

Il giudice, la sentenza. Convincimento e motivazione

MARIO SANCETTA

SOMMARIO:

PARTE I

Etica e deontologia della giurisdizione

1. La separazione fra diritto e morale.
2. La giurisdizionalizzazione dei valori etici nella prospettiva dei diritti fondamentali e della legalità costituzionale.
3. Etica dell'interpretazione.
4. Etica processuale.
5. La deontologia professionale.

PARTE II

Etica della giurisdizione amministrativa e della giurisdizione ecclesiastica

1. Il controllo giudiziario sul potere pubblico: la Corte dei Conti – Cenni generali.
2. Il controllo collaborativo.
3. La giurisdizione.
4. Deontologia e giustizia amministrativa.
5. Etica cristiana e legalità.
6. Deontologia e giustizia ecclesiastica.
7. Conclusioni.

1. *La separazione fra diritto e morale*

Secondo il positivismo, la validità della norma giuridica non dipende dalla sua intrinseca giustizia ma unicamente dalle forme della sua produzione, ossia dall'osservanza di altre norme dell'ordinamento che ne disciplinano la formazione. Il principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge esprime i due valori etico-politici fondamentali della giurisdizione nello Stato di diritto e nella democrazia politica. Esso rappresenta il fondamento della certezza del diritto: le norme giuridiche non sono quelle ritenute giuste dalla coscienza e dal senso morale del giudice, ossia dalla sua autorità – come vorrebbero le tesi giusnaturalistiche, secondo le quali *veritas, non auctoritas facit legem* – ma solo quelle prestabilite dalle leggi e delle quali il giudice deve solo accertare le violazioni. Il diritto non è quello che appare giusto al giudice, ma è quello che è convenuto e prestabilito dal Parlamento, quale organo rappresentativo della sovranità popolare.

Secondo la delincata impostazione, il giudice morale per antonomasia, quello che giudica unicamente o prevalentemente secondo coscienza, come appare essere tendenzialmente il giudice ecclesiastico, è il giudice non vincolato alla legge: la sua morale altro non è che la sua discrezionalità. Lo Stato di diritto è la negazione di questo modello di giudice.

Certamente, il modello propugnato dalle tesi positivistiche è un modello limite, utopistico, mai pienamente realizzabile, poiché nella realtà esiste sempre nell'azione del magistrato uno spazio insopprimibile di discrezionalità, fisiologico e legittimo.

Non va sottaciuto, peraltro, che i precetti giuridici e quelli etici talvolta coincidono: la Costituzione, all'art. 3, afferma la dignità della persona umana, al Titolo II dedica gli artt. 29-34 ai rapporti etico-sociali; nel diritto penale, il contenuto di molte norme giuridiche coincide con quello di norme morali (es. non ledere, non offendere, non uccidere); nel diritto civile, molte norme prescrivono il dovere di diligenza alla base di ogni rapporto, imponendo persino al debitore la di-

ligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 cod. civ.); altre norme, nell'ambito del diritto civile, hanno contenuti corrispondenti ai principi etici senza, peraltro, confondersi con questi (es. l'art. 1418 che sancisce la nullità del contratto con causa illecita); il codice di procedura civile, all'art. 88, prescrive per le parti ed i loro difensori il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. A ben vedere, non potrebbe essere diversamente: ciò che ripugna alla coscienza di ogni essere umano, alla luce di valori morali insiti nello stesso, in considerazione della sua essenza e natura, deve continuare ad essere tale in qualunque ambito lo si avverta, a salvaguardia dei valori e concetti propri di ogni appartenente alla specie umana.

La riconduzione alla "legge" di ogni discorso giuridico non può dunque ridursi alla "grandiosa semplificazione" per cui il giudice null'altro fa che "applicare" il precetto. In realtà, che da enunciati intesi come norme derivino abitualmente significati univoci, nell'ambito di una società-ordinamento può essere vero, forse per piccole comunità isolate, che non conoscono mutamenti sociali, ma certo non vale per gli ordinamenti giuridici moderni.

L'illusione illuministica del potere giudiziario come "potere nullo" evoca un modello che nella sua absolutezza contrasta con la realtà e si presta, talora, a fungere da copertura ideologica per operazioni aventi finalità politiche contingenti.

Tuttavia, resta grande l'utilità pratica del ruolo di nomofilia, che pur s'ispira a quel modello limite e che può essere razionalmente accettato come rivolto alla uniforme applicazione piuttosto che all'esatta interpretazione della norma. La difficoltà è accentuata in un ordinamento che si è andato decodificando, ed è testimoniata dal proliferare, nelle controversie, delle questioni di diritto.

Secondo una prospettiva diversa, legata alla visione cattolica, prima della legalità ci deve essere la giustizia, che rappresenta il fondamento previo di ogni legge che voglia rispondere alla vera e giusta dignità dell'uomo.

Il diritto, fondato solo sulla legalità, non resiste alla spinte disgregatrici delle culture forti, se non rimanda continuamente alla giustizia, criterio decisivo e previo ad ogni legge.

La morale prevale sul diritto, il diritto prevale sulla morale: due vie che nella storia sia del pensiero che della prassi giuridica e politica sono state teorizzate e vissute.

La tensione è verso il punto di convergenza e di unità, attorno al grande capitolo della dignità dell'uomo, che interessa sia la sua persona soggettiva sia la dimensione sociale del suo esistere e comportarsi, nonostante le obiettive difficoltà a comprendere ed accettare il contenuto stesso del senso di dignità dell'uomo, non omogeneo e univoco nella cultura, a seconda che ci si riferisca ad una antropologia e cioè ad una concezione dell'uomo che fa riferimento, per esempio, ai principi del Vangelo e della fede in Dio, o ad altri principi non metafisici o di puro ordine storico e culturale.

Necessario, secondo tale visione, è il costante dialogo tra le parti perché la ricerca della verità sull'uomo, sulla sua dignità e il conseguente impegno anche della legge di sostenerla e promuoverla è una frontiera importante e decisiva: la verità non si impone dall'esterno, ma si impone per se stessa in forza della stessa verità. Inoltre, poiché l'uomo è fatto per la verità e per il bene, la stessa ricerca di un minimo di riferimento etico per tutti è già un primo avvio di accoglienza della stessa verità, che trova in Dio il suo primario e decisivo fondamento, secondo il detto di Agostino: *"Tu non mi cercheresti se non mi avessi già trovato."*

2. La giurisdizionalizzazione dei valori etici nella prospettiva dei diritti fondamentali e della legalità costituzionale

Porsi il problema dell'azione dei pubblici poteri per la costruzione di una società solidale, facendo riferimento a valori etici e ad esigenze di legalità, vuol dire, innanzitutto, porsi il problema di realizzare una società giusta.

Preliminare e importante è definire il concetto stesso di giustizia. Si tratta, ovviamente, di un problema estremamente arduo. Invero, Giuseppe Capograssi, facendo eco a S. Agostino (*"iustitiam intelligere difficile est"*, In psalmum CXXI), arriva a dire che finora non si è potuto far altro che *"balbettare di fronte alla misteriosa idea della giustizia, misteriosamente vivente nell'animo degli uomini"* (Giuseppe Capograssi, *Pensieri dalle lettere*, Roma, 1958, pag. 32).

Secondo i presocratici, l'idea di giustizia è indissolubilmente connessa con il concetto di *"ananche"*, cioè di una necessità che appare immanente all'essere e che, nell'ambito di un'assoluta uni-

tà tra necessità fisica e necessità morale, si esprime attraverso il concetto dell'armonia universale.

I sofisti hanno scisso la necessità fisica da quella morale, rendendo possibile la prospettiva di una giustizia come valore; i socratici, sulle orme di quella scissione, hanno inteso la giustizia come valore, sul piano di una universalità superiore alle mutevoli leggi umane, costituendo così le basi di una riflessione che, attraverso Platone, Aristotele e S. Tommaso è giunta fino a noi, ricordando anche Kelsen, per il quale la giustizia è ideale irrazionale.

Secondo l'insegnamento evangelico, l'idea della giustizia, strettamente legata alla concezione del regno dello spirito, si viene determinando, nei suoi contenuti, in relazione al concetto di *charitas*, con la conseguenza di una svalutazione, non soltanto del legalismo, ma addirittura dell'idea della giustizia, nel suo peculiare contenuto, come dimostra il principio essenziale del *non iudicare*. Viene così travolta anche la concezione romana, la quale, come è noto, collega l'idea di giustizia a quella di autorità, considerandola creazione di un'attività umana tesa a dare a ciascuno il suo nella prospettiva di un'opera pacificatrice della vita sociale.

Il problematismo contemporaneo, che accomuna le correnti culturali moderne, certamente impedisce una definizione di giustizia in termini generali e, forse, soltanto su un punto si potrebbe essere tutti d'accordo, nel ritenere cioè che la giustizia è un valore che si colloca su di un piano superiore a quello degli altri valori.

Le difficoltà di definizione raggiungono il loro culmine quando dall'idea della giustizia in generale si vuol passare ad una definizione della cosiddetta "*iustitia particularis*", cioè quando si vuol porre in relazione l'idea della giustizia con quella del diritto o, come si preferisce dire, dell'esperienza giuridica.

Infatti, se è vero che l'idea della giustizia particolare in senso giuridico è l'unica propria, restando così confinata l'idea della giustizia in generale nel limbo delle nozioni generiche ed improprie, non si può certo negare che proprio questa definizione di giustizia si scontra con il dibattito mai concluso tra giusnaturalismo e positivismo e con le gravi difficoltà poste, nella cultura occidentale, dalle contrastanti tesi sul concetto classico di *ethos* e dalla sconvolgente apparizione dello Stato moderno, al quale si collega il processo della statalizzazione del diritto.

Appare opportuno, pertanto, su un piano puramente metodologico, tentare di precisare, innanzitutto, un concetto formale di giustizia. Il che significa, in altri termini, impostare il tema in termini di rapporti tra giustizia e legalità e tra giustizia ed uguaglianza. E non è possibile parlare del concetto formale della giustizia senza prendere le mosse dall'alternativa posta da Aristotele nel famoso quinto libro della sua Etica a Nicomaco, laddove egli rileva che la giustizia si può porre tanto come legalità, quanto come uguaglianza. Concetto che poi S. Tommaso farà proprio concentrandolo soprattutto sul significato di quest'ultima. Nè sono da trascurare altre nozioni di giustizia, come quella della tradizione biblica, per la quale la giustizia appare essenzialmente come legalità nel senso di una conformità alla volontà divina, o come quella dello stesso giusnaturalismo, che identifica la legalità nel senso di una conformità alle leggi della natura.

Inerente al concetto di giustizia formale è il concetto della conformità a un ordine. Degenerazione del concetto è costituita dal legalismo formale, che si traduce nell'idolatria della legge, nel feticismo della lettera, che, da un lato, portano a convertire il saggio insegnamento della *summa lex summa iniuria* nel giustificante dogma del *dura lex sed lex*, che può costituire l'alibi o il bavaglio della coscienza, e dall'altro possono alimentare il fenomeno dell'"avvocati-smo", il quale più che contribuire alla ricerca di una sostanziale giustizia e verità, tende ad una cavillosa elusione della legge e ad affermazioni di mero prestigio professionale, fino ad arrivare, attraverso i dogmi della sovranità della legge e della fedeltà assoluta ad essa, a fungere, al limite, da sostegno giuridico all'autoritarismo di Stato.

Appare evidente, a questo punto, che il concetto formale di giustizia non implica ancora un giudizio di valore, cioè non consente ancora di considerare la giustizia come valore. Questo era possibile nella visuale di Aristotele, poichè per gli antichi, che non hanno ancora elaborato un concetto di moralità in senso moderno e considerano l'etica come i costumi propri di un popolo, era chiaro che la legge, l'ordine legale, in quanto imposto dalla società, non poteva non coincidere con le costumanze stesse del popolo e quindi, come si suole dire, con l'etica.

Per noi moderni, invece, il concetto formale di giustizia non consente ancora un giudizio etico, o di valore che dir si voglia, dipendendo questo dal contenuto dell'ordine morale al quale il prin-

cipio di legalità rinvia. Accanto all'ordine normativo, occorre pertanto parlare di un ordine teleologico: accanto alla giustizia come legalità, si pone in altri termini la giustizia come conformità all'ordine implicito nelle finalità che orientano la vita sociale.

Non va inoltre sottaciuto che, sotto il concetto di giustizia formale, si nasconde anche un concetto diverso dal concetto di giustizia legale: si tratta del concetto di giustizia come conformità all'ordine storico degli avvenimenti, o meglio ancora come riconoscimento della verità.

Viene così in evidenza la straordinaria importanza che riveste il rapporto tra giustizia e verità e si colloca in primo piano la funzione del giudice, il cui compito è innanzitutto quello di accertare la verità. Negare la verità è negare giustizia e la giustizia come legalità non è compatibile con il disconoscimento della verità. Anzi, si può sostenere che il riconoscimento della verità contiene in sé quello che c'è di veramente incorruttibile nel contenuto dell'idea di giustizia.

