

IL GIUDICE TRA ETICA, DIRITTO E LEGGE

Pierfrancesco GROSSI*

SOMMARIO: I. I soggetti. II. La legge ed il diritto come sinonimi. III. La legge ed il diritto: una possibile distinzione basata sulla efficacia formale delle norme. IV. La legge ed il diritto: altra possibile distinzione coincidente con quella fra diritto scritto e non scritto. V. La legge ed il diritto come contrapposizione fra la singola norma e l'intero complesso normativo; il problema dell'equità. VI. Il significato dell'etica per la funzione del magistrato: il caso della legge ingiusta. VII. L'etica prevista o richiamata nella legge. VIII. L'etica come deontologia professionale.

I. I SOGGETTI

La complessa problematica proposta oggi alla nostra riflessione richiede alcune riflessioni preliminari, intese a chiarirne i termini di riferimento.

Anzitutto in relazione al giudice, vale a dire a tutti gli organi cui nel sistema è commesso l'arduo compito di giudicare, reintegrando nella sua pienezza e nella sua effettività l'ordinamento violato od anche semplicemente contestato: risultino essi stabilmente inquadrati nei ruoli organici delle varie Magistrature oppure si definiscano come onorari; siano ordinari —vale a dire inseriti nell'ordinamento giudiziario—, amministrativi e contabili o comunque speciali; di legittimità o di merito; civili o militari. Per essi si è altra volta posta in evidenza la peculiare posizione di organi della comu-

* È stato Magistrato dell'Ordine giudiziario dal 1959 al 1977, pervenendo alla qualifica di Consigliere di Corte d'appello e prestando servizio anche presso la Corte Costituzionale. Attualmente Direttore della Scuola di specializzazione per le professioni legali presso la Libera Università Maria SS. Assunta (LUMSA).

nità, pur se legati e collegati da un rapporto di servizio all'Amministrazione statale: posizione questa che sola può conferire loro quella condizione di terzietà che è particolarmente necessaria per tutte le controversie che vedano coinvolti lo Stato-soggetto e le istituzioni governanti, senza la quale cioè la persona dello Stato assumerebbe la duplice e contraddittoria veste di giudice e parte. È bene sottolineare, peraltro, ad evitare fraintendimenti sempre possibili e talvolta concretamente verificatisi: a) che quel loro *jus dicere* a nome del popolo (*cf.* articolo 101 al. Cost.) non implica un rapporto né di rappresentanza, né di responsabilità politica verso di esso, posto che il sistema di provvista per gli uffici giurisdizionali, pur nella sua diversificata articolazione, si rivela ispirato a criteri tecnici; b) che, a sua volta, il popolo, pur definito sovrano all'art. 1 capv. della Costituzione, esercita la sua sovranità nelle forme e nei limiti di questa, per cui non può neppur esso disattendere, o pretendere che siano da altri disattese, nei casi concreti le leggi vigenti perché inopportune, ma può soltanto provocarne direttamente mediante referendum od indirettamente per il tramite delle Assemblee rappresentative la abrogazione.

È ancora da aggiungere sul punto che molte delle notazioni che seguiranno possono, e forse debbono, venir estese ai rappresentanti del pubblico ministero, anch'essi innegabilmente magistrati e chiamati ad esercitare "la funzione giurisdizionale" —quelli ordinari— dall'articolo 102 al. Cost., in quanto membri di "un Ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere" (articolo 104 al.) e come tali presenti o rappresentati nel Consiglio Superiore della Magistratura (articolo 104, terzo e quarto comma) e garantiti dallo stesso tipo di inamovibilità e di procedura disciplinare previste per i giudici (articolo 107, primo e secondo comma); tutelati dalla stessa indipendenza dei giudici quelli appartenenti alle giurisdizioni speciali (articolo 108 capitolo v.) e sempre indistintamente compresi nella comune dizione "Corte dei conti" quelli operanti presso tale Istituto (articolo 100, secondo e terzo comma; 103, secondo comma). Non è, tuttavia, né da dimenticare, né da sopravvalutare, la norma che, a differenza che per i giudici, rimette all'ordinamento giudiziario —e perciò affida alla riserva totale di legge al riguardo predisposta (articolo 108, primo comma)— la disciplina delle garanzie per il pubblico ministero (articolo 108, capitolo v.): ammettendo così la possibilità di una attenuazione della indipendenza, sotto il profilo interno all'ufficio, dei Sostituti rispetto al Procuratore della Repubblica e della Procura della Repubblica rispetto alla Procura Generale territorialmente competente. In

nessun caso mi sembra, peraltro, possibile argomentare da questa disposizione in favore della legittimità di una ipotetica riforma per mezzo di una legge ordinaria diretta ad introdurre la separatezza delle carriere, opponendosi l'ostacolo dell'articolo 107, terzo comma, che nell'ambito della comune ed unitaria categoria dei magistrati non consente altra distinzione, se non quella basata sulla diversità delle funzioni.

