’indispensabile attuazione in ogni singola forma.

Le norme servono evidentemente da garante ed è per questo che i nostri costituenti fissarono questi paletti minimi che sono peraltro, come tutti ricordiamo, sanciti negli articoli 101 (La legge è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti solo alla legge), 104 (La Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere), 111 (La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge), 112 (Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale).

Il principio che regge il precetto costituzionale deve essere quindi quello della responsabilità del giudice cui debbono essere assicurate le condizioni di governo del processo insieme ai suoi corollari: la discrezionalità, la tensione verso la verità, l’assunzione di responsabilità delle parti di fronte alle proprie scelte processuali per evitare ogni abuso.

La discrezionalità del giudice ha spaventato spesso gli interpreti, confusa con l’arbitrio o persino con la mancanza di imparzialità. La sua vera essenza è quella di strumento efficace di regolazione del conflitto anche processuale e di garanzia di equità e speditezza del processo. Essa assicura la migliore adattabilità delle regole formali alle esigenze concrete di garanzia, di una parità sostanziale delle parti e consente un controllo fondato sul canone della ragionevolezza.

Mentre preparavo questi appunti, mi ricordavo di un’esperienza universitaria – faccio soltanto questo piccolo inciso - qualcuno insieme a me lo ricorderà, penso ad Antonio Scaglione, quando abbiamo fatto gli esami di procedura civile all’università col Prof. Carmine Punzi, al di là dello studio delle regole processuali, ci incaricò, dividendoci in gruppi di studio, di leggere e commentare un testo. E allora il nostro gruppo scelse il *Giudice dinanzi alla norma* di Calamandrei; e molto mi rammenta della lettura e dell’interpretazione che il Calamandrei diede della discrezionalità. L’Autore la definiva la solitudine del giudice, non nel senso che venisse isolato dal contesto, dall’esterno, ma nel senso che proprio nella sua coscienza, oltre che nella sua conoscenza giuridica, doveva trovare la chiave interpretativa per adattare al meglio il caso concreto alla regola generale. Fu uno studio molto interessante e molto formativo e mi ha accompagnato in tante delle iniziative nella mia vita.

E’ una prospettiva assunta dal legislatore anche nel settore penale dove, nel momento di istituire la Corte penale internazionale per realizzare un sistema processuale che in qualche modo mediasse tra le diverse culture giuridiche, ha dato origine ad un complesso di norme che riservano numerosi ed ampi spazi alla discrezionalità del giudice, nell’applicazione del diritto in particolare.

Lentamente, ma in modo inesorabile, il processo penale tende a divenire anche un centro di produzione e non solo di applicazione delle norme giuridiche penali, anche in ragione dei canoni di razionalità introdotti dalla Corte Costituzionale. E’ dunque

una scelta legislativa che obiettivamente si muove nel senso che il diritto, per potersi definire tale, deve necessariamente perseguire la giustizia. E proprio la pluralità di fonti, massimamente nel diritto internazionale, impone nell'attività dello "*iuris dicere*" scelte che coinvolgono valori nuovi, ove la discrezionalità del giudice è chiamata a riempire l'assenza di certezza delle norme, forse più correttamente delle fonti giuridiche.

E' vero che la proliferazione delle fonti normative, nonché, l'accelerazione dei processi sociali ha comportato l'aumento della densità del sistema normativo e l'accorciamento della vita media delle norme. Si crea spesso un attrito tra norme nell'ambito del sistema insieme ad un'estraneamento tra norme e sistema sociale. Le norme durano troppo poco perché possano sedimentarsi nella coscienza sociale; questo credo sia il problema più grave che ci siamo trovati ad affrontare nel corso degli ultimi decenni.

In questo scenario di progressiva oscurità della legge invocare la esattezza della sua applicazione ha l'amaro sapore della illusorietà! Essa rinvia l'idea del formalismo giuridico in cui l'interpretazione è mero sillogismo nell'ambito di una sistema coerente e gerarchizzato di norme, ma l'applicazione del diritto non è calcolo o deduzione, è ricerca problematica attraverso tentativi ed errori.

Altra breve chiosa: diceva Winston Churchill che non esistono leggi perfette per la semplice ragione che occorre una maggioranza che le approvi in Parlamento.

Se noi facessimo un quadro sinottico tra i disegni di leggi come sono usciti originariamente dalla mente del legislatore e quelli che poi troviamo sulla Gazzetta Ufficiale, ci accorgeremmo di quanto peggioramento vi sia stato nel percorso legislativo, ed è questo l'unico riferimento che faccio alla mia 'altra' attività che è quella di parlamentare.

Oggi sulla Magistratura, nelle sue diverse funzioni, convergono una pluralità di responsabilità che rendono il suo ruolo ad un tempo possente e vulnerabile, realistico e rischioso. Non si tratta più soltanto di ridurre la complessità del sistema normativo attraverso un'operazione concettuale di mediazione tra norme in potenziale collisione, ma occorre nel contempo mediare tra il giudizio di fatto e la norma, operazione difficile perché al senso sfuggente delle norme si aggiunge la crescente complessità dei fatti da giudicare.

Da ultimo, al giudice è rimesso il compito anche di governare il tempo, di decidere nel presente un caso passato nella prospettiva dei casi futuri. Nasce da qui il problema della persuasività del precedente come strumento regolativo del fruire delle decisioni giudiziarie. E la Magistratura diventa il centro di convergenza di tensioni molteplici tra norme, tra norme e fatto, tra pluralismo di interpretazioni e uniformità delle decisioni, tra stabilità e cambiamento dei valori delle attese sociali, ma se la certezza del diritto è, come diceva Bobbio, un mito inutile, adesso occorre sostituire un obiettivo meno ambizioso ma più funzionale: la prevedibilità del diritto, appunto come ragionevole e condivisa aspettativa dell'applicazione del diritto. Il diritto giurisprudenziale come diritto prevedibile è la sfida della modernità che un sistema di giustizia efficiente deve sapere raccogliere ed affrontare.

Se tutto questo è vero, essere favorevoli a fattori di flessibilità affidati alla discrezionalità del giudice, dunque, non significa avere concezioni autoritarie, al contrario; la discrezionalità giudiziale in una società democratica è pienamente compatibile con il principio di legalità ed anzi è la legge che senza discrezionalità produce arbitrarietà.

E allora, più in generale, il problema non è quello di ridurre i margini di discrezionalità, ma quello di lavorare all'origine per mantenere lo status del giudice autonomo e indipendente, proprio perché le pur comprensibili perplessità che possono nascere da una giustizia etica trovino il loro naturale contrappeso in un ruolo garantito dal giudice come attore della sintesi del giudizio, sulla fattispecie dei presupposti della responsabilità ove è necessario affermarla, con la consapevolezza che al sistema sono richieste regole idonee a proteggere il soggetto debole di fronte al potere dell'autorità pubblica, ma con altrettanta chiara coscienza che la funzione assegnata alla giustizia non è quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici.

Concludo dicendo che se ciascuno, nell'ambito delle proprie competenze, funzioni e responsabilità, facesse con coscienza e con scienza il proprio lavoro e interpretasse le proprie funzioni con un po' più di umiltà, rendendosi anche conto delle ragioni degli altri e facendo in modo di trovare una sintesi e non uno scontro, forse tutti miglioreremmo un po'. Non solo lo stato della giustizia, ma anche, probabilmente, il vivere e il sentire dei cittadini nei confronti delle Istituzioni ne gioverebbe. Sicuramente la percezione che i cittadini avrebbero delle Istituzioni sarebbe migliore di quella che non hanno raggiunto fino ad oggi.

Dr. Bernardo PETRALIA, *Componente del Consiglio Superiore della Magistratura.*

*“Il ruolo del P.M. fra poteri processuali e doveri ordinamentali”.*

Pochi concetti e qualche riflessione.

Intanto un ringraziamento al Centro Siciliano Studi sulla Giustizia, un grazie al collega Raimondo Cerami, per questa mia presenza qui oggi.

Il tema lo ha già annunciato il Presidente Finocchiaro. Io penso che, partendo dalle parole dell'onorevole La Loggia, a proposito dell'etica della giustizia, un cenno vada fatto all'esistenza del codice etico della magistratura.

Forse non tutti sanno che esiste un codice etico dei magistrati che si compone di quattordici articoli e che è stato introdotto dall'Associazione Nazionale Magistrati in base ad una legge.

Questo è un punto, un passaggio importante per il discorso che andrò a fare.

E' un articolo di un decreto legislativo introdotto da una legge delega del '93, varato nel '94, che invitava le associazioni di categoria e le magistrature ad adottare un codice etico che dovesse incontrare il consenso della generalità dei magistrati.

La particolarità dove stava? Stava nel fatto che questo codice etico debuttava in maniera autonoma. La Magistratura, autonomamente, in conformità ai precetti costituzionali dell'articolo 104 della Costituzione, si dava delle regole deontologiche in controtendenza rispetto a tutte le altre categorie professionali che invece ricevono le regole deontologiche *aliunde*, quindi in modo eteronomo. E' infatti il Ministero della Funzione pubblica che detta, per le altre categorie professionali, quelle che sono le regole di comportamento, le regole deontologiche.

Questo - dicevo - è un passaggio molto importante perché la funzione, l'origine e l'esistenza di queste regole, di questo 'corpus' di quattordici articoli di norme deontologiche costituisce applicazione diretta del principio costituzionale. La Magistratura si dà dunque da sola le regole etiche. Ma il problema che sempre ha assillato gli interpreti e finora non risolto se non in termini molto astratti e generali, è stato quello del rapporto che intercorre tra le regole deontologiche e le regole disciplinari. I magistrati vivono anche di queste ultime; conoscono però la disciplina nell'aspetto patologico delle sanzioni e dei procedimenti disciplinari; si pone così un problema di bilanciamento di rapporti tra regole etiche, che attingono una soglia "alta" del comportamento, e invece regole disciplinari che costituiscono, come tutti sappiamo e comprendiamo, il minimo inderogabile al di sotto del quale il giudice, chiunque esso sia, giudicante o requirente, s'imbatta in rilievi di tipo disciplinare e va incontro quindi alle corrispondenti sanzioni. Si intuisce, si percepisce il diaframma che s'interpone tra le due categorie comportamentali e pertanto non occorre spingersi oltre per dimostrare la differenza tra le regole alte e quella soglia minima inderogabile di cui si è detto.

Diversa collocazione hanno le regole etiche; ne cito una, l'articolo 1 del catalogo dell'ANM: “

Questo è un po' un editto che introduce gli altri tredici articoli che comunque hanno lo stesso sapore, lo stesso connotato di regole alte comportamentali. Si pone anche un problema di violazione di queste regole, di quali siano le sanzioni e che tipo di sanzioni possano essere applicate.

Intanto, lo stesso preambolo al codice etico della Magistratura avverte sulla natura di indicazioni di principio, prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari.

Invero, già ci conforta il preambolo del codice etico, ma occorre anche dire e fare un passo avanti per spiegare qualcosa che è importante spiegare.

Esisteva un famoso “articolo 18” - in sala sono presenti diversi consiglieri di precedenti Consigli Superiori della Magistratura e anche di attuali - e tutti intuimmo come tale regola generale di tipo disciplinare che governava l'attività della Magistratura integrasse anch'essa vere e proprie regole para-deontologiche. Esisteva un articolo 18 - si diceva - che costituiva un po' la rubrica, chiamiamola così tecnicamente, di ogni imputazione disciplinare, che puniva il magistrato trasgressore dei suoi doveri, il magistrato che teneva in ufficio o fuori una condotta tale da renderlo immeritevole della fiducia. Quella era sostanzialmente una regola di tipo deontologico che però era stata recepita in una legge. Da lì un problema di compatibilità tra ordinamento autonomo - la Magistratura che si dà delle regole di comportamento - e invece un sistema eteronomo con una legge che impone al magistrato regole di comportamento dall'esterno.

Si creava una commistione tra regole deontologiche dettate dall'esterno e regole autonome che, invece, ai sensi dell'articolo 104 dovevano provenire dallo stesso interno della magistratura come il codice etico ne è dimostrazione.

La legge-delega n. 150 del 2005, la famosa legge-delega sull'ordinamento giudiziario da cui poi sono scaturiti i decreti legislativi che noi conosciamo, in particolare il n. 109 a proposito della responsabilità disciplinare e degli illeciti disciplinari, è andata in controtendenza perché ha stabilito, rispetto a questi principi di autonomia delle regole deontologiche, dei precetti vaghi, molto generici. Ve ne cito uno: “*il magistrato, anche fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti ancorché legittimi che compromettano la credibilità personale, il prestigio, il decoro del magistrato e il prestigio dell'istituzione giudiziaria*”. Sacrosanti ma vaghi, dettati con legge e che ponevano problemi di incompatibilità tra questa autonomia di produzione deontologica e qualcosa che ci proveniva dall'esterno, della legge appunto.

Finiva così per alimentarsi, piuttosto che affievolirsi, la confusione tra autonomia ed eteronomia.

La legge Mastella, la n. 269 del 2006, ha abrogato queste norme vaghe e generiche. Non soltanto le ha abrogate, ma nel disegno di legge ordinamentale “Mastella”

possiamo verificarne l'assenza. Sia la legge-delega, sia il progetto "Mastella" contengono tuttavia una tipizzazione di illeciti disciplinari dagli argini ristretti, finendo così per manifestare una concretezza maggiore e marcare la differenza fra illecito disciplinare e regola deontologica.

Chiediamoci adesso, e la domanda ce la siamo sostanzialmente già fatta: ma la violazione di regole deontologiche che tipo di sanzione ha? Potremmo dare molte risposte. Alcuni, per esempio, suggeriscono, non tanto una sanzione bensì qualcosa che ad essa assomigli, ossia la possibilità, se non anche l'obbligo, di considerare la violazione nei momenti di valutazione consiliare destinati a premiare o a disattendere la carriera dei magistrati, come per esempio nelle valutazioni connesse al conferimento di incarichi direttivi; altri suggeriscono ancora di utilizzare i rilievi deontologici nelle valutazioni interlocutorie proprie dei consigli giudiziari.

