GIUSTIZIA INSIEME

Costituzione e Carte dei diritti fondamentali

Indipendenza ed imparzialità del giudice

Piccole cose che so di loro

di **Giancarlo Montedoro**

2 dicembre 2024

Ringraziamenti a guisa di premessa: giudice partigiano e giudice asceta

Vorrei ringraziare il Centro internazionale magistrati Luigi Severini per avermi invitato a all'International Forum "High Culture of jurisdiction. Impartiality and quality of the judge".

Si tratta di un'importante occasione di incontro fra magistrati di diverse nazionalità non solo europee.

Son grato a Paolo Micheli Presidente del centro e Giuseppe Severini e per aver organizzato questo libero confronto e sono lieto di aver potuto aiutare la professoressa Piana nella preparazione del meeting.

Mi piace ricordare che il Centro è dedicato a Luigi Severini che fu giudice e partigiano, figura poliedrica, poi aderente al Partito d'azione e amico di Aldo Capitini un intellettuale quest'ultimo che solo l'odierno deficit di memoria storica non celebra come dovrebbe fra le massime personalità politiche del secolo scorso, credente, non violento, resistente alla maniera crociana, pacifista, libertario, animalista, vegetariano: un Ghandi italiano.

Giudice e partigiano non sono qualità in contrasto se non apparente.

Del giudice si predica l'imparzialità da più parti.

Certo così deve essere il suo lavoro ordinario.

Ma vi sono circostanze storiche nelle quali è il diritto ad essere sotto attacco.

Sono le circostanze storiche tragiche vissute nell'epoca dei totalitarismi, un'epoca nella quale le libertà sono state violate e nella quale la legge è divenuta instrumentum regni.

Allora anche il giudice che ama la libertà può essere chiamato a deporre la toga e fare la sua parte nel conflitto.

Normalmente e fortunamente non è così: la lotta jeringhiana per il diritto si svolge nelle sedi istituzionali.

Perché il diritto è sempre una lotta: ad esempio contro le leggi incostituzionali o i provvedimenti amministrativi illegittimi o – nel mercato – avverso le violazioni della fair competition.

Una perenne lotta – quella alla quale il giudice assiste – dei cittadini e delle imprese per trovare il loro spazio vitale.

Dello Stato per garantirci l'ordine e curare i pubblici interessi domando privati egoismi nella legalità sostanziale.

La giurisdizione è un luogo di calma ritualizzata – uno spazio protetto – che ha – normalmente – il conflitto per oggetto per mediarlo o risolverlo, assegnando ragioni e/o torti.

Quindi il giudice può divenire partigiano proprio e solo per difendere il suo essere giudice e deve sapere che ha il dovere di non esserlo (partigiano) quando la storia – per felici circostanze legate al contesto politico sociale ed istituzionale – gli consente di continuare ad essere giudice indipendente.

L'incontro poi si svolge all'Università per stranieri di Perugia luogo di confronto da sempre fra diverse culture.

Mi piace ricordare che il pluralismo è l'essenza della Costituzione e siamo qui in un luogo che lo celebra, favorendo dalla sua istituzione lo studio, l'educazione e l'apprendimento fra giovani di tutto il mondo.

La premessa del dialogo intessuto dal Centro è la significatività di ogni esperienza giudiziaria e l'intento è, nel mettere a confronto tali esperienze, suscitare una sorta di polifonia, di musica a più voci, che non teme il contrappunto ma se ne avvantaggia per superare l'ignoranza e limitare la fallibilità umana.

Piccole cose come introduzione

Alcune piccole cose che ho appreso – come lezione – negli anni – non pochi ormai – in cui mi è accaduto di fare il giudice.

Prima piccola cosa: la giustizia è fatta di differenti punti di vista.

Il film Rashomon di Akira Kurosawa la simbolizza a sufficienza.

Un boscaiolo, un monaco e un vagabondo si interrogano su una vicenda, l'assassinio di un samurai e lo stupro di sua moglie per mano del bandito Tajômaru, che li ha coinvolti come testimoni. Mentre si susseguono le dichiarazioni dei protagonisti davanti a un tribunale sulla loro versione dei fatti, la verità anziché emergere sembra vieppiù allontanarsi.

