

ESTRATTO DA

# DIRITTO SENZA DEVIANZA

Studi in onore di Marco Borghi  
per il suo 60° compleanno

a cura di  
*Guido Corti*  
*Mauro Mini*  
*John Nosedà*  
*Mario Postizzi*

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO  
HELBING & LICHTENHAHN

# Preparazione e imparzialità dei giudici come fondamenti dello Stato di diritto

*Tiziano Balmelli\**

1. Premessa
2. Stato di diritto, legalità e funzione giudiziaria
3. Un esempio concreto di giustizia «deviata»: i fatti
4. Libere ipotesi sul comportamento dei magistrati
5. Conclusioni

## 1. Premessa

L'impegno del professor Marco Borghi contro gli abusi di potere – di ogni tipo di potere – non ha bisogno di essere dimostrato. Se con la sua tesi di dottorato «Diritto e devianza» egli aveva inteso impegnarsi per la tutela giuridica e l'assistenza del deviante, del marginale, per restituire loro la condizione e lo statuto di cittadino, riformando le specifiche categorie e pratiche giuridiche e sociopsichiatriche<sup>1</sup>, nel corso degli anni questo impegno etico ha avuto modo di esprimersi in numerosi altri ambiti. Dalla lotta contro la corruzione nel settore pubblico e privato<sup>2</sup>, agli sforzi per migliorare il sistema di nomina dei magistrati contro il cartello dei partiti<sup>3</sup>, per l'obbligo di diligenza dei banchieri<sup>4</sup>, fino all'impegno in

---

\* Dr. iur. (Friburgo), MA Politics (Bruges).

<sup>1</sup> MARCO BORGHI, *Diritto e devianza*, Uno studio sul rapporto fra la libertà personale e l'assistenza sociopsichiatrica, tesi di dottorato, Milano 1980, Si veda in particolare il capitolo 3.3. intitolato «Stato di diritto e libertà personale» (p. 86 ss.).

<sup>2</sup> Si veda ad esempio MARCO BORGHI, *Droits de l'Homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse*, in: *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, M. BORGHI/P. MEYER-BISCH (ed.), 1<sup>a</sup> ed. Friburgo 1995, p. 3-33.

<sup>3</sup> Si veda ad esempio MARCO BORGHI, *Incostituzionalità dell'ingerenza dei partiti*, in: *L'indipendenza del giudice nell'ambito della procedura di elezione*, CFPG (34), 2004, p. 61-71.

seno alla commissione federale della concorrenza, dove ha diffusamente criticato gli abusi di potere (cioè di «posizione dominante») e i cartelli nell'economia privata<sup>5</sup>.

Per celebrare questo impegno di lunga data del professor Marco Borghi, ho l'onore e la fortuna di poter evocare dei fatti realmente accaduti(mi), che hanno visto come protagonisti dei magistrati che, per strizzare l'occhio al titolo di questa raccolta, si potrebbero, altresì senza troppa ironia, definire «deviati»<sup>6</sup>.

Riportando *verbatim* quanto vidi, lessi e udii, questi fatti mi permettono di formulare alcune considerazioni sul ruolo della funzione giudiziaria in uno Stato di diritto, insistendo sui principi di preparazione e di imparzialità dei giudici che, secondo il modello costituzionale moderno, hanno il potere e il dovere, l'obbligo e il privilegio di «dire il diritto».

L'oggetto di questo articolo si può riassumere nel seguente quesito: come è possibile che quattro magistrati appartenenti alla massima istanza giudiziaria del canton Friburgo, dove la garanzia dello Stato di diritto dovrebbe invero essere un'evidenza del tutto naturale, abbiano potuto partorire una sentenza che il Tribunale federale, statuendo sul mio ricorso, non esiterà a definire letteralmente scioccante e contraria al buon senso?<sup>7</sup>

## **2. Stato di diritto, legalità e funzione giudiziaria**

Lo Stato di diritto implica, per definizione, la proibizione dell'esercizio arbitrario del potere; esige quindi legalità, uguaglianza e un controllo giurisdizionale indipendente sull'operato delle autorità.

---

<sup>4</sup> Si veda ad esempio MARCO BORGHI, Il settore finanziario e bancario dall'autonomia alla vigilanza, in: *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, CFPG (5), 1992.

<sup>5</sup> Si veda ad esempio MARCO BORGHI, La legislazione sulla concorrenza: uno strumento per la democrazia?, in: *La nuova legge sui cartelli*, Atti della giornata di studio del 12 ottobre 1998, CFPG (22), Lugano 1999, p. 9-25: «La limitazione del potere economico privato (...) si estende sino alle fondamenta della democrazia» (p. 14).

<sup>6</sup> Preciso e confermo sin d'ora che ogni riferimento a fatti realmente accaduti è del tutto fondato e voluto.

<sup>7</sup> Decisione del Tribunale federale nel frattempo ufficialmente pubblicata come DTF 131 II 361 e consultabile su internet all'indirizzo [www.tribunale-federale.ch](http://www.tribunale-federale.ch).

Legalità significa, sostanzialmente, «soggezione alla legge» e «rispetto della legge» da parte di tutti. Il principio secondo cui il potere politico non è assoluto ma anch'esso subordinato alla legge venne lucidamente formulato, già oltre trenta secoli or sono, nella cultura ebraica, quando il re Davide, in punto di morte, ordinò a suo figlio Salomone, destinato a succedergli come re d'Israele, di rispettare i precetti e gli insegnamenti contenuti nella legge di Mosè<sup>8</sup>.

L'uguaglianza corrisponde sostanzialmente alla fine dell'assolutismo e delle discriminazioni, al trionfo della democrazia e al godimento delle libertà fondamentali e di pari opportunità per tutti nella ricerca della propria felicità.

