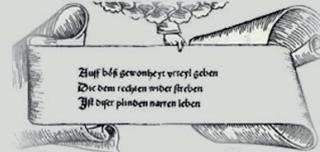




Jurisdiction



Storia e prospettive della Giustizia

N. 1-2020 - SAGGI 3

ISSN 2724-2161

Francesco Mastroberti

GLI SCABINI BENDATI.
SPUNTI STORICI
SULLA DEONTOLOGIA DEL GIUDICE

THE BLINDED ALDERMEN.
HISTORICAL CAUSES OF REFLECTION
ABOUT DEONTOLOGY OF JUDGE

Editoriale Scientifica

Francesco Mastroberti

GLI SCABINI BENDATI.
SPUNTI STORICI
SULLA DEONTOLOGIA DEL GIUDICE

THE BLINDED ALDERMEN.
HISTORICAL CAUSES OF REFLECTION
ABOUT DEONTOLOGY OF JUDGE

Ogni epoca ha avuto il suo giudice: il giudice santo e forte nel medioevo, il giudice prudente nell'età moderna e il giudice "bouche de la lois" nell'età delle codificazioni. Oggi prevale ancora quest'ultima impostazione che non conosce altra deontologia che quella stabilita dalla legge o racchiusa in "codici" approvati dagli stessi magistrati. Il saggio indaga sulle antiche regole deontologiche connesse ai modelli di giudice delle diverse epoche e propone una loro riconsiderazione nell'attualità.

Parole chiave: Giudice, deontologia, storia giuridica

Every age had its own kind of judge: firstly the medieval saint and strong judge, then the modern oge prudent judge and finally the age of codification "bouche de la lois" judge. Nowadays it is the latter ideal image of the judge which still prevails – an image that does not know any other different deontology from the one established by the law or contained in "codes" approved by the judges themselves. This essay is intended to examine the judge's ancient deontological rules accordingly to the analysed era and to propose a reconsideration of them during the current age.

Keywords: Judge, deontology, history of law

1. *Alla ricerca di una deontologia per i magistrati*

L'immagine scelta per rappresentare la rivista *Iurisdictio* è ricca di significati, tutti da esplicitare e discutere in un dibattito tra la comunità scientifica e il mondo giudiziario. Gli *scabini bendati* (*Il tribunale dei cattivi giudici*, 1507, illustrazione del *Bambergische halzgerichts ordnung*) evocano infatti un'idea ampiamente condivisa della giustizia che

deve essere imparziale al punto tale che la società possa ammettere e accettare inevitabili inciampi dovuti all'assenza di uno dei sensi più importanti dell'essere umano, la vista. Sulla evoluzione della iconografia della giustizia tra medioevo ed età moderna è illuminante il saggio di Mario Sbriccoli che si sofferma sull'apparizione di un simbolo nuovo, la benda, «che nelle rappresentazioni di *Domina Iustitia* si somma alla bilancia e alla spada [...] delle raffigurazioni tramandate»¹. L'Autore individua tre passaggi di questo percorso: il primo nel 1494 con la pubblicazione da parte di Sebastian Brandt del *Narrenschiff* nel quale compare una illustrazione della *Stiltifera Navis* con un folle che copre con una benda gli occhi della giustizia, il secondo con la illustrazione che viene messa in fronte al primo testo ufficiale della *Constitutio criminalis Bambergensis*, pubblicata nel 1507, che rappresenta sei scabini bendati e con il cappello a sonagli del folle mentre amministrano la giustizia e il terzo con l'affermazione della benda come *attributo della Giustizia*. L'immagine della giustizia bendata, come spiega Sbriccoli, avrà sempre maggiore fortuna e si caricherà di molti significati soprattutto in età contemporanea². Una delle sfaccettature interpretative della bendatura richiama il comportamento del magistrato e dunque il suo dover essere, la sua deontologia, e proprio su questo tema che il presente contributo cercherà di fornire qualche spunto storico nella prospettiva di intavolare un dialogo con magistrati e avvocati.

La deontologia attiene al “dover essere”, alla kantiana legge morale che ogni uomo ha dentro di sé e non deve essere confusa con gli obblighi giuridici: si tratta di un dover essere etico legato allo svolgimento di una professione. Le leggi creano obblighi e stabiliscono sanzioni giuridiche in caso di inadempimento; le norme deontologiche individuano doveri che, disattesi, dovrebbero comportare il discredito su chi non vi si adegua con conseguenti ricadute negative sull'esercizio della professione. Alcuni ordini professionali sono giunti alla “codificazione” di comportamenti di eticamente corretti il cui mancato rispetto determina sanzioni nell'ambito dell'ordinamento professionale (medici, farmacisti, psicologi, avvocati etc.): sono libere professioni intellettuali che incidono sulla vita delle persone in condizioni di difficoltà o debo-

¹ M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal Medioevo all'età moderna*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, T. I, Milano 2009, p. 155-156.

² Ivi, pp. 155.208.

lezza³. Per la delicatezza dei problemi e per la peculiarità del rapporto che si instaura tra le parti non basta da parte del professionista il rispetto letterale della legge ma è necessario un comportamento ispirato a dei valori accettati e condivisi come *fedeltà, probità, misura, riservatezza, solidarietà, contegno, buona fede, rispetto, diligenza, educazione* e così via⁴. Nelle professioni un comportamento eticamente corretto è richiesto sia in linea verticale (verso i clienti), sia in linea orizzontale (verso i colleghi) sia in senso circolare (verso qualunque controinteressato, verso le istituzioni e altri professionisti).

I comportamenti eticamente corretti sono sempre rientrati nel patrimonio di conoscenze, di esperienza e di mestiere che i maestri hanno trasmesso secondo modalità prevalentemente orali agli apprendisti nel processo formativo: si è resa necessaria l'elaborazione di codici deontologici, con la previsione di sanzioni disciplinari, a causa della scomparsa di un sistema corporativo che garantiva modalità interne di formazione e norme di condotta che in epoca antica avevano un carattere consuetudinario o trovavano spazio in *statuti* o *costituzioni*. Per la figura del giudice non è semplice oggi e forse non lo è mai stato poiché l'idea di giudice si lega a quella di potere più che a quella di servizio: e quanto è maggiore il potere tanto minore è la tensione endogena verso la definizione di canoni deontologici. Tuttavia, in Occidente, fino alla fine dell'Antico Regime, quello del giudice – e qui si intende l'organo giudicante non anche il pubblico ministero – era un mestiere e la sua posizione non era troppo diversa da quella dell'avvocato: l'avvocatura era in genere il viatico per la magistratura e avvocati e magistrati appartenevano ad un unico ceto, i forensi. Nelle diverse epoche si sono affermati, come vedremo, differenti modelli di giudice. Ma la trasfor-

³ Su questi aspetti cfr. G. ALPA, *Deontologia forense*, in «Rivista di Diritto Civile», 2013, fasc. 2, pp. 436-450; L. FERRAJOLI, *Deontologia giudiziaria*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2013, fasc. 13, p. 16. Interessante è anche la definizione “endogena” da parte degli avvocati durante l'Ottocento di regole deontologiche che si riscontrano in alcune pubblicazioni come il *Galateo degli avvocati* di Vincenzio Moreno (Napoli 1843): cfr. edizione a cura di F. Mastroberti, Taranto 2007 (in particolare l'introduzione, *Storia e costumi dell'avvocatura napoletana nel Galateo di Vincenzio Moreno*, pp. XI-XLIX)

⁴ Su questi aspetti cfr. G. NATOLI, *Giustizia e deontologia. Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo*, in «Giustizia insieme», 2010, fasc. 1, pp. 27-34 dove a proposito del codice etico della magistratura si fa riferimento al principio definito *Propriety*, ossia il rispetto da parte del giudice di quanto viene reputato conveniente e appropriato nell'ambiente sociale in cui opera.

mazione più importante, la cesura più netta con il passato, si è verificata con la Rivoluzione Francese, allorché il giudicare ha smesso di essere un mestiere per diventare espressione di un potere autonomo ed indipendente e, in un contesto di *assolutismo giuridico*⁵, il giudice *automa* (nel senso della *bouche qui prononce les paroles de la loi*) ha separato nettamente i suoi destini e la sua posizione da quella dell'avvocato. Da ciò sono derivate gran parte delle difficoltà riscontrate nella individuazione, definizione e accettazione regole deontologiche anche perché il quadro etico del giudice *automa*, parte di un potere autonomo ed indipendente, tende ad esaurirsi nel rispetto della legge⁶.