In un Giappone ancora dilaniato dai lasciti del dopoguerra, Kurosawa ritorna a un'altra epoca di morte e sofferenza, quel periodo Heian in cui di fronte alla porta del tempio di Rashô non scorrevano che sangue, violenza e frode.

Prendendo spunto dai racconti di Ryûnosuke Akutagawa, Kurosawa riflette sulla natura dell'uomo e sulla sua inclinazione alla menzogna, guidata da un esasperato spirito di autoconservazione. A contare non è mai il senso di verità o di giustizia, ma la salvaguardia del proprio tornaconto e di un miserrimo particulare, tale da portare – è il caso del personaggio del samurai – a mentire anche post mortem pur di difendere il proprio onore.

Ma se questo è già l'apologo originario di Akutagawa, risultato della messa in scena di tre versioni – tutte discordanti e tutte false – della stessa storia, Kurosawa vi aggiunge una nuova valenza, in cui la riflessione si estende a un'ulteriore menzogna, quella dell'immagine e del cinema come suo strumento principe. E le conclusioni di Kurosawa sull'illusorietà del cinema risultano anticipatrici della condizione della verità nell'epoca della civiltà dell'immagine e dei mass media. E anche della verità fornita dal processo dovremmo non scordarci mai che si tratta di verità umana (verità processuale convenzionalmente accettata).

Le versioni dell'assassinio non si limitano ad essere raccontate dai personaggi, infatti, ma sono offerte alla visione del pubblico come se si trattasse di realtà oggettiva e indiscutibile; ciò che si vede dovrebbe tradursi in ciò che è, anziché rivelarsi mutevole nei contenuti e nello stile, ma tutto alla fine risulta illusorio come nel sogno taoista della farfalla.

Il giudice dovrebbe avere consapevolezza della fallibilità della ragione umana e dovrebbe avere confidenza con la logica scientifica popperiana della falsificazione (evitando ogni forma di sacralizzazione della scienza).

Seconda piccola cosa: ogni discorso è situato.

Ciò significa che esistono delle premesse implicite, un complesso di pregiudizi e preferenze, un processo di precomprensioni, una pressione dell'inconscio e delle dinamiche culturali in ogni giudizio.

Enrico Scoditti ha – per questo motivo – kantianamente detto che il giudice dovrebbe essere indipendente innanzi tutto da se stesso.

Questa uscita da sé è un buon metodo, ma alla fine difficilmente attuabile se non impossibile, proponendo un modello di giudice asceta.

Non è facile uscire dalla propria passionalità e nemmeno dal linguaggio che ci forgia, rispetto al quale siamo come mosche in un bicchiere.

Un rimedio – modesto ma efficace – può essere l'onesta consapevolezza di questa realtà pre-razionale pre-logica al fine di domarla per quanto possibile.

Terza piccola cosa: la giustizia è lo sguardo del Terzo.

L'oggetto della giustizia è la lite, il conflitto: esso per essere risolto reclama lo sguardo del Terzo.

La terzietà è l'essenza della giustizia.

Astensione, ricusazione, incompatibilità, conflitti di interessi sono solo meri strumenti per assicurare lo sguardo del Terzo.

Esso – dal punto di vista teologico politico – tiene luogo dello sguardo di un dio o così potrebbe essere figurato da chi ha sempre – perennemente – nostalgia dell'Assoluto.

Judex Deus: un paradosso non desiderabile, per nulla accettabile, connotato da una dismisura (evitata dall'ingiunzione biblica "nolite iuridicare") da scongiurare lasciando la terzietà giocare con gli eventi, intendendola come forma di attraversamento del dolore e della vita da parte di un

uomo (fallibile) fra gli uomini (altrettanto fallibili).

La terzietà produce paradossi, vediamone quindi alcuni.

Il primo paradosso: è miglior giudice chi non vuole giudicare; il giudice riluttante

Camus ha detto: “non può negarsi, per il momento, che i giudici siano necessari, ma cionondimeno non riesco a comprendere come un uomo possa proporre se stesso per un compito così strabiliante”.