Tutto ciò, però, non è facile; non esiste in verità un sistema di rilevazione del comportamento del magistrato; né questo può pensarsi ad un'indiscriminata attendibilità di voci incontrollate, a cura dei componenti del consiglio giudiziario, correnti nell'ambiente. Tutti sappiamo che tipo di variabilità comporta attingere opinioni sul comportamento del magistrato, dal momento che il tenore di siffatte voci può variare da ambiente ad ambiente, nell'ambito dello stesso ufficio, se non nell'ambito dello stesso settore.

Aspetto delicatissimo dunque!

Si è detto anche che la violazione delle regole deontologiche, quando è abbinata anche ad procedimento disciplinare, può servire ad operare una gradazione tra il minimo e il massimo della sanzione applicabile; appare comprensibile, infatti, che una violazione anche di tipo etico finisce inevitabilmente per incrementare il disvalore di un illecito disciplinare.

Andiamo alla figura del Pubblico Ministero.

Ho svolto per dieci anni la funzione di Procuratore della Repubblica e quindi posso spendere un minimo di idee sulla deontologia del Pubblico Ministero, di un Procuratore della Repubblica. Un'idea me la son fatta e di questa vi voglio parlare.

Sono convinto che il Pubblico Ministero, al di là di qualsiasi aspetto distorto della funzione, goda oggi di un tasso di potere, inteso in termini funzionali, maggiore del giudice. Sul Pubblico Ministero, come ufficio, grava, a mio avviso, un rispetto ancora maggiore delle regole deontologiche. Sono regole importanti, sono regole che ogni magistrato dovrebbe avere introitato in se stesso, a prescindere dalla loro consacrazione per iscritto.

Il Pubblico Ministero, nel codice etico, figura all'articolo 13 che così recita: "*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 siano conferenti rispetto alle decisioni 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*".

Ad una prima lettura viene il sospetto che la norma sia ispirata ad una visione patologica dell'organo, nel senso che l'attività inquirente è sovente quella più esposta ad accuse e rischi di sconfinamento deontologico. Disfunzioni della magistratura, è difficile negarlo, ce ne sono state e probabilmente esse hanno fatto più capo al Pubblico Ministero che al giudice, intesi entrambi come categorie tra loro distinte ma che poi abbineremo in una prospettiva comune.

Qual è la prerogativa maggiore e sintetica dell'etica del Pubblico Ministero? L'imparzialità. Sembra quasi un ossimoro che il Pubblico Ministero, che sempre più acquista veste di parte, debba essere imparziale! Sono fermamente convinto che il Pubblico Ministero, quanto meno nell'ambito della fase dell'indagine preliminare, debba essere una parte imparziale.

Prerogativa, quest'ultima, che non andiamo soltanto a trovare all'articolo 13 del codice deontologico; la possiamo altresì trovare nel codice di procedura penale e anche in altre sedi normative di carattere internazionale. Qui basta segnalare che l'esordio dell'articolo 13, a proposito del p.m., è in questi termini: “...*si comporta con imparzialità*”.

Ma cosa vuol dire imparzialità? Per ciò che interessa ai fini del discorso che stiamo facendo, significa rispetto totale, massimo e sacro del contraddittorio. Il Pubblico Ministero, pur in veste di parte, deve un attimo elevarsi e porsi nelle condizioni di osservare il principio del contraddittorio, come se fosse un giudice. Anticipo così quella che sarà la conclusione del mio discorso.

Due riflessioni. Sussistono regole di tipo processuale che contengono a loro volta, nel loro interno, regole comportamentali, regole deontologiche. Ne citiamo qualcuna: il rispetto del termine delle indagini preliminari è una regola processuale ma è anche una regola deontologica perché il rispetto del termine delle indagini preliminari significa rispetto del diritto alla conoscenza che tutte le parti devono avere del materiale d'indagine.

Il deposito delle registrazioni delle intercettazioni dei verbali deve avvenire “immediatamente”; se così non avviene, probabilmente nessuna sanzione di nullità attingerà gli atti, ma anche lì c'è una regola che tocca l'aspetto del contraddittorio e quindi l'imparzialità del Pubblico Ministero. Ed ancora, se il codice vuole che “immediatamente” una notizia di reato debba essere iscritta, il Pubblico Ministero ha l'obbligo, anche morale, di comportarsi in maniera tale da consentire, quanto prima possibile, la conoscibilità dell'accusa cosicché la parte offesa e l'indagato possano chiedere di sapere se sono indagati, attivando, se del caso, le investigazioni difensive. Il che altro non significa che introdurre la possibilità di un contraddittorio. Insomma, andiamo sempre a parare innanzi al principio del contraddittorio.

Ebbene, in questi casi abbiamo una norma del codice, che è l'articolo 124 c.p.p., spesso non osservata, che ci dice che tutti, cancellieri compresi, p.m. e giudice in prima battuta, siamo obbligati ad osservare le norme, anche quando dalla violazione delle stesse non procedano nullità o altro tipo di vizi degli atti.

Quello che a me preme dire è, tuttavia, che ci sono determinate norme che non comportano violazioni di tipo oggettivo (ossia sugli atti) o soggettivo (ossia sulle persone), ma che creano comunque un *vulnus* di tipo etico. Qualche citazione tecnica



ma proprio molto generica: se il Pubblico Ministero - e in questo esprimo il mio pensiero - prima di iscrivere la notizia di reato e nel momento in cui la polizia giudiziaria sta svolgendo le sue investigazioni, si invada, si inserisce, si infili, nelle stesse, gestendole attraverso quello che può essere anche un ottimo rapporto soggettivo, confidenziale, personale, lo stesso P.M. finirà per dilatare le indagini preliminari, iniziandole irruoltamente anzitempo; si ingerirà, cioè, in una attività che non è propria ma attraverso la quale il pubblico ministero surrettiziamente domina, orienta, in una parola gestisce, prima ancora dell'iscrizione della notizia di reato; talvolta per il naturale e fisiologico rapporto di soggezione che c'è tra p.m. e polizia giudiziaria.

Non esiste nel codice una norma che vieti questo, se non attraverso una acrobatica ricostruzione del sistema, ma sicuramente così facendo si viola pesantemente una regola etica che è quella di cui abbiamo appena accennato.

Ancora un altro esempio. Esiste un momento del rito penale che segna il passaggio tra la fine delle indagini preliminari e l'inizio dell'udienza preliminare, del dibattimento, in cui il pubblico ministero ha un dovere - per i tecnici, il riferimento è all'art. 415-bis c.p.p. - ossia quello di prendere tutto il materiale, esporlo, offrirlo alla conoscenza delle parti, chiedendo alle stesse se ci sono deduzioni, controdeduzioni, prima che il pubblico ministero decida se procedere, archiviare o mandare a giudizio.

Questo è un momento assai delicato dal momento che non abbiamo la presenza di un giudice. Anche qui, se il codice etico funziona e se il p.m. obbedisce al precetto dell'imparzialità, allora ha il dovere di epurare, con un sforzo di grande umiltà, i propri atti da tutto ciò che è inutilizzabile, nullo, operando su eccezione dei difensori e/o d'ufficio.

Il Pubblico Ministero che si affeziona alle proprie indagini e che non esercita quel giudizio che l'art. 415-bis gli impone, viene meno ad un dovere specifico, che è un dovere etico che trova il suo precetto alto nell'articolo 13 del codice deontologico.

Ulteriore esempio: le videoriprese - parlo sempre un po' per i tecnici, ma cerco di esprimermi anche attraverso un linguaggio comprensibile a tutti - non hanno la stessa disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali. Queste ultime superano un vaglio di scrematura, per cui si mandano a giudizio soltanto quelle importanti, sentite le parti e con un giudice che decide. Le videoriprese non hanno la stessa disciplina, cosicché si corre il rischio che esse giungano alla conoscenza delle parti anche negli aspetti che vulnerano e toccano punti di vita personalissima.

Vi assicuro che nella mia esperienza ho visto videoriprese che riguardavano atti personalissimi di vita sessuale che non avevano nulla a che vedere con il processo.

Resto allora convinto, e rassegnato a voi questa mia convinzione ferma e inderogabile, che il Pubblico Ministero sia anche un giudice; deve essere un giudice perché è tale e non altro quando iscrive la notizia di reato, quando valuta a tal fine la congruità degli indizi. E' tale anche quando chiede misure cautelari, quando richiede il giudizio, quando invoca la condanna o l'assoluzione.

Se è vero, allora, che il p.m. esercita anch'egli funzioni giudicanti - perché questa è la mia vera convinzione - arriviamo a quella che è la conclusione del mio discorso,

secondo cui tra Pubblico Ministero e giudice esiste una totale equiparazione in nome di quella cultura della giurisdizione che è patrimonio comune dell'intera magistratura e, aggiungo, di tutti gli operatori del diritto, primi tra i quali anche gli avvocati.

Prof. Salvatore ALEO, *professore ordinario di diritto penale nell'Università di Catania.*

*“Dalla codificazione alla legislazione speciale. Diritto penale e complessità”*

Il titolo di questo convegno mi piacerebbe riscriverlo in quello de “Il problema della certezza del diritto nella società delle incertezze”. Io dico ai miei studenti che la codificazione è stata realizzata con lo stesso spirito con cui venivano realizzate le cattedrali, nel senso che gli operai portavano il pane a casa ma i progettisti delle cattedrali, i risultati del cui lavoro si sarebbero avuti dopo quattro, cinque generazioni, erano motivati dall’idea che la loro opera congiungesse con la divinità e fosse destinata a durare in eterno.

La nostra è una cultura, è una società, che complessivamente, per ragioni cui nessuno di noi sarebbe disposto a rinunciare, produce incertezze. Un’osservazione scherzosa ma seria: mia madre ha ottant’anni, è laureata in lettere, è moglie di avvocato penalista e dice che se il diritto non è certo non è diritto, un po’ come abbiamo sentito in qualche relazione di ieri, e pensa che in quest’epoca siamo diventati un po’ tutti pazzi. Io le rispondo, scherzando affettuosamente, che i manicomi li hanno chiusi e che gli ultimi trent’anni di Premi Nobel sono tutti sulla teoria del caos. E allora il problema scientifico, ma anche politico, che abbiamo è quello di descrivere, comprendere e governare il caos, mentre la società e la cultura sottostanti alla codificazione producevano ed esprimevano certezze, per ragioni politiche e culturali. Il problema della destrutturazione del modello e del sistema classico della legalità, ovvero della certezza del diritto, del modello culturale e del sistema istituzionale, è strutturale e irreversibile.

La società sottostante alla codificazione era caratterizzata da distinzioni nette e stabili fra i ceti, da ceti dirigenti di dimensioni ristrette e fortemente omogenei, dal punto di vista culturale, delle abitudini e delle idee. Così i detentori del potere che producevano il diritto e la cultura giuridica pensavano che le loro modalità di osservazione, definizione e argomentazione fossero le uniche possibili, e che il diritto dovesse essere costruito, come scienza, attorno alle verità assolute e universali, valide per tutte le genti, in tutti i luoghi ed in tutti i tempi. Oggi la società è fortemente pluralistica, caratterizzata da una grande frammentazione e da una grande mobilità, sociale, economica, politica e culturale, e non produce certezze.

Le ragioni culturali: Newton e Keplero credevano nell’esistenza delle leggi universali che governano il mondo, che la scienza aveva il compito di scoprire, mentre oggi proprio le scienze con credono più alla possibilità ovvero all’opportunità, alla necessità, di definire le leggi di natura. Così è l’idea stessa della legge a cambiare profondamente: la legge è diventata incerta, relativa, probabilistica e deperibile. Mi piacerebbe rifare tutto il convegno sulla certezza del diritto a partire, così come la codificazione può essere messa in forte corrispondenza con l’idea dell’universo che Keplero e Newton avevano, mi piacerebbe riscrivere tutto il

problema della certezza del diritto a partire dalla teoria della relatività, per cui noi contestualizziamo tutto anche senza rendercene conto, e dal principio fondamentale della meccanica dei quanti che è il principio di “indeterminazione”. Heisenberg ha vinto il premio Nobel nel '36 con il principio di indeterminazione.

L'altra faccia del problema della certezza del diritto riguarda la nozione di responsabilità. La nostra è una cultura, è una società, in cui a forza di contestualizzare – e nessuno di noi è disposto a rinunciare all'operazione di relativizzazione e di contestualizzazione – non sappiamo più che cosa è la responsabilità. Freud nel 1929 ha definito la società moderna come una società che ha rinunciato a una porzione della propria libertà in cambio di una maggiore sicurezza. Bauman, Beck, Luhmann descrivono la nostra come ‘la società dell'incertezza, del rischio’. La nostra è una società che investe maggiori risorse, che investe risorse più sofisticate, che impegna uno strumentario più complesso di quello di ‘*ti metto in galera e butto la chiave*’ e corre maggiori rischi: del crimine, come di tutte le devianze. Questo è assolutamente reale, non è molto importante chiedersi fino a che punto è voluto, è importante capire di che cosa è la conseguenza.

Pensate allo scontro frontale nell'ultimo quarto del secolo decimonono tra la concezione classica del diritto, legata al razionalismo tedesco e francese, all'illuminismo e alla cultura cattolica, con la scuola positiva e il socialismo giuridico, che era l'effetto delle nuove scienze, la psicologia, l'antropologia e la sociologia, e del pensiero socialista. Questa vicenda nasce, a parte Lombroso, dentro il diritto penale.