Tali difficoltà appaiono evidenti nel processo che ha portato alla definizione dei "codici etici" della magistratura ordinaria e nei risultati riscontrabili in essi. Va subito detto che tale processo, accompagnato da un certo interesse da parte della dottrina⁷, non è stato avviato in modo autonomo dalla magistratura, ha generato divisioni tra le diverse sue componenti rappresentative e alla fine ha prodotto nel 2010 un testo finale in verità molto blando. L'art. 58 bis del D. Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, come modificato dall'art. 26 del D. Lgs. 23 dicembre 1993

⁵ Espressione utilizzata da P. GROSSI (*Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998) per definire gli ordinamenti giuridici successivi alla Rivoluzione Francese nei quali la legge diventa l'unica ed esclusiva fonte del diritto.

⁶ Il quadro è ben descritto da G. SCARSELLI in *Il giudice, tra principi deontologici e regole comportamentali* (Foro Italiano, 2010, p. V. pp. 274) secondo il quale il campo d'indagine non è semplice «perché se disamina le molte regole contenute nei codici, nelle leggi e nella deontologia giudiziaria, compresi gli orientamenti giurisprudenziali che su ciò si sono sviluppati, rischia di essere infinita, e quindi improponibile, mentre se si limita alla descrizione dei principi generali rischia di essere banale, poiché dovrebbe solo ribadire cose ovvie, ovvero che il giudice, così come recita anche l'art. d. leg. N. 109 del 2006, deve agire nel rispetto della legge e con "imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità delle persona». Da queste parole appare evidente la difficoltà ad individuare un campo di regole etiche per la magistratura al di fuori di norme giuridiche e orientamenti giurisprudenziali.

⁷ F. IPPOLITO, *Leggi e istituzioni. Per un rinnovato codice etico dei magistrati*, in «Questione Giustizia», 2003, fasc. 6, pp. 1149-1168; B. GIANGIACOMO, G. SANTALUCIA, *Formazione, status e deontologia dei magistrati*, in «Questione giustizia», 2005, fasc. 2, pp. 389-400; G. GILARDI, *Osservatori sulla giustizia civile e deontologia comune di magistrati e avvocati*, in «Questione giustizia», 2008, fasc. 5, pp. 39-46; NATOLI, *op. cit.*; D. BIFULCO, *Giustizia e deontologia. Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo* in «Giustizia insieme», 2010, fasc. 1, pp. 34-42; D. POTETTI, *La figura normativa del magistrato scorretto*, in «Giurisprudenza di Merito», 2011, fasc. 4, pp. 892-918; G. CANZIO, *La legittimazione dei giudici e l'etica della giurisdizione*, in «Iustitia», 2012, fasc. 1, pp. 57-59.

n. 546, prescriveva la definizione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della Funzione Pubblica), previo parere delle associazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, di un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Il comma 4 del decreto disponeva che «per ciascuna magistratura e per l'avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria, adottano entro il termine di centoventi giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, un codice etico che viene sottoposto all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. Decorso inutilmente detto termine il codice è adottato dall'organo di autogoverno». Per evitare l'intervento del C.S.M., l'A.N.M., organo rappresentativo di tutta la magistratura, ha elaborato, con l'ausilio di una commissione di specialisti, una bozza di testo, diffusa a tutti i magistrati e poi sottoposta all'approvazione del CDC il 7 maggio del 1994⁸. La *premessa* del testo denota un certo distacco nei confronti di un percorso, indotto dall'esterno e, forse, ritenuto non necessario alla luce del principio costituzionale secondo il quale “il magistrato è sottoposto solo alla legge” (art. 92 Cost.):

L'A.N.M., pur ritenendo di dubbia costituzionalità tale norma sotto il profilo dell'eccesso di delega sia sotto quello della violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario, ha ritenuto di darvi attuazione considerando comunque opportuna l'individuazione delle regole etiche cui, secondo il comune sentire dei magistrati, deve ispirarsi il loro comportamento. Si tratta peraltro di indicazioni di principio prive di efficacia giuridica, che si collocano su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica di illeciti disciplinari⁹.

La sfera deontologica viene giustamente delimitata in uno spazio non giuridico ma proprio per questo risulta discutibile che l'individuazione dei “comportamenti” etici sia demandata esclusivamente al «comune sentire dei magistrati»; come a dire che solo i magistrati sono legittimati ad intervenire sulla materia e quasi a fare di questo assioma uno scudo nei confronti di una società - l'imprenditoria, il commercio,

⁸ Associazione Nazionale Magistrati, *A proposito del “codice etico” dei magistrati elaborato dall'Associazione Nazionale Magistrati*, delibera del 12 luglio 1994 (dove è ricostruita la vicenda dell'approvazione). Cfr. <https://www.csm.it/documents/21768/87321/Delibera+del+12+luglio+1994/3e533052-6a32-4b92-b5d0-4cfa5a71c30c>.

⁹ Associazione Nazionale Magistrati, *Codice etico*, 7 maggio 1994, *Premessa*.

la politica e anche l'accademia – percepita, forse, come ostile e nemica. Erano sicuramente difficili per la magistratura, gli inizi degli anni Novanta: dopo lo scoppio di tangentopoli e le stragi di mafia in Italia essa rappresentava un punto di riferimento morale e sembrava investita della missione di rigenerare il Paese contro la cattiva politica, la cattiva economia e la criminalità organizzata. Si sentiva appoggiata dalla popolazione ma anche fortemente attaccata dalla politica e da una parte della società civile. È possibile che l'imposizione legislativa di un *codice etico* nel momento in cui si combatteva una sorta di guerra sia stata percepita come inopportuna e, sotto certi aspetti, importuna e pericolosa per chi era in “trincea” e stava conducendo una battaglia con i suoi eroi e con i suoi morti. Ne è venuto fuori nel 1994 un testo di 14 articoli, riferito ai magistrati ordinari (perché quelli amministrativi, rientravano nelle “altre magistrature”) oggettivamente non molto preciso ed incisivo che invitava ad adottare comportamenti, per lo più generici, ispirati ai principi di *imparzialità, correttezza, indipendenza* e che in modo assai blando trattava il problema dei rapporti dei magistrati con i mezzi di comunicazione¹⁰. Si potrebbe dire che gli articoli manifestavano un evidente difetto di tassatività, cosa che ne depotenziava il significato. Era pertanto opportuna una seria riflessione sul tema che solo parzialmente si ebbe poiché il nuovo testo approvato dall'A.N.M. il 13 novembre 2010, dopo alcuni mesi di lavoro della commissione, poco si discostava in forme e contenuti dal codice del 1994. È stata forse un'occasione persa anche perché intorno alla questione si aprì un interessante dibattito che coinvolse giuristi e politici. Quattro giorni dopo il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei del Consiglio d'Europa approvava la *Magna Carta dei Giudici* (Strasburgo, 17 novembre 2010, 23 articoli)¹¹ che, volta precipuamente a preservare e garantire l'indipendenza e la imparzialità del giudice, all'art. 18 consacra l'impostazione seguita dai giudici italiani: «l'azione dei giudici deve essere guidata da principi di deontologia, distinti dalle norme disciplinari. Tali principi debbono emanare, quanto a redazione, dagli stessi giudici e devono costituire oggetto della loro formazione». Sì

¹⁰ Cfr. G. CONTI, *Il codice etico dei magistrati. Un passo avanti o un'occasione perduta*, in «Criminalia», 2010, pp. 531-538.

¹¹ Cfr. R. SABATO, *I recenti strumenti del Consiglio d'Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici. Il codice etico dell'Associazione nazionale magistrati. Premessa*, in «Foro Italiano», 2011, fasc. 4, pp. 116-119; G. CANZIO, *La legittimazione dei giudici e l'etica della giurisdizione*, in «Iustitia», 2012, fasc. 1, pp. 57-59.

dunque ai codici deontologici purché provenissero dalla stessa magistratura: c'è però da registrare una differenza non irrilevante rispetto al documento dell'A.N.M. del 1994 perché la *Magna Carta* affermava che i codici deontologici dovevano provenire dai giudici *quanto a redazione*, mentre il codice del 1994 faceva riferimento al *comune sentire dei magistrati*. La *Magna Carta* – che seguiva i *Principi di Bangalore* sulla condotta dei giudici del 2002 – mostrava perciò una maggiore apertura verso la società civile che doveva almeno cooperare con i magistrati per individuare quali fossero i comportamenti etici (al di là delle leggi) dei magistrati. Del resto è stato sempre così: è la società ha sempre costruito il “vestito” del giudice creando modelli ideali che contribuivano a costruire norme comportamentali di tipo etico.