Altra componente fondamentale dello Stato di diritto, il principio della separazione dei poteri è stato elaborato dal costituzionalismo liberale, nel cammino verso la democrazia, con l'obiettivo di assicurare un controllo giurisdizionale indipendente e limitare il potere politico, per tutelare la libertà degli individui. Se l'idea si trova già espressa negli scritti di Aristotele, l'origine della sua teorizzazione risale soprattutto a Locke e a Montesquieu<sup>9</sup>. Quest'ultimo, nella sua celebre opera *De l'esprit des lois* del 1748 affermava che, se il fine dello Stato è di assicurare la libertà politica, è necessario che i poteri pubblici siano tre, tra di loro distinti<sup>10</sup>. In questa configurazione, il compito del potere giudiziario consiste nell'applicare la legge per risolvere una lite.

Tenuto conto dei due pilastri di legalità e di uguaglianza, la lotta per lo Stato di diritto ha rappresentato, storicamente, la lotta contro l'arbitrio dei potenti, contro i privilegi e le discriminazioni. Perlomeno in teoria, ovvero nella legge. Così, affinché le garanzie non dipendessero principalmente, se non esclusivamente, dalla mera enunciazione dei diritti (si pensi alla *Déclaration des droits*), la Costituzione dello Stato moderno

---

<sup>8</sup> Cfr. la Bibbia, Primo libro dei Re, 2:2-4. Nelle successive elaborazioni e riflessioni, legge divina, naturale e positiva s'intrecceranno e ancora s'intrecciano, in particolare nella filosofia del diritto ma anche nel dibattito politico e culturale.

<sup>9</sup> ARISTOTELE, *Politica*, Libro V.

<sup>10</sup> Celebre la formula: «Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» (Libro XI).

era chiamata ad organizzare pure le istituzioni secondo il modello della separazione dei poteri, incaricando il potere giudiziario di vigilare sulla concreta e corretta applicazione del diritto. La funzione giudiziaria appare così, nel telaio dello Stato di diritto, come il baluardo per l'effettiva garanzia dei diritti di ciascuno<sup>11</sup>.

Ben si capisce quindi come le funzioni affidate ai giudici siano fondamentali per la realizzazione della libertà degli individui, rappresentando un servizio primario che lo Stato di diritto è tenuto a garantire ai propri cittadini. In questo modello costituzionale, i giudici – la cui indipendenza dagli altri poteri deve essere garantita – sono infatti chiamati a «dire il diritto», ovvero ad applicare e interpretare le leggi, stabilendone il contenuto in situazioni concrete e contestate relative ai diritti e alle libertà dei cittadini. La consapevolezza di tale ruolo istituzionale, nonché il rispetto delle legittime attese dei cittadini, esigono dai magistrati certamente la massima indipendenza, ma anche preparazione tecnica e imparzialità<sup>12</sup>.

In uno Stato di diritto, cioè in uno Stato che è teso a promuovere i principi di legalità e giustizia, il giudice deve essere assoggettato solo alla legge, e vegliare a che il diritto vigente sia giustamente applicato. In uno Stato di diritto, esiste infatti un'unità inscindibile fra la legalità e la giustizia, e il compito precipuo del giudice è di servire questo obiettivo fondamentale. Per assumere una funzione giudiziaria sono quindi necessarie delle notevoli doti umane e professionali, affinché i magistrati siano in grado di garantire legalità e giustizia ai cittadini. Al contrario, dove lo Stato di diritto non è garantito, la giustizia è deviata ed asservita ai potenti, con cui i magistrati possono intrattenere legami di diversa natura a scapito dei cittadini.

---

<sup>11</sup> In questo lungo e aspro processo storico, l'aspirazione allo Stato di diritto e ai suoi pilastri di legalità e di uguaglianza ha indubabilmente corrisposto al perseguimento dell'ideale di libertà.

<sup>12</sup> La Carta europea sullo statuto dei giudici, adottata dal Consiglio d'Europa l'8-10 luglio 1998, stabilisce innanzitutto che lo statuto dei magistrati deve assicurare la loro competenza, la loro indipendenza e la loro imparzialità (art. 1.1). Consultabile sul sito [www.coe.int](http://www.coe.int), documento DAJ/DOC (98) 23.

Quelle che precedono sono, in un certo senso, delle banalità. Nel senso che la teoria è ben nota e non vi sarebbe nulla da aggiungere al riguardo. D'altra parte, potrebbe sembrare una banalità anche l'affermazione secondo cui, da sempre, malgrado la teoria ben nota e da tutti accettata, troppo spesso la giustizia non è cieca nel suo operato concreto. Ma appunto contro questo banale fatalismo voglio scrivere.

Perché è importante rendersi conto che non si tratta di semplici concetti astratti, accademici, fini a se stessi, bensì, molto più concretamente, si tratta di concetti al servizio di un obiettivo fondamentale che ha profondamente marcato la storia delle nostre società in questi secoli: ridurre il più possibile l'arbitrio dei potenti, al fine di garantire la libertà e l'autodeterminazione degli individui. La storia e l'attualità dimostrano abbondantemente quanto aspro e doloroso possa essere il cammino per la realizzazione di questa conquista. Per tale motivo, le violazioni dello Stato di diritto sono ancora più gravi e odiose, oggi, nelle democrazie liberali, quando sono l'opera di persone che hanno, al contrario, volontariamente assunto l'incarico istituzionale di vigilare proprio contro tali violazioni.

### **3. Un esempio concreto di giustizia «deviata»: i fatti**

I fatti esposti in sintesi qui di seguito sono ovviamente tutti documentati e documentabili. Come detto, si riferiscono ad una procedura vissuta in prima persona dal sottoscritto, fra l'autunno del 2001 e la primavera del 2005<sup>13</sup>.

#### *Ottobre 2001*

Il 12 ottobre 2001, la Facoltà di diritto dell'Università di Friburgo faceva pubblicare nel quotidiano *Le Temps* un'offerta di impiego relativa a un posto di «*Professeure associée ou maître-assistante en droit public (droit européen et droit international public)*». Stando a quanto precisava esplicitamente l'annuncio, soltanto candidature femminili erano dichiarate ricevibili per l'attribuzione di tale posto. L'annuncio adduceva

---

<sup>13</sup> Per qualsiasi prova, complemento o precisazione sull'intera procedura ci si può rivolgere a [balmelli@editions-edis.ch](mailto:balmelli@editions-edis.ch).

al riguardo un preteso obbligo in tal senso che sarebbe derivato dai «*critères fixés par le programme de relève universitaire*».