Ferri era un penalista, i più grandi esponenti della scuola positiva francese erano penalisti, e non è un caso che la vicenda sia nata dentro il diritto penale, perché nella concezione minimale della funzione dello Stato liberale, il diritto penale è il plinto su cui poggia tutta la teoria dello Stato. È anche questa la ragione perché il libro di Beccaria sia il libro più famoso della storia moderna, oltre che dell'illuminismo. Nella teoria dello stato liberale di diritto, definito dalla funzione giuridica, nonché regolato dal diritto, il diritto penale definisce le sanzioni fondamentali ed ha quindi una dimensione essenziale, è appunto il plinto su cui poggia tutta la teoria dello Stato, e d'altronde la crisi ovvero l'insufficienza della concezione liberale del diritto, del modello classico della legalità, è stata in primo luogo percepibile, oltre che più rilevante, più evidente, proprio nel diritto penale.

Quali sono le condizioni politiche e culturali di destrutturazione del modello classico della certezza, della legalità e della nozione tradizionale di responsabilità? Perché la partita è unica. Dico prima quelle politiche e poi quelle culturali perché sono convinto che prima viene la democrazia e poi viene la teoria della relatività perché nelle società liberali sono concepiti i disegni scientifici aperti.

Le parole chiave – visto che io devo fare un'operazione di equilibrismo straordinario per stare entro i venti minuti con questo tema – della destrutturazione del modello classico della legalità liberale? Una: la democrazia. La nostra è una società pluralistica e fortemente mobile, cambiano i gruppi dirigenti di due partiti e un sindacato e rifacciamo tutto. Due: lo Stato sociale. Questa storia nasce non a caso negli Stati Uniti, dopo la crisi del '29, grazie alla sociologia e alla teoria del *welfare*.

Prima e seconda generazione della scuola di Chicago, ma anche New Deal, Roosevelt, cioè si concepisce un approccio tutto diverso al problema della delittuosità. I contenuti tipici definitivi dello Stato sociale non sono formalizzabili al pari di quelli dello stato liberale, nella forma astratta e generale della legge.

Lo Stato è di diritto non solo perché è regolato dal diritto, ma in modo più profondo perché la funzione dello Stato è definita dal diritto, la funzione dello Stato è giuridica, di fare diritto. Le funzioni tipiche dello Stato sociale, di assistere gli ammalati, gli infermi, i drogati, i giovani, i disoccupati, l'economia, i condannati, non sono funzioni formalizzabili al pari di quella regolativa e prevalentemente inibitoria. Difatti la legge tende sempre più a definire funzioni di segno positivo e propulsivo, da realizzare in concreto, che dunque attribuisce direttamente all'operatore. Il processo io lo definisco di amministrativizzazione – pensate alla funzione del giudice nel processo minorile e nel diritto di famiglia – e procedimentalizzazione dell'intera sfera giuridica, il diritto definisce appunto funzioni che attribuisce direttamente all'operatore e semmai definisce il procedimento da seguire. Peraltro il manuale di diritto penale è grande quanto quello su cui studiava mio padre, la procedura penale è diventata una cosa gigantesca perché il problema si sposta sui procedimenti, il problema della garanzia si sposta tutto sui procedimenti.

La condizione monopolistica dell'economia. Le forze monopolistiche sono più uguali degli altri cittadini, intervengono nel processo di formazione delle leggi, intervengono in tutte le fasi del funzionamento dello Stato e del modello teorico dello Stato di diritto, la condizione monopolistica dell'economia è una fortissima, forse una delle più forti, condizioni di alterazione strutturale del modello classico di legalità. Io non ce la faccio a ritornare indietro rispetto a questa cosa, non ce l'ho la capacità di dire eliminiamo i monopoli e le multinazionali.

I flussi economici importanti – tutti, senza bisogno di andare alla criminalità transnazionale, al traffico internazionale delle armi, ai coinvolgimenti degli Stati, al rapporto tra il diritto penale e politica dopo l'11 settembre, discorsi affascinanti – non passano più davanti al giudice. Il giudice non ha più una funzione di mediazione reale di grandi conflitti. Se mi chiedessero che cosa è post-moderno direi la perdita di nettezza della linea di demarcazione tra il diritto e la politica, tra il diritto e la morale, tra il diritto e l'economia.

La globalizzazione. La dimensione internazionale e sovranazionale di tutte le attività umane, delle risposte istituzionali e della politica è una condizione di destrutturazione, meglio esprime, costituisce, un complesso di condizioni di destrutturazione, della concezione classica dello Stato di diritto, dello Stato nazionale. Ripeto ancora una volta, non pensate soltanto al traffico internazionale della droga, pensate soltanto a quello che succede quando una donna colombiana sposata con un tedesco si porta i bambini in Colombia, a quello che succede per interfacciare questi due sistemi, e questi poverini.

Battuta sulla globalizzazione. Nella globalizzazione, nel problema del confronto e della mediazione tra le differenze, tra le distanze dei vari sistemi, io vi garantisco, sulla mia dignità di studioso e di persona perbene, che i sistemi rigidi si romperanno

tutti. Ammettiamo anche che è tutto sbagliato quello che stiamo dicendo sulla nostra società e sul modo di produrre incertezze e sulla necessità di governare le incertezze, io vi garantisco – saremo tutti in vita quel giorno perché i processi sono velocissimi e avviene in tre anni quello che prima avveniva in trentacinque anni – che tutti quanti assisterete al fatto che i sistemi rigidi si romperanno nel confronto con i sistemi flessibili.

Cosa dico agli avvocati e alla loro concezione ‘pelosa’ delle garanzie? Gli americani sono più forti economicamente, più potenti militarmente, scrivono libri più belli, hanno i principali Premi Nobel degli ultimi anni di tutte le discipline, se considerate che hanno anche un sistema giudiziario estremamente flessibile, una concezione flessibile del diritto, è facilissimamente prevedibile che tra dieci, quindici o vent’anni in Italia gli avvocati si occuperanno di recupero crediti e di sfratti perché delle grandi questioni si occuperanno gli americani, gli studi organizzati americani.

Le tecnologie. Gutenberg la stampa non l’ha inventata per fare lo Stato di diritto, non sapeva niente dello Stato di diritto, però se Gutenberg non avesse inventato la stampa lo Stato di diritto non sarebbe avvenuto o si sarebbe chiamato forse ‘Pappalardo’. Basta Internet per mandare all’aria tutta l’impalcatura dello Stato di diritto, Internet e la rete web. Internet è stato inventato per ragioni di comunicazioni del Pentagono, la rete web è stata inventata da Tim Berners Lee, che era un giovane che aveva una borsa di studio per mettere ordine tra i dati del CERN di Ginevra. E a ognuno diceva: ‘mi dai i tuoi dati?’ E li metteva in comunicazione.

Quali sono i due aspetti assolutamente rivoluzionari e irreversibili che nascono dalla filosofia e dalla realtà di Internet e della rete web? Uno: i protocolli per cui noi sappiamo cosa stanno facendo in America, in Germania, pensate alla cura del tumore, quello che stanno facendo da tutte le parti del mondo, questa cosa che mediamo attraverso la comunicazione in tempo reale finisce per essere troppo più importante e troppo più significativa di quello che c’è scritto nella ‘normetta’ del nostro Paese, per cui poi alla ‘normetta’ gli facciamo dire quello che noi riteniamo giusto che sia.

Quindi noi andiamo verso la cultura dei protocolli in tutti i settori, in tutte le discipline. Basti pensare alla problematica della criminalità internazionale organizzata per capire che questo è già abbondantemente nei fatti.

L’altro è il concetto di auto organizzazione. Internet è una realtà in cui mentre noi siamo abituati a pensare al diritto che viene dall’alto e che è gerarchizzato, soprattutto dall’alto verso il basso, Internet è un fenomeno straordinario di auto organizzazione che viene dal basso, che è una cosa che ha a che vedere moltissimo con la democrazia e con i problemi di cui parlavo prima.

Dal punto di vista culturale e scientifico, la complessità. Noi contestualizziamo tutto. Gli psicologici sono alla ricerca disperata della nozione di responsabilità che è una cosa diversa da quella che abbiamo in testa noi. Carrara era sinceramente convinto, e mia mamma pure, che prima c’è la responsabilità e poi c’è la teoria della pena. Non è vero. La responsabilità è un *posterius* rispetto alla teoria della pena e allo strumento che noi adottiamo per risolvere il problema del crimine. È sufficiente cambiare la pena di morte con la detenzione, la detenzione con un’altra pena o

sostituire la pena detentiva con la psicoterapia obbligatoria per modificare completamente la nozione di responsabilità, quindi non è vero che prima c'è il reato, scientificamente, e poi c'è la pena. Prima c'è la pena, scientificamente, prima c'è il tipo di risposta che noi scegliamo di adottare nei confronti del problema della delittuosità, e poi c'è la responsabilità.

Quando noi diciamo che per risolvere il problema del crimine bisogna rifare la società, sistemare i quartieri ghetto, fare funzionare la scuola, tutte cose su cui siamo tutti d'accordo, è chiaro che la nozione di responsabilità – contestualizzata e diffusa – ci scappa da tutte le parti. Ripeto, gli psicologi stanno scrivendo tanti bei libri alla ricerca della nozione di responsabilità. Noi giuristi dubbi non ne abbiamo, invece. I penalisti guardiamo il codice e sappiamo che cosa è la responsabilità.

Pensate al problema della definizione. La nostra è ormai una realtà in cui, a prescindere da quello che pensiamo, non è più definibile il limite. Cioè l'idea stessa del limite, la soglia del delitto, la soglia del peccato, la soglia della garanzia definita dalla norma, noi non ce la facciamo più a definire come vorremmo queste nozioni, perché io vi sfido a dirmi qual è la soglia della responsabilità per il concorso di persone nel reato, la soglia della responsabilità per l'afferenza a una organizzazione terroristica, criminale, la soglia della responsabilità per il concorso esterno nel delitto associativo, ma anche la soglia economica del delitto contro il patrimonio che fa scattare l'obbligo dell'azione penale. Non lo sa nessuno. E invero il problema va posto diversamente.

Il giudice è portatore di una discrezionalità di tipo non più meramente valutativo, quantitativo, di tipo direttamente operativo, esattamente come il giudice del diritto di famiglia che decide a chi è più opportuno dare i figli, esattamente con lo stesso schema operativo e motivazionale. Allora, se il quindici, il venti o il venticinque per cento di queste cose che dico hanno un rapporto con la realtà, noi non ci possiamo accontentare della concezione formale delle garanzie, per cui se non hai il mandato non puoi entrare, non è che uno che ha in mano la carta del diritto penale può dire per favore semplifichiamo questa cosa in modo straordinario perché così non può funzionare niente. Ho scritto molto sul diritto flessibile dove dico sostanzialmente che non possiamo ricominciare il processo, per esempio, perché una persona è rimasta incinta, e poi diciamo anche che le donne sono il problema del ritardo della giustizia. Dobbiamo immaginare una concezione anche delle garanzie in senso formale estremamente più elastica, flessibile e funzionale al risultato. Le cause durano tanto anche per questo. Quindi dico all'Associazione Nazionale Magistrati che bisogna fare un forte balzo in avanti da questo punto di vista ed immaginare una teoria anche delle garanzie di tipo diverso e di tipo funzionalistico.

In una società come la nostra e in una cultura come la nostra, le garanzie del cittadino sono: l'Università che funziona, la formazione fatta bene, la selezione fatta bene e correttamente, le garanzie sono la teoria dell'argomentazione, le garanzie sono i criteri di controllo empirico delle valutazioni del giudice. Facciamo studiare ai giuristi la sociologia, la statistica, il calcolo delle probabilità! Le garanzie sono garanzie di collegialità, sono garanzie di controllo, le garanzie infine sono garanzie di responsabilità, non nel senso riduttivo in cui questo concetto è stato espresso e

sbandierato, ma nel senso complesso della nozione di responsabilità nella nostra società, che è una cosa molta diversa dal *‘ti metto in galera e butto le chiavi’* oppure *‘ti faccio il procedimento disciplinare’*. La garanzia è anche la garanzia della responsabilità, ma di una responsabilità profondamente sofferta e ridefinita, come giustamente ridefiniamo la nozione di responsabilità che sta accanto e dopo rispetto alle nozioni tradizionali del diritto: il “senso della responsabilità” definito dal Sé e dalla società.



On. Avv. Enrico LA LOGGIA, *Componente della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati.*

Il principio della divisione dei poteri attribuisce a distinti centri ogni singola funzione: fissare le leggi, disporre l'esecuzione, risolvere le controversie.

Oggi il legislatore adotta spesso leggi-provvedimento puntuali e concrete; i giudici tendono ad enucleare principi regolatori; i cittadini pretendono sempre più spesso dal diritto e dal giudice la disciplina di ambiti della propria vita e delle proprie relazioni.

Si parla di giustizia in almeno tre accezioni: giustizia sociale, giustizia come garanzia di legalità, giustizia come amministrazione del sistema giudiziario. Ciascuna di esse genera percorsi specifici ed affronta nodi di etica individuale, di etica pubblica.

E' importante in tal senso il ruolo dell'etica, intesa come etica delle responsabilità nell'amministrazione della giustizia, così come nelle altre funzioni che quotidianamente tutti esercitiamo.

La complessità della società moderna, quindi, chiama il sistema giudiziario ad esercitare una continua regolazione, e non un dominio, dei soggetti, dei rapporti e dei comportamenti sociali.

In questa prospettiva risulta facilitato anche il perseguimento di altri valori etici quali la terzietà e la capacità di essere istituzione e non potere. Nelle società moderne si governa accompagnando e si fa giustizia regolando. E' l'etica della responsabilità che impone sempre più il rispetto e la valorizzazione dei molteplici soggetti sociali.

Il funzionamento della macchina giudiziaria passa, infine, attraverso la professionalità e serenità del singolo operatore e pone quindi un problema di etica individuale. E' doveroso chiedersi: 'perché il tema della giustizia oggi divide e genera conflitti anche tra i soggetti processuali'?

