

L'etica responsabile del magistrato: la prospettiva costituzionalistica

SOMMARIO: 1. Un tema scivoloso. - 2. Il dilemma etico risolto dalla Costituzione. - 3. Cosa significa "etica responsabile"?

1. Un tema scivoloso

Si potrebbe lecitamente dubitare della mia legittimazione a discutere del tema dell'etica responsabile del magistrato visto nella prospettiva del diritto costituzionale. Potreste lecitamente dubitarne voi; potrei lecitamente dubitarne io.

Voi, perché potreste pensare che delle questioni etiche della vostra categoria possa parlare solo chi vi appartiene. Io, perché, avendo sempre considerato la separazione fra etica e diritto la vera gloria del positivismo giuridico, potrei stimare contraddittorio anche il solo porre in collegamento etica e Costituzione.

Tuttavia, sebbene non peregrini, questi sono dubbi che si possono sciogliere positivamente.

Il primo. La prospettiva interna, nelle questioni etiche, non è necessariamente la più salda. Certo, chi vive in concreto l'interrogativo etico lo esperisce come palpitante esperienza di vita e per ciò solo lo rende più vero. Nondimeno, proprio l'immediatezza dell'esperire rende (non certo impossibile, ma) più problematico l'inquadramento del dilemma etico in una prospettiva più ampia e di lunga lena, che semmai è maggiormente alla portata di chi vede le cose *ab extra*. Non solo: poiché mi si chiede di parlare dell'etica *responsabile* del magistrato e poiché la responsabilità, nel mondo del diritto, è per definizione rivolta all'esterno, la prospettiva di chi sta appunto fuori della giurisdizione risulta ulteriormente legittimata.

Il secondo. Le costituzioni non sono codici etici. Al più, fra le altre cose che sono, sono strumenti di *positivizzazione* di alcuni fondamentali convincimenti etici di una comunità politica. Nel momento stesso in cui li positivizzano, però, per il solo fatto d'averli resi – appunto – *diritto positivo*, li sottraggono alla disputa etica e li rendono prescrizioni giuridiche. A seguito della positivizzazione attengono, dunque, al foro esterno e non al foro interno e il loro adempimento è esigibile non in forza di convincimenti etici, ma in forza della... forza, cioè di quella forza legittima che assiste i precetti giuridici e della quale un solo soggetto, in ciascun ordinamento, è weberianamente legittimo monopolista. Non solo. Fra il precetto etico e quello giuridico corre una differenza non riducibile, che è data dall'intermediazione della *volontà* positivizzante. La presenza di questo elemento volontaristico (estraneo alla dimensione etica) fa irrompere nel ragionamento dell'interprete elementi quali il testo, la storia, la vicenda politica, le soggettività sociali, che precludono qualunque sovrapposizione di logiche e di effetti tra due mondi (quello dell'etica e quello del diritto) che sono contigui, ma separati.

Orbene: la Costituzione (lungi dall'essere diritto naturale positivizzato, come qualcuno - con formula invero incomprensibile - ama dire) è essa stessa diritto positivo e

lo è anzi al massimo grado, perché in essa si compie l'epifania della *volontà costituente*, cioè della più radicale volontà normativa logicamente concepibile. La dimensione costituzionale del problema oggetto delle mie considerazioni è dunque schiettamente *giuridica*, anzi *giuridico-positiva*, sicché il tema che mi è stato affidato si risolve nel seguente interrogativo binario: esiste un figurino di “magistrato” che sia stato disegnato in Costituzione e se sì quale? La “etica responsabile”, a questo punto, è quella del magistrato che con quel figurino si confronta e che è vissuta nel suo foro interno, traducendosi nella proiezione morale del dovere giuridico di uniformarsi a tale figurino.

Insomma, anche considerando che, come ha scritto Nello Rossi, “l'etica professionale non è oggetto di lezioni”, parlerò d'etica proprio non parlandone.