Proprio a questa fondamentale distinzione di funzioni, e con maggior precisione dovrebbe dirsi al modo del loro svolgimento, si ricollega la vera e profonda differenza fra gli uni e gli altri e consistente, rispettivamente, nella esclusiva soggezione alla legge (articolo 101 capitolo v.) e nell'obbligo di esercitare l'azione penale (articolo 112).

II. LA LEGGE ED IL DIRITTO COME SINONIMI

Con ciò, accantonando per il momento per ragioni di comodità espositiva la problematica che si riferisce all'etica, ci troviamo già alle prese con le difficoltà che suscita la prima delle distinzioni in esame: quella cioè fra la legge ed il diritto.

Ora, non è dubbio che in alcuni casi essa sia da respingere, come quando le due parole siano usate come sinonimi: *dura lex, sed lex* da un lato e *summum jus, summa iniuria* dall'altro ne offrono, nella saggezza popolare, diffusa ed inoppugnabile testimonianza. Nello stesso senso aggiungerei pare altrettanto incontrovertibile che proprio il principio, da ultimo ricordato, della esclusiva soggezione alla legge intenda riferirsi, nella sua testuale espressione, all'intero ordinamento e perciò al diritto oggettivo nel suo insieme, non diversamente da quanto avviene per il dovere di rispettare le leggi, sancito per tutti i cittadini all'articolo 54 al. Con la sola differenza, peraltro meramente formale, che nell'un caso la Costituzione è compresa e potrebbe forse dirsi confusa nell'insieme delle leggi, quasi a sottolinearne il comune significato precettivo e non meramente programmatico; nell'altro, invece, è stata distintamente menzionata, forse per evidenziare —nel ricordo di altre Carte costituzionali nelle quali l'espressione ha assunto e svolto un ruolo fondamentale per giustificare la introduzione di un sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi— che queste ultime, in tanto vanno osservate, in quanto non contrastino con quella. Ancora direi che legge e ordinamento coincidono nella regola di cui all'articolo 111, secondo comma, che garantisce il “ri-

corso in Cassazione per violazione di legge”, allo stesso modo in cui nelle norme sulla giustizia amministrativa con la violazione di legge si indica uno dei tre tipi di vizi che possono dar luogo ad impugnative innanzi ai T. A. R. ed al Consiglio di Stato.

In tutti questi casi ed ai fini predetti il giudice dovrà distinguere non fra legge e diritto, ma fra ciò che va considerato diritto o legge in base ad una scelta positiva dell’ordinamento statale e ciò che tale non è, pur godendo o potendo godere in questo di una innegabile rilevanza e di una garanzia di applicazione e pur avendo —considerato in sé ed in sede di teoria generale (almeno quella kelseniana)— natura normativa; in altre parole, fra il diritto dello Stato, sia pur largamente inteso, ed il diritto riconosciuto come esistente ed operante nel suo ambito. Penso, in particolare, a tutte le fattispecie di norme c.d. interne (regolamenti amministrativi, istruzioni, direttive, circolari, normali, ordini di servizio, bandi di concorso, eccetera.); penso al diritto straniero oggetto di rinvio formale diversamente da quello per così dire nazionalizzato attraverso un rinvio materiale; penso al c.d. diritto dei privati, la cui autonomia si realizza in contratti che hanno “*forza di legge fra le parti*” (articolo 1372 Codice Civile); agli accordi ed ai contratti collettivi di lavoro di diritto comune, ai regolamenti condominiali, a quelli di privati consorzi, agli atti costitutivi ed agli statuti delle fondazioni, delle associazioni con personalità giuridica e delle società commerciali, agli accordi fra gli associati in associazioni non riconosciute, agli statuti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica; alle sentenze che, una volta passate in giudicato, fanno stato con il loro accertamento ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa (articolo 2909 cod. civ.); agli atti amministrativi a contenuto generale ed a quelli destinati ad integrare disposizioni normative (elenchi di sostanze stupefacenti, di piante officinali, tabelle di giuochi proibiti, strumenti, piani e programmi urbanistici di vario genere e tipologia: territoriali, di coordinamento e paesistici, regolatori generali e particolareggiati, di fabbricazione e di lottizzazione, eccetera.).