Il processo non è uno strumento di lotta, né un momento regolatore di conflitti sociali. La sua funzione, piuttosto, è quella di accertare responsabilità individuali attraverso una serie di regole che lo disciplinano e non quella di accertare la verità sostanziale, perché se così fosse la difesa del colpevole diverrebbe un ostacolo al raggiungimento del fine processuale. Questo è un concetto particolarmente delicato che, nello studio attento del processo, si trae dai buoni maestri che ci hanno preceduti ritengo di doverlo ripetere senza, peraltro, suscitare questioni.

Al termine del processo il giudice accerta una verità che è solo processuale, anche se ci si augura che essa si avvicini a quella sostanziale. Il contrario, probabilmente, porterebbe alla diminuzione di una serie di garanzie, ma su questo so che susciteremmo un vespaio di polemiche e quindi mi astengo dall'esprimere un'opinione 'politica', mi attengo soltanto a quello che ho tratto dalla dottrina.

Nel processo civile, se il concetto del "*giusto processo*" esprime il legame indissolubile tra giustizia sostanziale e processuale, nel senso che il processo civile deve essere regolato e gestito in modo da favorire il perseguimento di una decisione

giusta è lo stesso articolo 111 della Costituzione, consacrando i principi su cui deve reggersi un “processo giusto” che chiede anche al giudice l’impegno di darvi l’indispensabile attuazione in ogni singola forma.

Le norme servono evidentemente da garante ed è per questo che i nostri costituenti fissarono questi paletti minimi che sono peraltro, come tutti ricordiamo, sanciti negli articoli 101 (La legge è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti solo alla legge), 104 (La Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere), 111 (La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge), 112 (Il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale).

Il principio che regge il precetto costituzionale deve essere quindi quello della responsabilità del giudice cui debbono essere assicurate le condizioni di governo del processo insieme ai suoi corollari: la discrezionalità, la tensione verso la verità, l’assunzione di responsabilità delle parti di fronte alle proprie scelte processuali per evitare ogni abuso.

La discrezionalità del giudice ha spaventato spesso gli interpreti, confusa con l’arbitrio o persino con la mancanza di imparzialità. La sua vera essenza è quella di strumento efficace di regolazione del conflitto anche processuale e di garanzia di equità e speditezza del processo. Essa assicura la migliore adattabilità delle regole formali alle esigenze concrete di garanzia, di una parità sostanziale delle parti e consente un controllo fondato sul canone della ragionevolezza.

Mentre preparavo questi appunti, mi ricordavo di un’esperienza universitaria – faccio soltanto questo piccolo inciso - qualcuno insieme a me lo ricorderà, penso ad Antonio Scaglione, quando abbiamo fatto gli esami di procedura civile all’università col Prof. Carmine Punzi, al di là dello studio delle regole processuali, ci incaricò, dividendoci in gruppi di studio, di leggere e commentare un testo. E allora il nostro gruppo scelse il *Giudice dinanzi alla norma* di Calamandrei; e molto mi rammenta della lettura e dell’interpretazione che il Calamandrei diede della discrezionalità. L’Autore la definiva la solitudine del giudice, non nel senso che venisse isolato dal contesto, dall’esterno, ma nel senso che proprio nella sua coscienza, oltre che nella sua conoscenza giuridica, doveva trovare la chiave interpretativa per adattare al meglio il caso concreto alla regola generale. Fu uno studio molto interessante e molto formativo e mi ha accompagnato in tante delle iniziative nella mia vita.

E’ una prospettiva assunta dal legislatore anche nel settore penale dove, nel momento di istituire la Corte penale internazionale per realizzare un sistema processuale che in qualche modo mediasse tra le diverse culture giuridiche, ha dato origine ad un complesso di norme che riservano numerosi ed ampi spazi alla discrezionalità del giudice, nell’applicazione del diritto in particolare.

Lentamente, ma in modo inesorabile, il processo penale tende a divenire anche un centro di produzione e non solo di applicazione delle norme giuridiche penali, anche in ragione dei canoni di razionalità introdotti dalla Corte Costituzionale. E’ dunque una scelta legislativa che obiettivamente si muove nel senso che il diritto, per potersi definire tale, deve necessariamente perseguire la giustizia. E proprio la pluralità di fonti, massimamente nel diritto internazionale, impone nell’attività dello *ius*

*dicere*" scelte che coinvolgono valori nuovi, ove la discrezionalità del giudice è chiamata a riempire l'assenza di certezza delle norme, forse più correttamente delle fonti giuridiche.

E' vero che la proliferazione delle fonti normative, nonché, l'accelerazione dei processi sociali ha comportato l'aumento della densità del sistema normativo e l'accorciamento della vita media delle norme. Si crea spesso un attrito tra norme nell'ambito del sistema insieme ad un'estraneamento tra norme e sistema sociale. Le norme durano troppo poco perché possano sedimentarsi nella coscienza sociale; questo credo sia il problema più grave che ci siamo trovati ad affrontare nel corso degli ultimi decenni.

In questo scenario di progressiva oscurità della legge invocare la esattezza della sua applicazione ha l'amaro sapore della illusorietà! Essa rinvia l'idea del formalismo giuridico in cui l'interpretazione è mero sillogismo nell'ambito di una sistema coerente e gerarchizzato di norme, ma l'applicazione del diritto non è calcolo o deduzione, è ricerca problematica attraverso tentativi ed errori.

Altra breve chiosa: diceva Winston Churchill che non esistono leggi perfette per la semplice ragione che occorre una maggioranza che le approvi in Parlamento.

Se noi facessimo un quadro sinottico tra i disegni di leggi come sono usciti originariamente dalla mente del legislatore e quelli che poi troviamo sulla Gazzetta Ufficiale, ci accorgeremmo di quanto peggioramento vi sia stato nel percorso legislativo, ed è questo l'unico riferimento che faccio alla mia 'altra' attività che è quella di parlamentare.

Oggi sulla Magistratura, nelle sue diverse funzioni, convergono una pluralità di responsabilità che rendono il suo ruolo ad un tempo possente e vulnerabile, realistico e rischioso. Non si tratta più soltanto di ridurre la complessità del sistema normativo attraverso un'operazione concettuale di mediazione tra norme in potenziale collisione, ma occorre nel contempo mediare tra il giudizio di fatto e la norma, operazione difficile perché al senso sfuggente delle norme si aggiunge la crescente complessità dei fatti da giudicare.

Da ultimo, al giudice è rimesso il compito anche di governare il tempo, di decidere nel presente un caso passato nella prospettiva dei casi futuri. Nasce da qui il problema della persuasività del precedente come strumento regolativo del fruire delle decisioni giudiziarie. E la Magistratura diventa il centro di convergenza di tensioni molteplici tra norme, tra norme e fatto, tra pluralismo di interpretazioni e uniformità delle decisioni, tra stabilità e cambiamento dei valori delle attese sociali, ma se la certezza del diritto è, come diceva Bobbio, un mito inutile, adesso occorre sostituire un obiettivo meno ambizioso ma più funzionale: la prevedibilità del diritto, appunto come ragionevole e condivisa aspettativa dell'applicazione del diritto. Il diritto giurisprudenziale come diritto prevedibile è la sfida della modernità che un sistema di giustizia efficiente deve sapere raccogliere ed affrontare.

Se tutto questo è vero, essere favorevoli a fattori di flessibilità affidati alla discrezionalità del giudice, dunque, non significa avere concezioni autoritarie, al contrario; la discrezionalità giudiziale in una società democratica è pienamente

compatibile con il principio di legalità ed anzi è la legge che senza discrezionalità produce arbitrarietà.

E allora, più in generale, il problema non è quello di ridurre i margini di discrezionalità, ma quello di lavorare all'origine per mantenere lo status del giudice autonomo e indipendente, proprio perché le pur comprensibili perplessità che possono nascere da una giustizia etica trovino il loro naturale contrappeso in un ruolo garantito dal giudice come attore della sintesi del giudizio, sulla fattispecie dei presupposti della responsabilità ove è necessario affermarla, con la consapevolezza che al sistema sono richieste regole idonee a proteggere il soggetto debole di fronte al potere dell'autorità pubblica, ma con altrettanta chiara coscienza che la funzione assegnata alla giustizia non è quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici.

Concludo dicendo che se ciascuno, nell'ambito delle proprie competenze, funzioni e responsabilità, facesse con coscienza e con scienza il proprio lavoro e interpretasse le proprie funzioni con un po' più di umiltà, rendendosi anche conto delle ragioni degli altri e facendo in modo di trovare una sintesi e non uno scontro, forse tutti miglioreremmo un po'. Non solo lo stato della giustizia, ma anche, probabilmente, il vivere e il sentire dei cittadini nei confronti delle Istituzioni ne gioverebbe. Sicuramente la percezione che i cittadini avrebbero delle Istituzioni sarebbe migliore di quella che non hanno raggiunto fino ad oggi.

Dr. Ignazio DE FRANCISCI, *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento.*

Desidero rivolgere un breve ringraziamento al collega Cerami che mi ha invitato a questo interessante dibattito perché ogni tanto è giusto partecipare a dibattiti dove almeno la civiltà delle forme e la cortesia personale vengono rispettate, cosa che ultimamente non sempre succede.

Ho ascoltato con interesse quello che ha detto l'amico e collega Petralia sul ruolo del Pubblico Ministero e penso di potere spendere poche parole per parlare del pubblico ministero, visto che svolgo da tanti anni questa funzione. E se si è parlato di certezza del diritto e indipendenza del giudice bisogna parlare anche del ruolo del Pubblico Ministero in questo quadro. Ruolo sempre più complesso, sempre più complicato in una società complessa e complicata come è quella nella quale viviamo e le parole del professore Aleo sono state come sempre illuminanti, interessanti e foriere di ulteriori sviluppi.

Il Pubblico Ministero oggi, come in una società complessa, è sottoposto a numerosissime pressioni. Dino Petralia giustamente poneva l'accento anche sulla mentalità da giudice del pubblico ministero e vi posso dire che è sempre più difficile mantenere questa mentalità da giudice, cioè sapere svolgere la funzione di pubblico ministero con quella che io chiamo 'la proiezione dibattimentale'. Bisogna avere una proiezione dibattimentale per evitare alla lunga gli errori giudiziari, per evitare di portare avanti processi che poi finiscono in cenere, per evitare di portare avanti ipotesi investigative che sono, fin dall'inizio, fumose o probabilmente infondate.

Per fare questo però noi veniamo sottoposti a critiche, a pressioni fortissime perché siamo tra due fuochi, abbiamo le pressioni delle parti lese o presunte tali che vorrebbero che noi seguissimo tutte le piste investigative le più stravaganti, le più assurde. Siamo sottoposti a pressioni degli indagati o imputati che siano, i quali vorrebbero che i propri procedimenti avessero la precedenza su tutti gli altri, siamo sottoposti alle pressioni delle varie forze politiche – io parlo almeno per quello che mi succede in un centro piccolo, ma non piccolissimo come Agrigento – che a seconda delle indagini intraprese subito gridano allo scandalo perché suppongono che dietro all'azione del Pubblico Ministero ci sia un preciso disegno politico.

Quindi, oggi fare il Pubblico Ministero in Italia è estremamente difficile, in Sicilia lo è ancora di più. Esempio pratico: ora ci si avvicina ad un momento elettorale in Sicilia, ad Agrigento per esempio si elegge il sindaco, allora cosa deve fare un Pubblico ministero Prudente? Deve sospendere le indagini o comunque deve rallentare le indagini che abbiano comunque uno sfondo politico o, come sostiene qualcuno, deve accelerare quelle indagini per evitare che qualche candidato possa essere eletto? Qualunque scelta io faccia ad Agrigento verrò criticato in maniera asprissima, recentemente sono stati affissi anche dei manifesti contro di me e contro il mio ufficio.

Fare il Pubblico Ministero in una realtà complicata e complessa e con carenza di regole certe o comunque con una larga discrezionalità, è sempre una questione molto complicata. E poi ancora i rapporti con i sostituti. Secondo me un Procuratore della Repubblica moderno deve potere dare, con buona pace dei miei colleghi progressisti di ogni genere e tipo, deve potere dare delle indicazioni ai sostituti procuratori. Su questo punto lo so che il dibattito è estremamente aperto perché gran parte della Magistratura invece sostiene esattamente il contrario. Ma posso dare io delle indicazioni, posso suggerire ai colleghi sostituti procuratori cosa fare prima, cosa fare dopo? Questo è un problema importante che si innesta poi – qua mi rivolgo ai politici, alcuni dei quali colleghi o ex colleghi presenti in sala – con la discussione sul nuovo ordinamento giudiziario e sulla struttura delle Procure della Repubblica.

Sapete che il progetto Castelli prevedeva un Procuratore della Repubblica assoluto monarca ed era un progetto obiettivamente antistorico che non aveva introitato tutta quella che è la storia della Magistratura italiana dove le Procure della Repubblica oramai, certamente da trent'anni non sono più quelle di una volta, dove la gestione non è più assolutista ecc. Però è pure vero che la riforma Mastella del progetto Castelli secondo me è abbastanza comprensiva della dignità e dei diritti dei colleghi sostituti e quindi su questo punto tutte le lamentele che si fanno anche su questa controriforma Mastella mi sembrano esagerate.

Cioè l'ufficio della Procura della Repubblica deve mantenere, secondo me - ma su questo punto so di essere in assoluta minoranza all'interno della Magistratura dove invece ha più vigore e favore una sorta di concezione assemblearistica della Procura della Repubblica - io dicevo le Procure debbono avere una unicità di indirizzo, devono avere una unicità di porsi nel territorio.