Da un punto di vista storico ogni epoca ha avuto un suo modello di giudice corrispondente al complesso di valori in cui essa si riconosceva. Guardando all'Europa continentale tra basso medioevo ed età contemporanea si può dire che si sono succeduti tre modelli di giudice: *il giudice santo e forte* del medioevo (il quale conosce la verità e agisce senza incertezze, ad immagine di Cristo) *il giudice prudente* dell'età moderna (che non conosce la verità, che dubita e tiene conto dell'esperienza) e *il giudice automa* dell'età contemporanea (che conosce ed applica solo la legge).

Si proverà dunque a dare qualche cenno sulle regole etiche connesse a questi modelli, le quali soprattutto i giuristi seppero individuare nelle loro opere, traendole dai *mores* attraverso l'*ars interpretandi*. Lo sguardo tuttavia sarà sempre rivolto al presente nel tentativo di verificare se il modello del *giudice automa* al quale sembrano ispirati i recenti tentativi di individuare un codice etico per i magistrati sia ancora valido o se piuttosto, nell'epoca attuale, non sia il caso di adottare un modello nuovo o anche vecchio: è chiaro infatti che il modello del *giudice automa*, che richiama la *bouche qui prononce les paroles de la lois* di Montesquieu appare, e non da ora, fortemente in crisi se si considera la rilevanza, anche sul piano della creazione del diritto, che ha acquisito la giurisprudenza negli ordinamenti di *civil law*. In astratto il *giudice automa* – che, se pure è esistito nell'Ottocento, ora appare assolutamente artificiale – non ha bisogno di regole deontologiche al di fuori del suo tutto che è la legge¹².

¹² Sull'autoreferenzialità dei giudici italiani cfr. O. ABBAMONTE, *Indipendenza della Magistratura e separazione dei poteri. La tormentata vicenda di una endiadi*, in AA. VV., *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della magistratura italiana* Torino

2. Il giudice santo e forte del medioevo

Nel medioevo l'individuazione dell'etica del giudice non era demandata agli stessi giudici: essi dovevano avere sul tavolo le sacre scritture¹³ che costituivano la guida del suo operato. Il *Tractatus de sententia* di Sigismondo Scaccia, che riprende la tradizione medievale, sintetizza efficacemente la posizione della tradizione in ordine alle qualità del giudice:

Multi scribimus ad investigandum qualis esse debeat iudex, tam inspecto jure divino, quod requirit nomine perfectos, quam inspecto jure humano, quod datur populo, in quo multi deficient à justitia: nunc quasi sub brevissimo compendio recenseo iudicis qualitates, & justitiae picturam, quas ex *Gell. Noct. Att. Lib. 14, c. 4. Refert Rain. Cors de in ag. Jur. Lib. 2, c. 14. N. 1, fol. 284, tom. 1.* inquit, si oportet, iudicem esse gravem, sanctum, severum, incorruptum, inadulabilem, contraque improbos nocentesque immisericordem, atque inexorabilem, erectumque, & arduum, ac potentem vi, & majestate; aequitatis, veritatisque terrificum: unde pictores, rethoresque antiquiores justitiam depinxerunt ad hunc ferme modum, forma, atque filo virginali, aspectu vehementi, & formidabili, luminibus oculorum acribus neque humilis, neque atrocis, sed reverendae cujusdam tristitiae dignitate¹⁴.

Il giudice doveva essere grave, santo, severo incorruttibile, tetragono ad ogni adulazione, implacabile contro i colpevoli, eretto, duro per forza e maestà: «da ciò i pittori e i retori più antichi lo dipinsero in questo modo e forma, con veste verginale, di aspetto austero e tale da

2015, p. 18: «A costringere i nostri giudici ad un'autoreferenzialità in accezione forte, concorrono molti aspetti, anche istituzionali – oltre che culturali – dei quali tutti non può certo darsi qui compiuto conto. Sicuramente un ruolo non di poco momento hanno le modalità di selezione e carriera. La nostra è una magistratura a struttura burocratica, vale a dire una magistratura selezionata per concorsi fondati sulla competenza tecnica, i cui componenti avanzano nella carriera, o dovrebbero avanzarvi, per ragioni di adeguata attrezzatura tecnica (valutata però secondo i criteri di adeguatezza tecnica propri d'una burocrazia».

¹³ Cfr. Il punto di riferimento è una costituzione di Giustiniano (*Cod. 3.1.14.*) che viene ripresa e commentata dai giuristi medievali. C. NATALINI, «*Bonus Iudex*». *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Napoli 2016, pp. 25-29.

¹⁴ S. SCACCIA, *Tractatus de sententia et de re iudicata*, L. III, *De Judiciis*, Coloniae Metternich 1738, Glos. IV, *Judex & C.*, *Quaestio II*, n. 60, p. 77.

incutere paura, con occhi acuti non umili né feroci ma che esprimono la dignità di quella giustizia sempre da rispettare»¹⁵. Ovviamente tutte queste qualità potevano riscontrarsi solo negli uomini e non nelle donne che erano escluse dalle funzioni giudiziarie, anche quelle arbitrali¹⁶. Insomma il giudice, oltre ad essere santo, doveva avere un aspetto e un contegno da fare paura. La giustizia doveva essere spaventevole di modo che i colpevoli, davanti alla sua potenza, confessassero le colpe e ricevessero il giusto castigo. La descrizione del giudice Minosse nella *Commedia*, è significativa:

Stavvi Minòs orribilmente, e ringhia:
 esamina le colpe ne l'intrata;
 giudica e manda secondo ch'avvinghia.
 Dico che quando l'anima mal nata
 Li vien dinanzi, tutta si confessa:
 e quel conoscitor de le peccata
 vede qual loco d'inferno è da essa;
 cignesi con la coda tante volte
 quantunque gradi vuol che sia giù messa.
 Sempre dinanzi a lui ne stanno molte:
 vanno a vicenda ciascuna al giudizio,
 dicono e odono e poi son giù volte¹⁷

Per rappresentare l'ideale di giudice si ricorreva a personaggi del mondo antico che però venivano posti al servizio del Dio cristiano, come Minosse e Salomone: nel *Liber Belial* di Jacopo da Teramo del 1382 (le cui edizioni a stampa ebbero una grande diffusione in Europa fino al Concilio di Trento) quest'ultimo veniva scelto da Dio come giudice di un processo immaginario intentato da Satana contro Gesù Cristo¹⁸. Erano figure senza tempo, mitologiche, in grado di rappresen-

¹⁵ Dal brano di Scaccia riportato nel testo, trad. a cura dell'Autore.

¹⁶ Su questi aspetti cfr. G. MINNUCCI, *La donna giudice, Innocenzo III e il sistema del diritto comune*, in «Vergentis», 4 (2017), pp. 77-106 e F. MASTROBERTI, *Sul caso della tranese Giustina Rocca e sulla donna arbiter nella dottrina giuridica tra medioevo ed età moderna*, in Aa.Vv., *La donna nel diritto, nella politica e nelle istituzioni* a cura di R. Pagano e F. Mastroberti, pp. 105-119.

¹⁷ D. ALIGHIERI, *Commedia, Inf.*, V, 4-15.

¹⁸ Sul *Liber Belial* F. MASTROBERTI, S. VINCI, M. PEPE, *Il liber Belial e il processo romano-canonico in Europa tra XV e XVI secolo con l'edizione in volgare italiano (Venezia 1544) trascritta e annotata*, Bari Cacucci 2012.

tare il modello di giudice perfetto cui dovevano ispirarsi i giudici in carne ed ossa: l'etica del giudice nel mondo medievale si ricavava da quei modelli, scolpiti dalla Chiesa e perfezionati dai giuristi sulla base dell'apparato valoriale della società medievale corrispondente con una visione profondamente religiosa dell'esistenza. Un passaggio importante in questo contesto fu la canonizzazione di Yves Hélor de Kermartin¹⁹, proclamata da papa Clemente VII il 19 maggio 1347: è il primo santo del medioevo che appartiene al clero secolare ed è il primo santo che si guadagnò l'onore degli altari anche attraverso l'esercizio di funzioni pubbliche, quelle di giudice, e di una professione privata, quella di avvocato. E di giudici e avvocati Yves fu fatto patrono. Le agiografie di Sant'Ivone – pubblicate dalle congregazioni che in nome del Santo difendevano gratuitamente i poveri – costituirono prototipi di codici deontologici. Interessante, sotto questo aspetto è la pubblicazione, sotto il patrocinio di Sant'Ivone, dello *Specchio de' giudici e degli avvocati di Niccolò Gambardella e per essere rimasta imperfetta l'opera, si è conclusa dall'avvocato D. Giuseppe Sorge attuale governadore della Pia Congregazione di S. Ivone con due particolari dissertazioni, una delle prerogative che conducono alla probità e santità degli avvocati, l'altra delle prerogative che conducono alla probità e santità de' giudici* (Napoli 1750). Essa esaltava le figure più nobili tra i giudici avvocati, fin dalle epoche più remote, mettendone in rilievo gli esemplari comportamenti in modo da fornire ai giovani avvocati e ai giudici modelli cui ispirarsi. Questo modo di procedere per esempi di santità e virtù è una eredità che dal Medioevo si trascina fino all'età moderna e si inquadra nel concetto che il giudice deve tendere verso la santità attraverso la pratica delle tre virtù teologali (Fede, Speranza e Carità) e delle quattro virtù cardinali (Prudenza, Giustizia, Fortezza e Temperanza).