Considerando anticostituzionale l'ennesima clausola che dichiarava automaticamente irricevibili le candidature maschili per un impiego accademico, decidevo di manifestare formalmente il mio interesse per il posto in questione, inviando il mio dossier di candidatura alla Facoltà di diritto.

### *Dicembre 2001*

Nella sua seduta dell'11 dicembre 2001, il Consiglio di Facoltà era chiamato a designare la persona da indicare al Consiglio di Stato, organo competente per le nomine del corpo professorale. Venne innanzitutto spiegato che la commissione incaricata di vagliare le candidature aveva ricevuto un totale di quattro dossier. Uno era stato direttamente scartato a causa del sesso del postulante (il mio). Un altro dossier era stato scartato poiché la candidata non era titolare del dottorato. Un altro ancora non lo si era preso in considerazione siccome proveniva direttamente dalla Grecia, senza che la candidata avesse mai avuto legami di un qualche tipo con la Svizzera (esigenza stabilita dal citato programma federale). Una sola candidatura era quindi ricevibile e venne sottoposta al Consiglio di Facoltà. La questione dell'anticostituzionalità della decisione venne coraggiosamente sollevata da un professore, ma la maggioranza dei votanti si dimostrò insensibile agli argomenti di questo seccatore: il Consiglio di Facoltà ratificò quindi l'unica candidatura presentatagli dal Decanato e la trasmise al Consiglio di Stato<sup>14</sup>.

Con lettera raccomandata del 19 dicembre 2001, scrissi al Decanato per chiedere che mi si comunicasse formalmente quale sorte fosse stata riservata alla mia candidatura.

### *Gennaio 2002*

Il Decanato mi rispose con lettera del 4 gennaio 2002, informandomi che la mia candidatura non aveva potuto essere presa in considerazione, «*en*

---

<sup>14</sup> Per dovere di cronaca va precisato che Marco Borghi non era presente quando la maggioranza del Consiglio discusse e prese tale decisione.

*raison des critères fixés par le programme de relève universitaire, poste destiné et mis au concours pour des candidatures féminines uniquement».*

*Febbraio 2002*

Il 6 febbraio 2002 mi rivolsi alla Commissione di ricorso dell'Università, concludendo al versamento di un'indennità di un franco per la discriminazione subita<sup>15</sup>.

*Marzo 2002*

Il presidente supplente di tale Commissione<sup>16</sup> non si prese nemmeno la briga di convocare gli altri membri e si pronunciò senza consultare la Commissione, forse convinto di mettere così immediatamente fine alla mia insolente azione legale. Con decisione del 20 marzo 2002, egli dichiarò irricevibile il mio ricorso, sostenendo in modo molto sbrigativo (un paio di paginette) che la decisione impugnata non poteva essere considerata una decisione impugnabile, che la Commissione a cui mi ero rivolto non era l'autorità competente, e che comunque *«des conclusions en constatation d'anticonstitutionnalité et allocation d'une indemnité ne sont pas recevables devant la Commission de céans compte tenu de la nécessité prévue par la loi de l'intérêt à une annulation ou une modification, intérêt par ailleurs conforme au prescrit de l'art. 76 lit. a CPJA»*. Inoltre, ignorando il principio costituzionale di proporzionalità, nonché la volontà chiaramente espressa dal legislatore federale in sede di dibattito parlamentare, il giudice affermava a titolo abbondanziale che *«la loi fédérale sur l'égalité invoquée à l'appui de ces conclusions ne paraît pas aider le recourant puisqu'elle prescrit que ne constituent pas une discrimination les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes (art. 3 al. 3)»*<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Avevo infatti volontariamente rinunciato a paralizzare la procedura con un ricorso le cui conclusioni tendessero alla concessione dell'effetto sospensivo e all'annullamento della decisione.

<sup>16</sup> Signor Hubert Bugnon, peraltro giudice presso il Tribunale cantonale friborghese, addirittura con la funzione di vice-presidente dello stesso (stato: maggio 2006).

<sup>17</sup> Si vedano più avanti le mie considerazioni su questo grossolano errore nell'interpretazione della legge e della volontà del legislatore, nota 25.

*Aprile 2002*

Contro questa decisione, molto probabilmente indegna di uno studente al secondo anno di diritto, interposi ricorso presso il Tribunale amministrativo del Canton Friburgo, il 22 aprile 2002, pregandolo di constatare che la decisione del presidente supplente della Commissione di ricorso dell'Università rappresentava un diniego di giustizia formale contrario all'articolo 29 della Costituzione federale, violando altresì l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il principio della buona fede nella procedura e il principio *iura novit curia*. Nel merito della controversia ribadii le mie conclusioni tendenti al pagamento di un franco di indennizzo per la discriminazione subita in violazione della Costituzione federale (art. 8), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14) nonché della Legge federale sulla parità fra donne e uomini (art. 3).

Con decisione del 26 aprile 2002, la giudice cantonale delegata all'istruzione del ricorso<sup>18</sup>, dopo aver constatato un *floeu* legislativo sul piano cantonale, dovuto al carattere recente della normativa federale, chiarì la situazione stabilendo che il diritto federale doveva applicarsi direttamente per garantirmi una via legale che mi permettesse di contestare la presunta discriminazione subita. Ovviamente, infatti, il vuoto legislativo non doveva essere interpretato a pregiudizio delle presunte vittime, bensì in loro favore. La strada sembrava quindi aperta per una decisione nel merito da parte del Tribunale amministrativo. In realtà, malgrado lo stomachevole antipasto servitomi dal giudice di prima istanza, a quel punto non potevo ancora immaginare quale sconcertante e vergognosa trafila giudiziaria si stesse per delineare.