D'altro canto, i diversi tipi di giustizia che si sono evocati, sono tra loro strettamente legati e si presuppongono l'un l'altro. Ma ciò che è più altamente significativo è il rapporto che lega la giustizia, come riconoscimento della verità, alle altre due prospettive. Essa ne costituisce infatti il presupposto nel senso che la loro validità oggettiva ne dipende largamente.

Da quanto detto a proposito del concetto formale di giustizia emergono due aspetti particolari: per un verso la giustizia vera è quella che si attua in concreto e, pertanto, non si può parlare di giustizia senza pensare a chi in ultima analisi la realizza e cioè al giudice, e, per altro verso, la giustizia, che non può prescindere dai valori etici, si fa storicamente ed è pertanto strettamente collegata alle concezioni storiche del diritto e della sua effettività e, quindi, tra l'altro, all'azione dei pubblici poteri.

Dunque, nella prospettiva della costruzione di una società solidale, una volta stabilito che questa è strettamente connessa all'idea di una società giusta, la ricerca deve necessariamente ripercorrere le tappe di quella vicenda del tutto particolare dell'esperienza giuridica, la quale, concentrando la propria attenzione sul rapporto tra legalità e giustizia, ha dato vita al costituzionalismo moderno ed alla collegata teoria dei diritti fondamentali, ma che, forse, corre oggi dei gravi pericoli, proprio in vista di quella società solidale che si vuole realizzare.

I termini da prendere in considerazione sono, da un lato, quello del potere, e, dall'altro, quello del limite al potere, limite che, diciamo subito, è da ravvisare non solo nel tradizionale principio della separazione dei poteri, ma soprattutto, nel riconoscimento ai singoli di diritti soggettivi, almeno di quel nucleo essenziale di diritti soggettivi costituiti dai diritti fondamentali. E non sfugga, a questo proposito, che il riconoscimento dei diritti soggettivi risponde ad un superiore criterio di giustizia, in quanto nessuno può negare che è proprio nel rapporto tra autorità e libertà e nella misura in cui il potere si correla alla libertà dei singoli che la giustizia esplica e manifesta la sua più intima essenza.

Invero, fra autorità e libertà e fra libertà ed uguaglianza, beni coesenziali, esiste una possibilità di tensione e, oltre certi limiti d'inconciliabilità. Nella "democrazia reale", ben lontana da quella utopistica ove giustizia e libertà si fondono, il perenne problema è di chiedere più giustizia, senza perdere la libertà. Nella società "postindustriale", assicurato a tutti il necessario, il concetto di uguaglianza lascia il passo a quello di equità, che presuppone una proporzione e valutazione anche dei "meriti", riaffermandosi, in tal senso, una certa disuguaglianza sociale.

E si deve d'altro canto sottolineare che una società solidale, nella quale siano assenti le libertà individuali, non è in grado di attuare la vera giustizia, come non è in grado di attuare una vera giustizia una società individualista, nella quale difetti la solidarietà. Ciò perché la giustizia è un valore che presuppone il valore del singolo individuo, il quale, ovviamente, può realizzarsi e svilupparsi solo nel rapporto e nella comunicazione con gli altri uomini, e cioè nella società, termine, quest'ultimo, che include il concetto di società solidale. Persona, società e giustizia, come si nota, sono termini fra loro intimamente collegati.

L'analisi storica del passaggio dall'età medievale a quella moderna è utile per porre in evidenza l'estrema importanza della correlazione tra valore della persona e valore della comunità.

Se si volge lo sguardo all'organizzazione sociale medievale, si nota immediatamente che al valore comunitario non fa riscontro il valore dell'individuo. Concentrando l'attenzione sul periodo dopo il mille, quando più forte fu l'affermazione delle corporazioni di arti e mestieri, si vede che queste forme associative, che pur perse-

guivano finalità assistenziali, previdenziali e religiose non indifferenti, davano davvero poco risalto alle libertà dei singoli. Ogni corporazione artigiana riuniva infatti gli artigiani che esercitavano una stessa arte sotto la guida di un maestro, il quale era il proprietario della bottega dove gli artigiani lavoravano ed esercitava nello stesso tempo l'attività dell'operaio e quella del piccolo capitalista. Acquistava le materie prime, gli strumenti di lavoro, vendeva i manufatti ed aveva al suo fianco i soci o compagni o *laborantes* ed i *discipuli* o garzoni, che, fino all'elevazione a maestri, non dovevano avere alcuna parte nella direzione della corporazione e forse non ne erano considerati come partecipi.

Per affrontare le sfide prodotte dall'estensione dei commerci, dall'imporsi di una economia monetaria e di mercato, dalla scoperta di nuove fonti di ricchezza, dallo sviluppo della finanza internazionale, si rende necessaria l'unificazione del potere a fronte del localismo feudale, della finzione di un impero che non è più un potere effettivo e del principio di superiorità dello spirito, espresso dalla cultura della Chiesa.

Un potere unitario è altresì necessario allo scopo di garantire l'ordine e la sicurezza, imprescindibili alla borghesia per poter svolgere le sue attività commerciali di fronte all'inefficacia delle strutture politiche medievali. Questa necessità deriva anche dalla rottura dell'unità ideologica che trovava sostegno nel monopolio religioso della Chiesa, fattore che, unitamente all'ordine corporativo, manteneva la sicurezza. La nuova sicurezza è, invece, sicurezza giuridica, attraverso il diritto, e necessita di un referente unificatore delle norme, lo Stato, con la sua pretesa di monopolio nell'uso della forza legittima. In questo modo, nel mondo moderno, comincia a consolidarsi l'idea che la prima funzione di qualsiasi potere politico e di qualsiasi sistema giuridico è l'organizzazione pacifica della convivenza. Nasce così la nozione di Stato che andrà sviluppandosi fino ad imporsi nel corso dell'epoca moderna, e nel Principe di Machiavelli appare per la prima volta questo termine, laddove si legge, nella parte iniziale del primo capitolo: *"Tutti li Stati, tutti e' domini che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati"*.

Di fronte alla forza crescente della borghesia, lo Stato assoluto appare tuttavia come una camicia di Nesso che frena troppo i sem-

pre crescenti bisogni di libertà e comincia a questo punto, storicamente, quella dialettica tra potere e limiti al potere, cui sopra si faceva riferimento.

È in tale contesto che si affermano i diritti fondamentali, intesi come limiti al potere statale e come garanzia di libertà per i cittadini. Un grande contributo alla loro affermazione viene dato da due movimenti culturali: l'umanesimo e la riforma protestante. In opposizione all'etica medievale, l'etica umanista della libertà predica che gli obiettivi più importanti sono la realizzazione dell'uomo e il dominio della natura.

La passione per l'oro e per il danaro, lo spirito d'impresa, le cosiddette virtù borghesi (economicità, buona amministrazione, frugalità, formalità nei contratti) trasformano l'imprenditore borghese in un individuo calcolatore, che organizza razionalmente le proprie attività. L'individuo vale per quello che è e per le sue capacità di creazione economica, al di là della sua origine sociale e del posto che occupa nella società. L'individualismo trionfa.

Le libertà civili, primo momento storico dei diritti fondamentali, sono stimulate da questa mentalità, nel momento in cui la borghesia si sente soffocata dalla pressione dello Stato assoluto e necessita di questo ambito di autonomia per il progresso dei commerci, dell'economia di libero mercato e per lo sviluppo della professionalità. Il passo successivo, anch'esso sostenuto da questa mentalità, che è già mentalità liberale, consiste nella rivendicazione dei diritti politici a favore della borghesia.

Nasce così la teoria dei diritti fondamentali, inizialmente denominati diritti naturali, e con questi ha origine il costituzionalismo moderno.

Nei limiti e nelle finalità del potere, i diritti naturali si presentano come protagonisti. Il potere si costituisce per garantire, nella società e con il diritto positivo che essa produce, i diritti naturali che l'uomo trae dallo stato di natura, affinché siano efficaci. Questi sono i diritti umani. Tali diritti rappresentano il limite all'esercizio del potere: se quest'ultimo viene giustificato in nome della loro difesa, la loro violazione o il loro disconoscimento diviene la barriera che nessuno potrà oltrepassare.

Questa filosofia del nascente costituzionalismo, volto a limitare il potere, nella sua nascita, nelle sue finalità, nelle sue modalità

di esercizio, rappresenta la mentalità comune in seno alla quale, oltre alla giustificazione generale dell'idea dei diritti naturali, di cui è parte, si producono le prime realizzazioni, che sono relative alla libertà di pensiero, alla libertà di coscienza e alle garanzie processuali. Realizzazioni cioè vincolate ad alcuni valori fondamentali della dignità umana, come la libertà, ma anche all'idea della sicurezza giuridica.

A questo proposito è doveroso ricordare che il consenso, che dà luogo all'idea dei diritti fondamentali, prende le mosse da un precedente dissenso che investiva la situazione della monarchia assoluta. In un primo tempo, borghesia e monarchia sono alleate, allo scopo di porre fine all'universo medievale e in quanto il nuovo potere centralizzato provvedeva alla sicurezza che la borghesia fin da principio reclamava. Quando quest'ultima consolida la sua forza sociale, deve aprire gli orizzonti politici e stimolare il dissenso, assieme agli umanisti, ai funzionari, agli scienziati ed agli appartenenti a sette o chiese divergenti dalla religione del monarca. In questa seconda fase, borghesia e monarchia diventano avversarie. È questo un dissenso che rappresenta un punto di partenza per la costruzione di un consenso. Se si rifiutava un potere assoluto, era necessario costruire una filosofia che limitasse, regolamentasse e razionalizzasse tale potere. Da questo consenso, che è lo stesso del nascente costituzionalismo dello Stato liberale, nascono la filosofia e il diritto positivo dei diritti fondamentali.

Nel contempo, si afferma la cultura del patto sociale, che è tipica del mondo moderno. È quella che permette di costruire la nuova legittimità, reclamata dalla borghesia per assumere il potere politico. L'origine di quest'ultimo, che presuppone il passaggio dallo stato di natura allo stato di società, è basato su un consenso tra gli individui. Occorre cercare una giustificazione della società che concordi con questi caratteri razionali, individualisti e secolarizzati, cui la borghesia dà impulso. Nel contrattualismo precedente la problematica della sovranità non veniva messa in discussione; viceversa, il nucleo fondamentale del contrattualismo moderno è proprio la considerazione del popolo quale titolare della sovranità, con successiva delega al governante attraverso diverse modalità.

In questa riflessione sull'origine pattizia del potere rientra anche l'origine del costituzionalismo, delle concezioni democratiche

moderne e dei diritti alla partecipazione politica. Anche questo legame irreversibile tra potere e diritti fondamentali, intesi allora come diritti naturali, ha inizio con il contrattualismo. Quando nel secolo XIX verrà superato "l'idealismo giusnaturalistico" e, in materia di diritti fondamentali, si accentuerà la necessità della loro positivizzazione, verranno messi in rilievo l'importanza del potere ed il legame tra potere legittimato, attraverso il consenso, e produzione di un ordinamento giuridico che recepisca queste pretese morali e politiche e le converta in norme attributive di diritti e, di conseguenza, efficaci nella società.

D'altro canto, in questa mentalità che concentra i poteri nello Stato, emerge e si fa strada la convinzione del primato della legge, e, quindi, del principio di legalità. Il governo degli uomini, nel quale il nucleo del potere si articola intorno alle persone insignite della sovranità, conferita loro attraverso Dio o attraverso la tradizione storica, viene sostituito dal governo delle leggi, nel quale i governanti non sono al di sopra della legge, ma, al contrario, sono sottomessi alla legge e da questa derivano la loro autorità. In questo nuovo schema, in cui si inverte il rapporto fra diritto e potere, vale a dire nello Stato di diritto, una delle componenti di tale giustificazione è il riconoscimento dei diritti fondamentali ed è altresì la consacrazione del costituzionalismo, come limite all'esercizio del potere.

Resta il fatto, comunque, che alla concentrazione dei poteri nello Stato unitario, espressione peraltro di un'unità politica della società considerata nel suo complesso, fa riscontro il principio di legalità, nella prospettiva, da non sottovalutare, della tripartizione dei poteri. Il potere legislativo è l'autore delle norme giuridiche astratte e generali, stabilisce, per così dire, le regole del gioco; il potere esecutivo esegue le leggi; il potere giudiziario ne è l'interprete, nel senso che attua in concreto la norma astrattamente prestabilita e ne assicura la sua effettiva attuazione.

In questa visuale scompare il senso comunitario delle corporazioni medievali e si afferma una netta separazione tra governanti e governati: ai primi spetta di provvedere alla soddisfazione dei bisogni pubblici, ai secondi la soddisfazione dei bisogni privati. Diritto pubblico e diritto privato sono nettamente distinti. Per la borghesia, ciò che è importante è assicurarsi una sfera di autonomia

nell'ambito dell'ordinamento: ciò di cui si ha maggiormente bisogno è una libertà dallo Stato, piuttosto che una libertà nello Stato.

Non si deve trascurare, tuttavia, che cominciano a farsi strada in questo periodo anche le istanze di partecipazione alla cosa pubblica (ed i diritti politici ne sono una evidente dimostrazione), ma non ancora si afferma quella forte spinta partecipativa che sarà proprio dello Stato sociale e che realizzerà quel solidarismo al quale ci si è sopra riferiti. Insomma, se è vero che nel periodo medievale si poteva parlare di senso comunitario senza la chiara coscienza delle libertà individuali, è altrettanto vero che nell'affermazione dello Stato liberale si può parlare di una chiarissima coscienza delle libertà individuali.