2. Il dilemma etico risolto dalla Costituzione.

Ma veniamo, appunto, ai dati costituzionali (precisando che ne esaminerò solo alcuni, a mio avviso particolarmente rilevanti nella prospettiva di questo intervento). Se è vera la premessa dalla quale ho preso le mosse, la Costituzione è ovviamente muta quanto al foro interno, ma è straordinariamente loquace quanto all'autointerpretazione del magistrato, al modo in cui egli deve intendere la sua posizione istituzionale. Alcune previsioni costituzionali sono indirizzate a tutti i magistrati, altre specificamente alla magistratura giudicante e altre (in numero minore) a quella requirente. Tutte, però, contribuiscono a definire il figurino di magistrato che la Costituzione ha in mente. Il magistrato che sia tale, che – cioè – intenda agire *iure*, su quel figurino deve appuntare lo sguardo.

2.1. Il dato primario lo estraiamo dagli artt. 1 e 101, comma 1, Cost. Il secondo, stabilendo che la giustizia è “*amministrata in nome del popolo*” espressamente – seppure non esplicitamente – richiama appunto l'art. 1, che nel *popolo* vede insediata la sovranità. Ora, ai sensi di quella previsione, il popolo esercita la propria sovranità nelle forme stabilite dalla Costituzione, il che vuol dire che sono atti di sovranità (cioè di volontà) popolare sia quelli che costituiscono utilizzazione degli istituti di democrazia partecipativa (i vari *referendum*, la petizione), sia quelli che costituiscono utilizzazione degli istituti di democrazia rappresentativa. Per converso, quelli di amministrazione della giustizia non sono atti imputabili alla sovranità popolare: la giustizia non è “del” popolo, ma in suo “nome” è amministrata. Trae, cioè, da una scelta della volontà popolare la propria legittimazione, ma non è manifestazione di quella volontà. Con perfetta coerenza, del resto, l'art. 102, comma 3, Cost., dispone che “*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia*”, qualificando quella popolare come mera “partecipazione” a una funzione altrui.

Queste accorte previsioni costituzionali attestano che la giurisdizione non ha nulla a che spartire con il circuito della decisione democratica e con le dinamiche del consenso maggioritario che la caratterizzano. Da questo derivano conseguenze di immenso rilievo, che provo a enunciare in sintesi estrema.

i) Le determinazioni del magistrato non possono e non devono essere assunte avendo d'occhio il grado di consenso sociale che prevedibilmente otterranno. Ogni scelta giurisdizionale che si pone il problema del consenso si colloca fuori del perimetro che la Costituzione assegna alla giurisdizione. È, poi, un atto temerario, sia perché il

magistrato non ha a disposizione i recettori che permettono al politico di intendere appieno “che aria tira”, sia perché nelle convulse democrazie contemporanee il consenso è caduco e il magistrato non possiede quegli strumenti di *fine tuning*, di adattamento continuo, che sono propri della politica e che a questa consentono di seguire passo passo il mutevole andamento del pubblico opinare.

ii) È conseguentemente ingiustificabile la sovraesposizione mediatica del magistrato. Una forte esposizione sui *media* avrebbe senso (oltre che per soddisfare le pulsioni egotiche del singolo, della cui dubbia meritevolezza non parlo, per non contraddire la premessa da cui sono partito) solo se servisse alla *captatio consensus*, ma questo al magistrato non solo non serve, anzi è vietato.

Certo, v'è un'esigenza di trasparenza e di comprensibilità della giurisdizione. Tuttavia, a parte il fatto che la sua prima sede è il provvedimento giurisdizionale (in particolare la sua motivazione, di cui dirò più avanti), il soddisfacimento di questa esigenza deve essere sempre assai cauto. Persino un'istituzione giurisdizionale affatto peculiare come la Corte costituzionale è destinata a correre rischi assai seri se la sua (in astratto meritoria) apertura alla società civile, di recente perseguita, verrà in concreto interessatamente rovesciata da parte dei suoi avversari nell'apertura alla possibilità di attrazione nel tritacarne mediatico, dal quale non si esce mai illesi.

iii) Poiché quelli di giurisdizione non sono atti imputabili alla sovranità popolare e poiché è al popolo che la sovranità spetta, gli atti di giurisdizione sono *applicativi* degli atti che costituiscono esercizio di democrazia partecipativa o di democrazia rappresentativa. Cosa questo significhi vedremo appunto appresso.