3. Il giudice prudente, senza benda, dell'età moderna

Nell'epoca moderna, in corrispondenza con i suoi grandi mutamenti e con la crisi delle coscienze di fronte al crollo delle certezze del medioevo, si afferma un nuovo modello di giudice, non più legato alla

¹⁹ Su Yves de Kermartin e la diffusione delle confraternite di Sant'Ivone in Europa e soprattutto nel Regno di Napoli cfr. F. MASTROBERTI, *Sodalitio advocatorum. La congregazione di Sant'Ivone e la difesa dei poveri. Le origini francesi e la sua attività a Napoli* (1607-1860), Bologna Il Mulino 2016.

santità e alla forza rappresentate da una figura mitologica o assurta agli onori degli altari ma ad una particolare virtù, la *prudenza*. Essa nella filosofia platonica era detta *saggezza* ed era propria dell'anima razionale e *prudentes* erano i giureconsulti romani. Se l'attività di giudicare è espressione di un processo gnoseologico (che porta alla conoscenza della verità) il giudice, come l'uomo nuovo di Cartesio, deve dubitare di tutto e procedere con cautela verso la verità tenendo conto di ogni circostanza e anche delle conseguenze delle sue decisioni. Il nuovo giudice intorno al quale il mondo moderno costruisce una dimensione etica non è più rappresentato da Minosse o da Salomone o da qualche Santo ma da una delle virtù che riesce ad avvicinarlo ai giuristi *prudentes* romani. Nel *Tractatus testimoniorum* di Bartolo si trova una vera e propria trattazione filosofica e teologica sulla *prudencia* che è la «recta ratio» attraverso la quale l'uomo «inter se syllogizat, & quod melius est cognoscat»:

Prudentia est, ut ait Arist.. Lib. 6. Ethicorum, habitus cum ratione activus circa hominis bona vel mala. Ad quod declarandum sciendum est, quod sapientia, scientia, & prudentia different. Est enim sapientia habitus speculativus considerans causas altissimas: & hoc pertinet principaliter ad Theologiam, & Metaphysicam, quae Deum, & primas causas considerant, & de principiis omnium aliarum scientiarum iudicantis & etiam de ista ad iuristas, unde merito dicitur. Est enim res santissima ista civilis sapientia, ut Ulpianus ait ipsa enim causas altissimas considerat, quia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, & cognitio, iudicat de principiis aliarum scientiarum. Reprobat enim principia omnia quae fidei Catholicae repugnant, & hac consideratione bonus iudex recte sapiens dicitur, & cum ad consilium sapientis recurritur vulgo de giurisperito intelligitur²⁰.

Qualsiasi uomo che avesse qualche responsabilità doveva esercitare tutte le virtù cardinali perché da sola la prudenza non bastava anche se rivestiva un ruolo centrale per chi ricopriva incarichi. La prudenza, secondo Bartolo, richiedeva nove qualità: «intelligentia, experientia, docilitas, deliberatio, solertia, providentia, circumspectio, & cautio»²¹. La prudenza avrebbe poi trovato la sua massima esaltazione nell'epoca moderna tanto da essere riconosciuta come la migliore dote del Prin-

²⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus de testibus*, in *Tractatus de testibus et universa testimonio rum materia*, Colonia Agrippinae, 1596, p. 51, n. 70

²¹ Ivi, p. 52, n. 74.

cipe secondo Niccolò Machiavelli: «nondimeno deve essere grave al muoversi, né si deve far paura da sé stesso; e procedere in modo temperato con prudenza e umanità, che la troppa confidenza non lo faccia incauto, e la troppa diffidenza non lo renda intollerabile»²². L'uomo moderno era l'uomo prudente e alla prudenza doveva ispirarsi anche il giudice nella sua attività e nella sua vita. Pertanto intorno alla prudenza si costruiva una nuova etica del giudice, sganciata dalla morale cristiana e dai precetti delle sacre scritture e legata a valori riconosciuti dalla società: la prudenza era una virtù molto umana, pratica e concreta. Questa idea di giudice era ben descritta da Cesare Ripa nella sua *Iconologia* (1593) che indicava gli elementi caratterizzanti nella rappresentazione artistica della figura:

Un uomo vecchio, sedente, & vestito d'abito grave, terrà con la destra mano una bacchetta, intorno alla quale sia avvolta una serpe, da un lato saranno alcuni libri di leggi, *estote prudentes, sicut serpentes*. I libri aperti dimostrano che il cerò e perfetto giudice deve essere molto ben perito, circospetto, integro, e vigilante, che perciò gli si dipinge accanto l'horologio, acciocché non mai per qualsivoglia accidente rimuova gli occhi dall'equità, e dal giusto, e come l'aquila posta dagli antichi per uccello di acutissima vista, deve il giudice vedere, & penetrar sino alla nascosta ed occulta verità rappresentata per la pietra del paragone, nella guisa, che si è detto, laquale ne significa la cognizione del vero & del falso²³.

Il *giudice prudente come serpente* emerge in corrispondenza alla progressiva acquisizione di una centralità della giurisprudenza nel quadro degli ordinamenti giuridici d'età moderna nell'Europa continentale. A partire dal XVI secolo sono i grandi tribunali, attraverso gli *usus fori* e lo *stylus iudicandi* a garantire la sopravvivenza del sistema del diritto comune offrendo soluzioni giurisprudenziali alle istanze di una società in continua e veloce trasformazione, tanto che – soprattutto nel XVII secolo – si ebbe un avvicinamento notevole tra il sistema di *common law* e quello di *civil law*²⁴. La centralità della giurisprudenza

²² N. MACCHIAVELLI, *Il principe e discorsi sopra la prima deca di Tito Livio premesse le considerazioni del prof. Andrea Zambelli*, Firenze 1857, p. 49.

²³ C. RIPA, *Della novissima iconologia ampliata dallo stesso autore ... ancora arricchita ... dal Sig. Zaratino Cstellini Romano*, Padova Pier Pietro Tozzi, 1625, p. 278

²⁴ Cfr. G. GORLA, *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d'America*, Milano 1950; ID., *I grandi tribunali italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia poli-*

za giudicante chiedeva giudici *prudenti* e non *santi* e sulla prudenza si costituì una nuova deontologia del giudice. È Ugo Grozio, il padre del giusnaturalismo moderno, a scandire questo concetto:

Contra vero evenire potest, ut quia invasoris vita multis fit utilis, occidi is fine peccato nequeat: nec id tantum ex vi legis divinae, sive veteris sive novae, de quibus egimus supra, cum regis personam sanctam esse of-

tico-giuridica d'Italia, Milano 1969; ID., *L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza*, in «Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi», vol. XLIV (1970), fasc. 1 e 2, pp. 4-23. Una prima occasione di riflessione e confronto tra studiosi italiani e di diverse aree europee si è avuta con la pubblicazione degli studi in sua memoria: AA. VV., *Scintillae iuris: studi in memoria di Gino Gorla*, Milano 1994 in tre voll. Grazie alle opere di Gorla l'interesse per il tema è a poco a poco cresciuto: cfr. U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972; A. ROMANO, *Tribunali, giudici e sentenze nel «Regnum Siciliane (1130-1516)*, in AA. VV., *Judicial records, Law Reports and the Growth of Case Law*, ed. by John H. Baker, Berlin 1989, pp. 211-301; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989; G. P. MASSETTO, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto* XLI (1989), 1200-1245; V. PIERGIORGIVANNI, *Una raccolta di sentenze della Rota civile di Genova nel XVI secolo* in AA.VV., *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di antico regime*, a cura di Mario Sbriccoli e A. Bettoni, Milano 1993; R. SAVELLI, *Tribunali, «decisiones» e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti* in AA.VV., *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna* a cura di Giorgio Chittolini, Anthony Molho, Pierangelo Schiera, Bologna 1994, pp. 397-421; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in AA.VV., *Scintillae iuris*, cit.; ID., *L'obbligo di motivazione delle sentenze tra diritto comune e illuminismo*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, II, Firenze 1977; C. M. MOSCHETTI, *Caso fortuito, trasporto marittimo e assicurazione nella giurisprudenza napoletana del Seicento*, Napoli 1994; P. CASANA TESTORE, *Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune. Il senato di Piemonte nei primi decenni di attività*, Torino 1995; F. MANCUSO, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1229*, in «Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile», XLIX (1995), n. 1, pp. 285-310; M. N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. de Franchis*, Napoli 1995; ID., *Stylus iudicandi. Le raccolte di «decisiones» nel regno di Napoli in età moderna*, Napoli 1998; M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Napoli 2000; A. MONTI, *I formulari del Senato di Milano secoli XVI-XVIII*, Milano 2001; L. SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il senato di Genova*, Milano 2002; M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano 2003; AA. VV., *Themis. Tra le pieghe della giustizia. Percorsi storici raccolti da Aurelio Cernigliaro*, Torino 2009.

fendimus, sed ipso etiam naturae jure. Nam jus naturae, quatenus legem significat, non ea tantum rescipit, quae dictat justitia, quam expletricem diximus, sed aliarum quoque virtutum, et temperantiae, fortitudinis, prudentiae actus in se continet [...]»²⁵.