*Dall'aprile 2002 fino all'aprile 2004...*

Per cominciare, chiamato ad esprimersi come autorità preposta alla nomina del corpo professorale dell'Università, il Consiglio di Stato friborghese chiese ed ottenne generosamente dal Tribunale amministrativo, a due riprese, il 24 maggio e il 27 giugno 2002, la proroga del termine per la presentazione delle proprie osservazioni. Dopo aver goduto di tali proroghe, finalmente, il Consiglio di Stato friborghese concluse innanzitutto

---

<sup>18</sup> Signora Gabrielle Multone, giudice del Tribunale amministrativo del Canton Friburgo.

all'irricevibilità del mio ricorso e, in via sussidiaria, al suo rigetto nel merito. Circa la pretesa irricevibilità, il Consiglio di Stato si limitò ad avanzare ragionamenti bislacchi e informazioni false e distorte per sostenere che non avrei avuto nessun interesse attuale alla procedura. Sul merito, il Consiglio di Stato affermava per l'essenziale che l'Università doveva imperativamente assumere una donna al fine di beneficiare delle sovvenzioni federali, come previsto dall'Ordinanza del Dipartimento federale degli interni.

Poi, praticamente per due anni, più nessuna notizia. I giudici friborghesi stavano chiaramente configurando un ritardo ingiustificato, che mi avrebbe senz'altro permesso di ricorrere presso il Tribunale federale per denegata giustizia, considerata oltretutto l'estrema semplicità dei fatti e, diciamo pure, anche delle regole giuridiche che a questi fatti andavano applicate. Va notato che, in data 8 luglio 2002, la giudice delegata, dopo avermi molto cortesemente segnalato che fino al 16 agosto 2002 avrei avuto la possibilità di ritirare per iscritto il mio ricorso e di aderire alle motivazioni del Consiglio di Stato, mi aveva informato che, in caso contrario, la procedura sarebbe continuata per sfociare in una sentenza del Tribunale, *«en respectant toutefois l'ordre chronologique de l'inscription des causes au rôle du Tribunal administratif»*. Questa affermazione deve essere confrontata con le statistiche che vengono regolarmente pubblicate dallo stesso Tribunale amministrativo nei suoi Rapporti d'attività<sup>19</sup>. Questi rapporti forniscono infatti dati molto precisi sulla durata delle pratiche presso la Corte amministrativa, che ha trattato il mio ricorso.

Dal Rapporto 2002: *«Durée de la procédure: des affaires liquidées en 2002, 41% l'ont été dans les trois mois depuis leur introduction devant le Tribunal, 22% entre trois et six et 20% entre six et douze mois»*.

Dal Rapporto 2003: *«Durée de la procédure: des affaires liquidées en 2003, 36% l'ont été dans les 3 mois depuis leur introduction devant le Tribunal, 20% entre 3 et 6, 24% entre 6 et 12 mois et 14% entre une et 2 années. Pour 6% des affaires, la décision a été rendue après plus de 2 ans»*.

---

<sup>19</sup> Consultabili su internet all'indirizzo [www.fr.ch](http://www.fr.ch).

Dal Rapporto 2004: *«Durée de la procédure: des affaires liquidées en 2004, 57% l'ont été dans les 3 mois depuis leur introduction devant le Tribunal, 23% entre 3 et 6, 8% entre 6 et 12 mois et 9% entre une et 2 années. Pour 3% des affaires, la décision a été rendue après plus de 2 ans».*

Senza escludere che qualcosa mi sfugga, non essendo uno specialista di statistica, mi pare comunque si possa legittimamente considerare l'ipotesi che, forse, qualcosa non quadra e che l'«ordine cronologico» ufficialmente annunciatomi dalla giudice delegata in realtà è cronologico soltanto per alcuni, e che altri criteri, forse inconfessabili, devono invece servire ai giudici per stabilire la durata delle diverse procedure.

Comunque, sorvolando anche su questo ulteriore aspetto indecente, durante questa lunga attesa seppi sempre pazientare sereno, astenendomi dal rivolgermi al Tribunale federale per denegata giustizia. E ciò per svariati motivi. Innanzitutto, non volevo contribuire a sobbarcare di ulteriore e inutile aggravio il Tribunale federale, verso il cui lavoro nutro un profondo rispetto. In secondo luogo, passata l'arrabbiatura iniziale per il forte sentore di procedura arbitraria<sup>20</sup>, la farsa friborghese cominciava sinceramente a divertirmi e volevo che la giustizia cantonale facesse da sola il proprio corso, rivelando il suo vero volto, senza le interferenze di giudici forestieri. In terzo luogo, avendo nel frattempo cominciato la carriera diplomatica, ebbi il privilegio di trascorrere lunghi periodi all'estero, soprattutto nel subcontinente indiano e nel sud-est asiatico, attraversando numerosi paesi e regioni di ogni colore e religione, dalla catena dell'Himalaya alle isole della Malesia, dalle megalopoli indiane alle giungle thailandesi, incontrando le nobili Principesse di Sarila e di

---

<sup>20</sup> Arbitrario è l'atto di chi opera secondo la propria volontà, il proprio interesse, in modo irragionevole, senza tener conto delle circostanze, della legge, della giustizia. Ossia, fare e disfare a proprio piacimento; l'arbitrio sa spesso di prepotenza e di sopruso (ADELIO SCOLARI, *Diritto amministrativo*, Parte generale). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, esiste arbitrio quando c'è violazione grave e manifesta di una norma giuridica, o quando la decisione contraddice in maniera urtante il sentimento della giustizia e dell'equità. Arbitrarie sono le decisioni che contengono un alto grado di errore, ovvero un errore qualificato, grossolano. Cfr. segnatamente DTF 128 I 19 (cons. 3) e DTF 124 I 310 (cons. 5), con riferimenti.

Galgata, spingendomi fino alle incantevoli vallate del piccolo e remoto Regno buddista del Bhutan e addirittura nella misteriosa regione del Bir-bir, dove scoprii la sua irresistibile marmellata di fragole la cui ricetta non può tuttavia essere svelata<sup>21</sup>.

Per tornare alla giustizia friborghese, ventitre mesi dopo l'introduzione del mio ricorso, il 3 marzo 2004, la giudice delegata realizzò che l'istanza inferiore non aveva mai prodotto l'incarto completo della causa, omettendo di allegare una serie di documenti fondamentali. Praticamente due anni dopo l'introduzione del mio ricorso, il Consiglio di Stato, dando seguito all'ingiunzione del Tribunale amministrativo, mise a disposizione dello stesso l'integralità dell'incarto. Dopo la parodia del giudice di prima istanza, la mia causa sembrava così pronta per essere giudicata da un tribunale indipendente e imparziale. Sembrava.