La nascita del costituzionalismo moderno, come si è visto, deve molto alle esigenze di tutela individualistica propria della cultura borghese, ma segna anche e soprattutto l'ingresso nel mondo del diritto di fondamentali valori etici che sono patrimonio di tutti, come la libertà ed, in genere, il rispetto della dignità umana. Ciò perché la borghesia lottò per l'affermazione dei diritti naturali, intesi quale limite al potere sovrano, in termini di generalità, riferendosi, non solo agli uomini di un certo ceto sociale, ma a tutti gli uomini.

Siamo di fronte ad una svolta decisiva nella storia del pensiero giuridico moderno, nella quale si manifesta, direbbe Hegel, *l'astuzia della Ragione*. Proprio a seguito di una proclamazione individualista, affermata, comunque come si è sottolineato in termini generali, e valevole dunque per tutti, si è verificato quell'importante fenomeno, che abbiamo messo in luce a proposito della definizione del concetto formale di giustizia, il fenomeno del passaggio dei valori, dal piano etico a quello legale, e cioè della incorporazione da parte dell'ordine giuridico di valori propri dell'ordine etico.

Si deve a questa storia, determinata dall'evolversi degli avvenimenti, la scoperta, per così dire, dello strumento attraverso il quale si può comporre l'antica antinomia tra etica e diritto. La previsione, in Costituzione, di valori fondamentali per l'uomo e la loro effettiva attuazione, costituisce, infatti, l'unica strada possibile per fare in modo che l'ordine etico riesca ad entrare nell'ordine giuridico, assumendo così quel carattere di effettività che può essere assicurata soltanto dalla forza dello Stato.

Il discorso che all'inizio si faceva sul concetto formale di giustizia, e che poneva in evidenza come, teoricamente, si debbono distinguere l'ordine della legalità e quello della corrispondenza alla verità, trova, a questo punto, una perfetta coincidenza con il discorso che, storicamente, si è fatto a proposito dei diritti fondamentali: attraverso il riconoscimento costituzionale di valori storicamente individuati, si fa in modo che la moralità si avvalga del diritto per la sua pratica ed efficace attuazione. Il costituzionalismo moderno, sia pur limitatamente a valori precisamente e tipicamente individuati, riesce a congiungere, attraverso la politica, l'etica al diritto ed a far sì che la forza di quest'ultimo sia utilizzata per l'attuazione della prima.

Ed è da sottolineare che, in virtù del principio della gerarchia delle fonti, secondo il quale la norma costituzionale vincola non solo i singoli, ma anche i pubblici poteri, ivi compreso il potere legislativo, l'effettività dei diritti fondamentali è assicurata anche nei confronti della legge, la quale non può costituire un diaframma tra la Costituzione ed i cittadini, ed è pertanto sottoposta ad un controllo di legittimità, assicurato negli Stati Uniti dai Tribunali ordinari e nell'Europa continentale, a partire dal 1920, dalle Corti costituzionali.

Attraverso il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, i diritti fondamentali del cittadino costituiscono davvero una sfera di libertà assicurata anche nei confronti di qualsiasi pubblico potere. E quel fine proprio, ed in un certo senso primario, della giustizia, consistente nel distribuire il potere, non solo sul piano dei governanti, ma anche sul piano complessivo del rapporto tra governanti e governati, viene realizzato e garantito con la possibilità di ricorrere al giudice e, in ultima analisi, al giudizio di legittimità costituzionale.

Il discorso che si è fin qui portato avanti, incentrato sull'esperienza storica dello Stato liberale, si amplia e si arricchisce con il passaggio allo Stato sociale di diritto.

Si potrebbe dire, a tal proposito, che i risultati che si sono raggiunti attraverso l'affermazione individualistica dei diritti, se per un verso hanno contribuito fortemente all'affermazione di valori fondamentali, per altro verso hanno creato un diaframma tra cittadini e Stato, tra governanti e governati, attribuendo soltanto ai primi la cura degli interessi pubblici e generali ed affidando ai singoli sol-

tanto la cura dei propri individuali interessi. Le istanze partecipative, che pur ci sono state e che hanno visto la loro maggiore soddisfazione nel riconoscimento dei diritti politici, non hanno impedito che si smarrisse quella consapevolezza del valore comunitario, che era invece così presente nell'organizzazione sociale del medioevo. Lo Stato del pensiero liberale è lo Stato persona, ed, in queste visuali, il dogma della personalità dello Stato domina incontrastato.

Lo Stato sociale di diritto rappresenta invece, a questo riguardo, un radicale capovolgimento di vedute. Lo Stato persona non è più un'entità giuridica onnicomprensiva, limitandosi a rappresentare la Pubblica Amministrazione, ed al suo posto subentra lo Stato comunità. Ciò vuol dire che il popolo non è solo detentore della sovranità (fenomeno, questo, che si era già affermato nelle visuali contrattualistiche del periodo liberale), ma ha anche un diritto fondamentale di partecipazione attiva alla vita sociale, sul fondamento di un rinnovato principio di uguaglianza, che non è solo uguaglianza formale di fronte alla legge, ma è soprattutto uguaglianza sostanziale, una uguaglianza cioè che impone alla Repubblica, come si legge all'art. 3 della Costituzione, di *“rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*.

Ciò significa, in ultima analisi, che si amplia il novero dei diritti fondamentali. Questi, come ancora si legge all'art. 2 della Costituzione, riguardano non solo l'uomo considerato come singolo (com'era nella concezione liberale), ma anche l'uomo considerato come membro della collettività (com'è nella concezione dello Stato sociale di diritto).

Nel passaggio dallo Stato di diritto di stampo liberale allo Stato sociale di diritto, è avvenuto anche un passaggio di titolarità degli interessi generali, che nel primo caso erano intestati alla Pubblica Amministrazione e venivano definiti pubblici, mentre nel secondo caso debbono ritenersi intestati direttamente alla collettività e vanno definiti come interessi collettivi.

Nell'ambito di questi interessi, poi, s'impone una selezione ed una numerazione di quelli che, per la loro natura e per il loro contenuto, meritano una tutela giudiziaria e richiedono di essere defi-

niti come diritti collettivi fondamentali. Si pensi al diritto all'ambiente, al diritto alla salute nella visuale dell'interesse della collettività (come recita l'art. 32 della Costituzione), si pensi ai diritti dei consumatori e degli utenti e così via.

La legislazione italiana più recente, peraltro, è stata notevolmente attenta a questa esigenza. Oggi la tutela degli interessi o diritti collettivi che dir si voglia si realizza, infatti, non solo in campo ambientale con un'azione popolare affidata alle associazioni ambientaliste in sostituzione del Comune o della Provincia che non provvedano a promuovere l'azione di danno ambientale, ma anche con la tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti che le associazioni possono promuovere davanti al giudice competente per la tutela di fondamentali diritti, tra i quali *“il diritto alla tutela della salute, il diritto alla sicurezza ed alla qualità dei prodotti e dei servizi ed il diritto all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza”*.

Come si nota, mentre nella concezione dello Stato liberale l'individuo è protagonista delle sue azioni in senso egoista ed individualista, nella concezione dello Stato sociale egli è protagonista anche in senso altruistico (l'affermazione del cosiddetto *“no profit”* ne costituisce un esempio), partecipando alla vita sociale, politica ed economica del paese, e collaborando con i pubblici poteri, per la cura di interessi generali e collettivi.

A tal proposito, si ricordi che il nostro ordinamento giuridico, unico in Europa, conosce un segmento, per così dire, di giurisdizione che ha ad oggetto proprio la tutela degli interessi generali e collettivi: è la giurisdizione della Corte dei conti in materia amministrativo-contabile, la quale, in tal senso, svolge un ruolo determinante per il funzionamento del sistema democratico.

E si deve inoltre sottolineare al riguardo che al descritto fenomeno partecipativo si è accompagnata, negli ultimi anni, anche una profonda trasformazione della struttura e delle funzioni della pubblica amministrazione e della stessa nozione di attività amministrativa. Si pensi alle numerose leggi che hanno trasformato in società per azioni numerosi enti pubblici, hanno privatizzato il pubblico impiego, hanno esaltato il principio di autonomia, trasferendo numerosissimi compiti alle regioni ed agli enti locali, hanno operato il massimo decentramento possibile, ed hanno infine in-

trodotto – e questo è di fondamentale importanza – in campo amministrativo il principio di sussidiarietà, secondo il quale i bisogni pubblici debbono essere soddisfatti da chi è più vicino agli interessati, partendo dai singoli e dalle imprese, per arrivare ai comuni, alle province, alle regioni, ed infine allo Stato.

Ne è derivato, inoltre, come si accennava, un mutamento della stessa nozione di attività amministrativa, la quale è stata considerata tale, non in base al soggetto pubblico che l'ha posta in essere, ma per il suo valore oggettivo, cioè per le finalità di interesse pubblico che persegue.

Questa evoluzione ha posto in discussione i capisaldi fondamentali dello Stato liberale e soprattutto il cosiddetto monopolio dello Stato nell'emanazione delle leggi ed il connesso principio di legalità. Oggi le norme giuridiche non sono poste soltanto o normalmente dallo Stato. Norme giuridiche valide a livello generale ed astratto sono poste in essere anche dalle leggi regionali e, limitatamente a talune materie, tra le quali l'organizzazione amministrativa degli stessi enti interessati, dai regolamenti comunali e provinciali. Nè si sottovaluti il fatto che una produzione normativa di forza preminente è quella costituita dai regolamenti e dalle direttive comunitarie.

Inoltre, allo sfaldamento del principio dello Stato unitario ed accentrato, che manifesta la sua volontà attraverso l'impero della legge, si è ovviamente accompagnata la crisi del principio di legalità. Nel moltiplicarsi delle fonti di produzione del diritto, le quali emanano norme tra loro generalmente equiordinate, la legge, ovviamente, ha perso molto della sua forza tradizionale. I principi forti, per così dire, promanano da altre fonti di produzione del diritto, e cioè dalla Costituzione e dalle leggi costituzionali, da un lato, e dal diritto comunitario (del quale si afferma il primato sul diritto nazionale), dall'altro. Oggi, pertanto, piuttosto che parlare di legalità come di conformità alla legge, occorre parlarne nel senso di conformità all'ordinamento giuridico, e soprattutto di conformità alla Costituzione ed alle leggi costituzionali.

Questo processo di trasformazione che investe globalmente i poteri tradizionali dello Stato è peraltro tuttora in forte evoluzione. Per quanto riguarda l'Italia, è sufficiente ricordare che si va sempre più affermando l'idea della costruzione di uno Stato federale,

modello che, come è noto, è stato da sempre indicato anche per la creazione degli Stati Uniti d'Europa.

Quello che comunque sembra importante porre in rilievo è che il problema di fondo non è quello della forma di Stato che si intende realizzare, ma è la concreta attuazione del principio dello Stato comunità, di uno Stato, costituito da più comunità, per così dire, concentriche, che vanno dalla più piccola alla più grande (dal comune, all'Unione Europea, o addirittura alla comunità internazionale), nelle quali, tuttavia, sia assicurata la partecipazione effettiva di tutti i cittadini, considerando questi i veri titolari degli interessi generali. Insomma, non è questione di enti, né di composizioni di enti, o persone giuridiche pubbliche o private, ma è questione di persone e di comunità.

Ciò che interessa è la realizzazione di una società giusta, o, come si diceva, di una società solidale. Emerge da quanto detto che, durante l'evoluzione dello stato liberale e dello stato sociale, si è verificata, per così dire, la trasposizione di taluni importanti valori dall'ordine morale a quello giuridico. In particolare, durante l'evoluzione dello stato liberale sono transitati nell'ordine giuridico i valori della libertà e dell'uguaglianza formale, mentre, durante l'evoluzione dello stato sociale, sono transitati nell'ordine giuridico i valori dell'uguaglianza materiale, o sostanziale che dir si voglia, e della solidarietà.

E concentrando, ora, l'attenzione sullo Stato sociale, non si può fare a meno di qualche cenno sui temi dell'uguaglianza sostanziale e della solidarietà.

Quanto all'uguaglianza sostanziale, è sufficiente ricordare che essa non può essere scambiata con l'uguaglianza. In proposito appaiono sempre attuali le parole del Rousseau, il quale individuava l'essenza dell'uguaglianza nel fatto che *"nessun cittadino sia tanto ricco da poterne comprare un altro, e nessuno tanto povero da essere costretto a vendersi..."* (J.J. Rousseau, Il contratto sociale).