2.2. L'opera del magistrato è evocata da tutte le previsioni costituzionali che fanno riferimento alla “Repubblica”. La “Repubblica”, si sa bene, non coincide con lo “Stato” e questo ormai lo dice testualmente l'art. 114, comma 1, Cost. (“*La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*”). Non è però questo il punto. Il punto è che quando la Costituzione parla di Repubblica chiama a raccolta l'intero complesso dei pubblici poteri, nel quale, ovviamente, rientra la magistratura.

La formula dell'art. 104, comma 1, Cost. (“*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*”), non deve ingannare: se i Costituenti non l'hanno definita “potere”, ma “ordine”, hanno tuttavia proclamato la magistratura indipendente da ogni “altro” potere, con ciò solo inserendola fra i poteri dello Stato. L'evidente sensibilità dei Costituenti per la teorica della ripartizione (non divisione) dei poteri, del resto, non poteva condurre ad altro approdo e la formula costituzionale stava e sta a significare un'intenzione precisa, manifestata da un testo volutamente complesso, sì, ma non ambiguo. A me sembra, infatti, che quel testo voglia dire questo: l'esercizio della giurisdizione è esercizio di potere, anzi di potere terribilmente affilato, perché incide direttamente nella vita delle persone. Tuttavia, al contrario di altre forme di esercizio del potere, non ha un fine (nemmeno quello - pur assai generale - di “*conseguire la piena effettività dei diritti delle persone*” di cui dice la *Premessa* al Codice etico adottato dall'ANM in ragione dell'art. 58-*bis*, comma 4, del d. lgs. n. 29 del 1993, introdotto dall'art. 26 del d. lgs. n. 546 del 1993 e ora rifiuto nell'art. 54 del d. lgs. n. 165 del 2001), o per meglio dire non ha un fine diverso da quello della concretizzazione della volontà oggettiva

dell'ordinamento. La magistratura, pertanto, è un “ordine” non tanto e non solo nel senso che è un plesso organizzato di funzionariato pubblico, ma nel senso che ha un compito ordinante, cioè nel senso che serve a *mettere ordine*. E l'importanza cruciale di questa funzione non sfuggirà a chi abbia la pur minima contezza di quanto il tema dell'ordine sia centrale nel pensiero giuridico-politico occidentale, almeno a partire dal grande affresco della *Teogonia* di Esiodo.

Potere, dunque, ancorché particolare, la magistratura. E in quanto potere, in quanto componente della “Repubblica”, destinataria delle obbligazioni costituzionali che alla Repubblica sono indirizzate. I compiti indicati dagli artt. 2 e 3, per esempio, quanto alla tutela dei diritti inviolabili e dell'eguaglianza, anche sostanziale, fra i cittadini, sono assegnati pure alla magistratura. Qui, tuttavia, occorre intendersi. Occorre intendere bene, in particolare, la differenza fra *applicazione* e *attuazione* della Costituzione, perché solo la prima, non la seconda, spetta alla giurisdizione.

Che alla giurisdizione spetti la *applicazione* dei precetti costituzionali è conclusione imposta dallo stesso principio di supremazia della Costituzione (ne consegue, infatti, che tutte le sue previsioni normative devono essere portate a effetto). Che non le spetti il compito della *attuazione* della Costituzione, invece, è conclusione imposta dall'assetto costituzionale dei poteri (in cui tra *legis-latio* e *iuris-dictio* si distingue senza possibilità di equivoci, sì che ogni dottrina che ne nega la differenza è, al di là della sua meritevolezza scientifica, semplicemente *extra Constitutionem*). Fra attuazione e applicazione della Costituzione intercorre, invero, una radicale differenza concettuale, puntualmente definita dalla Corte costituzionale, discutendo di distinzione fra norme precettive e norme programmatiche, sin dalla sent. n. 1 del 1956: *attuare* significa realizzare, secondo le scadenze e le priorità della politica, la volontà progettuale dei costituenti (per come oggettivatasi nel testo delle norme costituzionali); *applicare* significa far valere la supremazia della fonte sovraordinata (del *paramount law*, per usare l'espressione di *Marbury v. Madison*) nei riguardi delle fonti subordinate.