Invece, con decisione del 31 marzo 2004, il Tribunale amministrativo<sup>22</sup> respinse il mio ricorso nella misura in cui era ricevibile e ai sensi dei considerandi. Già alla prima lettura, la sentenza si rivela essere uno stupefacente strumento didattico, nel senso che dovrebbe essere utilizzata per spiegare agli studenti come non dovrebbe mai comportarsi un giudice, illustrando i numerosi principi fondamentali sfacciatamente violati dalla massima istanza giudiziaria friborghese.

Circa la ricevibilità, i giudici ebbero il coraggio di spiegare che dichiaravano il mio ricorso irricevibile siccome, in pratica, la vittima aveva chiesto un indennizzo troppo modesto. A loro dire, la legge federale sulla pa-

---

<sup>21</sup> È pur vero che questo gran viaggiare e il continuo scoprire sempre nuovi orizzonti, mi confrontò pure con taluni eccessi del turismo di massa, ad esempio nella realtà cingalese, dove realizzai come la scritta «*sanitized for you*» apposta ai luoghi di sollievo pur negli alberghi più lussuosi poteva ridursi a mero simbolo di come, in certe culture, alcuni possano a volte cercare di nascondere anche la verità più crassa dietro una facciata di sorrisi.

<sup>22</sup> Prima Corte amministrativa del Tribunale amministrativo: presidente la signora Marianne Jungo, giudici il signor Christian Pfamatter e la signora Gabrielle Multone. Il sistema giudiziario svizzero non prevedendo l'istituto della «*dissenting opinion*», non ci è purtroppo dato di sapere se la decisione in questione sia stata adottata all'unanimità o se vi sia stato/a un/una giudice dissidente. Ma questa seconda ipotesi ci sembra invero alquanto debole, dato che questo/a ipotetico/a giudice dissidente avrebbe avuto degli argomenti solidissimi per far valere le proprie ragioni sui colleghi.

rità (art. 5) mi avrebbe obbligato ad esigere un'indennità punitiva, non lasciandomi il diritto di limitarmi a chiedere un franco simbolico. Fondandosi su questa perla di ragionamento, i magistrati friborghesi avevano così trovato modo di negarmi l'accesso alla giustizia. Tutto ciò che avevano scovato da citare a sostegno di una tale assurdità era costituito da una sentenza del Tribunale federale vecchia di oltre cinquant'anni, unica ed isolata, relativa ad una disposizione di diritto della famiglia da lungo tempo abrogata e che nulla, ma proprio nulla aveva di comparabile, anche solo lontanamente, con il mio caso<sup>23</sup>.

Forse realizzando loro stessi che dopo due anni di attesa non potevano limitarsi ad uscirsene con una tale panzanata, i giudici friborghesi trovarono l'ardore e anche l'ardire di aggiungere un paio di considerazioni sul merito, ovviamente solo a titolo abbondanziale. Scrissero così che, se anche il mio ricorso fosse stato ricevibile, *«le fait de choisir, à compétences égales, une femme plutôt qu'un homme ne tombe manifestement pas sous le coup de l'interdiction de la discrimination»*. Questa affermazione dimostra ulteriormente e inequivocabilmente il desolante livello dei magistrati in questione, i quali non si erano nemmeno accorti, nei due anni in cui l'incarto aveva dormito nei loro cassetti, che non si trattava affatto di un caso di preferenza femminile a parità di qualifiche, bensì di un'esclusione automatica e assoluta di tutte le candidature maschili.

Ma tant'è. Da questo punto di vista, ero molto felice di potermi finalmente rivolgere al Tribunale federale, autorità della cui competenza e indipendenza non ho mai dubitato, nemmeno un istante.

*Dal maggio 2004 al maggio 2005*

Il 14 maggio 2004 spedii quindi fiducioso il mio ricorso di diritto amministrativo a Losanna.

In meno di un anno, il Tribunale federale accolse pienamente la mia istanza e censurò severamente l'operato del Tribunale amministrativo. La decisione venne presa e notificata alle parti nel mese di marzo 2005; le

---

<sup>23</sup> E che il Tribunale federale non si degnerà nemmeno di menzionare nei suoi considerandi.

motivazioni scritte della sentenza vennero invece comunicate nel mese di maggio, e poi definitivamente pubblicate anche nella raccolta ufficiale delle decisioni della massima autorità giudiziaria svizzera, con il riferimento DTF 131 II 361.

Il Tribunale federale spazzò via l'assurda sentenza friborghese, trovando non solo totalmente contrario alla legge, ma addirittura qualificando letteralmente di «contrario al buon senso e scioccante»<sup>24</sup> il ragionamento con cui la massima istanza giudiziaria di quel cantone aveva dichiarato irricevibile il mio ricorso. Chi ha un minimo di familiarità con la giurisprudenza federale, sa molto bene che termini così perentori e severi vengono utilizzati, se del caso, soltanto con estrema parsimonia da parte della massima istanza giudiziaria svizzera.

Non è mia intenzione, in questa sede, entrare nel merito giuridico della questione delle quote<sup>25</sup>. Infatti, dal mio punto di vista, quella che era ini-

---

<sup>24</sup> Dopo aver fatto ricorso a tutti i possibili metodi di interpretazione per analizzare il citato art. 5 ed aver constatato che tutti smentiscono la fondatezza del ragionamento dei giudici friborghesi e ne sanciscono quindi l'illegalità, il Tribunale federale aggiunge: «Au demeurant, il serait contraire au bon sens voire choquant de refuser à la victime d'une discrimination à l'embauche l'accès à la justice au motif qu'elle ne réclame pas assez d'argent à l'employeur mis en cause» (cons. 4.6).