La ricerca per il giudice verte il più delle volte sulla problematica identificazione del criterio implicitamente accolto nell’ordinamento per riconoscere, o meglio attribuire, il carattere della normatività: quello della generalità (ovvero della astrattezza per così dire orizzontale); quella della suscettibilità di indefinita applicazione nel tempo, anche se per una fattispecie predeterminata e circoscritta (ovvero della astrattezza per così dire verticale); quello relazionale, consistente nella capacità innovativa,

ed eventualmente pur solo derogatoria, rispetto al diritto preesistente; quello, infine, desumibile dalla sua finalità, ispirata all'esigenza di costituire l'ordinamento prima o più che rivolta alla cura di un puntuale e concreto interesse pubblico o privato. In secondo luogo, e solo se venga risolto positivamente quel primo quesito, l'indagine si sposterà sull'ulteriore interrogativo diretto ad accertare se le fonti di una tale normativa siano comprese nel novero di quelle del diritto statale.

Inoltre, per quel che attiene specificamente alla sua esclusiva soggezione alla legge, sono da aggiungere alcune peculiari notazioni. La prima è che tale regola non si propone, in realtà, come assoluta né indefettibile, ma soffre di una eccezione costituita dal vincolo che deriva per il giudice di rinvio dal principio di diritto fissato dalla Cassazione (articolo 384 al. e 143 att. Codice delle Procedure civile; 546 al. e 543, comma quinto, cod. proc. pen. 1930; 627.3 e 173.2 e 3 att. Codice delle Procedure Penali vigente): eccezione che la Corte costituzionale ha inutilmente tentato di misconoscere con la sentenza n. 50 del 1970, sulla scia di un analogo atteggiamento assunto dal *Bundesverfassungsgericht* (2a. sezione) con il *Beschluss* del 17 gennaio 1961, n. 9, e che invece trova la sua giustificazione —come acutamente ha rilevato d'Atena— grazie alla presenza in Costituzione degli articolo 111 capv., 104 terzo comma e 106 terzo comma.

La seconda si basa sulla constatazione che essa —sebbene maggiormente pregnante rispetto a quella che, in altri sistemi, obbliga al rispetto del precedente— si indebolisce quanto più dal legislatore, incapace o restio a scegliere ed incline piuttosto a mediare, si adottino formulazioni ambigue od incomplete facendo uso di clausole generali e nella loro generalità, quindi, a contenuto indeterminato, secondo un indirizzo che per queste ultime ha riscosso talvolta qualche motivo di plauso per la maggiore elasticità che ne deriva ad un sistema la cui normazione, stentando a seguire con la necessaria tempestività i ritmi imposti dalle esigenze e dallo sviluppo di una società in continua evoluzione, rischierebbe altrimenti una rapida obsolescenza. Certamente va dato atto che in questo modo si sono caricati, e meglio si direbbe scaricati, sulle spalle dei giudici compiti sempre più gravosi e che la supplenza di essi alle frequenti carenze e crisi nella funzionalità del Parlamento si è il più delle volte rivelata provvidenziale. Non può, peraltro, ignorarsi il pericolo che si ingeneri nel loro bagaglio professionale una tendenza che finirebbe per dirsi necessitata a compiere opzioni di sapore innegabilmente politico, una abitudine a creare più che ad interpretare il diritto, una aspirazione

ad emettere giudizi di valore senza conoscere il peso della correlativa responsabilità. Quanti non sempre infondatamente lamentano e deplorano un processo di progressiva politicizzazione della Magistratura e lo imputano a sete di potere da parte dei giudici dovrebbero forse riflettere con maggiore attenzione su alcune delle più importanti cause del fenomeno.

La terza nasce dal rilievo che la soggezione in esame presuppone la validità della norma da applicare e che in difetto di tale presupposto sorge anzi il dovere puntualmente contrario di non applicarla.

III. LA LEGGE ED IL DIRITTO: UNA POSSIBILE DISTINZIONE BASATA SULLA EFFICACIA FORMALE DELLE NORME

A questo punto, peraltro, ci si accorge che l'analisi del modo di adempiere siffatto dovere introduce il criterio per una prima possibile distinzione fra legge e diritto, qualora si voglia intendere per l'una l'atto normativo così denominato ed approvato dal Parlamento, dai Consigli regionali e da quelli delle Province autonome di Trento e Bolzano, nonché gli atti ad essa equiparati sotto il profilo della forza formale; per l'altro, invece, tutte le rimanenti fonti e norme dell'ordinamento.

Con la conseguenza che per queste ultime il controllo sulla validità si svolge in una maniera diffusa e compete ad ogni giudice; per le prime, invece, risulta accentrato nella Corte costituzionale, ai giudici comuni spettando unicamente la competenza a sollevare anche d'ufficio la relativa questione quando non appaia manifestamente infondata e si riveli rilevante ai fini della decisione della controversia di cui sono investiti.