È del tutto evidente che la prima debba spettare al legislatore e la seconda alla giurisdizione (costituzionale e non solo) ed è di conseguenza del tutto evidente che l'implicita evocazione della giurisdizione da parte di norme quali quelle previste dagli artt. 2 e 3, lungi dal legittimarla a realizzare con strumenti politici le scelte progettuali costituzionali, la impegna ad assicurare il primato della Costituzione. Non è qualcosa di “meno” da ciò che può fare la politica: è qualcosa di “diverso”. Diverso, ma non meno importante. E qui si ravvisa tutta la forza dell'evocazione costituzionale del primato: il magistrato, il giudice, in particolare, non può sottrarsi al *dovere* di sollevare la questione di costituzionalità quando sussiste un dubbio di legittimità costituzionale delle norme ordinarie da applicare. Nonostante quanto fu azzardatamente affermato da un'affrettata pronuncia della Corte costituzionale (ord. n. 495 del 1992), la non manifesta infondatezza è una caratteristica *oggettiva* della *quaestio de legitimitate* e il giudice deve adire la Corte costituzionale anche quando il suo intimo convincimento va in altra direzione. Non sollevare una questione di costituzionalità munita dei presupposti di cui alla l. cost. n. 1 del 1948 e alla l. n. 87 del 1953 è una delle più gravi violazioni dei doveri professionali del magistrato, perché impedisce alla Costituzione repubblicana di penetrare sino in fondo nel tessuto ordinamentale.

Ed è una violazione grave, si badi, anche (e anzi soprattutto) quando il giudice non solleva perché si risolve a praticare un'interpretazione delle norme indubbiamente distortamente conforme a Costituzione, il che accade tutte le volte in cui il testo di quelle norme non consente di desumerne i contenuti precettivi (conformi a Costituzione, appunto) che si desidererebbero e viene, ciononostante, violentato. Il testo è l'invalidabile confine di ogni *verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, come la più recente giurisprudenza costituzionale ha del resto chiarito, abbandonando l'improvvida formulazione della sent. n. 356 del 1996, che tanto ha contribuito a svalutare l'importanza del testo nell'interpretazione della legge e, sollecitando la magistratura a praticare avventurosi tentativi di interpretazione conforme, ha finito per essiccare l'accesso incidentale alla Corte costituzionale.

Né si dica che l'attuazione costituzionale (nel senso sopra indicato) da parte del potere giudiziario sarebbe consentita (o addirittura imposta) dalle deficienze e dalla neghittosità della politica. Se il problema è politico è con l'impegno politico (che riguarda il cittadino come cittadino, magistrato o meno che sia) che si deve cercare di rimediare. Se è giuridico, l'ordinamento, come subito vedremo, offre il rimedio della questione di costituzionalità, essendo ormai pacifico che per suo mezzo anche le omissioni legislative possono essere contestate. In ogni caso, *adducere inconveniens non est solvere argumentum* e l'esistenza di un problema non ne giustifica una soluzione che passi dallo stravolgimento dell'ordine costituzionale dei poteri.

2.3. La Costituzione impone al magistrato la motivazione dei suoi provvedimenti. L'impone quando la prevede esplicitamente (cfr. spec. artt. 13, comma 2; 15, comma 2; 21, comma 3; 111, comma 5), ma anche quando vi allude implicitamente, evocando i "motivi" che possono essere alla base di un provvedimento giurisdizionale ovvero di un provvedimento amministrativo poi comunque soggetto, ai sensi dell'art. 113 Cost., al sindacato giurisdizionale (cfr. spec. artt. 14, comma 2; 16, comma 1; 17, comma 3).