La scienza doveva procedere sempre accompagnata dalla prudenza: il mondo moderno rivalutava decisamente questa virtù nella politica e anche nell'amministrazione della giustizia. In merito è chiarissimo Giovanni Battista De Luca nel suo *Dottor Volgare*:

Trà li Giudici, ò Consiglieri de' Principi, e Magistrati, e gli Avvocati, & altri difensori delle cause, ancorché ugualmente in tutti si ricerchino le suddette parti, dell'ingegno, memoria, dottrina, giudizio, e prudenza; corre nondimeno qualche differenza, poiché nel giudice, è più necessaria la prudenza, che l'acume, non havendo da essere inventore de' motivi, ma di sapere ben'eleggerli, e saper discernere il vero dal falso; come anche di saper ben'applicare le leggi, secondo le opportunità, e le circostanze del fatto²⁶.

Questo giudice prudente dell'epoca moderna è un giudice senza benda perché deve procedere con la massima cautela avendo ben presente le conseguenze delle sue azioni. La simbologia della giustizia bendata compare in effetti alla fine del medioevo. All'inizio non ha un significato positivo: nella *Nave dei folli* del *Narrenschiff*, come si detto, è un folle che copre gli occhi della giustizia, raffigurata tradizionalmente con la spada e la bilancia. In breve tempo però la benda diventa parte integrante della sua rappresentazione col significato, riconosciuto universalmente, della assoluta imparzialità²⁷. Questa idea della giu-

²⁵ U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, p. 193 (Lib. II, Cap. I, par. 9)

²⁶ G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta le legge...*, Roma Giuseppe Corvo 1673, p. 114

²⁷ SBRICCOLI, *op. cit.*, pp. 200-201: «Man mano che cresce l'egemonia della giustizia misurata con la legge, la benda trascorre inavvertitamente dalla minaccia alla rassicurazione. Quegli stessi sudditi ai quali all'inizio la Bendata sem,brava dire «non ti vedo, non saprò chi sei», via via che le vecchie pratiche arbitrarie cedono il passo, potrebbero tendere a «rileggere» il suo messaggio nel senso di «non guardo nessuno, sarò imparziale». Rilettura non scontata. Che la giustizia non debba guardare in faccia a nessuno è una idea da Stato di diritto, da soggetto giuridico unificato, da società laicizzante. Nel pieno di quel Cinquecento, le comunità, gli integrati, i protetti fanno fatica a considerare «giusta» una giustizia che non distingue, che non considera, che non

stizia bendata trionferà però solo con l'affermazione del modello del *giudice automa*, propugnata dall'Illuminismo e realizzata con le riforme rivoluzionarie e napoleoniche. La giustizia dell'età moderna è invece sbendata perché deve procedere sì applicando le leggi ma anche «secondo le opportunità e le circostanze del fatto», come dice il De Luca. In questo contesto l'individuazione di comportamenti deontologicamente corretti, ispirati al principio della prudenza, provengono dallo stesso mondo forense e si ritrovano nei *Trattati* e soprattutto nelle *Pratiche* scritte da avvocati e giudici per orientare i forensi nel difficile mondo dei tribunali. Si tratta di una vera e propria “miniera” di precetti deontologici che, essendo formata dalla stratificazione secolare di esperienze condivise ed accettate da giudici ed avvocati, potrebbe oggi essere esplorata con un certo profitto nella ricerca di punti di riferimento per la definizione di una deontologia del giudice.

4. Un “codice” per i giudici prudenti e sbendati di Tommaso Briganti

Un esempio alto di definizione di una deontologia del giudice ispirata alla virtù della *prudenza* attraverso una *pratica giudiziaria* è quello offerto da Tommaso Briganti nella sua *Pratica criminale delle corti regie e baronali del Regno di Napoli* (Napoli 1770)²⁸. Dopo aver scritto dell'*Attore* il Briganti dedicava una lunga parte della sua opera al *Giudice* che introduceva nel seguente modo:

Ma qualunque sia la competenza delle nostre corti, dovrà sempre il giudice maneggiarsi e regolarsi con la rettitudine della giustizia, condita col sale della prudenza: due virtù, che presso di lui dovranno essere sempre compagne indivisibili. Egli è costante avviso di quanti dottori e maestri vi sono nella legale, e politica disciplina, che nel giudice non solo sia necessaria la scienza delle leggi comuni, e del regno, delle decisioni, delle pratiche, de' stili, e consuetudini; ma ben anche quella prudenza, quel

guarda bene in faccia alle persone e alla loro *qualitas*, qualsiasi cosa abbiano fatto. L'imparzialità li inquieta. L'idea di uguaglianza giuridica di cui sembra incinta la giustizia nuova piace a pochissimi e spaventa tutti gli altri».

²⁸ Su Briganti: A. VALLONE, *Tommaso Briganti illuminista salentino attraverso testi inediti*, Roma 1982; A. CATALDO, *Un precursore del Beccaria nella condanna alla tortura: Tommaso briganti, criminalista gallipolitano*, Avellino 1983.

manieroso modo di procedere, e quella destrezza, ed accortezza di giudizio, che non si truova registrata ne' libri, né s'impara, logorando le panche delle scuole. E l'errore consiste nella scompagnatura di queste due indivisibili virtù, che fa degenerare la competenza del giudice in odiosissima tirannia, come potrei convincerlo con gli esempi di molti giureconsulti, da tutti stimati come oracoli, che posti in giudicatura, e non usando i precetti della prudenza, vi han fatta inettissima riuscita²⁹.

Tra gli esempi di saggezza non accompagnata dalla prudenza egli richiamava il caso di Bartolo da Sassoferrato che «fu forzato saltar dalle finestre del palazzo di Todi, per non essere manomesso da quelli che più non poterono sopportare le impertinenze di quell'uomo, quanto saggio di leggi, altrettanto di ogni prudenza sfornito»³⁰. Vediamo dunque quali erano le linee di condotta per un giudice saggio e prudente secondo il Briganti.

Il giudice laborioso. Il giudice per quanto dotto e laborioso che fosse, «non avrà mai letto il tutto, e tanto meno riterrà nel magazzino della sua memoria quanto avrà letto; gli corre dunque l'obbligo, allorché vengono le occasioni, di maneggiar libri, e di studiar le cause»³¹ in modo da valutare il caso scrupolosamente nella sua singolarità senza ricorrere a schemi astratti o, come facevano i giudici *fuggifatiga* alle argomentazioni addotte dagli avvocati.

Il giudice discernente. «Non in ogni tempo, non in ogni luogo, non in ogni occasione, non con tutte persone converrà sempre usare quel rigor di giustizia, che insegnano i libri. Alle volte sarà sempre più opportuno preporli per la pace pubblica con tolleranza, e dissimulazione; alle volte fa d'uopo di rigore, e di severità»³².

Il giudice mite. «Né dovrà mai il giudice spostarsi da questa vera intelligenza, che giudicando egli sopra i costumi degli uomini, pieni di mille imperfezioni, in infinito soggetti agli errori; e non di Angioli, che non possono peccare, dovrà meglio affettar la fama di mite, che di crudele. Quei torvi, e truci aspetti, quel pavoneggiarsi di terribile, quella ostentazione di severità, quello aver sempre in bocca minaccia dio carceri, ceppi, catene, berline, galee, forche, e mannaje, con le quali si dan taluni a credere, di po-

²⁹ T. BRIGANTI, *Pratica criminale delle corti regie e baronali del Regno di Napoli*, Napoli Mazzolavocola 1770 p. 62.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

ter raffrenare tutti i disordini, abbia teli in sommo orrore, e detestazione»³³.