Alla luce di questo concetto di uguaglianza, è agevole, poi, comprendere quello di solidarietà. Si tratta di un concetto antico, già vivo in Aristotele, in Cicerone ed in Seneca, nel senso di amore e unione tra gli uomini, umanità cosmopolita, aiuto reciproco, amicizia, fratellanza, e si tratta di un concetto che assume il più alto significato nell'idea di *charitas* propria del cristianesimo. E non è

possibile non ricordare a questo proposito le parole di Gesù (di cui al capitolo 15, 5 del Vangelo di S. Giovanni): *“questo è il mio comandamento: che vi amiate gli uni gli altri, come io vi ho amati”*. È questo il principio morale su cui S. Tommaso ha costruito quel gigantesco lavoro costituito dalla Summa Theologiae, che considera l'amor fraterno come virtù sociale, come *“pietas”* (Summa Theologica, 2-29. 101, art. 1, Madrid 1955, pag. 398), e su cui la dottrina sociale della Chiesa ha emanato le sue Costituzioni in materia, come nel caso, per citare quello che sembra l'esempio più importante, della Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo pastorale, più nota sotto la denominazione di *“Lumen gentium”*.

Entrando nel mondo moderno, significative sono le testimonianze di Tommaso Moro, il quale sostiene l'importanza dello spirito di fraternità ed afferma che *“dove c'è la proprietà privata, dovunque si commisura ogni cosa col danaro, non è possibile che tutto si faccia con giustizia e tutto fiorisca per lo Stato...”* (Tommaso Moro, L'utopia, trad. it., Bari, 1972, pag. 69), e quella di Campanella, il quale parla di amore per la comunità, di amicizia e di fratellanza, sottolineando che *“l'amico si conosce nelle guerre, nell'infermità, nelle scienze, dove s'aiutano e s'insegnano l'un l'altro, e tutti s'appellan frati...”* (Tommaso Campanella, La città del sole, Torino, 1941, pag. 63).

In virtù di questi valori solidali si è ricostituito quel senso della comunità, che si era perso all'inizio dell'epoca moderna, allorché si era verificato, come si è visto, uno stacco tra autorità e cittadini. Infatti, l'ingresso nell'ordinamento giuridico del valore dell'uguaglianza sostanziale e della solidarietà ha fatto in modo che lo Stato fosse in grado di garantire, non solo la libertà dei singoli, individualmente considerati, ma anche il bene comune, cioè l'interesse di tutti complessivamente considerati.

In questo quadro, è agevole ora considerare quale debba essere il comportamento dei pubblici poteri. È evidente che il potere dispone di un'ampia sfera di libertà di scelta, che è massima per il potere politico e più ristretta per il potere amministrativo e per quello giudiziario. Comunque, l'incorporazione nel diritto di valori etici, di cui sono espressione, come si è ripetuto, i diritti fondamentali, fa sì che i pubblici poteri non possano, nelle loro scelte, non rispettare questi valori.

A questo rispetto è tenuto lo stesso legislatore, il quale non può violare le norme costituzionali, essendo le leggi sottoposte al controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, e ad analogo obbligo sono tenuti sia il potere amministrativo che quello giurisdizionale.

Per quanto riguarda il potere amministrativo, è da considerare soprattutto che la crisi del principio di legalità, ed in particolare lo spontaneo ritrarsi della legge da campi fino ad ieri da essa occupati, ha posto in primo piano l'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione, la quale non è più una semplice esecutrice di quanto dispongono le norme di legge, ma pone essa stessa dei fini e degli obiettivi da raggiungere, interpreta in prima persona le esigenze della collettività, utilizza i metodi della migliore gestione delle risorse, facendo riferimento ai criteri di economicità, efficacia ed efficienza.

Ciò significa che è penetrato nel diritto il convincimento che la Pubblica Amministrazione è a servizio dei cittadini e che, di conseguenza, essa deve agire in modo da soddisfare nel modo migliore possibile i bisogni della collettività.

Ciò non significa, tuttavia, che l'Amministrazione non sia tenuta ad osservare e rispettare quei valori dei quali sopra si parlava. Ne è una riprova, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la previsione, accanto al principio del buon andamento, del principio di imparzialità, di cui all'art. 97 della Costituzione, principio nel quale è evidentemente implicito il riferimento ai valori di uguaglianza sostanziale e di solidarietà.

In questa visuale, è certo che l'attività discrezionale dell'Amministrazione deve svolgersi in modo che, tra le varie scelte possibili nell'ambito della legittimità, sia preferita la più opportuna, ma anche la più giusta, nel senso della sua conformità ai valori costituzionali in questione.

Per quanto riguarda il potere giurisdizionale, il riferimento ai valori costituzionali comporta il rispetto della verità. Il giudice deve, prima di ogni cosa, accertare il vero. Dopo questo accertamento, egli dovrà realizzare, per il caso concreto sottoposto al suo esame, l'attuazione dei principi di giustizia. E questi comportano soprattutto l'applicazione dei valori costituzionali, dei quali sono espressione i diritti fondamentali.

Non bisogna tuttavia dimenticare, a tal proposito, che l'attività del giudice contiene quasi sempre margini di discrezionalità ed è piuttosto rara l'ipotesi di casi interamente previsti e disciplinati dalla legge.

L'attività discrezionale del giudice, analogamente a quanto si è detto per la Pubblica Amministrazione, comporta la necessità di scegliere tra varie ipotesi tutte legittime, sicché il problema diventa quello di stabilire in base a quali criteri deve avvenire questa scelta. E qui appare evidente che i valori costituzionali diventano criteri di interpretazione e che, di conseguenza, il giudice dovrà scegliere, tra le varie interpretazioni possibili, quella che gli appare più conforme a quei valori.

È in questa aderenza ai valori etici, trasposti, in virtù della previsione costituzionale, nell'ordine giuridico, che si può realmente e realisticamente attuare la giustizia. Questo grande edificio, che si è tentato di ricostruire, e che è frutto della plurisecolare esperienza del costituzionalismo moderno, è sottoposto oggi a forti tensioni e corre gravissimi pericoli, non solo per il suo necessario, ulteriore sviluppo, ma anche per la sua stessa sopravvivenza.

Il primo pericolo è di natura culturale. Il fatto che la giurisdizionalizzazione dei valori in questione sia storicamente avvenuta attraverso il riconoscimento delle libertà individuali, ha creato il convincimento, difficilissimo a sradicarsi, che soltanto a queste ultime vada riconosciuta la tutela dei diritti fondamentali e che tale stessa tutela non possa essere attribuita anche ai diritti collettivi e, in genere, di partecipazione alla gestione di interessi e beni comuni.

Si pensi al diritto all'ambiente: è diffusa l'idea che tale diritto vada considerato come diritto individuale e, quindi, come diritto alla fruizione di un ambiente salubre, e sfugge, invece, che si tratta di un diritto ben più complesso, che implica un diritto di informazione, di partecipazione e di azione, in quanto l'ambiente è un bene comune in proprietà collettiva.

Occorrerebbe invece parlare di un diritto collettivo fondamentale all'ambiente, nel quale sia incluso, non solo l'aspetto della fruizione, ma anche quello della gestione e della conservazione dell'ambiente stesso. Dovrebbe in altri termini esser chiaro che la gestione e la conservazione dell'ambiente, anche se affidata ad organi della pubblica amministrazione, concernono be-

ni che non sono affatto nella libera disponibilità dell'Amministrazione stessa, ma sono di proprietà collettiva, per cui la cattiva gestione e conservazione di questi beni stessi comporta la lesione di un vero e proprio diritto collettivo, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di responsabilità per i pubblici poteri.

Occorre, in proposito un difficile, e forse improbabile, cambio di cultura. Occorre capire che la tutela dei diritti fondamentali concerne l'uomo, non solo come singolo, ma anche come membro della collettività (come recita il citato art. 2 della Costituzione), con la conseguenza che i singoli, i gruppi e le associazioni che si occupano della tutela di questi beni devono essere considerati titolari di veri e propri diritti fondamentali di natura collettiva, potendo agire, anche davanti al giudice, contemporaneamente nell'interesse proprio e di tutta la collettività, secondo l'esempio dell'*actio popularis* romana, della quale è rimasta traccia anche nel nostro ordinamento, come poco sopra si è visto a proposito dell'ambiente, dei diritti dei consumatori e degli utenti.

Discorso ben diverso è quello attinente a quei gruppi e a quelle associazioni, che, lungi dal rappresentare interessi generali dell'intera collettività, rappresentano invece interessi settoriali, prevalentemente di natura economica, di determinati settori sociali. Si tratta di interessi forti (mentre l'interesse generale e collettivo all'ambiente è notoriamente un interesse debole), che si affermano prepotentemente e che rischiano addirittura di trasformare il Parlamento in un luogo di rappresentanza, non degli interessi di tutti i cittadini, ma delle diverse *lobbies* nelle quali taluni cittadini più fortunati finiscono per confluire.

È questo un ulteriore, reale pericolo, che mette a dura prova la resistenza di quell'edificio al quale poco sopra si faceva riferimento. Come si nota, la forza settoriale di queste organizzazioni mina proprio quel potere dello Stato attraverso il quale si realizza la tutela giuridica, ed in particolare la tutela di quei valori etici, sulla quale si è insistito.

Si tenga presente, inoltre, quel fenomeno del tutto nuovo che va sotto il nome di globalizzazione dell'economia. Il diritto "post-moderno", che va evolvendosi nell'era della globalizzazione e della società multiculturale, è di per sé caratterizzato dalla rinuncia

alla puntigliosità di dettaglio nell'organizzazione dei rapporti giuridici, dall'abbandono dell'eccesso di regole imperative e, quindi, dai più ampi spazi all'autonomia individuale, nell'ambito della quale sono richiamati, dalla coscienza sociale, i criteri di valutazione degli atti umani.

Ai tradizionali confini positivi dell'etica nell'ambito della responsabilità giuridica – *quali ad esempio la buona fede, la diligenza e la deontologia professionale, oltre alla valutazione dell'ingiustizia del danno* – vanno aggiungendosi spazi amplissimi nel campo delle tecnologie e delle comunicazioni (*come Internet*), della disciplina societaria (*come il corporate governance*) e degli strumenti finanziari (*le banche etiche*), delle assicurazioni e della responsabilità del produttore (*come i casi statunitensi di Tobacco liability*), della salute (*e le scelte sulla vita e sulla morte*) e della tutela dei diritti fondamentali, in ogni settore del diritto privato, amministrativo e penale.

Ma il fenomeno della globalizzazione dell'economia sta producendo ancor più rilevanti effetti sulla nostra società, ormai in piena trasformazione.

L'attenuazione della coscienza etica, recessiva rispetto alla ricerca dell'interesse materiale dell'individuo, riflette i suoi perversi effetti sul senso di responsabilità individuale e sociale, riducendo la persona ad una macchina produttiva. La crisi dei valori si ripercuote naturalmente sulle istituzioni tradizionali, che sembrano gradatamente ridursi ad involucri vuoti nello stesso momento in cui non riescono a far fronte alla nuova dimensione mondiale dell'economia. E così i cittadini perdono fiducia e con essa anche quell'atteggiamento etico fondamentale di coesione per la vita civile di un popolo, che viene denominato senso dello Stato o meglio delle Istituzioni.

L'insufficienza della dimensione statale nel governo dell'economia e dei rapporti sociali in un mondo informatizzato, da un lato consente la proliferazione di incontrollabili poteri sopranazionali in negazione della sovranità statale e popolare, e dall'altro fa inceppare i meccanismi legislativi tradizionali rendendoli marginali, specie nel campo civile, rispetto ad una creazione spontanea del diritto che dà origine ad una nuova "*lex mercatoria*". Lo stesso concetto di legalità e legittimità su di cui si è formato, specie nell'Europa conti-

mentale, lo Stato di diritto, si sforza di adeguarsi alla nuova realtà sociale, che chiede maggiore efficienza nell'azione pubblica.

Ma l'aspetto positivo di tale momento di transizione è la percezione di una nuova coscienza che sembra emergere, del ruolo che la comunità stessa può e deve svolgere. Gli interessi dell'individuo, quale cittadino, tendono ad essere sottratti agli enti amministrativi per essere tutelati direttamente innanzi al giudice, che diviene diretto garante dell'ordinato svolgimento della vita sociale; ed è interessante notare come i cittadini inizino a riappropriarsi degli interessi, tradizionalmente denominati pubblici, considerandoli propri dei membri della collettività, attribuendo al termine "*pubblico*" il suo reale ed originario significato, di derivazione giuridico-romana, di "*comune*", sottraendolo all'esclusività degli enti stessi, anche di quelli esponenziali.

Il difficile e spesso conflittuale rapporto tra morale e diritto si evolve esso stesso in un'esaltazione dei diritti umani e della tutela della persona, che purtroppo nella pratica mondiale sono spesso negati.

Sinteticamente, può dirsi che ci troviamo di fronte ad una crisi dal duplice aspetto: da un lato c'è una crisi di valori, che è il fatto più grave poiché incide nel profondo dell'animo umano, ed è costituita dalla cosiddetta "*santificazione del capitalismo e delle leggi di mercato*", d'altro lato c'è l'indebolirsi della forza dello Stato, e quindi della possibilità di ricorrere al diritto come strumento di difesa dei valori morali.