Ora, poiché l'art. 111, comma 5, stabilisce in via generale che "*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*", la diffusa insistenza delle norme costituzionali sull'onere di motivazione non può ritenersi casuale. La motivazione, infatti, è il *proprium* dell'atto giurisdizionale e sebbene di recente si sia in sostanza esteso l'onere di motivazione anche agli atti legislativi, lo si è fatto solo per profili affatto particolari e - in realtà - sempre con formule ellittiche che ammettevano comunque di desumere la *ratio* della legge dal suo contenuto oggettivo.

Tutto questo è pienamente coerente con quanto la Costituzione stabilisce nelle disposizioni che ho commentato sin qui: l'onere di motivazione esprime la distanza della magistratura dalla discrezionalità politica e traduce in precetto comportamentale la natura professionale della selezione dei magistrati. Ne viene che la motivazione meramente apparente non è solo (per costante giurisprudenza) un vizio dell'atto, ma anche una ancor più grave violazione di un dovere professionale del magistrato, che alla motivazione non può sottrarsi se vuole essere quel che è. Non a caso, i provvedimenti che maggiormente indignano non sono quelli che praticano interpretazioni errate delle fonti, ma quelli che non le motivano.

2.4. La Costituzione tratta i magistrati, dal punto di vista dei loro diritti e doveri fondamentali, allo stesso modo di tutti gli altri cittadini. Così, ad esempio, quando l'art. 21 Cost. stabilisce che *“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”*, o l'art. 51 che *“Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge.”* quel “tutti” comprende ovviamente anche i magistrati.

Va da sé, tuttavia, che la stessa Costituzione, tipizzando alcuni interessi pubblici di rilevanza fondamentale, consente limitazioni specifiche per altrettanto specifiche categorie di cittadini, tra le quali v'è anche quella in cui rientrano i magistrati. Si pongono qui, delicati problemi di regolazione normativa, sui cui dettagli non è il caso di intrattenersi. In via generale, tuttavia, vale qui la previsione dell'art. 54, comma 2, Cost., a tenor della quale *“I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle, con disciplina ed onore [...]”*. Escluso che il richiamo alla “disciplina” possa implicare l'assoggettamento ai convincimenti o agli stili di vita maggioritari, quello all'“onore” serve a chiarire che, come per tutti i pubblici dipendenti, anche per i magistrati l'esercizio delle attribuzioni di competenza deve essere in armonia con la funzione, anche - direi - nello stile.

2.5. Alle modalità di esercizio della giurisdizione sono rivolte non poche previsioni costituzionali, a partire dagli artt. 24, 111 e 113. Previsioni che, a mio avviso, segnalano al magistrato l'esigenza del massimo rispetto delle esigenze della difesa in giudizio, nel senso della sua pienezza ed effettività. Sul piano più minutamente pratico, tali previsioni sollecitano la rapidità nella definizione degli adempimenti, anche con sacrificio delle personali *commoditates* del magistrato, così come è (dovrebbe essere) per qualunque pubblico dipendente.

Di capitale importanza, poi, è la previsione che *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”* (art. 111, comma 1). La giurisdizione non ha altro mezzo che il processo per attuarsi, ma se questo è vero, e poiché il processo è *actus trium personarum*, il magistrato, non solo giudicante, ma anche requirente, è tenuto a gestirlo tenendo presenti le esigenze di tutti i soggetti coinvolti, compresi gli avvocati e le parti private. Ogni ritardo ingiustificato, ogni malfunzionamento, è anche un pregiudizio alla stessa giurisdizione, che senza processo (giusto processo), appunto, non può “attuarsi”.

2.6. L'art. 107, comma 3, Cost., stabilisce che *“I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni?”*. Si tratta di una previsione che ha plurimi risvolti significativi.