Vi sono alcuni precisi corollari di questa profonda affermazione di Camus:

> Il giudice che lo diviene per caso potrebbe essere meglio da quello che vuole fortemente diventarlo, maturando ambizioni di successo e carriera.
> Occorre mantenere e promuovere sempre l’umiltà del giudice come opposto della sua ubris.
> L’umanesimo è importante.
> Il modello del giudice asceta è forse impossibile, ma il modello del giudice riluttante nel giudicare (infine prudente) è alla portata di tutti, purché sia temperato da un forte senso del dovere.

Il secondo paradosso: v’è connessione inestricabile fra diritto e violenza; il diritto è anche ritualizzazione della violenza

Il giudice penitente. Il giudice strumento della violenza

Lo Stato weberianamente ha il monopolio della violenza.

Esercita violenza legittima, ma in un perenne “ritorno del rimosso” può veder di nuovo l violenza dominare la scena (è accaduto nelle esperienze totalitarie).

Basta pensare a Kafka ed al suo “Il processo”**[1]** o ancora a Camus ed al suo “La caduta”**[2]** Antoine Garapon ha studiato – nel saggio Del giudicare – l’Archeologia della scena giudiziaria (pp. 173-200): il rituale, il rapporto fra scena, teatro e processo che raffredda e legittima la violenza (specie nel processo penale).

Su tale analisi si è rilevato da parte di Daniela Bifulco, nell'introduzione del libro, che nel soffermarsi sulle origini religiose del giudizio nella civiltà occidentale, Garapon si mostra ben consapevole di tale raddoppiamento-spostamento rituale della violenza (analizzato soprattutto dagli studi di Girard sul capro espiatorio), che, continuando a funzionare nella sfera secolarizzata del politico, rischia di mettere tra parentesi il concetto razionale di responsabilità giuridica individuale – l'unico ad aver cacciato dai tribunali moderni la brutalità dell'ordalia e del giudizio di Dio, con il ritorno di una perenne sproporzione fra accusatore ed accusato.

In questo teatro il giudice – col suo corpo togato e seppure in maniera inconscia e/o velata dall'ascetica professionale – incarna, più che l'imparzialità del Terzo (cfr. pp. 83-86), l'assurda – kafkiana – superiorità della Legge rispetto all'accusato (cfr. p. 67), il suo spettacolare potere di condanna non sembra molto distante dalle "antiche trame ordaliche e dall'ambivalenza del sacro" (dalla Prefazione di D. Bifulco, p. XVII).

Siamo cioè di fronte al paradosso per cui la violenza processuale, che in quanto forza e autorità (cfr. in tedesco l'asse semantico Gewalt > Macht) pretende di fondare la democrazia e lo stato di diritto ovvero la trasparenza della responsabilità giuridica, può essere solo teatralmente – dunque tragicamente e mai del tutto sostanzialmente a meno che non si affronti il problema dei fini e dei valori (che pure a sua volta è contraddistinto dalla lotta) – distinta dall'altra violenza pre- o infra-giuridica, che, etichettata come 'crimine' minaccia la comunità: in fondo, si tratta della stessa violenza, che solo il rituale giudiziario, con le sue maschere e la sua differenziazione dei ruoli, permette di trasformare in qualcosa di lecito e giusto, dunque di democratico (ove la democrazia venga intesa come dominio della maggioranza e non come democrazia costituzionale sostanziale).

In questo quadro può ricordarsi anche che l'origine hobbesiana dello Stato si radica sulla violenza delle guerre religiose e che il diritto fiorisce nello spazio della loro sospensione come è ben noto a tutti gli studiosi dello ius publicum europaeum.

Il nesso hobbesiano conflitto – violenza – forza – diritto è costitutivo dell'esperienza giuridica e la dialettica fra queste componenti viene costantemente a riproporsi nella storia sia pure senza una direzione predeterminata da alcuna filosofia.

Agli albori dell'esperienza totalitaria del nazismo W. Benjamin scrive sulla critica della violenza.

Il testo propone il problema se in generale e in linea di principio sia morale la violenza in sé come mezzo per realizzare fini giusti.

Ivi si legge: "il potere conservatore del diritto è anche potere che minaccia.