È da sottolineare, tuttavia, che la legge fondamentale, che regola tutti i fenomeni, quelli fisici e chimici, quelli biologici e quelli umani, e cioè la legge naturale, secondo la quale ad ogni azione corrisponde una reazione uguale e contraria, sta producendo i suoi effetti anche in questo campo. Contro il liberismo sfrenato, che in ultima analisi smentisce le sue stesse origini, non ammettendo limiti di sorta e proclamando la mondializzazione delle imprese e, quindi, la concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi (si calcola che negli Stati Uniti, negli ultimi venti anni, si è verificato uno spostamento della ricchezza che lascia nelle mani di cinque milioni di famiglie più benestanti lo stesso reddito diviso fra cinquanta milioni di famiglie alla base della piramide) si levano autorevoli voci di protesta.

La condanna di questo tipo di liberismo è stata già più volte proclamata da Papa Wojtila, mentre politologi come Domenico Fisichella osservano che *“nel tempo moderno il problema centrale diviene quello del ruolo dell'economia e del potere economico”* anche se *“non si deve credere che nel tempo moderno e contemporaneo il rischio principale sia sempre e comunque il paneconomicismo.”* (Domenico Fisichella, Denaro e democrazia, 1990).

In una situazione come quella attuale occorre che alla tradizionale forza dello Stato persona, e cioè alla forza imposta dalle Autorità considerate come espressione solo di un certo ceto sociale, si sostituisca la forza dello Stato comunità, che è una forza che si esprime, sì attraverso Autorità liberamente elette, ma che ha il suo fondamento essenzialmente nel consenso popolare, nel consenso della generalità dei cittadini. Ed allora, non è più discorso di ritorno allo Stato accentrato. Anche lo Stato regionale e delle autonomie locali, anche lo Stato federale può e deve assolvere a questo compito. Ed il principale obiettivo da raggiungere è quello di porre in primo piano, non l'economia, ma il valore della dignità umana, considerando l'uomo, in tutta la sua complessità spirituale e materiale, quale misura di tutte le cose, come affermavano i filosofi greci.

Occorre, dunque, un serrato confronto di idee, occorre il consenso, poichè poggia su questo il riconoscimento giuridico dei valori etici.

3. *Etica dell'interpretazione*

All'etica dell'interpretazione, ossia alla correttezza del ragionamento giuridico, i codici non fanno menzione esplicita, anche se riferimenti allusivi si possono rintracciare là dove si parla di osservanza delle leggi.

È ovvio che il ragionamento non corretto conduce all'applicazione errata, omissiva e distorta, della legge e quindi si presta, da un lato, ad essere considerato un vizio della decisione, dall'altro, nei casi più eclatanti, ad essere considerato indizio di colpa del magistrato e quindi presupposto della sua responsabilità civile. Si pensi all'uso dell'interpretazione estensiva, dell'analogia, dei prin-

cipi, delle clausole e delle formule generali, delle presunzioni, cioè a tutte quelle tecniche che richiedono scelte implicanti per l'interprete.

Un impiego prudente di dette tecniche imporrebbe di rifuggire da ogni acritica nomofilachia, dall'uso indiscriminato dei precedenti, dalla tralatizia riproduzione di formule viete, oppure dalla convinzione che le difficoltà emergano solo nei c.d. *hard cases*, e non siano consuete. Si pensi all'uso (e abuso) di formule come "interesse del minore" nelle questioni che investono rapporti familiari, di "funzione bancaria" nei rapporti economici dei clienti con gli istituti di credito, d'"ingiustizia del danno" nella perdita di *chances*, di "complessità tecnica delle questioni da affrontare" nel giudizio d'irresponsabilità del medico.

Sotto tale profilo, la problematica più grave del diritto positivo sta nella sua connaturale incompletezza, che non riguarda soltanto le lacune nella previsione delle situazioni bisognevoli di regolamentazione giuridica, ma soprattutto le modalità stesse delle previsioni normative ed il conseguente passaggio delle norme giuridiche dallo stato previsionale allo stato attuativo.

L'enunciato normativo, astratto, generale, indeterminato, nel suo applicarsi al caso specifico, concreto, individuale determinato, attraversa un processo di adattamento, nel quale si annida il fattore di maggiore incertezza di ogni giuridicità. Questa incertezza non sta unicamente nell'interpretazione dell'enunciato normativo, astratto, generale, indeterminato, quanto piuttosto nell'applicazione della norma, nel suo farsi regola del caso specifico. La regola del caso specifico è giuridicamente scorretta sia quando muove da una interpretazione errata della norma generale, sia quando, pur muovendo da una interpretazione esatta, presenta un adattamento inconseguente. È soprattutto nell'adattamento, più di quanto non avvenga nell'interpretazione, che si insinua la possibilità dell'errore, perché il passaggio dall'astratto al concreto, dal generale all'individuale, dall'indeterminato al determinato, introduce fattori integrativi, sollecitati dalla situazione di specie, che, se non controllati a dovere, possono deviarne il corso legittimo.

L'innegabile defluenza che, con moto inverso, procede dall'adattamento verso l'interpretazione, per il riflesso che ha il modo di adattare la norma sul modo d'interpretarla, non può influire sulla

necessità di tenere distinti chiaramente i due momenti, evitando le confusioni che si riscontrano frequentemente nelle riflessioni sulla teoria dell'interpretazione e sul ruolo del giudice rispetto al diritto positivo.

La traduzione della norma, nel passaggio dalla previsione sintetica alla disposizione analitica, fa atteggiare l'attività adeguatrice come attività integrativa. E poiché i fattori d'integrazione sono attinti dal caso specifico, l'adeguamento è sempre, in qualche misura, un fattore esterno alla norma generale, che introduce nella vita del diritto momenti di apprezzamento soggettivo. Tali fattori non sono problematici finché si rimane nell'ambito dell'attuazione spontanea della norma giuridica da parte dei destinatari – fino a quando, cioè, non si esorbita dal regime dell'autoregolamentazione degli interessi –, ma diventa causa d'incertezza e insicurezza quando si entra nell'ambito dell'attuazione autoritativa della norma giuridica da parte del giudice: tutte le volte, cioè, in cui si penetra nel regime della eteroregolamentazione degli interessi.

I fattori integrativi esterni, in questa seconda ipotesi, non possono essere lasciati all'apprezzamento soggettivo del giudice, senza compromettere il valore fondamentale della certezza del diritto e, per quanto esteso sia il rapporto fiduciario fra la società ed il giudice, deve tenersi conto delle direttive sociali che, pur nella loro elasticità, rappresentano una forma di controllo della società sull'attività dei giudici ed un vincolo nell'esercizio del loro potere integrativo. Queste direttive non possono che trovarsi nell'etica sociale.

D'altronde, tutto il settore dei provvedimenti giudiziari discrezionali è caratterizzato da una congenita lacunosità interna del dettato normativo, causata dall'impotenza del legislatore di prevedere e regolare tutte le circostanze, che nella formazione della norma del caso concreto influiscono sulla regolamentazione giuridica.

Viziata per eccesso e abbandonata anche dal più rigoroso giu-
spositivismo è la presunzione illuministica della certezza del diritto, secondo la quale, ritenendosi di poter ridurre, per mezzo di una legislazione onniloquente ed onnidescrittiva, l'applicazione della legge ad una mera operazione meccanico-sillogistica, si fa del giudice la "bocca che pronuncia le parole della legge" e si limita il suo ufficio all'accertamento del fatto.

In realtà, anche nei sistemi improntati alla più rigorosa legalità, l'interpretazione costituisce un momento ineliminabile, che non si riduce ad una semplice operazione "ricognitiva", ma che ha in sé un insopprimibile margine creativo, contribuendo a costruire, nella realtà del momento storico, la "norma" sulla base delle proposizioni di legge. Pertanto, implica un margine di soggettivismo dell'interprete e, quindi, di variabilità soggettiva delle applicazioni della legge, fin anche nelle sue formulazioni più semplici, che nessun obbligo di tassatività può interamente sopprimere, presentando ogni parola della legge, accanto ad un nucleo di evidente chiarezza, un alone di significato variabile.

Non va sottaciuto, inoltre, che in Stati di lunga tradizione democratica, quali i paesi scandinavi e l'Inghilterra, non esiste un espresso divieto di analogia, mentre in Stati autoritari, quale la Spagna franchista, il Portogallo salazariano e la stessa Italia fascista, venga affermato il principio di stretta legalità formale.

Tuttavia, al di là della proclamazione o meno del divieto di analogia, ciò che conta veramente è la "mentalità" con cui la legge è applicata dai giudici e l'uso che si fa della medesima, potendo essa servire come mezzo eccezionale per estendere la disciplina da uno specifico e ben determinato precetto legislativo, oppure come mezzo normale per attingere in realtà, attraverso il riferimento alla *ratio* di norme vaghe e generiche, il diritto da fonti extralegislative.

Attraverso la c.d. interpretazione evolutiva, talvolta la giurisprudenza (ma anche la dottrina), giunge ad individuare principi politici sottostanti alla Costituzione, cui si vorrebbe dare immediata attuazione, ovvero ricerca, nella mutata coscienza sociale, nuove fonti normative extralegali, magari allo scopo di ovviare ai ritardi del legislatore, quando non ad imporre ideologie di parte.

D'altronde, non può negarsi che vi sono momenti storici in cui la c.d. apoliticità del giudice entra fatalmente in crisi poiché sia che egli resti fedele alla legge scritta sia che attinga il diritto da fonti extralegislative, si presenta pur sempre espressione di un ordine che non riflette più il generale consenso.

Ciò costituisce un fattore di "disordine giuridico" e un preoccupante aspetto di crisi del diritto, che riflette la crisi di uno Stato, che è divenuto sempre meno il punto di convergenza di forze di-

verse, in equilibri seppure instabili, e di una società che presenta inquietanti fenomeni di anomia e d'indifferenza di valori.

4. *Etica processuale*

Si potrebbe sostenere che il processo è un luogo in cui non vi è spazio per considerazioni etiche, poiché l'attività processuale è integralmente governata da regole analitiche e specifiche.

Detta concezione, invero piuttosto diffusa, è fondata su una visione inattendibile del processo, della normativa che lo regola e del modo in cui esso si svolge nella realtà.

L'idea del processo, come un meccanismo analiticamente disciplinato, che funziona come una macchina (la vecchia metafora del processo come orologio, che va avanti per conto suo purché qualcuno si ricordi ogni tanto di scuoterlo), dove nessuno compie scelte perché tutti sono necessitati e determinati da regole specifiche, non è vera oggi e, con ogni probabilità, non lo è mai stata. Si tratta, piuttosto, di un'ideologia del processo come "luogo" neutrale dominato da automatismi normativi, idonea a deresponsabilizzare i soggetti che vi operano, ma destituita di qualsivoglia fondamento scientifico.

Nell'ambito di un processo così concepito potrebbe essere certamente difficile o impossibile trovare qualsiasi spazio per considerazioni etiche, ma, appunto, l'errore sta nella premessa, consistente nell'assumere una concezione del processo e della sua disciplina che non corrisponde e non ha mai corrisposto alla realtà.

Al contrario, il processo può essere pensato come una sequenza di situazioni nelle quali soggetti diversi compiono ad ogni momento scelte che determinano in concreto la realtà del procedimento.

La legge processuale regola la sequenza delle scelte che le spettano, oltre alla forma degli atti con cui queste scelte sono effettuate, ma non determina direttamente e analiticamente il contenuto specifico di queste scelte. In sostanza, il processo può essere interpretato come una sequenza di momenti in ognuno dei quali un soggetto compie una scelta che determina l'andamento successivo della sequenza e condiziona le successive scelte di altri soggetti. La disciplina del processo regola l'ordine, le modalità, la forma e

gli effetti degli atti, mediante i quali i soggetti del processo compiono le scelte previste dalla legge. In tal modo s'incentra correttamente l'attenzione sulla discrezionalità di cui dispongono i vari soggetti nel procedimento, e che costituisce l'ambito nel quale tali soggetti effettuano le proprie scelte.

5. Deontologia professionale

Marco Tullio Cicerone scrive: *“Tutti coloro, giudici, che senza esservi stati indotti da nessuna inimicizia, senza aver subito personalmente alcuna offesa, senza essere stati attratti da alcuna speranza di premio, citano in giudizio un altro nell'interesse dello Stato, devono preventivamente considerare non solo quale onere temporaneamente si assumono, ma quanto sia impegnativo per tutta la vita il compito che si accingono ad affrontare. Si impongono, infatti, da soli l'obbligo di praticare sempre l'integrità, la temperanza e tutte le virtù di cui chiedono conto ad un altro. A colui infatti che si arroga il diritto di criticare la condotta altrui e di additare al biasimo le altrui colpe, chi userebbe indulgenza ove egli stesso in qualche cosa si allontanasse dallo scrupoloso rispetto del dovere? Perché da un accusatore si pretende che si astenga soprattutto da quelle colpe che ha rinfacciato ad un altro”* (processo a Gaio Verre).

Cicerone disegna un modello di deontologia processuale – quindi interna al processo – ed extra-processuale – che riguarda persino la vita privata del magistrato – di permanente vigenza ed attualità.