Noi, per esempio, ad Agrigento facciamo spesso delle riunioni per decidere cosa fare di una determinata categoria di processi. Per esempio, i processi per diffamazione, come vanno qualificate, come vanno giudicate le affermazioni che si scambiano i politici o comunque le persone di una determinata provincia siciliana? Come si decide quello che è insunto e quello che non lo è? E' giusto che l'ufficio del Pubblico Ministero abbia una unica o una tendenzialmente unica maniera di valutare queste cose. Quali sono i processi da portare avanti per primi? Su questo punto la polemica è stata sempre vasta, si è sempre detto che il Pubblico Ministero sceglie cosa fare prima e quindi in questa scelta è un Pubblico Ministero politico, in questa scelta è arbitrario.

Un Pubblico Ministero serio, come diceva Dino Petralia, con la mentalità anche da giudice così non fa, però porta avanti le azioni penali che in quel determinato contesto storico, in quella determinata realtà sociale sono quelle che egli, col suo prudente apprezzamento, reputa essere quelle più urgenti e quindi non si porrà mano alle liti tra 'comari', non si porrà mano alle controversie più o meno di ordine privatistico-civilistico in presenza di fascicoli, per esempio, di reati sessuali di vario tipo o fascicoli di pubblica amministrazione che richiedono un trattamento più urgente.

Quindi, io chiudo questo discorso facendo proprio un appello per quello che riguarda questo nuovo ordinamento giudiziario. Va approvato, secondo me, al più presto e in

questo tema dovrebbe potersi avere una convergenza di intenti tra tutti coloro che hanno a cuore le sorti del processo penale e comunque dell'ordinamento giudiziario. Si è parlato tante volte di tavolo di volenterosi o cose del genere, al di là dei nomi e delle etichette. Sul tema dell'ordinamento giudiziario c'è bisogno in tempi brevi, perché sappiamo che il 31 luglio scade la sospensione della Castelli e quindi entro il 31 luglio bisognerebbe fare il nuovo ordinamento giudiziario, sul punto della struttura del Pubblico Ministero e dell'ordinamento delle procure, si dovrebbe raggiungere un punto di incontro che salvi la dignità e l'autonomia di ogni Pubblico Ministero ma in un quadro certamente diverso da quello del giudicante, cioè l'autonomia e l'indipendenza del Pubblico Ministero non può essere equiparata in maniera assoluta a quella del giudice, sono due funzioni diverse e quindi meritano delle attenzioni diverse e delle articolazioni diverse.

Dr. Santi CONSOLO, *Sostituto Procuratore Generale presso la Corte Suprema di Cassazione.*

Sono costretto ad andare per flash, stante i limiti di tempo imposti. Chiedo anticipatamente scusa se affronto con estrema sintesi argomenti complessi e che hanno una posizione di centralità nell'ambito della "questione giustizia".

Una piccola annotazione a quanto diceva il collega Petralia a proposito della professionalità dei pubblici ministeri.

Certo, pubblici ministeri come il Dr. Petralia non fanno neppure sorgere problematiche di distinzione o separazione di carriera dai giudici; in questo sono assolutamente omologo all'opinione del Presidente Finocchiaro che poco prima ricordava che sono ben altri i pubblici ministeri, come spesso amaramente ci ricorda la cronaca, che, con il loro operato, fanno riaffiorare come non procrastinabile una riforma che sia maggiormente garante dei diritti e della privacy dei cittadini.

Tuttavia, anche sulla problematica della separazione delle carriere, occorre operare un distinguo tra pubblici ministeri di merito e pubblici ministeri di legittimità e, visto che siamo prossimi a una riforma dell'ordinamento giudiziario, invito i politici presenti alla seguente riflessione che pongo nei termini del seguente quesito: il sostituto procuratore generale presso la Corte Suprema di Cassazione è veramente parte nel processo o non è, piuttosto, come dimostra il suo quotidiano operare, una "parte imparziale"; parte che si atteggia a giudice perché opera nell'esclusivo interesse della corretta applicazione ed interpretazione del diritto?

Ritengo che la caratteristica di assoluta imparzialità del pubblico ministero di legittimità è ancora più chiara ed inequivocabile se si pensa che questi interviene anche in tutti i giudizi civili su controversie nelle quali si fronteggiano due parti private.

In passato, addirittura, nel settore civile, il sostituto procuratore generale di Cassazione partecipava alla discussione in camera di consiglio prodromica alla decisione.

Mi pare di tutta evidenza che la figura professionale del P.M. di legittimità non sia affatto assimilabile a quella degli altri P.M. di merito e che il suo quotidiano concreto operare sia improntato ad assoluto garantismo.

Allora torno a chiedere ai politici: ha senso, in vista di una riforma, impedire al sostituto procuratore generale di Cassazione il passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti?

I politici devono convenire che sarebbe nettamente più vantaggioso riutilizzare la capacità professionale di questo magistrato, ove ne facesse richiesta, alle funzioni giudicanti, funzioni che finirebbe per svolgerle meglio di altri proprio perché forte dell'ampia esperienza di legittimità maturata in Cassazione.

Torno ora al tema centrale del convegno: "certezza ed imparzialità del giudice".



E' da quando ho iniziato a studiare diritto che sento parlare in termini assolutamente prioritari di "certezza del diritto e imparzialità del giudice".

Non vorrei essere frainteso, né essere scortese nei confronti del Dr. Raimondo Cerami che con grande sforzo organizzativo ci ha regalato questa bellissima occasione di confronto, ma perché ancora continuare a parlare di certezza e imparzialità del giudice?

Il professore Aleo ci ha dato una risposta convincente: la questione in esame continua ad essere prioritaria e centrale per la corretta amministrazione della giustizia.

Ciò è ancor più vero se si pensa ad una società civile che voglia raccogliere la sfida di competitività rispetto alla globalizzazione che ci travolge.

Infatti, una società che si vuole sviluppare avrà sì bisogno delle infrastrutture; avrà bisogno delle così dette "grandi opere" e della TAV che tanto ci tormentano; ma soprattutto, e in prima battuta, avrà bisogno di rapporti giuridici certi, di processi che si definiscono in tempi ragionevoli, nonché di referenti magistrati che siano realmente, in modo effettivo, imparziali.

La Costituzione ci parla di indipendenza e di autonomia e non di imparzialità per la semplice, ovvia ragione che l'imparzialità è coesistente alla funzione del magistrato.

Allora autonomia e indipendenza non vanno vissuti o prospettati come privilegi del magistrato.

La magistratura su queste problematiche non può essere auto-referente, non può manifestare eccessi di tutela che possono finire per nascondere o sminuire profili di devianza che si sono manifestati anche all'interno della nostra categoria.

La società civile, infatti, spesso manifesta intolleranza e incomprensione per l'operato dei magistrati in relazione a talune vicende giudiziarie.

La magistratura non può tutelarsi costruendo il mito dell'infallibilità, ma tutelando, anche attraverso il suo organo di autogoverno, l'effettiva imparzialità di ciascun singolo magistrato; imparzialità indefettibile non soltanto nell'essere, ma anche nell'apparire.

Quanto alla certezza del diritto, non si può ricorrere al metodo dello "scarica barile" perché responsabilità sono comuni un po' a tutti: politici, magistrati, professori universitari in materie giuridiche.

Prioritaria sulla questione la responsabilità dei politici. Tutti oggi convengono che la "certezza del diritto" non soltanto non esiste, ma è vissuta come un mito, una chimera, una mera illusione.

La ragione principale della incertezza del diritto va ricercata nella somma incertezza delle sue fonti.

Oggi dobbiamo confrontarci anche con le fonti internazionali del diritto e di come irrompono nell'ambito dei nostri sistemi interni scavalcando le gerarchie tradizionali che volevano all'apice la Costituzione.

Taluni parlano in proposito di "giudice oltre lo Stato".

Sul piano poi della produzione normativa interna dello Stato, questa come ammesso dagli stessi politici, è definita addirittura "schizofrenica".

C'è una densità normativa eccessiva, c'è una durata media della vita delle norme assolutamente breve.

E' mai razionalmente concepibile che a livello procedimentale ci si debba confrontare con norme che spesso rimangono in vigore per un lasso di tempo inferiore alla durata media di una fase del procedimento?

Arduo individuare la corretta disciplina transitoria e di attuazione in questa caotica sovrapposizione legislativa.

Lo stress per l'operatore del diritto è elevatissimo perché non soltanto è costretto ad aggiornarsi quasi quotidianamente, ma deve risolvere gli innumerevoli dubbi interpretativi nell'individuazione della normativa intertemporale applicabile a ciascuna fattispecie.

Eppure, in tale marasma legislativo si ha la pretesa di voler continuare ad assegnare alla Cassazione un ruolo istituzionale che pomposamente si qualifica "nomofilattico".

A titolo esemplificativo richiamo la legge denominata "Pecorella" che fra l'altro poneva dei limiti all'appellabilità da parte del P.M. delle sentenze di assoluzione.

Alle difficoltà applicative di tale nuova normativa si è aggiunta la recente pronuncia d'incostituzionalità dell'articolo 10 della legge in questione.

Nelle more, però, appelli sono stati dichiarati inammissibili dalle Corti di merito ovvero, avverso sentenze di I grado sono stati proposti dai P.M. ricorsi per Cassazione, taluni per sola violazione di legge, altri che, in assenza della pronuncia della Corte Costituzionale sarebbero da dichiarare inammissibili perché pongono questioni di merito.

Per ciascun caso occorre dare una risposta diversificata, ma nelle more tra l'entrata in vigore della legge "Pecorella" e la pronuncia d'illegittimità costituzionale altri processi sono stati definiti.

Ovvia la conclusione: come ormai sempre più di frequente accade, la diversa tempistica procedimentale può produrre esiti processuali per casi del tutto simili diametralmente opposti; uno definitivamente assolto ed altro condannato.

Va considerato, inoltre, che la certezza del diritto è un fine che si tenta di perseguire non soltanto attraverso normative stabili nel tempo, semplici, chiare, e facilmente conoscibili per la generalità dei consociati, ma anche annullando gli spazi di discrezionalità del giudice.

E' certo che la discrezionalità del giudice e l'imprevedibilità della soluzione del caso da giudicare sarà tanto più ampia quanto più incerto è il quadro normativo di riferimento.

Oggi i dubbi sono forti non solo su come interpretare norme spesso non correttamente formulate anche sul piano tecnico-giuridico, ma anche sulla scelta della norma che va applicata al caso concreto (coesistono, infatti, sulla medesima materia, una moltitudine di norme, di frequente neppure coordinate in un testo unico).

In tale situazione è normale che si accentui la diffidenza dei cittadini nei confronti della discrezionalità del giudice.

Tuttavia, bisogna ricordare che la diffidenza dei cittadini nei confronti dei giudici non è un fenomeno solo contemporaneo, ma è risalente nel tempo e si è manifestata non soltanto nei confronti del giudice penale, ma anche nei confronti del giudice civile.

Così, per esempio, le “clausole generali di contratto” non hanno avuto in Italia ampia e piena attuazione nel diciannovesimo secolo e nella prima metà del secolo scorso proprio perché si nutrivano notevoli perplessità circa gli ampi poteri che venivano per tale via riconosciuti al giudice.

In Germania, invece, ove le clausole generali furono riconosciute fin dagli inizi del ventesimo secolo, si denunciarono devianze nell’esercizio del potere discrezionale da parte del giudice che, talvolta, assumendo di applicare una clausola generale di buona fede, finiva, in dispregio dell’autonomia contrattuale privata, per trasmodare in un preteso giudizio di equità che nei fatti era arbitrario.

Ecco, allora, che le problematiche relative alla certezza tornano ad essere strettamente connesse con quelle dell’imparzialità.

Sul tema dell’imparzialità ancora una volta i politici affermano che prioritaria è la riforma dell’ordinamento giudiziario.

Siamo sicuri che tale riforma sia veramente prioritaria?

Le considerazioni che seguono mi portano a ritenere invece che sia prioritaria una riforma del sistema elettorale per la nomina dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura.

Si è parlato meravigliosamente del ruolo del CSM: organo di autogoverno, organo indipendente, organo che dovrebbe essere d’esempio per i magistrati quanto ad imparzialità; ma veramente viene così recepito nella considerazione dei singoli magistrati destinatari delle sue decisioni?

Molti si chiedono quanto incide sulle scelte che il C.S.M. quotidianamente è chiamato ad operare la logica dell’appartenenza alle diverse correnti della magistratura.

E’ mai accaduto che un non iscritto all’associazione nazionale magistrati e non militante né iscritto in alcuna delle correnti della magistratura sia stato nominato segretario o componente dell’ufficio studi del C.S.M.?

Eppure una elevata percentuale di magistrati non è neppure iscritta all’associazione nazionale magistrati.

Il sistema elettorale vigente per la nomina dei componenti del C.S.M. è oggi molto simile ai sistemi elettorali politici; i candidati per avere una qualche possibilità di essere eletti devono essere designati dai gruppi associati secondo meccanismi di cooptazioni verticistiche delle oligarchie dirigenti e, conseguentemente, la facoltà di scelta del magistrato elettore si esaurisce nella ristretta rosa dei candidati designati da ciascun gruppo.

La collettività non recepisce più la magistratura come libera ed indipendente dalle pressioni o dalle simpatie politiche.

Infatti, le correnti associate, nella quotidiana rappresentazione mass-mediatica vengono qualificate come politicamente orientate, come dei veri e propri partiti politici: di destra, di centro, di sinistra, moderata, conservatrice.

Forte è quindi il rischio che ciascun magistrato possa essere classificato politicamente alla stregua della sua sola appartenenza ad una delle correnti della magistratura.

La domanda “a quale corrente aderisce quel magistrato” è sempre più frequente negli utenti della giustizia e alla percezione della risposta si collega in modo diretto ed immediato una valutazione di orientamento politico.

Il “vulnus” all’imparzialità è inevitabile perché ciascun magistrato oltre ad essere realmente imparziale deve poter anche apparire tale e le correnti dovrebbero diversamente cominciare a dialogare tra loro.

Concludo ripetendo l’invito ai politici per una riforma del sistema elettorale del C.S.M. che ritengo prioritaria su tutte le altre.