E la sua minaccia non ha il senso dell'intimidazione, come l'interpretano teorici liberali mal istruiti. All'intimidazione in senso proprio appartiene una determinatezza che contraddice l'essenza della minaccia e che nessuna legge raggiunge, dato che si spera sempre di farla franca. La legge appare tanto più minacciosa quanto più assomiglia al destino, da cui ultimamente dipende se il delinquente incorre nei suoi rigori. Il senso più profondo della minaccia giuridica si dischiude solo nella successiva analisi della sfera del destino, da cui emerge. Un valido riferimento ad essa si trova nel campo delle pene. Tra le quali, da quando è stato messo in questione il valore del diritto positivo, la pena di morte è quella che ha più di ogni altra suscitato critiche... se il diritto origina dalla violenza – dalla violenza coronata dal destino – è lecito supporre che al livello massimo di potere, quella cioè sulla vita e sulla morte, là dove esso entra a far parte dell'ordinamento giuridico, le sue origini affiorino ben rappresentate e si manifestino paurosamente proprio nella realtà attuale".

Il diritto si può fare strumento della violenza nella storia, come nell'epoca del totalitarismo ed il giudice può essere cieco strumento della violenza.

Profetico– tenuto conto dell'atmosfera che si respirava all'epoca dell'avvento del nazismo – è quanto Benjamin scrive del puro potere della polizia anche in situazioni dove c'è la polizia senza il bilanciamento del giudice**[3]**.

Le conclusioni del saggio sono pessimistiche:

"il diritto appare in una luce morale tanto equivoca che sorge spontanea la domanda se, per regolare i conflitti di interesse tra uomini, non vi siano altri mezzi che violenti."

Il terzo paradosso: Costituzionalismo e dimensione del sacro. Le basi morali della Rule of Law

Si tratta del dilemma di Bökenförde:

> «Lo stato liberale secolarizzato si fonda su presupposti che esso stesso non è in grado di garantire. Questo è il grande rischio che si è assunto per amore della libertà. Da una parte, esso può esistere come stato liberale solo se la libertà che garantisce ai suoi cittadini è disciplinata dall'interno, vale a dire a partire dalla sostanza morale del singolo individuo e dall'omogeneità della società. D'altro canto, se lo Stato cerca di garantire da sé queste forze regolatrici interne attraverso i mezzi della coercizione giuridica e del comando autoritativo,

> esso rinuncia alla propria liberalità e ricade – su un piano secolarizzato – in quella stessa istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali»
>
> (*Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Francoforte sul Meno, Suhrkamp, 1976, p. 60).

La secolarizzazione ha due volti: uno virtuoso ossia la fine della legittimazione a divinis del potere (fenomeno visto da Lowith in chiave storicistica, da Blumenberg senza una consolazione ma confidando nella forza dell'illuminismo) ed uno insidioso ossia l'approdo nichilistico della società che perde ogni cifra di trascendenza (plurale non necessariamente monista) e di capacità di speranza (Schmitt, Bloch da prospettive diverse se non opposte come quella della reazione conservatrice e del messianismo marxista).

È quel che accade con la versione minima, debole, procedurale della Rule of Law.

Con il contesto della cooperazione europea e globale sul piano economico che consente all'economico di dominare il politico, nella produzione della lex mercatoria.

Tanto che attualmente potrebbe predicarsi del liberalismo quello che una volta di diceva del socialismo: occorre distinguere il liberalismo ideale (ad esempio quello di Croce che relegava l'economia ad uno stadio non elevato dello sviluppo dello spirito) e quello reale che invece ha sposato o spesso rischia di sposare una logica inversa nel rapporto economia – politica – cultura.

Questo spiega il declino del costituzionalismo, anche in UE **[4]**.

Sullo sfondo del ritorno di conflitti bellici (che speriamo cedano al più presto il posto a percorsi di pace) e di una generale svalutazione della vita umana (indotta da problemi demografici ed ambientali).

Un mondo senza alcuna dimensione sacrale del diritto (un mondo nichilistico in cui tutto è negoziabile) è esposto a crisi continue e resta spaesato e senza speranza.

Le divisioni tradizionali fra sfera pubblica sfera privata non funzionano più perché il loro presupposto era comunque un residuo sacrale del "politico".**[5]**

E ci chiede se il fondamento della costituzione debba continuare ad essere visto nel contratto (come nella tradizione hobbesiano – lockeano – rousseauiana) sempre rivedibile con operazioni estenuate di ingegneria costituzionale o nel senso morale dell'individuo ossia nella sua capacità di essere libero (messa a rischio dalla rivoluzione digitale) anche scegliendo tragicamente fra valori differenti**[6]**.