Il giudice equo. «Né tribunali e corti de' cristiani deve avere maggior luogo l'equità, dovendo lo spirito della nostra carità godere in ciò de' privilegi maggiori, soprattutto in casi compatibili, ponderata la umana fragilità, e debolezza proveniente dalla natura corrotta per lo peccato del disgraziato Adamo»³⁴. Ma con il pretesto dell'equità non doveva «il giudice assassinar la giustizia». Era necessario un uso moderato e corretto di essa sempre nel rispetto delle leggi e applicandole col massimo rigore nei confronti di delinquenti abituali e professionali.

Il giudice sbendato. «Non è sempre vero che nulla debba il giudice distinguere i rozzi lai dalle felpe signorili e con tutti menar giù la visiera»³⁵. Egli doveva valutare le diverse situazioni caso per caso, considerando, sulla base della sua esperienza, anche le condizioni sociali di coloro che sono sottoposti al suo giudizio: «molte scarpellate di speranza ci vogliono, per giungere a formare un giudice degno del raro elogio di prudente»³⁶. Non dovrà mai però favorire il potente a scapito del povero altrimenti sarà considerato assassino della giustizia.

Il giudice filosofo: vivi e lascia vivere. «L'importantissima filosofia di vivere, e lasciar vivere, base fondamentale della pubblica quiete, dovrà il giudice da più anni, e profondamente averla studiata, e dovrà con prudenza di continuo metterla in pratica, lasciando il mondo come l'ha ritrovato, senza far nel suo governo né la pur minima innovazione; perché il pigliar la briga di voler drizzare le gambe a' cani, sarà un perdere il cervello, come gl'alchimisti, un affligger se stesso, per voler introdurre un bene, ove non si gradisca, e più tosto con tanti nuovi editti, bandi, e divieti non pria praticati, un inquietar i popoli, ed imbrogliarli»³⁷.

Il giudice accorto e umile. Il giudice prudente dovrà «dilettarsi di cavare il granchio dalla buca con la mano del Principe, armata di suprema autorità»³⁸ ma lo farà solo quando strettamente necessario.

Il giudice pacificatore e non detonatore di conflitti. Il fine del giudice deve essere quello di «mantenere la pubblica tranquillità, la quiete e la pace di tutti»³⁹ e dovrà guardarsi bene di accendere la fiamma, ver-

³³ Ivi, p. 63.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Ivi, p. 64.

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

sarci olio o soffiarsi sopra: «Impercocché allora saranno i giudici presso il Principe con infinita reputazione loro più commendabili, quanto più si studieranno a terminare i litigi, le dissensioni, le discordie, ed a proibire, ed impedire i delitti che in punirli»⁴⁰.

Il giudice onesto. «Dovrà abborrire come la peste le incette tutte, e contentarsi di quei diritti, e sportule, che li tassa la pandetta, se vi sia»⁴¹. Infatti l'avidità di denaro «che furtivamente si caccia nelle azioni umane può far delle matre burle agli uomini più saggi, e dabene»⁴².

Il giudice pacato e non iracundo. «L'ira, che in cuore a tutti viva, ed ardente si impazientissima ribolle, dovrà il prudente giudice saper vincere, e domare; e per qualsivoglia impertinente cosa, che nel corso del suo giudicato vedesse, o usidde, nommai soprammodo dovrà alterarsi; e non che dal parlare, ma ben anche dal deliberare dovrà guardarsi, ardente il fuoco dell'iracondia; potendo meglio le sue cose determinare a sangue tiepido, e riposato; rimemorandosi sempre, che il suo impero posticcio non ha altra basa, che in un fragile foglio di carta, fortificato solamente con un poco di ostia rossa»⁴³.

Il giudice, sobrio e moderato ma deciso e fermo quando serve. «Dovrà sfuggire a tutta posta l'ostentazione d'intrepido; di ardito; di risoluto; né pria deliberare, che compiutamente si fosse impossessato delle qualità, e circostanze tutte del negozio»⁴⁴. Il giudice doveva sempre usare prudenza ma neppure di questa «insigne» virtù poteva abusare: «semblerà un paradosso il dire, che uomo possa esser troppo prudente, e pure la sperienza ce 'l dimostra». Infatti anche giudici «di gran mente, e zelo» per timidezza o paura delle conseguenze «si fermano tosto, si scorano, si ritirano»: «cauti, timidi, sospettosi, nulla fanno in fine»⁴⁵. La prudenza non significava inazione: «La vera prudenza, purché preventivamente conosca, che la cosa da farsi è giusta, decente, e necessaria, con intrepidezza e spirito agisce, opera, intraprende, né mai si posa, finché non ha veduto il fine»⁴⁶.

Il giudice stoico, immune dalle passioni, senza patria, senza genealo-

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Ivi, p. 65.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ Ivi, p. 66.

gia. «Ancor l'odio, e l'amore, l'avversione, l'amicizia, la simpatia, e l'antipatia posson essere ordinariamente le cause promotrici dell'ingiustizia»⁴⁷. Egli doveva ergersi sopra le passioni umane, dimenticare torti e benefici e, soprattutto, non essere superbo, neppure geniale. «Guai se il giudice è vendicativo; verran de casi ne' quali non saprà guardarsi dal fare, sentenziando, vendetta [...]. Guai se il giudice è dissoluto; non resisterà alle raccomandazioni [...] Guai se il giudice sarà geniale, la violenza di questa sua passione, ne farà quel che vuole [...]. Guai se il giudice non vuole né intende corrispondere del suo, si sacrificherà il dritto degli altri [...]. Guai se il giudice sarà superbo, pieni di sé, cocciuto, ostinato al primo suo interno giudizio»⁴⁸. I giudici che facevano pesare sulla bilancia anche un granellino di una di queste passioni «son giudici permessi da Dio per castigo de' popoli». Dunque «dovendo il giudice lealmente riempire le sue funzioni, dovrà per intero spogliarsi di tutte le sue passioni, e mettersi il più che li sarà possibile, in positura e stato di vero stoico, che non è agitato da veruno affetto». Poco importava che fosse nazionale o straniero: «insensibile a tutto il resto, non dovrà il giudice esser attento, che agl'interessi della giustizia, alla quale dovrà sacrificare il risentimento di ogni ingiuria, il pensiero de' beneficj, e l'amor medesimo de' parenti, degl'amici, della patria. Egli dee dimenticarsi, che sia di un certo paese, che sia obbligato di sua fortuna a questo, ed a quello, e che i tai sono suoi parenti o suoi amici. In somma dovrà figurarsi, che sia come Melchisedek, senza padre, senza madre, e senza genealogia»⁴⁹.

Il giudice imparziale. «Il giudice, intanto ch'è giudice non è tenuto a riconoscere un buon ufficio, né vendicarsi di veruna ingiuria. L'unica sua obbligazione consiste, di giudicare con giusta, ed equa lance, senza parzialità, né a favore de' suoi amici, né al pregiudizio de' suoi nimici; e veruno ha diritto di rimproverarli, come una nera ingratitudine, di aver fatto perdere una mal causa al suo benefattore»⁵⁰.

Il giudice costante nell'impegno: non faccia come l'asino. «Finalmente, conforme il giudice con accurata trascuratezza dovrà cominciare il suo giudicato, avvertisca con diligenza esquisita fornirlo; ricordandogli sempre, che il principiare i suoi negozi *acribus initiis, incurioso fine*,

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ivi*, p. 67.

secondo la frase di Tacito 4 *annalium*, farà un imitare il trotto dell'asino, tanto familiare agli ufiziali dozinali»⁵¹.

Il giudice buon suddito e buon cristiano. Infine il giudice doveva sempre ricordarsi che il mondo non è «una qualche casa senza padrone, un qualche potere senza custode. Evvi Iddio che vegghia, evvi il Re, che non paga il Sabato. Evvi la divina ed umana giustizia, che sa punire, e vendicarsi, e quando meno si pensa, *tarditatem supplicii, gravitate compensat*»⁵².

Presto o tardi, la giustizia presenterà il conto a tutti: Briganti concludeva con un verso di Orazio, *serius ocius sors exitura*, dicendo che «questa è l'eroica divisa del giudice ben nato». Tutta l'attività del giudice doveva essere improntata a questa massima senza tempo che ricordava la precarietà dell'esistenza umana e il fatto che la morte e il giudizio, presto o tardi, sarebbero arrivati per tutti, anche e soprattutto per chi era stato giudice di uomini. Proprio per questo, durante la sua attività, egli doveva avere gli occhi ben aperti e lasciarsi guidare dalla prudenza.