Così impostata la distinzione, gli aspetti più delicati riguardano la individuazione degli altri atti aventi forza di legge, oltre alle leggi delegate, ai decreti legge, a quelli che contengono norme di attuazione per gli statuti delle regioni ad autonomia speciale, agli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria, ai bandi militari, alle pronunce referendarie qualora sia risolto affermativamente —come sembra da condividere— il dubbio circa la loro normatività. Il criterio che pare preferibile, o che appare comunque diffusamente accolto, è quello relazionale, basandosi sulla idoneità dell'atto ad abrogare le leggi anteriori e sulla sua resistenza ad essere abrogato se non da leggi posteriori.

Quanto ai decreti legge, peraltro, non può non notarsi che tanto dai giudici comuni, quanto e soprattutto da quello costituzionale, sia stata

completamente trascurata quella autorevolissima, sebbene minoritaria, dottrina, che, ripristinata l'antica tricotomia tra l'obbligatorietà (per i cittadini), efficacia (per gli organi amministrativi dipendenti) e validità (per i giudici) della legge, riconosceva a tali atti soltanto la seconda delle tre enunciate caratteristiche, coerentemente al disposto del secondo comma dell'articolo 77 che li definisce come "*provvedimenti provvisori con forza di legge*" e conformemente al primo comma dello stesso articolo che contiene il divieto di assegnare loro il "*valore della legge ordinaria*", nonché al suo terzo comma che muovendo dalla premessa certa della loro originaria invalidità ne prevede i tempi utili per la conversione in legge. Più chiaramente, l'atto, posto in essere in casi straordinari di necessità e di urgenza, si imporrebbe per la sua forza equiparata a quella della legge a tutti pubblici uffici, non vincolerebbe tuttavia direttamente i privati, né potrebbe venir applicato dai giudici nel bimestre di oggettiva incertezza caratterizzato dalla sua invalidità e, pertanto, dalla attesa della sua eventuale conversione in alternativa alla sua retroattiva decadenza. L'aver negletto questa impostazione ha prodotto una serie di gravissimi inconvenienti, tali da ingenerare una innegabile situazione di incertezza del diritto: decisioni giudiziarie definitive od anche interlocutorie che *in itinere* rischiavano di perdere il loro fondamento e venivano sino alla decisione n. 360 del 1996 della Corte costituzionale transitoriamente puntellate da una teratologia di interventi ortopedici diretti a reiterare persino retroattivamente nell'arco complessivo talvolta di ben quattro anni ed in un caso sino a venticinque volte il contenuto dei decreti non convertiti. E ciò —grazie anche all'ambiguo silenzio dell'articolo 15, comma secondo, lett. c) della legge n. 400 del 1988, che si limitava a vietare unicamente la riproposizione dei decreti non convertiti a seguito di esplicito rifiuto del Parlamento— nella elusione del principio che sancisce la loro decadenza ed in violazione della norma che riserva esclusivamente alle Camere la facoltà di regolare con legge i rapporti sorti sulla base di essi (articolo 77, ultimo comma). Parallelamente accadeva —e può tuttora accadere— che questioni di legittimità ad essi relative vengano rimesse alla Corte costituzionale, ma poi, nelle more del giudizio di questa, smarriscono la loro ragion d'essere.

Sempre nell'ambito della distinzione così tracciata tra legge e diritto, non può neppure dimenticarsi il potenziale conflitto che, in occasione delle c.d. pronunce interpretative di rigetto, ha opposto il giudice del processo principale alla Corte, quanto all'effettivo significato da dare alla

disposizione denunciata: l'uno rivendicando la sua insopprimibile libertà interpretativa delle leggi, l'altra il compito di ricondurre ed armonizzare —quando possibile— queste alla luce del diritto costituzionale. Mentre, secondo l'opinione maggiormente persuasiva, non sembra che il giudice *a quo* possa venir limitato nella sua funzione se non in senso negativo, vale a dire a non insistere nella esegesi della legge che la Corte abbia scartato, senza peraltro alcun impedimento a ricercare una terza possibile lettura che appaia compatibile con la logica dell'ordinamento e con i precetti costituzionali, certamente tutti gli altri giudici non vengono minimamente vincolati da pronunce di rigetto che operano con efficacia *inter partes*. Di qui l'eventualità che una legge, divenuta diritto vivente per la concorde interpretazione dei giudici comuni, prevalga nell'ordinamento su quella risultante dalla ricostruzione del solo giudice costituzionale e costringa questo, se nuovamente investito della stessa questione, ad adoperare lo strumento della pronuncia interpretativa di accoglimento.