Ma sempre nel levinassiano senso dell'Altro come scaturigine dell'Ethos.

In che senso può operare il sacro?

Tema complesso ovviamente. Tocca il rapporto religione politica.

Al giurista è consentito volare più basso.

Il sacro opera come limite, come coscienza del limite.**[7]**

Tolstoj sovviene: “Se riesci a provare dolore sei vivo. Se riesci a sentire il dolore degli altri sei umano...”.

Può aggiungersi se senti la sofferenza della creazione come nelle encicliche che Papa Francesco ha dedicato al tema del rispetto della Natura, oggi oggetto della complessa attuazione costituzionale degli articoli 9 e 41 nuovo testo allora sei un uomo che si sente parte della creazione e sei un uomo felice.

Con le parole di Rilke, sentiamo di poter dire:

“Si cominciò a capire la natura quando non la si capì più”.

Il senso del limite, la immedesimazione nel dolore, restando terzi e ascoltando le voci degli altri: la professione del giudizio è tutta qui.

---

[1] Il protagonista del romanzo, Josef K., è impiegato come procuratore presso un istituto bancario. Una mattina, due uomini a lui sconosciuti si presentano presso la sua abitazione, dichiarandolo in arresto, senza tuttavia porlo in stato di detenzione. K. scopre così di essere imputato in un processo. Pensando ad un errore, decide di intervenire con tempestività per risolvere quello che ritiene essere uno spiacevole (ma temporaneo) malinteso.

Ben presto, K. si rende conto che il processo intentato nei suoi confronti è effettivamente in corso. K. tenta inizialmente di affrontare la macchina processuale con la logica e il pragmatismo che gli derivano dal suo lavoro presso la banca. Tuttavia, tempi e modalità di svolgimento del processo, né altri aspetti del suo funzionamento, non vengono mai pienamente rivelati all’imputato, neppure nel corso della sua deposizione presso il tribunale. A K. non verrà mai

comunicato il capo di imputazione che pende su di lui.

Dietro consiglio dello zio, K. affida a un avvocato il mandato di difenderlo. Pur rassicurando K. in merito all'impegno profuso per il suo caso, l'avvocato pare tuttavia procedere con la medesima opacità che è propria del tribunale, mettendo in atto iniziative la cui efficacia K. non è in grado di valutare appieno. K. decide infine di rimuovere il mandato all'avvocato, a dispetto del tentativo di dissuasione da parte dello stesso legale difensore. K. entrerà anche in contatto con un pittore, Titorelli, che sembrerà prodigarsi a suo vantaggio, anche in questo caso però senza effetti tangibili.

Questa rinuncia alla difesa prelude all'epilogo della vicenda. Josef K. viene infatti prelevato da due agenti del tribunale e condotto in una cava, dove viene giustiziato con una coltellata. K. muore in conseguenza di una condanna inflittagli da un tribunale che non lo ha mai informato in merito alla natura delle accuse a suo carico, e che non gli ha mai fornito alcun riferimento per attuare una vera difesa.

[2] Il protagonista della Caduta è Jean-Baptiste Clamence è un brillante avvocato parigino, una persona dedita al benessere degli altri che si prodiga in innumerevoli buone azioni che lo rendono un uomo stimato dalla maggior parte dei suoi conoscenti. Durante un lungo monologo (o dialogo, che egli intrattiene con un ascoltatore cui non cede mai la parola e che può essere identificato con il lettore stesso), Clamence si rende conto che la sua vita è in realtà incentrata su se stesso, sul proprio egocentrismo e sul senso di superiorità nei confronti di chiunque che lo pervade.

Inoltre, mentre in pubblico mostra una maschera di virtù, in privato è un uomo dedito alla ripetizione continua e frustrata dei più disparati piaceri, dall'alcol alle donne. Resosi così conto della fondamentale duplicità della sua esistenza e della sua persona, decide di abbandonare la professione e di trasferirsi ad Amsterdam, facendo del bar Mexico City il suo nuovo "studio".