Il giudice di Briganti, e direi dell'epoca moderna, è un giudice in carne e ossa, inserito pienamente nel mondo e soggetto alle insidie delle passioni: la legge, che pure deve applicare, non è la guida della sua attività ma è solo uno strumento di cui si serve, insieme all'esperienza, alla saggezza, alla prudenza e all'equità, per raggiungere il fine di realizzare una giustizia concreta che dà a ciascuno il suo e che non vuole cambiare il mondo: *vivi e lascia vivere*.

5. *Il giudice automa, con la benda, dell'età contemporanea*

Presso gli antichi la giustizia non era bendata, anzi doveva vedere bene, come doveva vedere bene anche il giudice che la rappresentava. Ecco come il Ripa la descriveva: «Donna in forma di bella vergine, coronata & vestita d'oro, che con honesta severità, si mostra degna di riverenza con gl'occhi di acutissima vista, con un monile al collo nel quale sia un occhio scolpito. Dice Platone che la Giustizia vede il tutto & che dagli antichi fu chiamata veditrice di tutte le cose»⁵³. Poi il Ripa passava a descrivere la giustizia del suo tempo che doveva essere rap-

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ RIPA, *op. cit.*, pp. 278-279.

presentata in modo diametralmente opposto, con gli occhi bendati e armata:

Donna vestita di bianco, habbia gli occhi bendati; nella destra mano tenga un fascio di verghe, con una scure legata insieme e con esse, nella sinistra una fiamma di fuoco & a canto haverà uno struzzo, ovvero tenga la spada, & le bilancie. Questa è quella sorte di Giustizia, che esercitano ne' Tribunali i Giudici, & gli esecutori secolari. Si veste di bianco perché il giudice dev'essere senza macchia di proprio interesse, ò d'altra passione, che possa deformar la Giustizia, il che vien fatto tenendosi gli occhi bendati, cioè non guardando cosa alcuna della quale s'adopri per giudice il senso nemico della ragione. Il fascio di verghe con la scure, era portato anticamente in Roma da littori innanzi a' Consoli, & al tribuno della Plebe, per mostra, che non si deve rimanere di castigare, ove richiede la Giustizia, ne si deve esser precipitoso: mà dar tempo a maturare il giudizio nello sciorre dell'e verghe. La fiamma mostra, che la mente del giudice deve esser sempre drizzata verso il cielo. Per lo struzzo s'impara, che le cose, che vengono in giudizio, per intricate, che sieno, non si deve mancare di strigarle, & isnodarle, senza perdonare a fatica alcuna, con animo paziente, come lo struzzo digerisce il ferro, ancorché sia durissima materia, come raccontano molti scrittori⁵⁴.

Chi aveva messo la benda alla giustizia?⁵⁵ Come appare nella xilografia della *Nave dei folli*, era stato un matto e questo matto era lo Stato. È con il rafforzamento degli apparati statuali che emerge, anche prima della Rivoluzione francese, l'esigenza di vincolare il giudice alla legge e di fare di essa l'unica fonte del diritto e l'unica guida etica per il giudice. La giustizia diventava bendata perché non doveva guardare al mondo ma eseguire meccanicamente la legge: nasce, nella Francia del XVIII secolo, il modello del *giudice automa* che sarà scolpito da Montesquieu con l'espressione *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Non bisogna però aspettare l'*Esprit des lois* per avere un chiara esplicazione del concetto, già perfettamente matura nella Francia di Luigi XV, allorché il cancelliere Henri François d'Aguessau pronunciava, tra la fine del Seicento e gli inizi del Settecento diciannove *mer-*

⁵⁴ Ivi, p. 279-

⁵⁵ Cfr. SBRICCOLI, *op. cit.* e A. PROSPERI, *La giustizia bendata: percorsi storici di un'immagine*, Torino 2008.

curiali destinati ai suoi magistrati⁵⁶. Essi tracciarono le linee dell'etica laica del magistrato nel contesto di una monarchia assoluta che aveva avviato un programma di unificazione legislativa culminata nella promulgazione delle *Ordonnances* colbertine e in quelle di Luigi XV, elaborate proprio dal d'Aguessau. Non si trovano nei *mercuriali* riferimenti a valori e a precetti divini e neppure fa capolino la virtù della *prudenza* ma tutta l'attività e la vita del magistrato sono ricondotti ai supremi valori dell'amore della patria e dello spirito di servizio allo Stato⁵⁷.

In *L'amour de son état* la più grande qualità del magistrato, in un mondo caratterizzato da «una inquiétude généralement répandue dans toutes les professions», doveva essere quella di amare profondamente il suo stato e la sua condizione: «Le coeur du sage magistrat est un asile sacré que les passions respectent, que les vertus habitent, que

⁵⁶ Cfr. P. BENEDEUCE, *Altri codici: sentimenti al lavoro nei galatei forensi. In appendice: Discorsi di Henri-François D'Aguessau sull'arte del giudice e dell'avvocato*, Sovieria Mannelli 2008. Vedi anche, dello stesso autore, *Il corpo eloquente: identificazione del giurista nell'età liberale*, Bologna 1996 e *Pagine in causa: processo alla giustizia e pratiche del perturbante nel Diario di un giudice*, Napoli 2016.

⁵⁷ Vale la pena riportare almeno i titoli dei *mercuriali* i quali riescono a dare un'idea di come tra la fine del Seicento e gli inizi del Settecento, nel contesto di una grande monarchia assoluta come quella francese, il problema dell'etica dei magistrati fosse sentito e autorevolmente risolto grazie alla mediazione di un grande giurista ed uomo di Stato: Première Mercuriale. *L'Amour de son État. Prononcé à la Saint-Martin* 1698. Deuxième Mercuriale. *La Censure publique. Prononcée après Pâques* 1699. Troisième Mercuriale. *La Grandeur d'Ame. Prononcée à la Saint-Martin* 1699. Quatrième Mercuriale. *La Dignité du Magistrat. Prononcée à la Saint-Martin* 1700. Cinquième Mercuriale. *L'Amour de la Simplicité. Composée pour Pâques* 1702. Sixième Mercuriale. *Le Moeurs du Magistrat. Prononcée à la Saint-Martin* 1702. Septième Mercuriale. *De l'Esprit et de la Science. Prononcée à la Saint-Martin* 1704. Huitième Mercuriale. *L'homme public, ou l'Attachement du Magistrat au service du public. Prononcée à Pâques* 1706. Neuvième Mercuriale. *L'Autorité du Magistrat, et sa soumission à l'autorité de la loi. Prononcée à la Saint-Martin* 1706. Dixième Mercuriale. *La Justice du Magistrat dans sa vie privée. Prononcée à Pâques* 1708. Onzième Mercuriale. *La vraie et fausse Justice. Prononcée à Saint-Martin* 1708. Douzième Mercuriale. *Le Magistrat doit se respecter lui-même. Prononcée à Pâques* 1709. Treizième Mercuriale. *La science du Magistrat. Prononcée à la Saint-Martin* 1709. Quatorzième Mercuriale. *L'Attention. Prononcée à Pâques* 1711. Quinzième Mercuriale. *La Fermeté. Prononcée à la Saint-Martin* 1711. Seizième Mercuriale. *L'Emploi du Temps. Prononcée à Pâques* 1714. Dix-septième Mercuriale. *La Prévention. Composée pour la Saint-Martin* 1714. Dix-huitième Mercuriale. *De la Discipline. Prononcée à Pâques* 1715. Dix-neuvième Mercuriale. *L'Amour de la Patrie. Prononcée à la Saint-Martin* 1715 Henri-François d'Aguessau, *Oeuvres choisies*, Paris 1820.

la paix, compagne inséparable de la justice, rend heureux par sa présence. Le coeur du magistrat ambitieux est un temple profane: il y place la fortune sur l'autel de la justice; et le premier sacrifice qu'elle lui demande, est celui de son repos: heureux si elle veut bien ne pas exiger celui de son innocence!»⁵⁸. Il d'Aguessau faceva riferimento ripetutamente al «sage magistrat», elevando la saggezza a principale virtù cui doveva ispirarsi la vita di chi amministrava la giustizia al fine di garantire la «fortune publique». Ma questa saggezza si realizzava con la fusione totale dell'uomo con il magistrato di modo che tutta la sua vita fosse un costante esercizio di virtù e di dedizione al servizio della patria:

Les autres ne vivent que pour leurs plaisirs, pour leur fortune, pour eux-mêmes: le parfait magistrat ne vit que pour la république. Exempt des inquiétudes que donne au commun des hommes le soin de leur fortune particulière, tout est en lui consacré à la fortune publique: ses jours, parfaitement semblable les uns aux autres, ramènent tous les ans les mêmes occupations avec les mêmes vertus; et, par une heureuse uniformité, il semble que toute sa vie ne soit que comme un seul et même moment, dans lequel il se possède tout entier pour se sacrifier tout entier à sa patrie. On cherche l'homme en lui, et l'on n'y trouve que le magistrat; sa dignité le suit partout, parce que l'amour de son état ne l'abandonne jamais; et, toujours le même en public, en particulier in exerce una perpétuelle magistrature plus aimable, mais non pas moins puissante, quand elle est désarmée de cet appareil extérieur qui la rend formidable⁵⁹.