IV. LA LEGGE ED IL DIRITTO: ALTRA POSSIBILE DISTINZIONE COINCIDENTE CON QUELLA FRA DIRITTO SCRITTO E NON SCRITTO

Sotto altro profilo, la tematica del giudice posto fra legge e diritto può, invece, ricostruirsi identificando la prima con il diritto scritto ed il secondo con il diritto non scritto o, più precisamente, l'una con il diritto formulato e l'altro con quello non formulato. La contrapposizione si apparenta, anche se non coincide per intero, con quelle fra le disposizioni poste da fonti atto ed il diritto derivante da fonti fatto, fra disposizioni e norme, oltre che fra regole e principii. E si riflette in qualche modo anche sul terreno delle fonti di cognizione, altra essendo la difficoltà di apprendere ed interpretare il testo di una legge che consta di puntuali prescrizioni, pur nella inevitabile incertezza che discende dalla struttura parzialmente aperta e semanticamente polivalente del linguaggio in genere e di quello giuridico in specie; altra ancora quella di cogliere l'esistenza ed il senso di norme che l'interprete, e perciò anche e soprattutto il giudice, deve ricostruire e poi descrivere indagando, per esempio, sugli effetti prodotti dalla necessità come fonte del diritto o sui significati deontologici emergenti dai comportamenti consuetudinari dei consociati.

Vengono qui in rilievo una serie di problematiche cui è possibile solamente fare un sobrio e sintetico accenno per segnalare l'intensità e la di-

versità dell'impegno che si richiede al giudice, destinato quotidianamente ad operare fra legge e diritto.

Così, per esempio, quanto alle fonti atto è da interrogarsi sulla possibilità di esistenza di disposizioni prive di reale contenuto normativo e da chiedersi altresì se queste, quand'anche giuridicamente insignificanti allorché valutate isolatamente come i preamboli, le mere dichiarazioni di intenti, le affermazioni di assiomi filosofici o le enunciazioni di ideali e di programmi politici, non acquistino o recuperino un valore normativo, se lette in unione ed in correlazione ad altre norme compresenti nel sistema che con quelle reciprocamente si completino e si integrino.

Relativamente alle fonti fatto, invece, rimane da accertare e chiarire il misterioso e controverso fondamento di quelle *extra ordinem*, che riescono ad entrare in vigore cioè nonostante l'assenza o addirittura il divieto di una apposita regola sulla produzione: si ricordi in proposito l'insegnamento del Romano, secondo cui non solo la consuetudine *contra* o *praeter legem*, ma anche quella *secundum legem* è da ritenere “*un fatto di per sé normativo*”, perché “*se la legge si richiama ad una consuetudine e non ad un uso di fatto, ciò vuol dire necessariamente che non è la legge che alla prima attribuisce il carattere di fonte del diritto, ma che tale carattere preesiste e dalla legge è soltanto riconosciuto, oppure le vengono riconosciuti ulteriori effetti*”.

La distinzione fra le due categorie di fonti predette rileva, del resto, per il giudice anche nel limitato settore dei principii giuridici.

Si pensi, da un lato, a quelli fissati esplicitamente nelle leggi di delegazione come limiti per i decreti delegati od ancora a quelli contenuti implicitamente in tutte le leggi, intese come singole disposizioni normative, che ne seguono il grado, valgono come parametro per il controllo delle fonti inferiori e si utilizzano ai fini dell'*analogia legis*; dall'altro, a quelli denominati generali in quanto diffusi nell'intero ordinamento e perciò emergenti anche da fonti fatto, privi conseguentemente di una propria qualificazione gerarchica, cui si ricorre per l'*analogia juris*. Si pensi, pure, per la prima categoria, a quelli fondamentali delle materie, enunciati dalle leggi cornice o desumibili dalla preesistente legislazione statale nel settore, indicati come vincolo per la legislazione regionale concorrente o ripartita; per la seconda, invece, a quelli, chiamati ancora una volta generali dell'ordinamento ma in un senso diverso dal precedente, perché si impongono come limite anche alla potestà legislativa piena od esclusiva e non possono, quindi, trarsi da questo stesso tipo di fonti o da fonti di

rango inferiore. Si pensi, infine, ai principi della Costituzione, formalmente inseriti cioè in quella legge fondamentale, scritta e rigida, che sovrasta tutte le altre ed ai principi istituzionali dell'intero ordinamento costituzionale, materialmente inerenti secondo la nota concezione del Romano alla stessa esistenza e struttura dello Stato, di ogni tipo di Stato.