Il più ovvio è quello dell'assenza, in magistratura, di una gerarchia paragonabile a quella che vale per gli altri rami dell'amministrazione. L'indipendenza e il libero convincimento del singolo magistrato non tollererebbero un rapporto gerarchico in senso proprio, così come non lo si tollera in altri campi dell'agire umano nei quali la Costituzione offre garanzie di indipendenza e di libertà di convincimento: nessuno potrebbe sottovalutare, per questo profilo, i punti comuni fra trattamento dei magistrati e trattamento dei professori universitari, per quanto le garanzie di autonomia degli uni siano - se possibile - ancor più significative di quelle che valgono per gli altri.

Il secondo, forse meno evidente, ma non meno importante, è che le “promozioni”, di cui pur discute l'art. 105 Cost., implicano solo differenziazioni funzionali tra i

magistrati. Ne viene che l'aspirazione alle "promozioni" dovrebbe essere coltivata solo quando costituisce la proiezione di una vocazione del magistrato a ricoprire un incarico direttivo o semidirettivo, non come una necessaria tappa da percorrere in un *cursus honorum* al quale non ci si potrebbe sottrarre, quasi *ratione dignitatis*.

2.7. L'art. 106 Cost. compie la scelta fondamentale per la natura professionale del magistrato, confinando la possibile elettività alla sola magistratura onoraria. Scelta fondamentale, appunto, ma anche armonica con la tradizione continentale della magistratura, della quale non si finisce mai di apprezzare la saggezza a fronte dei rischi di contaminazione con la politica che l'opposta soluzione fatalmente implica.

Il giudice professionale rinviene nella capacità tecnica la propria legittimazione e questo lo colloca in una posizione di particolare forza, consolidandone l'autonomia, l'indipendenza, il prestigio. La professionalità, però, ha un prezzo: se a un giudice elettivo è consentito ricorrere a considerazioni di equità con particolare agio, un agio che gli viene dal rapporto legittimante con la sua *constituency*, a un giudice professionale l'equità è consentita solo nei limiti espressamente previsti dalla legge, se, quando e come questa lo permette. Come vedremo più avanti, anche questo è un ulteriore elemento di riflessione per la questione essenziale che lascio per ultima (cfr. par. 3).

2.8. L'art. 112 ("Il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale") si riferisce specificamente alla magistratura requirente e, come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella sent. n. 420 del 1995, "*l'obbligatorietà dell'azione penale, punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale, costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero (cfr. sentenze nn. 88 del 1991 e 84 del 1979)*". Sono noti i pregi e i difetti di questa previsione costituzionale.

Pregio massimo è la sottrazione alle indebite influenze dell'Esecutivo, ch'essa garantisce. Difetto massimo la natura velleitaria della pretesa, a fronte dell'impossibilità di assicurare il concreto adempimento dell'obbligazione. Ciò ha indotto alcuni a proporre l'abrogazione, il temperamento o addirittura la consapevole violazione della norma costituzionale, ma nessuna di queste posizioni sa convincere.

In realtà, l'art. 112 non impedisce al legislatore di disegnare forme di legittima programmazione delle priorità nella repressione dei reati, ferma restando, tuttavia, la natura obbligatoria dell'azione. Semmai, dallo stesso art. 112 si desume l'implicita obbligazione, stavolta pel legislatore, non pel magistrato, di ridurre al massimo le fattispecie penali, evitandone un proliferare che - esso sì! - rende inattuabile in concreto il voluto costituzionale. E si desume anche l'obbligazione dell'amministrazione di prevenire la commissione dei reati, non solo con pratiche virtuose di educazione della cittadinanza, ma anche e soprattutto con l'apprestamento di una macchina amministrativa efficiente, capace di scoraggiare, in radice, l'illecito penale. Chi scarica sulla magistratura la responsabilità del malfunzionamento della norma costituzionale, mi sembra, non ha capito molto delle radici del problema.