Invero, la condotta del magistrato deve essere ispirata a rigorose regole deontologiche, che fungano da guida per limitare l'influenza dei cosiddetti condizionamenti interni, quali il desiderio di notorietà o di visibilità (reso più acuto o esasperato dalla capillarità ed efficacia dei mezzi di comunicazione quali radio, televisione e stampa), oppure il desiderio di compiacere o non contrastare un'opinione pubblica, genuinamente o artificiosamente formatasi a seguito dell'influenza dei suddetti mezzi di comunicazione, dimenticando che, seppure egli deve contribuire al progresso del diritto, gli è tuttavia precluso appropriarsi dell'ufficio del legislatore.

Altro esempio di condizionamento interno del giudice è quello derivante dall'ideologia, dalla religione, dall'appartenenza a gruppi o associazioni, in una causa dove le questioni dibattute o le parti siano connotate da ideologie, religioni, appartenenze.

È impossibile per un essere umano liberarsi del tutto da queste influenze, che si subiscono anche inconsapevolmente, ma è dovere tentare d'individuare, di sottrarvisi, di tendere al maggiore distacco possibile, anche attraverso il rigoroso rispetto delle regole deontologiche contenute nei (numerosi) codici etici.

Il codice etico, infatti, è un codice che non ha valore giuridico proprio perché non è una normativa che dev'essere in qualche modo giustiziabile all'interno del sistema, ma è una normativa che tende a formare uno stile, un modo di essere, un *habitus*, nella prospettiva del rapporto dei giudici con i cittadini e con i diversi poteri dello Stato. In questo senso, la questione dei codici etici è fondamentale perché se si lasciasse sostanzialmente soltanto alle norme disciplinari il compito di garantire il corretto rapporto dei giudici con i cittadini e gli altri poteri dello Stato, si rinunciarebbe probabilmente a quell'*habitus* virtuoso che sta alla base di ogni corretta relazione istituzionale.

Il primo codice etico sono stati, probabilmente, i dieci comandamenti, sufficienti ad impostare il senso della dignità umana e del rispetto degli altri.

I principi etici servono, quindi, a disegnare l'identità della professione e non devono essere muniti di sanzione.

Al di là del rispetto delle norme deontologiche, può certo accadere che, nella formazione interiore dei convincimenti dei giudici, influiscano opinioni circa i valori etici e sociali, ulteriori rispetto a quelli del contratto o dell'ordinamento, ma un significativo contenimento dell'incidenza di tali valori, tale da trattenerli al confine della rilevanza giuridica, è dato dall'obbligo di motivazione della sentenza.

Rilevante è l'analisi del rapporto fra la questione deontologica ed il tipo di società. Attualmente al centro della vita sociale c'è la questione del conflitto d'interessi, delle incompatibilità, più in generale del problema dei rapporti fra ordini diversi.

Si tratta, in qualche modo, di una condizione strutturale della nostra società, che non può essere sottovalutata.

La questione deontologica è diventata centrale, non solo per chi opera nella magistratura, ma anche per chi svolge professioni qualificate. Il dato vero è che la nostra società è pluralista, una società in cui il livello di alcuni poteri si fa sempre più forte.

Gli amministrativisti descrivono questo tipo di società in termini di policentrismo autonomistico. Se ciò è vero, la complicazione dell'organizzazione sociale implica la necessità di criteri di collegamento fra i diversi livelli a cui ciascuno partecipa. Le regole di deontologia servono a storicizzare e a realizzare questo tipo di collegamento, fra le serie diverse di livelli di governo o di funzioni istituzionali, ma anche fra valori diversi.

Infatti, al pluralismo della società corrisponde spesso un pluralismo di valori. Si potrebbero, ad esempio, enunciare alcune sequenze di questi valori che fra loro sembrano, talvolta, atteggiarsi come valori antinomici.

Il senso delle norme di deontologia sta proprio nel trovare un criterio di collegamento fra valori che, se lasciati da soli, sono valori che divengono – appunto – antinomici.

Per le magistrature basterebbe enunciare, a titolo esemplificativo, il valore della neutralità e dell'impegno di perseguire il fine istituzionale affidato. Se non c'è un criterio deontologico che lega la neutralità con l'impegno, potremmo essere qui di fronte a due valori antinomici. Vi è il valore della riservatezza, cui corrisponde antinomicamente quello della trasparenza: l'uno e l'altro sono addirittura condizioni di validità dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ma qual è nel vissuto di ciascun magistrato il criterio di collegamento fra questi valori? Per garantire un esercizio adeguato della funzione giurisdizionale occorre, spesso, assicurare la presenza di condizioni che sembrano porsi su versanti opposti. La separatezza del magistrato rispetto al corpo sociale serve ad assicurarne l'indipendenza; occorre, tuttavia, garantire anche il collegamento con la società per assicurarne la capacità di comprensione. In un certo senso potremmo definire le regole di deontologia, ovvero le regole e le norme contenute nei codici etici, come quelle regole che rendono fra di loro connesse serie di valori che potrebbero porsi come serie antinomiche.

PARTE II
ETICA DELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA
E DELLA GIURISDIZIONE ECCLESIASTICA

*1. Il controllo giudiziario sul potere pubblico: la Corte dei Conti.
Cenni generali*

L'attuale assetto della Corte dei Conti, dopo la riforma del 1994, offre spunti di analisi di uno scenario che, per le caratteristiche attribuzioni dell'istituto, implicano la padronanza di una peculiare strumentazione tecnica, ponendo all'interprete tematiche di approfondimento talora complesse.

La riforma, perfezionata nel 1996, è ispirata al principio secondo il quale un'amministrazione, tendenzialmente più snella, esige la riduzione dell'ambito di incidenza del controllo preventivo, mentre l'introduzione di un successivo e generalizzato controllo sulla gestione assicura una maggiore efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Invero, il sistema dei controlli era rimasto sostanzialmente ancorato alla legge 14 agosto 1862, n. 800. L'ordinamento era passato pressoché indenne nel tempo. I difetti non mancavano.

L'eccessiva e incongrua estensione del controllo, che, da un lato, ricomprendeva provvedimenti di modesto rilievo, dall'altro, escludeva atti di grande rilevanza, come quelli programmatici e di indirizzo.

Se il sistema aveva avuto inizialmente una giustificazione non poteva ritenersi adeguato, a fronte delle trasformazioni della pubblica amministrazione.

Ciò detto, nel quadro complessivo della riforma, il tradizionale controllo preventivo di legittimità su atti, così come ridisegnato dal legislatore, continua a svolgere un ruolo essenziale per l'ordinamento; e ciò non solo per doveroso ossequio a una diretta previsione costituzionale, ma per la eccezionale rilevanza degli atti sui quali è stato conservato. Trattasi dei regolamenti, degli atti generali, degli altri atti che rappresentano l'"incipit" di complessi organizzati di attività o di gestioni, e che non incidono direttamente su situazioni soggettive di soggetti privati o

pubblici, che non sarebbero immediatamente ricorribili davanti ad un giudice.

Aspetto, comunque, rilevante della riforma consiste nell'aver intestato alla Corte una funzione di generalizzato controllo successivo sulle pubbliche gestioni, ben al di là del limitato controllo "successivo sulla gestione del bilancio dello Stato".

Il controllo successivo esteso all'universo delle pubbliche amministrazioni, pienamente legittimato dalla Corte costituzionale, rappresenta, oggi, funzione di più ampio respiro.

L'idea che l'amministrazione debba costituire un fattore dello sviluppo economico, con la conseguenza che anche i suoi "prodotti" debbano rispondere ad una logica di economicità e di efficienza, ha contribuito a modificare radicalmente la natura e la stessa finalità dei controlli.

Quindi, la prerogativa della Corte di "garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico", mediante relazioni al Parlamento su grandi aggregati di finanza pubblica (la finanza dello Stato, la finanza regionale, la finanza locale) e su politiche pubbliche di settore.

La verifica di economicità, di efficienza e di efficacia delle gestioni amministrative o complessi articolati di attività, da apprezzare con i "metri" delle scienze e delle tecniche propri di ciascun settore, al fine di migliorare l'azione elevando la qualità del prodotto amministrativo.

Tali attribuzioni, sia con riguardo all'amministrazione statale, sia con riguardo alle amministrazioni regionali e locali e, come ha chiarito la Corte costituzionale, con valutazioni sull'impiego delle risorse finanziarie che costituiscono la "dotazione" del federalismo fiscale, con particolare attenzione alla corretta gestione dei "fondi di riequilibrio", cui sarà rimesso di attuare la solidarietà fra regioni ricche e meno ricche.

L'introduzione del controllo successivo sulla gestione non comporta, comunque, che la legittimità sia un valore recessivo: semplicemente, essa non è più l'unico "metro di misura" per apprezzare la qualità dell'azione amministrativa. Quindi, la valutazione dei risultati di una gestione non può ignorare (così come non li ignora il settore privato) i vincoli della legalità; ma, all'interno di questi vincoli, tutti gli atti, le attività, i comportamenti che

“danno corpo” alla gestione debbono essere apprezzati alla luce di criteri e indicatori, utili a misurare i costi e i rendimenti dell’azione amministrativa.

È un controllo di tipo nuovo, che deve avvalersi di tecniche e di conoscenze economiche, statistiche, aziendalistiche e di altre ancora, anche per la messa a punto dei parametri, degli indicatori, degli standard con i quali misurare e valutare le attività amministrative.

È una peculiare forma di controllo diffuso sul potere pubblico, volto ad assicurare lo sviluppo di una società libera e moderna, che non può prescindere dal rispetto dagli antichi valori della cultura economica, della cultura contabile. In tale quadro la Corte si atteggia come Magistratura garante del principio costituzionale del buon andamento, che l’Europa continentale chiama della “*sana gestione*”, che assicura equilibrio al sistema con giudizio indipendente.

In sostanza, sui temi dell’economia, la classe politica ha inteso fare le sue scelte, lasciando a “*terzi*” il controllo sulla gestione delle politiche pubbliche, i quali possano verificare l’effettività del miglioramento della qualità della vita dei cittadini.

D’altro canto, le risorse di uno Stato democratico sono in notevolissima entità una funzione della sua legittimità, della obbedienza spontanea, del sostegno attivo che riceve dai cittadini. Se le leggi sono solo strumenti di coercizione, allora allo Stato democratico manca la forza di essere una efficace controforza protettiva.

2. *Il controllo collaborativo*

Il tema del controllo di carattere collaborativo apre la delicatissima questione del rapporto tra ruolo della Corte e sistema delle autonomie locali, nel contesto costituzionale e ordinamentale.

Giurisprudenza e dottrina sono impegnate a delineare tanto il ruolo delle autonomie locali quanto il sistema costituzionale complessivo sotto il profilo dei rapporti tra i diversi livelli di governo, al fine di superarne l’equilibrio instabile e i numerosi nodi irrisolti.

Invero, l’aspetto problematico risiede nella circostanza che la Corte dei conti, con la stessa legittimazione costituzionale, svolge una attività di referto al Parlamento che, ai fini del rispetto del pat-

to di stabilità e degli equilibri di bilancio, si estende anche al sistema delle autonomie locali.

Infatti alle Sezioni regionali sono demandati compiti di verifica e controllo, anche se con strumenti e metodologie differenziate. Per quanto può apparire non semplice comprendere sul piano concettuale le diverse articolazioni, la loro attuazione in concreto concorre a definire una funzione e un ruolo istituzionale, dei quali è possibile individuare in maniera univoca il fondamento, la fisionomia e i limiti.

Invero la tormentata evoluzione del quadro normativo, legata alle recenti leggi finanziarie successive all'entrata in vigore della riforma costituzionale del Titolo V, ma anche ad altri interventi del legislatore, dimostrano quanto il rapporto fra la Corte e il sistema delle autonomie locali appare mutevole, con conseguente labilità del controllo rispetto ai confini reali dell'autonomia degli enti di governo territoriali.

Si è sviluppata, tuttavia, una più incisiva funzione di regolazione e di direzione, definita dalle leggi, ed esercitata con la utilizzazione di moderni, sofisticati, flessibili, e in sé stessi più apprezzabili, strumenti di *soft law*.

Il che non può che condizionare, in prospettiva anche in misura rilevante, il modo stesso col quale gli enti territoriali devono operare in sede di gestione dell'autonomia finanziaria, soprattutto sul versante della spesa. Anche se deve, per altro verso, tenersi in debito conto che dette forme di controllo mostrano i loro limiti in quanto incidono sul versante del contenimento della spesa e non su quello delle attività e delle funzioni che determinano la spesa o sulla struttura del bilancio.

Va anche detto che, con il nuovo quadro costituzionale, con accelerazione crescente, si sono introdotte disposizioni vincolanti l'autonomia delle regioni e degli enti locali.

A fronte di questo fenomeno, la stessa Corte costituzionale ha individuato nel principio dell'unità dell'ordinamento un fondamento che non era più possibile rinvenire nelle sole esigenze di rispetto del patto di stabilità e dei vincoli europei.

Si pensi, in particolare, che con la sentenza n. 267/2006, la Corte costituzionale, al fine della delimitazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo, si è rivelata il maggiore fattore di attuazione della disciplina costituzionale.

La pronuncia è dedicata per gran parte al controllo della Corte dei conti, del quale espressamente, per la prima volta dopo la riforma del titolo V, affronta il fondamento costituzionale.