V. LA LEGGE ED IL DIRITTO COME CONTRAPPOSIZIONE FRA
LA SINGOLA NORMA E L'INTERO COMPLESSO NORMATIVO;
IL PROBLEMA DELL'EQUITÀ

Queste ultime esemplificazioni richiamano, infine, un terzo possibile scenario sul quale si muove l'opera del giudice tra legge e diritto, contrapponendosi la singola disposizione o norma al diritto come complesso normativo che ne orienta e ne condiziona la interpretazione.

Da un tale punto di vista il giudice avverte, infatti, il frequente verificarsi di antinomie e si adopera per dirimerle, volta a volta applicando criteri di specialità, di sussidiarietà, di successione cronologica, di prevalenza gerarchica o di competenza, che ne impediscano le paventate collisioni. Nella stessa prospettiva, ma in senso diametralmente opposto, a lui tocca altresì di intervenire per colmare le inevitabili lacune ed anomalie presenti nelle leggi alla luce della indefettibile completezza dell'ordinamento statale, con l'uso del già menzionato strumento della analogia ed ove questo non sia tecnicamente o giuridicamente consentito, ricorrendo come ultima *ratio* all'argomento *a contrario*. Credo che qui si tocchi con mano come il senso delle norme che pur concorrono a comporre ed alimentare il complesso del diritto oggettivo muti di continuo per effetto della connessione che in esso si realizza e che vive una sua dinamica e ne determina un costante rinnovamento, non di rado operando una eterogenesi dei fini, pur quando i testi normativi permangano inalterati nella loro lettera.

Ne discende, fra l'altro, che il tradizionale e fondamentale principio, secondo cui *jura novit curia*, pare correttamente e realisticamente da intendere nel senso di un dovere istituzionale per l'organo giudicante di conoscere le singole fonti, sollevando le parti dal corrispondente onere probatorio, più che in quello di una situazione esistenziale di effettiva conoscenza del sistema, solo approssimativamente intuito più che definitivamente acquisito e ricostruito una volta per tutte nella sua totalità e completezza.

Da ultimo, ma non per ultimo, il confronto così impostato fra legge e diritto offre occasione per apprezzare come questo, a differenza di quella, permetta e talvolta richieda (cfr. articolo 113 capitolo v. Codice delle Procedure Civili) al giudice di non decidere una lite secondo un parametro giuridicamente precostituito, ma in base ad un criterio che meglio si attaglia al caso concreto, ispirandosi ad equità, o meglio al suo soggettivo sentimento di equità e di giustizia.

VI. IL SIGNIFICATO DELL'ETICA PER LA FUNZIONE DEL MAGISTRATO: IL CASO DELLA LEGGE INGIUSTA

L'atteggiamento del giudice innanzi al problema dell'etica comporta, a sua volta, che se ne chiariscano tre diverse possibili impostazioni.

C'è anzitutto un'etica che investe direttamente la persona che ricopre la carica, più che l'organo chiamato a giudicare, e riguarda il comportamento da tenere di fronte alla legge ingiusta da parte di un soggetto che abbia assunto l'impegno solenne, ed asseverato da giuramento, di fedeltà all'ordinamento e di adempimento delle proprie funzioni con disciplina e con onore. È questo un tema classico che coinvolge la libertà di coscienza del giudicante, sul quale ho avuto modo di diffondermi in qualche considerazione proprio in questa sede in occasione di un breve incontro dei Giuristi Cattolici l'anno scorso: e nello scarso lasso di tempo trascorso non mi è avvenuto di cambiare le idee allora esposte.

Ricordavo in quella circostanza come anche un giurista appassionato e passionale come Calamandrei, ma di una grande religiosità laica, avesse affermato che

un caso di coscienza tra i più angosciosi e patetici, che possono presentarsi nella vita pratica del diritto, è quello del giurista che sia chiamato ad applicare come giudice... una legge che moralmente gli ripugna. Egli si sentirà tentato, nell'interpretarla, a farla apparire non come sa che è, ma come vorrebbe che fosse: sarebbe portato, pur senza potersi apertamente ribellare ad essa, ad attenuarla, ad aggirarla, ad introdurre distinzioni e riserve volte a farle impaccio e ad impedirle di nuocere. Ma, così facendo, agirà da politico, non da giurista: anche il "sabotaggio" delle leggi può essere per chi è chiamato ad applicarle uno strumento di azione rivoluzionaria, ma non certo un metodo di ricerca scientifica...