Insomma il magistrato era tutt'uno con le sue funzioni e nell'esercizio di esse doveva essere sempre sottomesso alla legge: quando questa taceva poteva ricorrere all'equità ma rispettando lo spirito della legge. Il giudice, dice d'Aguessau, è la «loi vivante»⁶⁰. Non siamo dunque distanti dalla *bouche qui prononce les paroles de la loi* di Montesquieu e neppure lontanissimi da Jean-Jacques Rousseau che immagina il dissolvimento dell'individuo nello Stato. Verrà poi la Rivoluzione, con l'affermazione dell'*assolutismo giuridico*, a fissare questo modello di *giudice automa* e a radicarlo non solo negli ordinamenti giuridici ma

⁵⁸ D'AGUESSAU, *L'Amour de son état*, in *Oeuvres*, cit., p. 95

⁵⁹ Ivi, p. 105.

⁶⁰ D'AGUESSAU, *L'Autorité du Magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi*, in *Oeuvres*, cit., p. 209.

anche nella coscienza collettiva nel senso che, anche di fronte alla spaventosa crisi dello Stato e della legge che è iniziata alla fine dell'Ottocento e che si è trascinata a fasi alterne ancora nell'epoca attuale, nessuno o pochi mettono in dubbio il principio che il magistrato svolga pienamente il suo dovere ed esaurisca la sua etica applicando rigorosamente la legge. In questo contesto, come si è detto, è chiaro che lo spazio per una deontologia extra-legislativa è assai ridotto, come dimostrano in modo evidente i pochi e tutto sommato abbastanza inutili articoli dei codici deontologici della magistratura.

6. *Una benda fastidiosa nell'epoca attuale*

Alla giustizia si coprono gli occhi con una benda e si lascia come unica possibilità di movimento quella di parlare, di dire, di pronunciare le parole della legge, oltre a quello di ascoltare i fatti in modo anonimo. La benda, che è generalmente interpretata come simbolo della imparzialità, in realtà è una chiusura nei confronti della società che deve solo ricevere, attraverso la sentenza, l'oracolo sibillino. La giustizia diventa tutta interna al giudice e si risolve nel corretto inquadramento dei fatti concreti nella legge astratta. Essa si risolve in una attività essenzialmente logica nella quale la considerazione non solo della posizione delle parti in causa ma dell'intera società è lasciata fuori. Si tratta, è chiaro, di un modello astratto mai concretamente esistito ma ad esso è stato ispirato ed è ispirato tuttora il concetto di giudice con la conseguente difficoltà di individuare comportamenti etici del giudice al di là e al di fuori della legge: è questo un terreno dove più forte si fa sentire, nei paesi di *civil law* ed in particolare in Italia, il formalismo⁶¹. Non da oggi, ma oggi più che mai (si veda ad esempio riforma introdotta dall'articolo 360 bis del codice di procedura civile) alla giurisprudenza è riconosciuta, non solo dalla dottrina, un ruolo centrale nella evoluzione del diritto tanto che si parla insistentemente di un avvicinamento del nostro modello a quello inglese di *common law*: pertanto l'idea del giudice automa, mero applicatore della legge, che rappresenta il suo esclusivo punto di riferimento etico, risulta troppo carica di astrattismo e, appunto, di formalismo. In altre realtà più pragmatiche il problema della deontologia dei magistrati è molto più sentito e

⁶¹ Su questi aspetti cfr. Aa. Vv., *Il potere dei conflitti*, cit.

ha portato alla elaborazione di regole precise: in Inghilterra il 18 agosto 2014 è entrato in vigore un Regolamento di disciplina giudiziaria che contiene norme di condotta etica sulle quali vigila un *Judicial Conduct Investigation Office*⁶². In USA gli stati si sono dotati di codici deontologici molto articolati. La *Part 100* delle *Rules of the Chief Administrative Judge* del New York State Unified Court System è dedicata al *Judicial Conduct* e rappresenta un codice deontologico valido per giudici ed aspiranti giudici dello Stato. La *Part*, che è frequentemente modificata in correlazione a nuove esigenze che dovessero emergere, si presenta come una sorta di contratto diviso in sei sezioni precedute da un preambolo: 100.0 *Terminology*, 100.1. *A Judge shall uphold the integrity and independence of the judiciary*, 100.2. *A judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all of the judge's activities*. 100.3. *A judge shall perform the duties of judicial office impartially and diligently*. 100.4. *A judge shall so conduct the judge's extra-judicial activities as to minimize the risk of conflict with judicial obligations*. 100.5. *A judge or candidate for elective judicial office shall refrain from inappropriate political activity*. 100.6. *Application of the rules judicial conduct*⁶³. Il preambolo avverte che le norme individuate sono regole della ragione e che si devono applicare conformemente con le leggi e decisioni dello Stato: esse servono da guida per giudici e candidati, sono vincolanti per loro e possono (non devono) costituire il presupposto per un'azione disciplinare. Si tratta di un modello amministrativo di definizione di regole deontologiche: elaborato dall'amministratore capo delle Corti con l'approvazione della Corte di appello, il "codice" si presenta come una sorta di contratto che i giudici e gli aspiranti sottoscrivono ed è finalizzato a mantenere di alto livello, rispettabile ed efficiente, l'apparato giudiziario dello Stato. Questo modello, legato ad un sistema giudiziario diverso dal nostro, evidenzia una grande attenzione verso la questione deontologica che non viene risolta con il formalismo del giudice *automa* (al quale basta applicare la legge con gli occhi bendati e in piena indipendenza per esaurire o quasi la sua etica professionale). Per quanto riguarda i contenuti si tratta di regole comuni a tutti gli stati, che sono condivise dagli avvocati i quali hanno partecipato alla loro elaborazione⁶⁴ perché nel sistema americano c'è una forte

⁶² <https://judicialconduct.judiciary.gov.uk/rules-regulations/>

⁶³ Sito NYCOURT.GOV New York State Unified Court System. <http://ww2.nycourts.gov/rules/chiefadmin/100.shtml>

⁶⁴ Un modello di *Code of Judicial Conduct* è stato adottato il 7 agosto 1990 dalla

mobilità tra magistratura e avvocatura e viceversa: si può dire che, come accadeva da noi all'epoca di Briganti, l'avvocatura costituiva il primo passaggio per entrare in magistratura. Quei giudici sono meno bendati dei nostri: «il corpo dei magistrati – afferma Abbamonte – accanto a giudici professionali o in alternativa ad essi, è pienamente partecipato da uomini che non appartengono ad una carriera, che non formano ceti né tanto meno corporazione, ma che sono formati sull'esperienza operando, sono aperti al mondo esterno dal quale provengono ed al quale spesso ritornano, insomma sono costituzionalmente interattivi e non sospinti all'autoreferenzialità. Questi giudici sono portati alla valorizzazione dei fatti, così come il diritto che essi applicano ha prodotto i suoi principi in costante comunicazione con la attualità e non prevalentemente calando l'astrazione teorica sul vivo (ma mortificato) materiale umano da giudicare»⁶⁵.

Si comprende pertanto che la difficoltà dell'Europa continentale ed in particolare dell'Italia ad approntare un vero codice deontologico risieda nell'ancoraggio ideale al modello che si è definito del *giudice automa*. Considerando che questo modello (mai concretamente realizzato) ora non regge più di fronte alla centralità che la giurisprudenza ha acquisito nel nostro ordinamento appare il caso di volgere lo sguardo, senza abbandonare le basi del nostro sistema, al modello del *giudice prudente* e, attraverso esso, cercare una deontologia condivisa con gli avvocati, gli "operatori giudiziari" ed anche la società civile, magari anche recuperando quell'immenso patrimonio di regole etiche che si sono stratificate nella nostra storia giuridica e nella coscienza collettiva.

House of Delegates of the American Bar Association (ABA), una associazione privata che associa avvocati e gestisce scuole di diritto.

⁶⁵ ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 19.