<sup>25</sup> Mi sembra però importante riportare il passaggio del mio ricorso dove dimostravo come, inequivocabilmente, il legislatore federale, adottando la Legge sulla parità dei sessi, non ha assolutamente inteso creare una base legale per delle quote rigide che non lascino spazio all'esame delle qualifiche individuali di ogni persona. E ciò in relazione a pretese interpretazioni, chiaramente abusive, dell'articolo 3 capoverso 3 di tale legge, che sancisce: «Non costituiscono una discriminazione adeguati provvedimenti per la realizzazione dell'uguaglianza effettiva».

«Le législateur suisse a catégoriquement et expressément exclu la possibilité de fonder un système de quotas sur la LEg. Citons les interventions parlementaires plus significatives (débat sur la LEg): «Wenn Sie jetzt hier gesagt haben, wir würden nun mit diesem Artikel die Quotenregelung einführen so stimmt das schlicht nicht. Diese Angst war schon in der Kommission vorhanden, aber sie ist unbegründet. Ich bitte Sie, die Botschaft des Bundesrates zu lesen» (CN Rosmarie Bär, BO CN 09.03.1994 p. 259). «En aucun cas il ne s'agissait pour la commission de constituer une base pour assurer des quotas» (CN Bernard Comby, rapporteur, BO CN 09.03.1994 p. 260). «Dieser Absatz ist keine Grundlage für eine Quotenregelung im öffentlichen Recht. Also diese Quoten, die wir x-mal abgelehnt haben, will man auch in Zukunft nur aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen einführen; dann können wir wieder dazu Stellung nehmen» (CN Judith Stamm, Berichterstatterin, BO CN 09.03.1994 p. 260)».

ziata come una semplice questione di discriminazione fondata sul sesso si è trasformata in una monumentale ed inquietante questione di disfunzione del potere giudiziario a livello cantonale, non sappiamo e non sapremo mai se dovuta a incompetenza o malafede (*scire nefas?*). In una raccolta di scritti sul tema della devianza, mi sembra quindi più interessante cercare di analizzare almeno brevemente le ragioni che potrebbero ipoteticamente spiegare l'inqualificabile atteggiamento dei magistrati friborghesi.

#### **4. Libere ipotesi sul comportamento dei magistrati**

Dopo aver ricevuto la sentenza del Tribunale cantonale friborghese, nell'aprile 2004, mi sono spesso chiesto come sia potuto accadere che dei magistrati appartenenti alla massima istanza giudiziaria di un cantone svizzero abbiano prodotto una sentenza che il Tribunale federale – unanimemente conosciuto e riconosciuto per la sua quasi proverbiale pacatezza e per misurare con estrema prudenza le proprie parole – si sentirà poi in dovere di qualificare di «scioccante e contraria al buon senso», e che in effetti già a prima vista non poteva non turbare un qualsiasi cittadino dotato di un minimo di ragionevolezza e di fiducia nelle istituzioni.

Le motivazioni di questa mia curiosità andavano ben oltre il diritto, per sconfinare nella psicologia, nella sociologia e fors'anche nell'antropologia. Ho consultato al riguardo diverse persone di diversa formazione e ho identificato tre ipotesi – che ammetto essere semplicemente degli abbozzi molto superficiali e diletteschi – per tentare di spiegare il comportamento dei giudici friborghesi (riservando comunque la possibilità che uno/a di essi si sia trovato/a in minoranza)<sup>26</sup>.

Secondo la prima ipotesi, si tratterebbe molto banalmente di incompetenza, umana e professionale: senza pregiudizi e in perfetta buona fede, i magistrati avrebbero partorito la sentenza a cui sarebbero sinceramente arrivati attraverso un puro ragionamento giuridico, convinti di applicare il diritto vigente e di servire la giustizia.

---

<sup>26</sup> Cfr. *supra* nota 22.

Stando alla seconda ipotesi, si tratterebbe invece di malafede, nel senso che i magistrati si sarebbero in ogni caso prefissati, per ragioni che ci sfuggono, di pronunciare l'irricevibilità o comunque il rigetto del mio ricorso ed avrebbero così – implicitamente o esplicitamente – ordinato ai propri malcapitati cancellieri di sostenere l'insostenibile, confezionando una sentenza vergognosa.

Una terza ipotesi vorrebbe che si sia trattato di un misto di incompetenza e mediocrità, di malafede e di pressioni socio-culturali del *milieu*. Sconclusionati e arroganti, coscienti comunque di non essere personalmente chiamati ad assumere la responsabilità dei propri atti davanti ai cittadini a cui recano pregiudizio, sentendosi addirittura coperti se non protetti dal *milieu* che li sostiene, i magistrati in questione non avrebbero potuto far altro che giungere a questo risultato, non avendo le qualità umane<sup>27</sup> per agire diversamente, in un certo senso quasi per abitudine, forse, o per spirito di gruppo<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Il sociologo Alberoni ben sottolinea che «il potere rende luminose le virtù, ma ingigantisce i vizi», aggiungendo che «per giudicare moralmente una persona dobbiamo domandarci: se costui avesse il potere, come si comporterebbe?». In realtà, «l'esercizio del giusto potere richiede un animo nobile e una grande forza morale, ma sono ben pochi coloro che li posseggono». Sempre secondo Alberoni, è molto grave la situazione che viene a crearsi «quando una persona occupa un posto superiore alle sue capacità, perché allora ne soffrono tutti: l'impresa, i dipendenti, l'istituzione». Spietata quindi la sua conclusione: «il mediocre messo al posto sbagliato, anche quando è onesto, finisce sempre per odiare le persone superiori, soprattutto quando sono aperte e solari. Naturalmente non le affronta a viso aperto. Partecipa, come complice oscuro, alla comune crociata degli incapaci contro i migliori. Per distruggere chi gli ricorda, in ogni istante, con il fatto stesso di esistere, la sua irreparabile mediocrità». FRANCESCO ALBERONI, *L'arte del comando*, Milano 2002, p. 46-48 e p. 165 (2<sup>a</sup> ed. Rizzoli/BUR, 2004).