Ed aggiungevo il monito che in un famoso Convegno tenutosi a Gazzada l'11 ed il 12 giugno del 1949 aveva formulato ai Giuristi Cattolici

Carlo Esposito, richiamandosi alla necessità di ricondurre sempre al sistema la legge o la singola norma ingiusta e manifestando la sua fede ottimistica nella impossibilità del totale imbestialirsi dell'uomo. E tuttavia non eludeva il quesito di fondo e non mancava di interrogarsi sul punto "se dopo avere esperito tutti i mezzi che sono a disposizione del giurista nella sua opera di riduzione a sistema delle norme, una singola legge (ingiusta) non si lascia interamente assorbire nel sistema stesso, ma offre, fuori dal sistema, un residuo normativo ineliminabile..., il giurista come deve in concreto emettere la sentenza, quale atteggiamento magistratuale deve assumere?". La risposta era ed è e "non può che essere questa: al giurista come tale non rimane che accettare la norma ingiusta ed accettarla come diritto... Il giudice, se potrà, si muoverà —come uomo, come cittadino, come individuo— con la rivoluzione: ed il cattolico, in specie, di fronte a certe circostanze, dovrà spogliarsi delle sue qualità di giurista, per mantenere quella di cattolico..."

La risposta è la medesima che un grande giurista cattolico ed altissimo magistrato, quale è stato Vincenzo Chieppa, aveva confermato e convalidato nella sua lunga ed operosa esistenza con una esemplare testimonianza di vita. Nel senso, cioè, che,

quando una frattura insanabile si producesse tra la norma iniqua del diritto positivo e la coscienza del cattolico; quando l'obbedienza alla legge portasse ad annullare l'inalienabile libertà religiosa e morale dell'individuo, allora il cittadino avrebbe il dovere di opporre la ribellione aperta, anche a costo di subire dure conseguenze; il giudice l'obbligo di abbandonare la toga, poi che, finché tiene l'ufficio, deve lealmente applicare la legge, quale essa è.

VII. L'ETICA PREVISTA O RICHIAMATA NELLA LEGGE

Vi è, però, anche un'altra etica da tener presente, che riferirei viceversa all'ufficio più che alla persona che ne è titolare. Si tratta dell'etica richiamata dai concetti valvola, affidati cioè dalla legge alla concreta determinazione dei giudici, come buon costume e pubblica decenza, ordine pubblico in senso ideologico, buona fede, esistenza libera e dignitosa, interesse generale, utilità generale, utilità sociale, funzione sociale, fini sociali, senso di umanità, iniquità delle condizioni nelle obbligazioni contrattuali (articolo 1447 al. Codice Civili), interesse apprezzabile all'adempimento parziale di un contratto a prestazioni corrispettive (articolo

1464 Codice Civile), essenzialità del termine fissato per una prestazione contrattuale (articolo 1457 Codice Civile), ingiustizia del profitto, contrarietà all'ordine od alla morale delle famiglie, ecc.

In tali fattispecie, ed a differenza che nel caso dell'equità già innanzi ricordato, il giudice non è libero di completare il dettato della legge con una opzione politica basata su una preferenza soggettiva per alcuni valori esterni ed estranei alla previsione normativa, né di fare applicazione della sua etica personale, ma è obbligato ad accertare in fatto quale sia la nozione etica prevalente in quel dato momento storico ed in quel dato ambiente sociale anche se da lui non condivisa, giustificando poi la sua ricostruzione con adeguata e non contraddittoria motivazione, per modo che se ne possa controllare la fondatezza. La legge, infatti, non si presenta incompleta né incompiuta, poiché indica nozioni che, sebbene in astratto indeterminate e variabili, risultano *ab initio* determinabili in concreto proprio attraverso l'opera del giudice.

VIII. L'ETICA COME DEONTOLOGIA PROFESSIONALE

C'è poi, per concludere, da menzionare un'etica concernente i comportamenti che il giudice deve tenere in ufficio e fuori ufficio. Al riguardo è stato recentemente adottato, com'è noto, dal Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati un codice etico, a seguito di un'ampia consultazione degli interessati.

È un documento di notevole impegno e di indiscutibile valore deontologico, anche se il suo contenuto non può dirsi ad un primo e sommario esame caratterizzato da omogeneità nelle prescrizioni. Alcune delle quali, come, per esempio, quelle dell'articolo 5 che vietano ai magistrati di utilizzare indebitamente le informazioni di cui si dispone per ragioni di ufficio, di fornire o richiedere informazioni confidenziali su processi in corso o di effettuare segnalazioni dirette ad influire sullo svolgimento o sull'esito di essi, o come quella di cui all'articolo 10 primo comma, che proibisce di servirsi del proprio ruolo per ottenere benefici o privilegi, presentano verosimilmente rilevanza penale e più precisamente potrebbero rientrare nella fattispecie dell'abuso di ufficio. Sotto questo aspetto allora può sembrare superfluo, ma forse non lo è, che si mettano in guardia i giudici dal porre in essere condotte che integrino gli estremi di un delitto.