La riforma dovrebbe consentire a ciascun singolo magistrato di potersi candidare con possibilità di successo a prescindere dalle designazioni dei candidati effettuate dalle correnti.

Ciascun magistrato, poi, dovrebbe poter scegliere una rosa ampia di magistrati che ritiene idonei a comporre l’organo di autogoverno a prescindere dalla loro appartenenza a correnti secondo un sistema che alla fine finisce per svincolare ciascun eletto da logiche di schieramenti contrapposti.

Non si tratta di richieste velleitarie perché in passato si erano elaborate delle proposte in tal senso tanto valide quanto disattese, incomprese e neglette dai politici. Penso, per esempio, al sistema del c.d. “voto singolo trasferibile” ma mi limito a lanciare la provocazione auspicando che ciò possa formare oggetto di altro futuro dibattito.

Sen. Giuseppe DI LELLO, *Componente della Commissione Giustizia del Senato.*

Ho assistito anche ieri alla prima parte di questo Convegno che trovo molto stimolante; il tema è così ampio e così vasto che dirò solo alcune cose, toccherò alcuni punti, scusandomi anche del disordine che spero non sia anche un disordine mentale.

Il professore Aleo ci ha già spaventati abbastanza dicendo cose di una verità quasi assoluta e sulle quali dovremmo confrontarci. Ci vorrebbe un convegno a parte proprio per discutere su questi flussi finanziari, su questa sovrastruttura che esclude completamente qualsiasi intervento della Magistratura: come magistrati siamo veramente residuali! Però vorrei attenermi al tema soffermandomi su alcune cose che sono emerse in questo dibattito.

Credo che anche la percezione esterna della imparzialità del giudice sia importante. E quindi sarebbe importante un sistema che, secondo me, godesse di un consenso sociale, quello che oggi manca al sistema giudiziario italiano confrontato con il sistema inglese o con quello francese. Il nostro sistema giudiziario non ha una condivisione sociale, ed è in realtà messo in discussione da tutti. E' inutile girarci intorno: uno dei nodi critici che mette a repentaglio la "pace sociale" all'interno di questo sistema è il confronto-scontro tra magistrati e avvocati sulla separazione delle carriere. Io ritengo che la separazione non sia un fattore dirompente, nel senso che ci sono tanti altri sistemi democratici nei quali questa separazione c'è e non succede niente di grave ed, anzi, la giustizia funziona anche meglio.

In Italia il problema ha una sua rilevanza perché c'è la consuetudine di un sistema in cui giudici decidenti e inquirenti dividono la stessa carriera.

Questa condivisione di carriera nella percezione esterna si connota come una sorta di connivenza che non genera imparzialità. Io penso che non sia vero, però non posso non riconoscere che all'esterno le persone normali la vivono come tale.

E' su questo punto che siamo invitati a riflettere e nella riforma che stiamo affrontando, che affronteremo in Senato, io mi batterò - nei miei limiti, e nei limiti della condivisione della maggioranza che in Senato sostiene il Governo - perché una divisione delle funzioni sia la più effettiva possibile, cioè non sia finta. Non potendo avere la separazione delle carriere (sulla quale io non sono d'accordo e, inoltre, perché nel programma dell'Unione detta separazione è esclusa) dobbiamo sforzarci tutti per avere una distinzione delle funzioni che non sia fittizia, ma che sia quanto più reale possibile.

Il secondo punto: le correnti. Ne parlava molto bene Santi Consolo che pure è figlio delle correnti essendo stato eletto al CSM su designazione di una corrente, però metteva il dito nella piaga. Qualche settimana fa c'è stato un convegno a Roma - al quale non ho potuto partecipare - organizzato da Critica del Diritto e quindi dal direttore della rivista Antonio Bevere, un magistrato di sinistra che da anni milita in

Magistratura democratica che ha posto proprio questo problema: l'imparzialità alla luce della divisione correntizia. Quella delle correnti è un problema reale e che lo stesso Bevere, che è un sostenitore delle correnti, riconosce esistere. La stessa proposizione del convegno ha sollevato critiche feroci, specialmente da sinistra, perché è un tabù col quale noi non vogliamo confrontarci. Però non c'è dubbio che anche il sistema delle correnti produce all'esterno una percezione di non imparzialità con la quale dobbiamo fare i conti specialmente quando parliamo di CSM e specialmente quando parliamo della Sezione disciplinare.

Io credo che in Italia il 99 per cento dei magistrati siano "inavvicinabili"; credo realmente che il magistrato italiano sia uno al quale non si può "raccomandare" un processo: quando però arriviamo alla disciplina del CSM io credo che il 99 per cento dei magistrati che si occupano di quel giudizio (che è frutto di una attività giurisdizionale e non amministrativa), sono "avvicinabili" e cercano in qualsiasi modo di accontentare la propria parte correntizia e comunque raccordare il giudizio finale alle necessità degli equilibri interni. E' un problema che va risolto, non so come, però è un problema che esiste. Noi come magistrati possiamo anche rimuoverlo (io parlo anche da ex magistrato), però all'esterno c'è questa percezione.

L'ultima cosa che vorrei dire – che è stata detta molto bene ieri da Tommaso Virga ma anche da altri – è questo nostro vezzo tutto italiano di non riuscire ad avere il coraggio di sperimentare una riforma fino in fondo, di non saper aspettare qualche anno per procedere a degli aggiustamenti e quindi abbiamo, per esempio, un codice di procedura penale che viene mutato pochi mesi dopo dall'entrata in vigore perché c'è un'emergenza. Bisogna seguire tutta la novellistica andando dal giornalaio a comprare il Sole 24 Ore che, essendo un quotidiano, è più veloce delle case editrici. Io dico che in questo bisogna avere un po' più di coraggio.

Ultimamente, in Parlamento, abbiamo fatto due riforme, riformando dei decreti Castelli il codice disciplinare e l'organizzazione della procura. Aspettiamo un po' di anni prima di cambiarlo di nuovo. Questo codice disciplinare sarà minimale, però cerchiamo di farlo sedimentare, sperimentiamolo, non lo modifichiamo subito, se si dovesse andare di nuovo alle elezioni e cambiare maggioranza. Così l'assetto della Procura. Abbiamo trovato un punto di intesa togliendo di mezzo alcune esasperazioni della riforma Castelli. Vediamo dunque come funziona adesso questa procura così definita. Aspettiamo qualche anno, dopo di che con molta più sensatezza potremmo apportare delle modifiche. Dobbiamo avere un po' più di pazienza, un po' più di coraggio e comunque dobbiamo avere il coraggio di pensare che ci sono dei problemi ai quali non possiamo sfuggire; ci sono problemi che esistono e che rendono questo sistema giudiziario non condiviso dalle persone normali, dai cittadini.

E un sistema giudiziario che non gode di una condivisione sociale è un sistema che non regge.

Sen. Roberto CENTARO, *Componente della Commissione Giustizia del Senato.*

I politici parlano per ultimi perché sono sempre sul banco degli imputati e nel processo l'imputato parla per ultimo. E, d'altra parte, poiché la politica regola ogni profilo della convivenza di una collettività, sia nel pubblico che nel privato, se le cose vanno male è colpa della politica, se vanno bene è merito suo. Ma la politica, ovviamente, non è solo l'eletto. Essa ricomprende tutti, tutte le categorie, tutti i partecipanti ad un consesso sociale.

E allora, quando si parla di autonomia e indipendenza della magistratura, ci si deve intendere sul significato del concetto. Quando questi principi vengono agitati, alla vigilia di ogni riforma, affermando che si limiterà l'autonomia e l'indipendenza della Magistratura, si commette un falso perché nessuna forza politica potrà ritenere che sia utile controllarla istituzionalmente, in forma diretta o indiretta. Nelle ultime tre legislature si sono alternate tre coalizioni : centro-sinistra, centro-destra e centro-sinistra più allargato. Pensare di controllare la Magistratura equivale al suicidio perché essa sarebbe il braccio armato per le vendette della coalizione tornata o approdata al potere.

Quindi, nessuno può pensare ad un sistema di questo genere. Invece, ci si deve intendere sul significato dell'autonomia e dell'indipendenza. Se per autonomia e indipendenza si intende la discrezionalità libera, si è fuori dal sistema. Tanto per uscire fuori di metafora, se l'autonomia e l'indipendenza significano che per nominare il Procuratore aggiunto alla Procura distrettuale antimafia di Catanzaro sono necessari tre anni (all'orecchio ti si dice che le correnti non si stanno mettendo d'accordo) per me c'è un problema; cosa dico ai calabresi, da Presidente della Commissione Antimafia? Come la lottiamo la 'ndrangheta? Se un procuratore aggiunto distrettuale antimafia va a caccia con persona condannata in via definitiva per il reato di cui all'art. 416 bis c.p. e la sezione disciplinare del C.S.M. lo assolve per mancanza di dolo, c'è un problema. Il politico per lo stesso fatto verrebbe arrestato, qualsiasi cittadino comune ugualmente, e non per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa ma per il reato di cui all'art. 416 bis a tutti gli effetti!

Se Potenza è il centro del mondo e per tutto ciò che avviene nel mondo la competenza è di Potenza, c'è un problema! Escono fuori le veline; nei provvedimenti ci sono gli 'omissis' per gli amici e le indicazioni nominative di telefonate assolutamente irrilevanti anche per configurare la colpevolezza dell'imputato, per i nemici. C'è un problema anche se si parte sempre dal minimo della pena nel calcolo della condanna. Quella discrezionalità indispensabile per valutare la gravità di un fatto non viene in concreto utilizzata perché il computo muove sempre dalla pena minima e non si gradua la condanna irrogata alla gravità del reato.

Quando a Napoli, nel 2004, vengono arrestati in un anno quattordicimila "gentiluomini" e il settanta per cento nelle 48 ore viene rimesso in libertà e spesso si tratta delle stesse persone più volte arrestate, c'è un problema. A questo punto, la politica, che risponde al

cittadino della sicurezza e della certezza del diritto, deve intervenire, spesso anche accorciando la forbice tra le pene minime e le massime.

Recentemente, di ciò si è discusso in sede di esame del decreto-legge sulla violenza negli stadi, in cui si prospettava un aumento della pena minima, perché si era rilevato come in ogni fattispecie fosse la base per il calcolo della pena; con il risultato di avere i condannati sempre a piede libero. La problematica complessiva ci riporta altresì ad una Magistratura arroccata su posizioni difensive e non incline a mutamenti. Sento già levarsi le voci avverso la controriforma del centro-sinistra; sento rumoreggiare contro una riforma dell'ordinamento giudiziario, che sostanzialmente ricalca a grandi linee la prima lettura della riforma Castelli varata dal Senato. In quell'occasione, prevalsero le colombe. Dopo vi fu una carica a testa bassa da parte di tutti, col risultato che prevalsero i falchi. Badate, le colombe a volte sanno essere ancora più feroci dei falchi.

Io mi auguro che ciò non avvenga in questa occasione. Mi auguro che si comprenda che non si vuole modificare il sistema per aggiogare la magistratura bensì per risolvere i problemi. Non è giusta la ricetta? Prima di dirlo, sperimentiamola! D'altra parte, se solo consideriamo che i decreti-delegati sulle procure e sull'azione disciplinare - il dialogo e il confronto costruttivo è avvenuto in Senato - sono rimasti sostanzialmente immutati rispetto al testo varato dalla riforma Castelli, tranne per profili marginali privi di condizionamenti per il funzionamento del sistema, allora ci si deve rendere conto che probabilmente questa identità di vedute dà conto di una patologia del sistema avvertita da tutti gli schieramenti.

Il tema controverso non è solo la riforma elettorale del CSM. Una riforma elettorale è sempre neutra. Qualsiasi modifica non potrà mai far venire meno il peso delle correnti, che sono radicate e che è giusto esistano in quanto il confronto ideologico e culturale nella politica giudiziaria è indispensabile. L'attività svolta all'interno dell'ANM dalle correnti ha una logica ed è importante che ci sia! Certo, trascende nella patologia quando diventa condizionante delle scelte da parte di un CSM, che amplia e di molto, la sua attività. Perché, quando afferma l'inutilità della trattazione dei processi che potrebbero concludersi con l'applicazione dell'indulto, dimentica che compito del giudice non è quello di mettere le persone in carcere ma quello di affermare la responsabilità sul fatto; dimentica che c'è anche un risarcimento, in sede civile, derivante dall'affermazione della responsabilità penale. E allora non è inutile la celebrazione di questi processi!

Probabilmente, siamo di fronte ad un problema culturale, di cui l'ANM si deve fare carico. Bisogna modernizzare e far venir meno le incrostazioni di comodo, di potere, di clientelismo, che stanno delegittimando un sistema teoricamente in grado di funzionare perfettamente. Il novanta per cento - e forse più - dei magistrati italiani, non solo i giudici ma anche i pubblici ministeri, è inavvicinabile, imparziale, svolge bene il proprio compito. Se però le mele marce - presenti in qualsiasi categoria - non vengono sanzionate adeguatamente, il sistema salta. Perché è il fatto eclatante che arriva agli onori della cronaca, non chi lavora in silenzio e produce risultati. Il fatto eclatante, peraltro, crea sconcerto nel cittadino.

L'ordinamento giudiziario, con la distinzione accentuata delle funzioni prefigurata dalla riforma Mastella e già dalla prima lettura del testo Castelli al Senato, non mi



scandalizza più di tanto; né dovrebbe scandalizzare la separazione delle carriere. Tuttavia, nessuno ritiene che con la separazione delle carriere o la distinzione accentuata delle funzioni si risolvano i mali della giustizia. Nel modo più assoluto. Si comincia, però, a prefigurare un sistema diverso, in cui poi dovrà inserirsi un nuovo processo penale, un nuovo diritto penale. Bisogna rimettere in moto la macchina evitando quei freni, quelle ritrosie derivanti semplicemente da un timore per il nuovo, da un arroccamento sull'esistente.

