

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

di *Giovanni Maria Flick*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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