Certo, i segnali che abbiamo di fronte vanno in direzione opposta. Il legislatore sembra muovere sempre più spesso da prospettive panpenalistiche o vittimocentriche, perseguendo con l'affastellamento di norme punitive la soluzione di problemi che sono essenzialmente educativi. Sull'amministrazione, poi, è bene addirittura stendere un

pietoso velo: mortificata da anni e anni di riduzione delle risorse - umane e materiali - e penalizzata dall'affermazione, prima conclamata, poi strisciante e occulta, dello sciagurato "sistema delle spoglie", l'aiuto che ne può venire alla magistratura è pressoché inesistente. Ribaltare sull'art. 112 Cost. e sulla magistratura la responsabilità di problemi che non sono i loro, però, è un puro controsenso.

3. Cosa significa "etica responsabile"?

Concludo. Confesso che essere chiamato a parlare di etica "responsabile" del magistrato mi ha sollecitato qualche interrogativo. Cosa si vuole intendere, infatti, con questa espressione? Che il magistrato deve essere consapevole del tremendo potere di cui è titolare e deve, dunque, esercitarlo responsabilmente? Oppure si è inteso alludere all'etica della responsabilità di Hans Jonas, cioè a un'etica pensosa delle conseguenze delle azioni umane? Se si fosse intesa la prima cosa sarei simpatetico. Non se si fosse intesa la seconda. Mi spiego.

Un'etica della responsabilità nel senso di Jonas è necessariamente *folgenorientierte* e *zukunftsorientierte*. Guarda, cioè, alle conseguenze delle azioni e al futuro che ne deriva. Un simile orientamento etico è ben possibile per il politico o lo scienziato, ma è inaccettabile per il magistrato, in particolare per il giudice (al quale solo, adesso, mi riferirò). A meno che non sia il diritto positivo a imporglielo, il giudice giudica in ragione dei presupposti, non delle conseguenze che auspica o teme. In ragione delle norme che deve applicare, non dei risultati che vuole o disvuole e men che meno delle prospettive future dischiuse dalla sua azione. Infatti:

a) il giudice non ha alcuna possibilità di raffigurarsi tutte le conseguenze della sua azione, perché la prospettiva che gli è dischiusa è quella - limitata - del caso che è chiamato a giudicare e perché egli, come abbiamo visto, al pari dei comuni cittadini, non ha a disposizione gli strumenti posseduti dalle istituzioni politiche;

b) come ha correttamente osservato Bruno Schönfelder (in *Vom Spätsozialismus zum Privatrechtsordnung*), se si vuole una giurisdizione orientata alle conseguenze, per essere coerenti si deve rinunciare alla valenza coercitiva e definitiva delle pronunce giudiziarie, perché le conseguenze e la loro desiderabilità cambiano con lo scorrere del tempo, sicché quel che appariva "giusto" all'inizio può rivelarsi "ingiusto" al mutare delle condizioni di contesto e per rimediare dovrebbe potersi ammettere la revoca per ragioni di opportunità del provvedimento giudiziario così come s'ammette quella del provvedimento amministrativo. La logica, piaccia o non piaccia, imporrebbe fatalmente questo prezzo. Ma avrebbe senso pagarlo?

Insisto: vi sono casi in cui è il diritto positivo a imporre al giudice di considerare le conseguenze delle sue pronunce, ma quando questo accade non è che si applichi l'etica della responsabilità. Si applica il diritto positivo. Così, quando la Corte costituzionale delimita gli effetti temporali delle proprie pronunce per tenere conto del loro costo lo fa perché è la stessa Costituzione (il principio del suo primato) che le impone di non determinare incostituzionalità maggiori di quelle da cancellare con una pronuncia demolitoria, sicché la Corte valuta le conseguenze perché ne è richiesta dal diritto positivo, in quella peculiare sua manifestazione ch'è il diritto positivo costituzionale.

Un'estensione alla giurisdizione della prospettiva dischiusa da Jonas deve dunque rifiutarsi. Ma qui veniamo alla questione essenziale, il cui esame ho, prima, più volte

differito. Dico subito che ne dirò in sintesi estrema, rinviando a cose già scritte in più sedi, da ultimo in un recente scritto su attivismo e deferenza nella giurisdizione, pubblicato in *Questione giustizia* (n. 4 del 2020), cui rinvio non per inelegante autocitazione, ma per evidenti esigenze di tempo (e perché si tratta di uno scritto breve, forse meno noioso di altri più organici dedicati a questi temi, e accessibile *online*).