In quel luogo, egli cerca di far confessare e redimere i suoi uditori, assumendo il ruolo di profeta, pur essendo ben consapevole di essere un falso profeta, portando così le persone a provare ogni sorta di colpevolezza. La sua nuova condotta, però, non è un caso esemplare di redenzione, ma appunto una caduta, poiché Clamence ha invero abbandonato la maschera di duplicità che si era reso conto di indossare: ciò non avviene rendendosi migliore, bensì abbandonando quella compassione di facciata che lo aveva contraddistinto in precedenza, annullando in questo modo quei valori che riescono a tenere insieme la società basata sulle apparenze additata dallo scrittore.

Il nocciolo della nuova filosofia di vita del protagonista al Mexico City è quello del giudice-penitente. Essa consiste nel confessare a chiunque le proprie colpe (vere o fittizie), in modo da costringere l'ascoltatore a pensare di aver commesso egli stesso le medesime colpe: in questo modo, accusando se stesso, riesce a rendere colpevole l'umanità intera; ecco quindi che, partendo dalla posizione di penitente, egli diventa giudice.

[3] La polizia interviene "per ragioni di sicurezza" in numerosi casi in cui non sussiste una situazione giuridica chiara, quando non accompagna il cittadino come brutale vessazione senza alcun rapporto con fini giuridici attraverso una vita regolata da ordinanze o addirittura non lo sorveglia.

Al contrario del diritto, che riconosce nella "decisione" spaziotemporale precisamente determinata *hic et nunc* una categoria metafisica, attraverso cui si espone alla critica, il trattamento dell'istituto poliziesco non incontra nulla di sostanziale. Il suo potere è informe come la sua presenza spettrale, inafferrabile e diffusa per ogni dove nella vita degli stati civilizzati.

Anche se nei dettagli la polizia sembra dappertutto uguale, non si può alla fine misconoscere che il suo spirito è meno devastante là dove rappresenta, come nella monarchia assoluta, il potere del sovrano, dove confluiscono pienamente il potere legislativo ed esecutivo, rispetto alle democrazie, dove la sua presenza, non sostenuta da un simile rapporto, testimonia la massima

degenerazione pensabile del potere.

[4] An increasing number of scholars have begun to express heightened concerns about the decline of constitutionalism in the context of the euro crisis management. For example, Agustín Menéndez has documented the breadth of the European Union's 'constitutional mutation', warning that 'the breakdown of constitutional law will result in the mid- or long-run in the breakdown of the Social and Democratic Rechtsstaat'. Gunnar Beck cautions that the recent euro crisis adjudication in the European and national courts has allowed a bending of the rules to suit the executive to the extent that 'the Rechtsstaat is effectively suspended'.

The prevailing theories in Italy, as summarised by Andrea Simoncini, are that the euro crisis measures have accelerated a 'decline of European constitutionalism', with constitutions 'destined to be obsolete' in 'the present age [that is] no longer the age of constitutions'.

A small but growing number of scholars have even expressed concern about the EU having taken an authoritarian turn in the euro crisis governance. Christian Joerges and Maria Weimer have cautioned against the entrenchment of 'authoritarian executive managerialism'11 that 'threatens to discredit the idea of the rule of law and its intrinsic linkages to democratic rule'.

Alexander Somek finds that in the EU's euro crisis management, 'formal legal constraints are bent in order to accommodate necessities'; he is concerned that this has led to 'authoritarian liberalism' and 'loss of political agency', with the executive branch gaining power, as the constraints on governance are economic.

Michael Wilkinson, also describing the EU crisis governance as 'authoritarian liberalism', has observed a process of 'de-democratisation', 'de-legalisation' and the overriding of Europe's constitutional law with market teleology.

Altri riferimenti in Albi, Anneli; Bardutzky, Samo. National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law: National Reports (English Edition) (pp.33-34). T.M.C. Asser Press. Edizione del Kindle.

[5] Cfr. G. Preterossi, Teologia politica e diritto, Bari Roma 2022.

[6] In tal senso vi sono illuminanti spunti nella lezione di Capograssi ripresa giustamente da V, Caputi Iambrenghi in Libertà e Autorità volumi I e II Napoli, 2021.

[7] È quanto mostra Garimberti ne L'etica del viandante, Milano, 2023 che sposa un politeisimo neopagano che per il giurista rispettoso della Carta fondamentale diviene pluralismo non nichilistico dei valori.