Sotto altro profilo, invece, vorrei parimenti segnalare una previsione che può apparire anch'essa tecnicamente inutile, ma probabilmente non

lo è da un punto di vista strettamente pedagogico. Alludo al dovere del magistrato, sancito all'articolo 9, primo comma, di rispettare *“la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione”*. Se i giudici sono soggetti alla legge, come vuole l'articolo 101 capv. della Costituzione, va da sé che vale anche per essi, e soprattutto per essi che devono quotidianamente ed istituzionalmente applicarla, il principio di cui all'articolo 3, il quale proclama che *“tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”*.

Maggiore utilità mi sembra, piuttosto, abbia quel codice con riferimento ad alcuni problemi che anche di recente sono stati vivacemente dibattuti. A fronte della molto ampia e per molti versi forse pericolosa formula recata dall'articolo 18 della legge sulle guarentigie del 31 maggio 1946, n. 511, che, senza una adeguata tipizzazione, commina sanzioni per *“il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario”*, regole come quella dell'art. 8, secondo comma, secondo cui il magistrato *“evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine”* e soprattutto come quella dell'articolo 7, secondo cui egli *“non aderisce ad associazioni che richiedono la prestazione di promesse di fedeltà o che non assicurano la piena trasparenza sulla partecipazione degli associati”* contribuiscono ad eliminare alcune incertezze ed offrono una sufficiente concretezza di contenuti. In questo, e solo in questo senso, non mi sentirei di condividere del tutto la premessa che colloca il codice predetto su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari. Tant'è che nelle due fondamentali decisioni, rese dalla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura il 13 gennaio ed il 3 marzo del 1995, esso ha trovato sul punto autorevolissima e convincente conferma. Ed anzi deve in proposito sottolinearsi che nella seconda delle due pronunzie, importanza decisiva è stata riconosciuta, ai fini dell'assoluzione dell'incolpato, alla circostanza che all'epoca in cui era avvenuto il fatto contestato *“non era certamente ancora emerso a livello di coscienza collettiva e di opinione pubblica il disvalore della iscrizione alla massoneria da parte dei magistrati”*. Esimente questa che non potrebbe evidentemente oggi più invocarsi.

Ma il pregio maggiore del documento sta, a mio avviso, nella sua impostazione comprensiva tanto dei comportamenti osservati in ufficio, quanto di quelli fuori ufficio, tanto cioè della condotta pubblica, quanto di quella privata, in ciò ribadendo l'adesione ad entrambi i profili presenti nella dicotomia esistente nell'articolo 18 della legge n. 511 citata e richiamati anche nella sentenza n. 100 del 1981 della Corte costituzionale, secondo la quale "i magistrati, per dettato costituzionale, debbono essere imparziali ed indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del loro compito", soggiungendo ancora che "i principii anzidetti sono quindi rivolti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere nella pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero Ordine giudiziario... che si concreta nella credibilità dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa". Osservazioni queste tanto più attuali ed imprescindibili in una fase in cui l'esercizio del diritto di difesa degli imputati sembra sempre più spesso battere il sentiero che esplora e rende pubbliche frequentazioni, amicizie, ambienti e vicende che ineriscono alla condotta privata del magistrato che sostiene l'accusa o che è incaricato del giudizio, nel palese tentativo di minarne l'attendibilità o di turbarne la serenità.

I valori dell'etica si saldano, dunque, indissolubilmente a quelli giuridici strettamente intesi che chiaramente li richiamano, né si vede come potrebbero da essi fare astrazione. Per cui ne rimangono inevitabilmente sconfitte quelle opinioni, pseudo liberali e pseudo garantistiche, secondo cui, tolta l'udienza e chiuso l'ufficio, i magistrati potrebbero al pari degli altri cittadini liberamente assumere tutti quei comportamenti e spregiudicatamente praticare tutte quelle condotte che non costituiscano illeciti giuridici, non avendo altro giudice né incorrendo in altra responsabilità che innanzi al tribunale della propria coscienza.

Sennonché la frequenza e la ripetitività di siffatto luogo comune fa talvolta sorgere il dubbio in proposito che i fautori di queste tesi si pongano, consapevolmente od inconsapevolmente, interessatamente oppure no, come emuli di quel giudice di cui narra Honoré de Balzac, il quale soleva dichiarare con palese soddisfazione: ho lottato tutta la notte con la mia coscienza, ma alla fine ho vinto io!