Tale controllo è esterno e di natura imparziale e collaborativa, rivolto al coordinamento della finanza pubblica. Se ne richiama il riconosciuto plurimo fondamento negli artt. 28, 81, 97 e 119 Cost. e la continuità nell'evoluzione della disciplina; si sottolinea come la sua crescente valorizzazione in conseguenza dei vincoli comunitari, del rinnovato quadro costituzionale, lo porta oggi a caratterizzarsi per essere "*essenzialmente volto a salvaguardare l'equilibrio complessivo della finanza pubblica*". E ciò anche con riferimento alle regioni e alle province ad autonomia differenziata, non potendo dubitarsi che anche la loro finanza sia parte della "*finanza pubblica allargata*".

In conclusione, la sentenza rappresenta uno snodo nevralgico perché chiarisce la posizione ed il ruolo del controllo della Corte nel coordinamento della finanza pubblica.

La funzione di garanzia ad essa riconosciuta comporta l'attribuzione di nuove competenze, seppur nell'accrescimento di responsabilità e di nuovi obblighi in capo agli organi di controllo interno degli enti.

3. La giurisdizione

La Corte dei conti nasce prima dello Stato unitario. La giurisdizione amministrativo-contabile deriva la sua origine dal giudizio di conto dal quale, con caratteri peculiari, si è enucleato il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, che ha valenza più generale.

Il supporto costituzionale per quel che riguarda la giurisdizione è puntualizzato dall'art. 103, 2° comma, della Costituzione che recita "*la Corte dei Conti ha giurisdizione in materia di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*".

La Corte Costituzionale, con pronuncia consolidata, ha ritenuto tale giurisdizione in materia, tendenzialmente generale, nel senso che è riconosciuta al legislatore la potestà di realizzarne la naturale espansione.

La identificazione della nozione di contabilità pubblica non risulta certamente agevole.

La più appropriata e moderna interpretazione di finanza pubblica si configura in maniera particolare nello Stato moderno caratterizzato dalla crescente espansione di interessi pubblici e conseguente dilatarsi delle risorse prelevate ai cittadini.

Le garanzie apprestate dal sistema non si esauriscono nella procedimentalizzazione della erogazione della spesa pubblica, ma coinvolgono la complessiva valutazione della gestione delle risorse, prelevate nell'interesse della comunità amministrata.

In tale presupposto, la responsabilità amministrativa si riconnette al danno causato alla pubblica amministrazione dal comportamento di amministratori e dipendenti pubblici, nell'esercizio delle proprie funzioni.

Tra gli elementi costitutivi, il danno erariale si configura come lesione di un interesse di natura patrimoniale che incide sul bilancio dello Stato o di un ente pubblico.

È antico il dibattito sulla natura, pubblicistica o privatistica della responsabilità amministrativa e sulla funzione sanzionatoria o risarcitoria (contrattuale o extracontrattuale) della giurisdizione contabile.

Secondo un consolidato indirizzo, tale responsabilità avrebbe natura risarcitoria, in quanto l'azione della Corte dei conti tende a reintegrare le casse erariali della perdita patrimoniale subita. All'interno di tale indirizzo, si è prospettata anche la natura extracontrattuale della responsabilità amministrativa, in quanto espressione della violazione del generale principio del *neminem laedere*.

Da altri autori, da parte della giurisprudenza, si è invece sostenuta la natura contrattuale, traducendosi l'illecito amministrativo-contabile in una violazione del sottostante rapporto negoziale fra l'Amministrazione ed il presunto responsabile.

Una posizione mediana tra la tesi extracontrattuale e quella contrattuale, sembra desumersi dalla sentenza 22 dicembre 2003, n. 19667 delle SS.UU. della Cassazione, che ha attribuito alla Corte dei conti la giurisdizione sugli illeciti "extracontrattuali", consumati da pubblici dipendenti a danno di enti diversi da quello di appartenenza, così ampliando la preesistente responsabilità "contrattuale" nei confronti della propria amministrazione.

Un diverso indirizzo, di matrice pubblicistica, rinviene invece una funzione repressivo-sanzionatoria nella responsabilità amministrativo-contabile, che la avvicinerrebbe alla responsabilità penale, per la ufficiosità dell'azione della Procura contabile, per la centralità del ruolo del danneggiante rispetto al soggetto danneggiato.

Infine, un approccio eclettico al problema ha prospettato un'altra tesi che, nel tentativo di compendiare i due precedenti indirizzi, ha evidenziato accanto a profili compensativi-risarcitori, che rappresentano il fine ultimo dell'azione giuscontabile, finalità sanzionatorie preventive, assolute dalla responsabilità amministrativo-contabile.

Ne deriverebbe un *tertium genus* di illecito di natura speciale ed una conseguente peculiare azione pubblica risarcitoria.

In conclusione, in una prospettiva "pragmatica", il problema della responsabilità può apparire piuttosto teorico a fronte di un regime normativo "speciale" dettagliato e puntuale che prescinde dal problema della natura della stessa.

4. *Deontologia e giustizia amministrativa*

La giurisdizione amministrativa si connota per essere stata istituita originariamente quale forma di controllo interno al potere pubblico, ma che, attraverso la graduale trasformazione con il progressivo arricchimento di garanzie proprie del processo, è approdata alla giurisdizione.

Proprio l'origine interna all'amministrazione e la circostanza che essa costituisce il punto di arrivo dell'evoluzione di organi contenziosi in organi giurisdizionali potrebbero far indulgere all'idea di una fisiologica immedesimazione del giudice nell'amministrazione. Ma è proprio il rischio di alterare quella che è pur sempre una funzione giurisdizionale che richiede da chi la esercita un attento autocontrollo.

Il problema d'ordine etico che si pone per il giudice amministrativo, cui è affidato il controllo sull'esercizio del potere pubblico, è quello di sapersi assegnare, da solo, i limiti del proprio potere. Ciò, da una parte, perché egli è particolarmente qualificato al rispetto della Costituzione che non gli riconosce arbitrarie invasio-

ni su altri poteri e, dall'altra, perché egli dev'essere custode dei propri poteri, che rischierebbe di perdere quando indebite invasioni di campo possano generare la reazione di chi si sente espropriato delle proprie funzioni. È una questione di ordine prettamente etico, che non può essere scritta in nessuna legge, ma può essere risolta secondo la coscienza del giudice che deve sottrarsi alla suggestione di "mostrare i muscoli", quando pensi di potere indebitamente invadere la sfera di altri poteri, fidando nell'inerzia o nell'acquiescenza altrui.

Questione non meno delicata invero è quella che riguarda il sindacato da parte del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità, sindacato non sempre sorretto dalla padronanza di sufficienti elementi di natura tecnica, il quale finisce per incidere su processi le cui conseguenze esorbitano dai limiti strutturali che pertengono al suo ruolo.

Il rischio è che la funzione giurisdizionale appaia; solo in via residuale, come applicazione del diritto esistente e sempre più come esercizio di scelte di valore, come scelte e applicazione di modelli di giustizia, di cui non importa la coerenza o meno agli indizi dei poteri rappresentativi o ai precetti costituzionali.

La giustizia amministrativa presenta un punto d'interesse specifico. Questi anni hanno registrato in modo assai forte un cambiamento radicale del modo di concepire l'azione amministrativa che si ripropone all'interno dell'assetto del processo amministrativo.

5. Etica cristiana e legalità

La visione cristiana dell'uomo, in linea di principio, esalta il progresso scientifico e i mutamenti sociali che ne derivano come frutto di quell'intelligenza che è dono di Dio e che ne manifesta la potenza creatrice.

Tuttavia, poiché detti mutamenti non hanno per se stessi un orientamento etico a loro intrinseco e l'approccio alla realtà, il tipo di razionalità e di verità sono piuttosto di carattere funzionale, si pone il problema cruciale di come sostenere tale cambiamento – dal momento che esso ha un enorme impatto con la cultura e il vissuto dell'uomo – con chiari e definiti confini legislativi ispirati

a un'etica condivisa e comunque non eludibile, affinché il progresso sia effettivamente a favore della libertà e dello sviluppo.

La delicata questione concerne la cosiddetta svolta antropologica propria del tempo moderno. Essa pone l'individuo al centro e ne fa il soggetto stesso del diritto alla libertà. Una tendenza che, se assolutizzata, può svuotare il senso stesso della legge morale ma anche d'ogni norma che in qualche modo coarti o costringa la spontaneità e la creatività della persona nell'esercizio autonomo della libertà.

Secondo la concezione cattolica, in un contesto di razionalità debole, relativa, funzionale e provvisoria, il soggetto umano e la sua libertà sono spesso compresi e vissuti in maniera piuttosto isolata ed autoreferenziale, mentre la libertà appare sempre più orientata a scelte provvisorie. Si parla di seconda rivoluzione individuale, in cui tutto ruota e parte dall'interesse o dal bisogno soggettivo dell'individuo.

Parlare di solidarietà diventa molto difficile in questo contesto. E di fatto entrano in crisi tutte le realtà solidali, come la famiglia, i gruppi, le comunità, il senso di appartenenza a una comunità cittadina (anonimato, indifferenza, chiusura tipica delle grandi città), il senso dello Stato basato sul bene comune e dunque sul rispetto e l'incontro con gli altri, secondo fini che vanno oltre il puro interesse personale.

Secondo la visuale cattolica, emergono due aspetti che mettono in crisi quel patrimonio di solidarietà, di comunione e di cultura cristiana, basata sul rispetto di un'etica che si traduce in legalità e promozione della vera dignità di ogni persona in rapporto con gli altri e per gli altri.

La crisi dell'innato senso etico religioso fa prevalere un certo agnosticismo e indifferentismo, per cui l'intelligenza umana si riduce a semplice ragione calcolatrice e funzionale. L'alleggerimento che corrode i legami più sacri e gli affetti più degni dell'uomo sradica le relazioni fondative stesse del tessuto sociale, rendendole instabili. Si aggiunga la caduta della speranza, come spinta all'innovazione e al futuro e chiusura dentro un presente grigio e triste da cui si tenta di avere tutto e subito, con la conseguenza di non preoccuparsi di costruire e progettare il domani per sé e per le nuove generazioni.

Malgrado tutto ciò, s'individuano spinte sempre più forti al riemergere di valori e di prospettive positive. Ci sono varchi entro cui è possibile recuperare sia il contenuto etico del comportamento umano, sia la legalità come via che sostiene e aiuta tale comportamento a rendere più umana e qualitativamente vivibile e progettabile l'esistenza personale e quella delle realtà comunitarie e sociali, dell'ambiente di vita e di una "globalizzazione della solidarietà" tra Paesi economicamente avanzati e paesi poveri.

In tal senso, è doveroso aiutare quanti hanno in mano la progettualità del futuro della società, la cultura, la politica e le istituzioni a liberarsi dal preconconcetto o dal timore che l'universo e in esso la nostra vita e il nostro destino sono abbandonati ad una cieca necessità e casualità. Questo timore spegne la speranza e toglie forza all'impegno etico, ma rende anche la funzione stessa della legge provvisoria e inefficace sul piano progettuale.

Qui subentra una sfida forte da parte dell'ordinamento giuridico e legislativo, in quanto orientativo di indirizzi che possono concorrere a sostenere il cambiamento, secondo vie di umanizzazione e dunque di autentico progresso per l'uomo.

Guardando al lento, ma progressivo sforzo dell'umanità intera di configurare una serie minima di diritti fondamentali, quale frontiera su cui posizionare la riconosciuta legalità dei comportamenti individuali e sociali, si può fare un cammino importante per costruire una società e l'uomo del domani su basi condivise.

Il fenomeno che esplode già nell'Ottocento con le numerose carte dei diritti dell'uomo e che ha trovato anche di recente nella Carta europea una sua concreta applicazione, tende a codificare questo "minimo etico", su cui regolare i rapporti tra le persone e gli Stati.

La cosa è certamente positiva, ma il rischio è quello di lasciare in ombra il fondamento di tale *minimum* che è la giustizia, per cui i diritti sembrano trovare non al di fuori ma dentro se stessi le ragioni della moralità. In tal modo il diritto assume il primato sulla morale intesa nel senso tradizionale del termine. In sostanza, si denuncia il capovolgimento di quanto nell'antichità era dato come fatto acquisito: il diritto dipende dalla morale, non viceversa.

«*Ius est ars boni et aequi: iuris praecepta sunt tres: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*». In questi prin-

cipi i giuristi romani mettevano in evidenza quella caratterizzazione etica del diritto che troverà poi nella riflessione filosofica dei padri della Chiesa e della scolastica il suo più preciso e pieno inquadramento: *"non est lex quae iusta non fuerit"*, scrive Agostino sottolineando il primato sostanziale, quello dell'etica del diritto rispetto alla sua dimensione formale-autoritativa; *"jus est obiectum justitiae"* scrive S. Tommaso, riconducendo ancora più nettamente il diritto ad una dimensione, quella della giustizia, che nella sua prospettiva può essere capita e tematizzata solo attraverso la concettualizzazione, tipicamente etica della virtù.