Se l'approccio culturale complessivo da parte dell'Associazione Nazionale Magistrati, della Magistratura ma anche degli organi istituzionali che la rappresentano e governano rientra nell'alveo del sistema, della costituzione e delle leggi e ci si rende conto che nessuno vuole condizionare, ma vi è necessità di una modernizzazione reclamata dal Paese a gran voce, allora, sicuramente, sarà più facile il dialogo all'interno delle forze politiche; sarà più facile che la Magistratura, l'ANM divengano contraddittori interessanti e il confronto con loro sia momento di scambio di idee e di accrescimento, per varare una riforma concretamente applicabile e non la bella teoria che rimarrà tale e bisognerà modificare successivamente.

Se tutto ciò si verifica, e non sarà facile, se questo mutamento culturale avviene, probabilmente ritorniamo ad essere un Paese normale e non un paese in costante tensione al proprio interno non appena si decida di riformare o di cambiare qualche cosa. Questo è l'augurio che formulo. Io spero veramente che si riesca in parte a riscrivere le regole ma, ancora meglio, a riappropriarci di esse, nella convinzione che debbano essere applicate, verificate ed eventualmente migliorate, senza battaglie preconcepite contro i cambiamenti.

On. Avv. Saverio ROMANO, *Componente della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati.*

Oggi ho ascoltato con molta attenzione la relazione del dottore Petralia. Il dottore Petralia è un magistrato che ogni interlocutore, che ha a che fare con il mondo della giustizia, vorrebbe trovarsi di fronte. Perché è un magistrato che crede nelle cose che dice e dice le cose che crede, per cui il suo intervento è da sottoscrivere.

La sua chiosa è stata molto opportuna: mi riferisco a quello che lui definiva la eccezione, rispetto alla deontologia del Pubblico Ministero – lui faceva poi un ragionamento per fare in modo che emergesse una sorta di confusione tra Pubblico Ministero e giudice e non ci fosse la necessità della separazione delle funzioni e quindi, nel momento in cui il Pubblico Ministero realmente rispetta le norme deontologiche e svolge quel ruolo di giudice, non è necessario che venga messo da parte.

Tuttavia quella che lui definisce un'eccezione è una patologia epidemica nel nostro Paese, cioè il mancato rispetto non delle norme, ma di quello che sta alla base delle norme, cioè i comportamenti, il rispetto dei comportamenti che avete codificato – mi rivolgo ai magistrati – in un codice deontologico opportuno. Non so fino a che punto questo venga sempre rispettato.

Io credo che se oggi ci interroghiamo su *certezza del diritto e imparzialità del giudice* è perché vuol dire che c'è, nella crisi di sistema che sta vivendo il nostro Paese, una crisi del diritto e una crisi del giudice. A me sembra molto ovvio che il diritto è certo o non è diritto, così come il giudice o è imparziale o non è giudice!

Il fatto di parlarne, però, vuol dire che c'è una crisi, che va inserita nella crisi di sistema, ma che ci porta ad un ragionamento che può trovare una sintesi come negli interventi del senatore Centaro e del senatore Di Lello, ma non è sempre così in Parlamento, anzi devo denunciare che in Parlamento accade spesso la rappresentazione di posizioni precostituite che non consentono il dialogo, cioè chi parla rappresenta una posizione, e non si cura nemmeno di ascoltare l'altro, così è stato.

Ma, se vogliamo andare per ordine e mi è consentito azzardare una definizione di ciò che discerne la certezza del diritto dalla validità, completezza, chiarezza delle norme che regolano i rapporti tra cittadini, tra cittadini e lo stato, le condotte, i diritti e i doveri, questo fattore consiste nella tempestività dell'applicazione della legge, che è la sola che evita poi il ricorso a certa giustizia alternativa, nonchè nell'esistenza di giudici certamente imparziali.

E questo è il sottotema del convegno. Io qualche giorno fa leggevo un articolo di un nostro professionista che ieri ho visto qui in Aula, l'avvocato Maurizio Bellavista, che riportava quanto affermato dall'emerito professore Giovanni Conso poco tempo fa. Cito testualmente: *'la legislazione sta impazzendo e sta facendo impazzire gli operatori. Avanza il nuovo quando ancora il vecchio è in corso di applicazione. Nel*

*campo penale può ben dirsi che il fallimento più eclatante è quello determinato dalla mancata realizzazione di un processo che assommi due gruppi di caratteristiche. Da un lato un processo giusto, equo, paritario e garantista, dall'altro un processo rapido, esaurito in tempi ragionevoli per il soddisfacimento delle aspirazioni di giustizia sia della società che dell'imputato'.*

Il rimedio a tutto ciò? Spesso siamo stati condizionati da una sorta di revanchismo legislativo che necessariamente deve cancellare tutto ciò che è stato fatto prima. Questo accade perché è il sistema politico che è entrato in crisi.

Nel momento in cui abbiamo sperimentato la democrazia dell'alternanza, non ci siamo presi cura di capire che su alcune cose, come ad esempio le riforme costituzionali, o c'è un consenso ampio o non si possono fare. Ho la tentazione di parlare di politica perché argomenti come le riforme, sono temi che incardinano un paese, la sua credibilità, non soltanto rispetto ai suoi cittadini ma anche rispetto ai paesi che ci guardano con attenzione, ai paesi che guardano la nostra civiltà come una civiltà da emulare. Noi invece oggi siamo prigionieri di uno stato di cose che vede una contrapposizione e non ci consente realmente di affrontare il tema delle riforme, ma non perché, ad esempio, oggi l'Unione abbia una maggioranza risicata al Senato. Non è quello il tema, piuttosto perché l'Unione, con molta franchezza, non ha una maggioranza politica, non di numeri, perché il senatore Di Lello sa che anche sul tema della giustizia, dentro la sua maggioranza, ci sono le posizioni più disparate. E quindi il Ministro Mastella, quando fa un ragionamento che sotto il profilo della enunciazione dei principi può essere accettato da tutti, sul piano concreto poi non riesce a realizzare un bel nulla.

Dobbiamo fare in modo che la nostra legislazione sia aderente ai principi statuiti dall'Unione Europea. Il processo deve durare cinque anni, sia penale che civile. Chi dice di no? Quando non si indica il percorso, quando non si dice come e quando gli esempi poi ci fanno pensare che questi cinque anni non sono perseguibili con questo organico che non è sufficiente, con le risorse che diminuiscono, con gli interventi che sarebbero necessari affinché realmente duri cinque anni, e si pensa come escamotage quello di aumentare fino a venti anni il termine della prescrizione, si ride anche a chi dice, ad esempio, che già il processo stesso è pena. Siamo molto onesti. Oggi non è tempo di riforme perché se non si risolve la crisi di sistema che sta attraversando il nostro Paese, che non è soltanto una crisi del modello elettorale che va certamente cambiato, ma è una crisi che riguarda il modello politico che noi in Italia vogliamo rappresentare, perché ne abbiamo cancellato d'emblée, con un referendum di oltre dieci anni fa, uno che resisteva da cinquant'anni!

Bene, abbiamo avuto governi longevi e non per questo tali governi sono riusciti a fare crescere il nostro Paese. Dobbiamo porcelo questo interrogativo fino in fondo. O forse allora, anche se i governi duravano meno, vi era una certa continuità, ad esempio nelle azioni amministrative, legislative o ancora meglio sulle riforme si cercava sempre il confronto e il dialogo, anche con chi non sarebbe mai andato al governo con quel sistema? Perché ricordiamoci che, al di là della *conventia ad excludendum*, ad esempio, per l'MSI che non faceva parte dell'atto costituzionale, obiettivamente era un sistema bloccato che non avrebbe mai consentito al partito

comunista di allora di governare. E però, io ricordo – ma lo ricordate anche voi – che l'azione del partito comunista nelle scelte più importanti del Paese è stata determinante. Ciò vuol dire che quello era un sistema che garantiva la certezza.

Sarebbe scorretto, da parte mia, dire che c'è una crisi del diritto e una crisi del giudice se io non facessi riferimento a una crisi di sistema. E' evidente che gli operatori del diritto, da soli, non possono risolvere la crisi del diritto, così come i giudici, da soli, non possono risolvere il tema della loro credibilità.

Se è vero questo dobbiamo andare alla causa del male. La causa del male è che noi abbiamo una proposta di legge, di riforma, di controriforma dell'ordinamento giudiziario che scade a luglio e Le posso garantire che di qua a luglio questa controriforma non vedrà la luce. Non posso esimermi dal dire le cose di cui sono a conoscenza e delle quali sono peraltro convinto perché, ripeto, sarebbe assai semplice dire che noi risolviamo tutto in questo Paese nel momento in cui ci siano giudici imparziali o ci sia un diritto... bè, da questo punto di vista, devo dire che ha ragione il professore Aleo. Noi siamo necessitati a governare il caos, perché in questo momento dobbiamo fare in modo, invece, che emerga la cultura del confronto, la cultura del dialogo, solo quella ci potrà consentire...Nel momento in cui si risolve la crisi sistemica del sistema politico, si potranno riaffrontare questi temi in maniera anche più concreta.

Per cui, l'elemento unificante di oggi, cioè l'incontro tra il senatore Di Lello e il senatore Centaro, diventerà attualità politica, altrimenti resta soltanto scritto nel libro dei sogni.

Dr. Prof. Silvio COCO, *Presidente di Sezione della Corte Suprema di Cassazione.*

*Relazione conclusiva.*

Ringrazio gli organizzatori del Convegno per l'incarico, conferitomi al di là dei miei modestissimi meriti, di svolgere la relazione conclusiva che certamente non sarà all'altezza dell'elevatissima caratura delle relazioni e degli interventi precedenti, ma che cercherà, per quanto è possibile, di cogliere lo spirito e le più interessanti sollecitazioni che ci sono state autorevolmente offerte.

1°) Tutte le relazioni e gli interventi hanno sostenuto con piena convinzione che certezza del diritto e imparzialità del giudice sono i fondamenti insostituibili della giustizia, perchè senza tali valori non si avrebbe né si può avere giustizia.

Ma, nello stesso tempo si è osservato che:

a) certezza e imparzialità non sono valori che si realizzano da soli e quasi automaticamente senza un costante impegno di lotta per il diritto (per ripetere il titolo di un'opera ancora attualissima dello JERING);

b) i loro significati e gli impegni rivolti alla loro concreta attuazione, pur rispondendo ad una perenne esigenza di civiltà del diritto, assumono connotazioni differenti nelle molteplici esperienze giuridiche e giudiziarie nelle quali si deve "fare giustizia".

Altro concetto ampiamente ricorrente, pur se valutato ed esaminato in maniera diversa secondo le posizioni ideologiche e politiche e le sensibilità culturali ed umane di ogni singolo oratore, è stato quello di "crisi": "crisi" dello Stato, della legislazione, della magistratura e di quant'altro è apparso in passato e spesso viene ancora acriticamente ritenuto come il fondamento insostituibile del diritto e della giustizia; di riscontro, anche se l'imparzialità del giudice, come valore in sé, non è stata da nessuno disattesa, sono risultati problematici nei vari interventi i suoi contenuti effettivi e i concreti criteri di attuazione.

2°) I temi e i problemi della "crisi" sono stati affrontati e svolti da molteplici e differenti prospettive, con preminente riferimento, da una parte, allo specifico del diritto e della giustizia e, dall'altra, più ampiamente, alla società e alle sue evoluzioni.

In una relazione che vorrei definire come una elevatissima *lectio magistralis* i temi più intricati e problematici del diritto e della giustizia (dai ruoli della legge e della giurisprudenza ai doveri etici e comportamentali dei magistrati) sono stati organicamente recuperati in una sorta di sinfonia che escludeva o emarginava ogni inopportuna dissonanza.

Ma, di contro, oltre alle critiche ideologicamente orientate (in particolare, su ciò che il magistrato deontologicamente deve o può fare o non fare), si sono posti in risalto molti

altri fattori, in certo senso obiettivi, di crisi e di anomala e disordinata evoluzione del sistema, che si possono metodologicamente meglio valutare e sintetizzare, risalendo, come hanno fatto gli illustri oratori che mi hanno preceduto, al sistema codicistico, alle sue strutture e ai suoi valori.

I codici del XIX e del XX secolo, oltre ad attuare quasi compiutamente il monopolio statale della legge, hanno prodotto un "corpus" legislativo, in sé (se non esaustivamente, sufficientemente) organico e coerente e tale comunemente ritenuto fino a diventare un modello sistemico di valori giuridici e culturali.

In tale contesto, la certezza del diritto è stata preminentemente affidata e si è quasi identificata con la legge e con la sua "esatta osservanza" e "uniforme interpretazione", garantita al livello supremo dalla funzione nomofilattica della Cassazione.

Dopo la promulgazione della Costituzione, di questa sono state avanzate alcune letture, in qualche modo alternative, che ne valorizzavano i significati di rottura e di discontinuità rispetto ai valori di legalità dei Codici.

Senza riesumare in questa sede polemiche e contrasti ormai superati, sembra pacifico che le più significative disposizioni costituzionali sulla giustizia - eguaglianza giuridica di tutti i cittadini; esclusiva soggezione dei giudici alla legge; ricorribilità in Cassazione di tutte le sentenze e i provvedimenti relativi alla libertà personale per violazione di legge; disposizioni sul giusto processo - hanno (non disatteso, ma) conferito tutela prioritaria (appunto costituzionale) alla sovranità e al primato della legge; di riflesso, anche le prerogative di autonomia e di indipendenza della magistratura, la funzione nomofilattica della Cassazione e, in una parola, tutto il funzionamento effettivo della giustizia debbono essere indirizzati a garantire il primato della legge.