<sup>28</sup> L'antropologo Malinowski ha studiato a fondo il fenomeno della «legalità primitiva», constatando come, nelle popolazioni primitive, meccanismi «intuitivi» o «inconsci» di «sottomissione istintiva», consolidati in un misterioso «spirito di gruppo» non possano sempre spiegare, perlomeno da soli, perché gli individui di una tribù rispettino determinate regole pur mai scritte né elaborate. Malinowski intuì quindi il carattere molto complesso e diffuso delle forze che costituiscono la legge primitiva, sprovvista della minima organizzazione giuridica. Dopo aver osservato e studiato a fondo il funzionamento della legalità primitiva nelle popolazioni indigene del nord-est della Melanesia, Malinowski teorizzò che «la réciprocité, l'incidence systématique, la publicité et l'ambition sont les principaux facteurs qui, dans la législation primitive, imposent l'obéissance à ses règles et prescriptions». BRONISLAS MALI-

Personalmente, avrei voluto includere, per il beneficio del dubbio, una quarta ipotesi per coprire eventuali possibili ragioni (la pigrizia?) che mi fossero sfuggite, ma nei miei sondaggi amatoriali non ho trovato nessun sostenitore di un'altra ipotetica quarta ipotesi.

È certamente molto arduo pronunciarsi con sicurezza sulle cause esatte del comportamento delle autorità coinvolte<sup>29</sup>. Le numerose persone da me interrogate<sup>30</sup> si sono alla pressoché unanimità espresse in favore della seconda ipotesi, senza voler però escludere del tutto la terza. Nessuno, dico nessuno, ha voluto anche solo considerare l'ipotesi della buona fede<sup>31</sup>.

Dal punto di vista dello Stato di diritto, è chiaro che le tre ipotesi citate sono tutte altrettanto gravi. Sia che si tratti di una vergognosa incompetenza, sia che si tratti di una meschina malafede o ancora di un miscuglio delle due con l'aggiunta di eventuali e impliciti condizionamenti ambientali<sup>32</sup>, il comportamento delle autorità in questione merita la più severa delle censure, poiché grossolanamente contrario ai criteri dettati dalla Costituzione, dallo Stato di diritto, nonché dalle più elementari regole deontologiche<sup>33</sup>.

---

NOWSKI, Moeurs et coutumes des Mélanésiens - Trois essais sur la vie sociale des indigènes trobriandais, Paris 1933, p. 48-51.

<sup>29</sup> Interrogato dal quotidiano romando 24Heures (25.05.2005) avevo comunque espresso una prima valutazione generale: «*Toute la procédure cantonale a été très longue et grotesque. Dans ce dossier, les juges fribourgeois ont fait preuve d'une incompetence crasse, voire de mauvaise foi: c'est indigne de la justice et préoccupant pour l'Etat de droit. Je suis donc ravi de lire que le Tribunal fédéral qualifie carrément de «contraire au bon sens, voire choquante» la décision d'irrecevabilité des autorités cantonales, qui avaient essayé de me refuser l'accès à la justice (n.d.l.r.: parce que l'indemnité demandée n'était pas suffisante). Au début de toute cette affaire, je voulais porter devant la justice un cas de discrimination. Aujourd'hui, il me semble surtout montrer les dysfonctionnements de la justice sur le plan cantonal. (...)*».

<sup>30</sup> Fra le quali anche diversi Friborghesi, in particolare giuristi.

<sup>31</sup> Ma nessun procuratore pubblico penserà a verificare l'ipotesi di un'eventuale configurazione del reato previsto all'art. 312 del Codice penale (abuso di autorità).

<sup>32</sup> I fattori che insidiano l'indipendenza dei giudici sono molteplici e attengono al complesso delle interazioni personali, sociali ed economiche nelle quali essi sono necessariamente integrati e coinvolti e che tendenzialmente sono suscettibili di trasformarsi in vincoli tanto più reconditi quanto condizionanti; MARCO BORGHI, Incostituzionalità dell'ingerenza dei partiti, op. cit., p. 62.

<sup>33</sup> A Friburgo, per la buona e dovuta forma, la legge cantonale sull'organizzazione del

## 5. Conclusioni

Che si tratti di malafede oppure di incompetenza, i magistrati in questione sono venuti meno al compito fondamentale assegnato alla funzione giudiziaria in uno Stato di diritto. Essi non hanno saputo o voluto attenersi al diritto e alla giustizia, gestendo la procedura in modo anomalo, deviato, per ragioni e per fini che, come abbiamo visto, ci sfuggono ma nulla hanno a che vedere con la Costituzione e le leggi. Abbiamo così visto come i nemici dello Stato di diritto possano trovarsi addirittura dentro le istituzioni stesse, nascondendosi dietro gli aspetti formali della legge<sup>34</sup>, negandone la concretizzazione degli aspetti materiali; ovvero negando le libertà e i diritti dei cittadini nella loro sostanza.

In questa controversia, il danno causato da questi giudici si è potuto riparare unicamente grazie al Tribunale federale, autorità al di sopra di ogni sospetto. Ma quanti altri cittadini, in situazioni analoghe, non avrebbero avuto la forza di volontà, il coraggio, la serenità, le competenze o le risorse necessarie per portare la propria causa fin dinnanzi alla massima autorità giudiziaria svizzera? Quanti altri cittadini hanno subito o subiranno ancora gravi ingiustizie proprio da parte di quelle persone paradossalmente incaricate di tutelare il rispetto della legge e della giustizia?

In altre parole, dove è andato a finire il principio della responsabilità dei magistrati? Come deve reagire lo Stato di diritto quando dei magistrati si dimostrano in malafede o incompetenti? Cosa fare di fronte a magistrati che disconoscono il ruolo fondamentale della funzione giudiziaria in uno Stato di diritto? Come evitare che la fiducia della collettività nei con-

---

Tribunale amministrativo (151.1) stabilisce che «Avant d'entrer en charge, les membres du Tribunal administratif prêtent serment devant le Grand Conseil ou font devant lui la promesse solennelle de remplir fidèlement leur fonction. L'élection devient caduque lorsque le magistrat élu refuse de prêter serment ou de faire la promesse solennelle» (art. 10).