Secondo detta impostazione, la cultura moderna avrebbe rovesciato tale prospettiva per cui, quando il Papa difende la dignità dell'uomo, codificata nello schema delle dichiarazioni internazionali dei diritti umani, viene elogiato; rifiutato e criticato quando afferma diritti che, secondo la visione cristiana dell'uomo, sono oggettivamente fondati su una verità che trova la sua radice nella stessa natura dell'uomo, in quanto persona creata da Dio e soggetto di diritti inalienabili e universali, che vanno riconosciuti da tutti e non solo accettati o rifiutati, sulla base di una maggioranza culturale o sociale. La cultura contemporanea appare propensa ad accogliere il riferimento all'etica, ma nei limiti in cui questa riconosca il primato del diritto, così come è codificato e accettato dagli ordinamenti giuridici, che a loro volta sono soggetti alla cultura che cambia e alle stesse opinioni prevalenti nella società. Nel caso in cui l'etica venga a mancare di questo supporto giuridico, culturalmente accettato, perde di valore e diventa un fatto privato, accettato solo come scelta soggettiva che non può avere alcuna rilevanza normativa sull'individuo e tanto meno rilevanza pubblica.

Ne nascono domande fondamentali che percorrono oggi la nostra cultura: ciò che è legalmente permesso è sempre eticamente giusto e buono? Come far sì che la legge non si appiattisca solo nel regolare ciò che di fatto esiste, anche quando questo è eticamente discutibile o non rispondente al vero bene dell'uomo e della sua dignità di persona? La legge non dovrebbe anche promuovere un di più di qualità della vita e dei comportamenti e non solo regolarne asetticamente l'esistente? Non ha la legge più alcuna funzione pedagogica ed educativa di stimolo e orientamento al vero bene

e al giusto, secondo parametri che vanno oltre l'ethos culturalmente dominante o indotto dalla forza dei modelli reclamizzati dalla comunicazione di massa?

L'esperienza storica del Novecento ha confermato un asserto fondamentale: il diritto non deve lasciarsi asservire o identificare alla mera forza sia politica che culturale e sociale; non deve farsi strumento di ingiustizia e di oppressione, di disumanità. Nessun ordinamento giuridico può erigersi in forma assolutamente indipendente da una qualsiasi normativa etica, che lo sorregga e ne guidi lo sviluppo e il servizio alla giustizia, ma deve assumere a suo fondamento il riconoscimento della dignità dell'uomo.

Resta comunque sempre la sfida culturale che, con l'exasperazione dell'individualismo rispetto alla comunità, rischia di incanalare il diritto su vie di pura difesa del soggetto, slegato da rapporti di solidarietà e di incontro con gli altri, nel contesto di una società che salvaguardi il suo essere e il suo futuro, a partire dai singoli più che da un progetto comune di riferimento.

In tal modo il bene comune viene asservito al bene individuale, basato sull'interesse e sull'utilitarismo del singolo, che diviene il solo assoluto determinante sul piano etico e legale della giustizia e bontà o meno di ogni sua azione e comportamento.

La civiltà cristiana ha espresso una posizione relativamente al come porsi davanti anche a tale tipo di legalità: non sempre ciò che è legalizzato è anche moralmente lecito per la coscienza non solo del credente, ma di ogni uomo.

Si apre un campo amplissimo di impegno, con capitoli assolutamente nuovi e sbocchi imprevedibili che rischiano di mettere in crisi certezze a lungo acquisite e riferimenti giuridici che hanno resistito per secoli come baluardi di difesa e di promozione della vera dignità dell'uomo e della legalità dei suoi comportamenti soggettivi e sociali.

La spinta a lasciare la massima libertà al mercato, in materie così delicate per il futuro dell'umanità, è certamente deleteria e merita da parte delle coscienze più illuminate e di tutte le componenti della società ai vari livelli di responsabilità, culturale, politico e giuridico in primo luogo, un forte impegno per determinare con chiarezza le vie, i confini, gli spazi e percorsi rispettosi della dignità e della integrale promozione dell'uomo e del suo futuro.

Davanti ai repentini mutamenti sociali che caratterizzano la nostra epoca, la stagione del cambiamento appare al tempo stesso entusiasmante e preoccupante, a seconda degli sbocchi che anche le legislazioni contribuiranno a definire, nei vari ambiti del loro intervento e servizio. Su questo punto, secondo l'ottica cattolica, è necessario un rinnovato patto etico e giuridico tra quanti, credenti o non credenti, cattolici o laici che siano, hanno a cuore il vero progresso dell'uomo e la salvaguardia della sua piena dignità. Come è cresciuta e si sta consolidando anche nell'opinione pubblica una forte sensibilità ai problemi della salvaguardia del creato e dell'ambiente, così non può non crescere sul piano educativo, culturale e legislativo una uguale sensibilità e cura per colui che nel creato è il soggetto prioritario, l'uomo, la sua vita e il suo futuro.

Il problema di fondo resta dunque quello antropologico: *chi è l'uomo, che cosa è l'uomo?*

Domande ineludibili che non preludono a una visione negativa verso le scienze e le tecnologie, che al contrario hanno dato e continuano a dare importanti e preziosi contributi al progresso della vita umana; la critica e la preoccupazione derivano se mai dalla pretesa di absolutezza e di totale indipendenza da ogni riferimento etico, che emerge sempre più spesso in rapporto alla ricerca e alla sperimentazione sull'uomo.

La fede cristiana è amica della scienza e della tecnica in quanto espressioni dell'intelligenza umana, dono di Dio e specchio della sapienza offerta all'uomo. È dunque proprio per salvaguardare da un lato la libertà della ricerca, ma nello stesso tempo il suo vero fine, che non può non essere riferito all'uomo e al servizio del suo sviluppo integrale, che scaturisce la necessità di delimitare bene i confini e i limiti di ciò che è moralmente accettabile o meno.

Va ricordato quanto Papa Giovanni Paolo II ha fatto nello sforzo di richiamare l'umanità a ritrovare unità e comunione attorno a una serie di valori etici condivisi, che permettano di affrontare su basi solide il principio cardine di una solidarietà universale tra gli uomini, al di là di differenze di etnie, religioni e correnti di pensiero. È attorno al problema antropologico che anche il diritto e la legislazione devono muoversi, trovando punti di riferimento comuni su cui collaborare per dare un futuro all'umanità meno determina-

to dalla fatalità cieca del fattuale e dall'exasperato utilitarismo e sempre più aperto alla comunione e corresponsabilità di tutti.

In tal senso, la tentazione nel nostro tempo, dove prevale sempre più il tecnologico e di conseguenza l'affermarsi di una razionalità strumentale, è quella di togliere al problema della dignità umana ogni supposto fondamento assoluto per dargli in cambio un fondamento pragmatico, ritenuto più realistico, in quanto meno metafisico.

La difesa della dignità umana interessa così il diritto solo in forza dell'utilità sociale che essa avrebbe e non come valore in sé. Cosa difficile da applicare alle situazioni più complesse dell'esistenza umana, che non giustificano risorse e impegni sociali rilevanti solo a partire dall'utilità sociale che ne deriverebbe. Il nodo di fondo, che anche il Magistero della Chiesa richiama con forza, è che la vocazione ultima del diritto in una società moderna che ponga al centro la promozione e difesa dell'uomo non è quella della convenienza e utilità, ma deriva dal fatto che è uomo, persona soggetto di inalienabili e universali diritti e doveri derivanti dalla sua stessa natura umana.

6. *Deontologia e giustizia ecclesiastica*

La dottrina ecclesiastica distingue tre profili nell'ambito della persona del giudice: il profilo umano, il profilo giudiziario, il profilo ecclesiale.

Detti profili naturalmente operano insieme, contemporaneamente, sinergicamente. Erroneo sarebbe sia pensare di formare prima un uomo e poi indurlo in un ruolo e in una funzione ed infine proporgli una ulteriore perfezione proveniente dalla spiritualità, sia incentrare l'attenzione esclusivamente su un ruolo o una funzione, trascurando ogni crescita umana e personale.

Per quanto concerne il profilo umano, si richiede la maturità personale e per i giudici ecclesiastici il requisito dell'età è fondamentale.

La maturità personale viene definita come capacità del giudice di giudicare se stesso e il proprio tempo, di guadagnare la serenità di giudizio, di agire e giudicare distaccandosi da proprie personali

vedute ed opinioni, di giudicare astraendo da ogni pregiudizio, di saper astrarre da considerazioni umane, politiche e sociali, di saper accettare anche l'altrui opinione, pur contraria alla propria.

Il giudice ecclesiastico si avvale infine proficuamente delle scienze (medico-biologiche e psichiatriche-psicologiche), le quali arricchiscono la tradizione giuridica.

Per quanto concerne il profilo giudiziario, è necessaria la conoscenza aggiornata e completa della disciplina canonica, sostanziale e processuale. Ma, poiché al giudice ecclesiastico è richiesto di giudicare "*ex sua conscientia*", libertà ed indipendenza sono requisiti ineludibili. Essi si raggiungono attraverso la fuga dall'arricchimento materiale, fino alla stima della povertà. Solo il distacco dalla ricchezza permette al giudice di essere *super partes*.

Altro requisito è la consuetudine alla riservatezza nei rapporti sociali. Non può oggettivamente darsi che un giudice, distratto da tante relazioni di carattere economico, professionale, sociale, politico, mondano, apostolico, possa essere equanime ed imparziale nel momento in cui è chiamato a rendere giustizia.

Inoltre, la riservatezza abitua il giudice alla solitudine, che egli deve affrontare ogniqualvolta è chiamato a giudicare.

Appare evidente, pertanto, che nel diritto canonico la coscienza del giudice ha il primato. Ciò esclude, evidentemente, che la sentenza possa essere paragonata ad un sillogismo (la *praemissa maior* sarebbe costituita dalla norma e la premessa minore dai fatti) e il giudice possa essere ritenuto un elemento "superfluo".

Per quanto concerne il profilo ecclesiale, la *potestas* esercitata dal giudice ecclesiastico è *sacra*, egli deve sentirsi parte della Chiesa, pur nella gelosa salvaguardia dell'identità del proprio ministero.

Il giudice ecclesiastico deve tener presente che l'esigenza primaria della giustizia è rispettare la persona, ma al di là della giustizia, deve tendere all'equità, e, al di là di questa, alla carità.

7. Conclusioni

Prima di concludere rispetto alle tematiche affrontate, va dedicato un cenno al sistema giuridico anglosassone, il quale, essendo ancorato ad una realistica fede in determinati principi giusna-

turalistici di ragione e giustizia obiettiva, ed essendo teso alla soluzione del singolo caso concreto con sano empirismo e senso di equità, rifiuta la scelta codicistica a sfondo razionale-sistematico, i sistemi chiusi di norme, e concepisce il diritto come essenzialmente giurisprudenziale, e quindi permeabile alle valutazioni metagiuridiche.

Fonte primaria è il *common law*, fondato sui precedenti giudiziari (*case law*), ispirati, più che a criteri generali e rigidi, ad una fondamentale esigenza di equità, di “giustizia del caso concreto”. In tale ottica, la legge positiva (*statute law*), pur nella sua crescente importanza, continua a costituire un corpo estraneo con funzione complementare. Nella funzione del giudice si concilia il sostrato giusnaturalistico del *common law* – dovendosi egli attenere a certi principi fondamentali di ragione e giustizia – con il pragmatismo anglosassone adeguandoli egli al caso particolare poiché è il suo compito rendere “concreta” giustizia. Di modo che quell’equilibrio fra “certezza” e “giustizia”, che è il punto drammatico ed irraggiungibile dell’esperienza giuridica continentale, per gli anglosassoni non costituisce un problema, ma una realtà che si attua empiricamente, nella *legal rule* del caso concreto.

Anche traendo spunto dal sistema anglosassone a carattere “aperto”, può dirsi che una scienza giuridica “consapevole” deve studiare il diritto in una plurima dimensione.

La prospettiva di partenza è tecnico-dogmatica, perché la dogmatica resta il mezzo imprescindibile per affinare le categorie logico-culturali di un sapere scientifico e per fissare l’ossatura del sistema. Vanno ricercati gli strumenti per attuare le istanze di giustizia sostanziale, che, se non filtrate attraverso le categorie razionali del pensiero giuridico, non si elevano al di sopra delle operazioni intuitive ed emozionali, strumentalizzabili per tutti i fini.

Detta prospettiva tecnico-dogmatica, tuttavia, va arricchita in termini interdisciplinari, poiché la scienza giuridica, pur nella irrinunciabile autonomia del proprio oggetto e del proprio metodo privilegiando il momento della giuridicità, deve orientare la propria conoscenza secondo una visione pluridimensionale: etica, criminologica, sociologica, economica, politica, secondo il criterio della “unità nella diversità”, che fonda il sapere scientifico moderno.

L'interdisciplinarietà porta naturalmente a privilegiare l'approccio culturale in termini problematici, nel senso di considerare gli istituti alla luce dei diversi tipi paradigmatici di sistemi, onde risalire alle autentiche scelte politico-ideologiche che ad essi sottostanno e coglierne i contenuti culturali e le eventuali polivalenze.

Invero non può mancare la valutazione in termini critici delle problematiche emergenti – nel senso di sottoporre la legislazione positiva, le teorie e gli orientamenti che la integrano, ad una valutazione metagiuridica etica, naturalistica, politica – che consente di fare giustizia senza rinunciare a sottolineare inadeguatezze o limiti del sistema.