Ciò non significa che la Costituzione e i suoi valori non abbiano né debbano incidere sul ruolo della giustizia - come la vecchia dogmatica dottrina e giudiziaria tentò di sostenere in passato -. Infatti, ormai il primato della legge vige nella sua dimensione di legittimità e di legittimazione costituzionale e la giustizia al pari di tutti gli altri poteri dello Stato deve operare, in sintonia con la fondamentale ispirazione umanistica della Costituzione, in funzione delle "persone umane" e dei loro diritti, che, di riscontro, mai possono essere strumentalizzati a quei poteri.

Significa soltanto che la Costituzione non legittima in alcun modo una giustizia alternativa rispetto al primato della legge.

Nelle relazioni e negli interventi del Convegno altri fattori di crisi sono stati considerati più consistenti e sono stati oggetto di più approfondite analisi.

Non è agevole esporli compiutamente, né sintetizzarli adeguatamente. Orientativamente l'attenzione si è centrata:

- a) sulla produzione legislativa attuale e sulla vigenza, oltre al "corpus" legislativo che forma il "diritto oggettivo nazionale" (del quale la Cassazione doveva garantire l'unità), di altre fonti normative extrastatali direttamente applicate in Italia;
- b) su altre componenti sociali e politiche di crisi che escludono l'illusione di potere riancorare i nostri problemi, anche quelli specifici della giustizia, a certezze e strutture precostituite.

3°) Come ormai si ripete in tutti i nostri dibattiti, la massima attenzione polemica si è centrata sulla moderna produzione legislativa, della quale si sono ancora una volta aspramente deprecati, anche da parte degli autorevoli parlamentari intervenuti, gli evidentissimi difetti di alluvionale inarrestabilità, di asintatticità logica e semantica, di disorganicità e intrinseca contraddittorietà e di quanto altro ancora si possa criticare.

Si è pure posto in risalto - con particolare riferimento, come si è poc'anzi accennato, alla funzione, attribuita alla Cassazione, di garantire "l'unità del diritto oggettivo nazionale" - che la magistratura si trova ad applicare, oltre alle leggi nazionali, quelle europee, transnazionali e sovranazionali. Personalmente ritengo, sintonizzandomi con tutti i precedenti interventi, che tali critiche siano fondatissime e forse si dovrebbero ulteriormente accentuare. L'alluvionale produzione legislativa si è negli ultimi anni accresciuta e sembra quasi che il nostro Parlamento non sappia resistere alla tentazione di rispondere con una nuova legge ad ogni evento che solleciti una qualsiasi fibrillazione mediatica, anche se epidermica, nell'opinione pubblica.

Appunto per tale tendenza, sarebbe auspicabile, come è stato saggiamente proposto da un illustre parlamentare, che le Camere si impegnino a garantire alle leggi da loro votate un periodo minimo di vigenza, senza potere essere, in tale periodo, abrogate o modificate da leggi difformi successive. Si deve pure aggiungere che la alluvionale produzione legislativa e i suoi evidentissimi vizi non producono soltanto gli effetti ampiamente lamentati sulla interpretazione giudiziaria e sulla funzione nomofilattica della Cassazione. Infatti, quando vigono diversi testi legislativi, ciascuno con un contenuto normativo contrastante con gli altri, per tale antinomia, il testo precedente si deve ritenere abrogato da quello successivo. In più, però le leggi attualmente vigenti spesso si intersecano e si aggrovigliano tra loro in modo da non permettere neppure un giudizio netto di antinomia; si determina pertanto una situazione di "plurinomia" di leggi tra loro contrastanti, ma tutte per certi versi e in determinate fattispecie contemporaneamente vigenti.

Anche la vigenza di normative extrastatali - europee, transnazionali e sovranazionali - oltre a dissolvere il significato nomofilattico del "diritto oggettivo nazionale", concorre a rendere più complessa e problematica l'ermeneutica giudiziaria. In più, oltre alle citate normative, acquista grande rilevanza, in una dimensione più inquietante di quanto attualmente si ritenga, il complesso dei moduli negoziali - emersi, secondo alcuni giuristi quasi spontaneamente, dalle nuove prassi commerciali (in realtà elaborati dai grandi studi legali nell'interesse delle "mega" multinazionali) che la nostra dottrina definisce come nuova "lex mercatoria" - i quali si applicano nello spazio virtuale della globalizzazione, al di fuori e spesso al di sopra degli Stati nazionali e della loro sovranità territoriale.

4°) Evidentemente, come ho già più volte ripetuto, i problemi della certezza del diritto rimandano e si dovrebbero risolvere nella funzione nomofilattica della Cassazione.

Con riferimento a questa, si è osservato che, all'interno della Corte, si sono, in certo senso illegittimamente, create due diverse strutture, quella delle Sezioni ordinarie e quella delle SS. UU.

Poiché nell'intervento in esame si è taciuto sugli abusi e sulle indebite strumentalizzazioni di tale anomalia, neppure io ne intendo parlare.

Si deve invece, riprendendo un linguaggio e un tono istituzionalmente corretti, osservare che, nell'attuale situazione di caotica plurinomia, le Sezioni ordinarie non riescono a garantire un sufficiente livello di uniformità della giurisprudenza. Pertanto, come sempre accade quando si vogliono risolvere certe situazioni senza valutarne criticamente le cause, si è creduto di rimediare alle difformità interpretative delle Sezioni singole rafforzando il ruolo delle SS. UU. Ma neppure queste riescono a raggiungere l'obiettivo di certezza auspicato, in parte per i citatissimi difetti della legislazione e per altre cause obiettive di crisi, ma in parte anche perchè non sempre i suoi componenti aggiungono alla elevatissima caratura dottrina una adeguata consapevolezza metodologica sui problemi e sulle prospettive effettive della nomofilachia nella situazione attuale.

Sempre seguendo la tendenza, per così dire acriticamente decisionista, si è propugnata una versione forte della nomofilachia, per cui, quando una determinata giurisprudenza (soprattutto delle SS.UU. come dispone una recedente riforma del c.p.c.) si è consolidata, il giudice successivo (di merito o della stessa Corte Suprema) si deve a questa rigorosamente attenere e se ne può discostare soltanto per ragioni gravi e serie che debbono essere specificamente motivate.

Anche se, almeno pragmatisticamente, si può apprezzare tale direttiva, resta discutibile che contrasti recisamente con quella dialogante che valorizza, con razionale sensibilità, le articolazioni pluralistiche della giurisprudenza di merito e i contributi critici della dottrina.

Anzi, quando si esaminano e si risolvono i problemi applicativi posti quotidianamente dalla ricorrente bulimia legislativa attraverso i metodi ermeneutici della dogmatica tradizionale, si rischia - come si deve purtroppo annotare esaminando le continue variazioni interpretative della Cassazione e delle SS.UU.- di aggravare le plurinomie del sistema legislativo con altre giurisprudenziali (e giurisprudenzialmente aggrovigliate).

5° ) Credo che uno dei meriti principali di questo Convegno - o meglio delle relazioni e degli interventi finora svolti - consista nell'aver evitato di confezionare per ogni problema la soluzione definitiva. Seguendo la direttiva - oggi molto apprezzata nei dibattiti di più alta caratura culturale - che contrappone al metodo della "deproblematizzazione" (invece di approfondire l'effettiva dimensione dei problemi, si confezionano sintesi apparentemente risolutive e consolatorie) quello della "riproblematizzazione" (invece di confezionare sintesi illusorie, si riapprofondisce metodologicamente e continuamente ogni argomento), in questo Convegno si è coerentemente seguito il metodo riproblematizzante.

Questo metodo è stato autorevolmente ribadito in sede di analisi politica (o politologica) e sociale, osservandosi che il nostro non è più tempo di certezze e di principi incontrastati, anche perchè (tra l'altro) il sistema pluralistico e pluripartitico delle moderne democrazie legittima istituzionalmente ( e quasi incentiva) il diritto di ogni partito o delle coalizioni di volta in volta vincenti a proporre ed approvare - sia pure nel rispetto delle norme



primarie costituzionali (fino alla loro revisione) e del metodo democratico – le proprie leggi anche in contrasto con le minoranze dissenzienti.

Ma ciò non significa, né deve significare una conclusione accentuatamente scettica di *generalizzato non liquet*.

Pertanto, sono state elaborate ed esposte alcune interessantissime proposte di soluzione, che si coordinano e ne razionalizzano altre già da tempo presenti nei dibattiti sul tema.

Spesso, almeno fino ad un recente passato, si è sostenuto che la giurisprudenza anglosassone, basandosi preminentemente sulle peculiarità del caso deciso, riusciva (quasi naturalmente, è stato scritto) a coordinare adeguatamente le esigenze della continuità interpretativa con quelle dell'adeguamento ai casi concreti.

Invece in Italia, si è aggiunto, le massime hanno la stessa struttura semantica e sintattica astratta (o astrattizzante) delle leggi; pertanto tra l'astrazione, nella massimazione, dalle specifiche peculiarità del caso concreto precedentemente risolto e la loro riconcretizzazione nei casi successivi ostacolerebbe il giusto coordinamento tra continuità e flessibilità dell'interpretazione.

Non ho conoscenze sufficienti per verificare se una così ottimistica rappresentazione della giurisprudenza anglosassone corrisponda al vero.

In quella U.S.A., gli indirizzi più critici si sono basati ampiamente su alcune correnti filosofiche e linguistiche europee le quali, per quel poco che io ho potuto capire, sostengono che ogni messaggio linguistico ha una ineliminabile componente di "alterità", perchè (appunto, inevitabilmente) viene recepito da ciascun destinatario con significati diversi da quelli dell'autore del messaggio.

Tutto questo arricchirebbe i significati del linguaggio; ma, in sede di interpretazione giudiziaria ha portato ad una soluzione di nihilismo (così espressamente denominato), per cui, al limite, non la legge ma la giurisprudenza sarebbe la vera fonte del diritto (anche la veneranda Costituzione americana sarebbe un "vascello vuoto" che riempie soltanto la Corte Suprema). Di riscontro, la E(conomic) A(nalisy of) L(aw) ha patrocinato che le controversie debbono essere risolte, valutando, l'attualità (al momento della sentenza) la effettiva consistenza economica del contrasto e scegliendo la soluzione per tutte le parti più conveniente (Vi risparmio la narrazione della vicenda dell'allevatore e dell'agricoltore, per la quale il suo Autore è stato insignito del premio Nobel per l'economia).

Sempre restando in fase di riproblematizzazione, ancora più interessante, almeno come provocazione, è la prospettiva che critica tutte le lamentazioni dei giuristi contro l'alluvionale produzione legislativa e la formulazione delle leggi. Queste anomalie - si è sostenuto - non derivano - o non derivano unicamente – dalla scarsa attitudine del nostro Parlamento alla legislazione essenziale e coerente; ma, per un verso, dalla necessità di regolare legislativamente fatti e rapporti sempre mutevoli e prima altrimenti regolati; per un altro, dalla struttura e dai destinatari dei nuovi linguaggi legislativi: questi non si esauriscono nei contenuti normativi, ma inviano messaggi di diverso significato (appunto, non specificamente normativo) a destinatari diversi da quelli interessati alla normazione.

Pertanto, la giurisprudenza, invece di rimpiangere le leggi codicistiche e di auspicare un impossibile ritorno al passato, dovrebbe liberarsi dal linguaggio legislativo - o almeno di quello non specificamente normativo - e quindi elaborare un proprio linguaggio e un

proprio sistema interpretativo capace di recuperare nell'applicazione la continuità organica che il "corpus" legislativo applicato, in sé, non riesce più a garantire.

6°) La problematicità (o la riproblematizzazione) degli argomenti esaminati si è pure riflessa nell'analisi di alcuni temi specifici, in particolare di quelli relativi al C.S.M. e al P.M.

Come hanno osservato anche gli eminenti componenti del C.S.M. (del passato o in carica) intervenuti, questo organo è stato creato preminentemente per garantire l'indipendenza effettiva e concreta di ogni singolo magistrato da ogni atto o iniziativa (da parte di altri poteri pubblici o reali, forti o deboli) che la potesse compromettere. Ma, nello stesso tempo, il Consiglio è chiamato a garantire che l'indipendenza non venga strumentalizzata dal singolo magistrato come un privilegio corporativo e castale, per finalità diverse da quelle per cui istituzionalmente gli è stata attribuita. Anche in questa duplicità di funzioni si saldano e si coordinano le prerogative di autonomia e di indipendenza della magistratura con il dovere di imparzialità del singolo magistrato.

Il tema dell'imparzialità è stato affrontato in modo, in certo senso, originale, sostenendosi, con appassionato convincimento, che il P.M., al pari del giudice, è istituzionalmente imparziale e pertanto deve operare imparzialmente nell'interesse della giustizia e "non soltanto per portare acqua al proprio mulino".

Si tratta di una posizione eticamente apprezzabile, sia pure con qualche precisazione linguistica e concettuale.

Durante il vasto dibattito sulla riforma del processo penale (e in particolare in quello relativo alla legge delega della quale io fui relatore al Senato dove venne scritta la stesura definitiva, poi approvata dalla Camera) si pose il problema del ruolo che il P.M. doveva assumere nel processo accusatorio e quindi sulla separazione delle funzioni e delle carriere. Ormai riprendere la definizione di "parte imparziale" gradita ai vecchi processualisti potrebbe apparire equivoco. Ma la rivendicazione dell'imparzialità, proprio da parte di un organo che certamente non opera in una posizione di terzietà (come il giudice decidente) significa che tutti noi - magistrati, avvocati, rappresentanti politici e docenti, ma soprattutto la gente comune che del diritto e della giustizia deve essere la principale fruitrice e destinataria - sappiamo che la via per raggiungere la certezza del diritto e l'imparzialità dei magistrati è ardua e difficoltosa e in più anche irta di problemi e incertezze: ma le difficoltà debbono accrescere il nostro comune impegno, come si è fatto in questo interessantissimo convegno per il quale ancora una volta mi congratulo con gli organizzatori, i relatori e tutti gli autori di altrettanto autorevoli interventi, nello stesso tempo scusandomi per l'inadeguatezza di questa relazione conclusiva.