<sup>34</sup> Tocqueville affermava che «le peuple ne pénétrera jamais dans le labyrinthe obscur de l'esprit de cour; il découvrira toujours avec peine la bassesse qui se cache sous l'élégance des manières, la recherche des goûts et les grâces du langage» (ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, capitolo «De la corruption et des vices des gouvernants dans la démocratie: des effets qui en résultent sur la moralité publique»).

fronti della competenza, della serenità e dell'imparzialità della Giustizia diminuisca irrimediabilmente? Non mi risulta che qualcuno, nelle istituzioni, si sia interessato al caso qui descritto, che si sia proceduto a degli approfondimenti, presi dei provvedimenti per accertare responsabilità e capacità, meriti e demeriti, che si siano riviste delle nomine o delle carriere.

È vero che sono numerosi i magistrati che contribuiscono, svolgendo correttamente e coscienziosamente la propria funzione, a limitare gli eccessi e a ricucire per quanto possibile lo strappo nella coscienza sociale dei cittadini. Tuttavia, non sarebbe opportuno cominciare a riflettere su ulteriori e più efficaci meccanismi e garanzie istituzionali in questo senso?

Sono questioni intimamente legate all'essenza stessa della democrazia<sup>35</sup>, che mi ispirano le seguenti cinque brevi considerazioni conclusive:

1. Non si insisterà mai abbastanza sull'importanza di migliorare i **meccanismi di selezione** dei magistrati, al momento della nomina, per tenere maggiormente conto delle loro qualità di giuristi e di esseri umani<sup>36</sup>.
2. **La preparazione e l'imparzialità** dei magistrati sono veri e propri pilastri dello Stato di diritto e meritano maggior attenzione di quanta ne ricevano oggi per esempio nel dibattito politico e istituzionale.
3. **Le vie legali di ricorso al di fuori del cantone** restano (purtroppo) fondamentali in Svizzera. Ogni limitazione dell'accesso alle istanze giudiziarie federali rappresenta una limitazione diretta della protezione dei cittadini, che li lascia indifesi contro gli eventuali abusi e rafforza il rischio di esasperazioni e di reazioni di rigetto purtroppo sempre più diffuse in una società la cui fiducia verso le istituzioni sembra affievolirsi.

---

<sup>35</sup> Per un'interessante serie di analisi sui rapporti fra democrazia e Stato di diritto, riferite alle esperienze concrete di diversi paesi di diverse regioni del mondo, si veda la *Revue internationale des sciences sociales*, n. 152 (luglio 1997), Parigi.

<sup>36</sup> Non mi capita raramente di sentire giovani giuristi impegnati e motivati (di diversi cantoni) lamentarsi dicendo che sarebbero interessati ad una carriera giudiziaria ma che ciò non è possibile senza passare per la trafila delle adesioni e degli appoggi partitici; partiti a cui del resto la stragrande maggioranza della popolazione non aderisce.

4. Bisogna riflettere su nuove e più efficaci regole in materia di **responsabilità individuale dei giudici**<sup>37</sup>. Promozioni e carriera dei singoli magistrati devono realmente dipendere dalla qualità del loro operato. Meccanismi trasparenti e criteri misurabili devono essere discussi, ovviamente con le dovute garanzie<sup>38</sup>. Ci si può ad esempio chiedere se, in una procedura di ricorso, qualora l'istanza superiore abbia constatato un errore grossolano o un abuso, non dovrebbero **obbligatoriamente** scattare degli accertamenti e, se del caso, delle **sanzioni** individuali nei confronti dei giudici personalmente responsabili. Per tali situazioni di abusi o di errori grossolani debitamente appurati, prevedere la responsabilità individuale del magistrato non sarebbe in contrasto con la garanzia della sua indipendenza. La questione va affrontata serenamente, con la consapevolezza che nessuno in uno Stato di diritto può esimersi dal rendere conto del proprio operato.

5. Per concludere, è importante **superare il riflesso culturale** – ancora troppo diffuso – secondo cui, sempre e automaticamente, le affermazioni dei membri delle autorità godono di una presunzione di maggior attendibilità laddove contrapposte a quelle del cittadino, troppo spesso liquidato come querulomane più o meno paranoico quando denuncia scorrettezze<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul tema cfr. ad esempio FRANCESCA BIONDI, La responsabilità del magistrato, Milano 2006; oppure il rapporto pubblicato in Quaderni del Consiglio superiore della magistratura, 1992/55, p. 123 ss.; o ancora le sempre attuali riflessioni del giudice costituzionale italiano GUSTAVO ZAGREBELSKY, La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento: prospettive di riforma, in: Giurisprudenza costituzionale, 1982, p. 780-781.

<sup>38</sup> Secondo la Raccomandazione n. R.(94) 12 del 13 ottobre 1994 adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, sull'indipendenza, l'efficacia e il ruolo dei giudici, «toute décision concernant la carrière professionnelle des juges devrait reposer sur des critères objectifs et la sélection et la carrière des juges sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité» (Principio I.2.c). Nello stesso senso, il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei dà particolare rilievo alla deontologia, ai comportamenti incompatibili con la professione e all'imparzialità; cfr. Avis n. 3, CCJE (2002) Op. n. 3, del 19 novembre 2002, consultabile sul sito [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>39</sup> Emblematica al riguardo è la tanto paradossale quanto tradizionale stigmatizzazione pubblica del denunciante nei casi di sospetta corruzione: chi denuncia tali casi, infatti, rischia molto spesso di trovarsi egli stesso, anziché i sospetti corrotti e corruttori, oggetto di procedimento penale per pretesa calunnia o diffamazione nonché sotto la pressione di gruppi di potere.

Anche i membri delle autorità possono commettere degli abusi: di fronte a delle denunce puntuali, si analizzi oggettivamente caso per caso, tenuto conto di tutti gli elementi e senza preconcetti.

Questo anche per impedire che, dimenticando l'ammonimento di Montesquieu – secondo cui «è un dato di eterna esperienza che ogni uomo dotato di potere è portato ad abusarne e che il suo potere si espande finché non incontri dei limiti»<sup>40</sup> – si arrivi a distruggere irrimediabilmente la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni.

---

<sup>40</sup> MONTESQUIEU, in: *De l'esprit des lois*.