Ebbene: a me sembra che l'importazione della logica jonasiana presupporrebbe l'adesione alla tesi che il giudice debba decidere in ragione delle "esigenze del caso", offrendo la soluzione "sostanzialmente giusta" ed elargendo "giustizia sostanziale". Non è prestazione che gli spetti. Non gli spetta perché il magistrato professionale non ha alcuna legittimazione a prefigurarsi quale sia la soluzione "giusta" al di là di quella "legale". Non gli spetta perché, nei termini che ho enunciato in apertura, egli è un operatore del diritto positivo, non un filosofo morale (trovo assai scivolosa, dunque, la formulazione dell'art. 11, comma 3, del Codice etico dell'ANM, a tenor del quale il magistrato "*cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti*"). Il caso, ovviamente, è la finestra che al giudice si apre sul panorama definito dalla norma da applicare, ma se immaginiamo che il giudice sia autorizzato a deciderlo in base alle sue "esigenze" postuliamo ch'egli possa farlo a propria discrezione o quantomeno abbia a disposizione paradigmi di giudizio diversi da quelli offerti dalle fonti normative, attinti chissà donde e chissà come. Laddove il fondamentale (anche nel senso di fondativo delle garanzie di indipendenza) principio della soggezione alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost., invece, in quanto riferito alla *sola* legge (intesa pure come Costituzione, è chiaro), non consente (se quella non lo prevede, come nelle ipotesi di valutazione di equità) il ricorso a parametri extralegali.

Nello scriterello che ho prima menzionato ricordavo una capitale osservazione di Rudolf von Jhering, nelle immortali pagine di *Der Kampf um's Recht*. La riprendo anche qui. Jhering si stava occupando di Porzia, dell'astuta e mentitrice Porzia dello shakespeariano *Mercante di Venezia*. Ebbene, come decisamente rilevava Jhering, il raggio di Porzia era servito, certo, a risolvere il caso singolo, a salvare Antonio, ma il prezzo che era stato pagato era enorme. "*Sein Recht und das Recht Venedigs sind eins; mit seinem Recht stürzt letzteres selber*" ("il suo diritto [cioè il diritto di Shylock, non a caso ebreo, del resto, in un'Inghilterra del Seicento fortemente antisemita] e quello di Venezia sono una cosa sola e con il suo diritto cade anche il diritto di Venezia"). Così scriveva Jhering. E così penso, ben più modestamente io. L'avrei pensato, credo, ai tempi di Jhering, ma a più forte ragione lo penso oggi, visto che risultati interpretativi ripugnanti ai valori morali possono sempre essere rovesciati grazie all'evocazione della giurisdizione costituzionale, pur se a condizione che quei valori morali siano stati positivizzati e non appartengano semplicemente alla costellazione assiologica del giudice.

Il fascino che l'idea della giustizia sostanziale esercita sulle menti dei giovani (e meno giovani) magistrati, tuttavia, è forte. Cito, a questo proposito, due passi in cui quell'idea significativamente si manifesta. Il primo: "le leggi sono da interpretare e da applicare sul fondamento della presupposizione della giustizia materiale e dell'ingiustizia materiale". Il secondo: "Il giudice è soggetto alla legge. Ma non alla legge come parola scritta, bensì alla legge come un'espressione, per quanto forse incompleta, del diritto". Ebbene, confido che queste parole non affascinino nessuno dei partecipanti, perché (versate nella mia traduzione, ovviamente) sono di Roland Freisler, il giudice al quale si

devono migliaia di condanne a morte emesse per soddisfare la sete di *giustizia del caso singolo* e di *giustizia sostanziale* del movimento nazionalsocialista. Che simili dottrine siano oggi riproposte da chi è ideologicamente lontano le mille miglia dall'universo valoriale di Freisler e del suo *Führer* è per me motivo di continuo, doloroso, stupore.