

# QUESTIONE GIUSTIZIA

TRIMESTRALE PROMOSSO DA MAGISTRATURA DEMOCRATICA

**Si segnalano in questo numero:**

- A. Pizzorusso:** Principio maggioritario
- A. Margara:** Carcere e Aids
- E. Amodio:** Custodia cautelare
- G. Caselli:** Stupefacenti e criminalità
- L. Bianchi:** Pluralismo radiotelevisivo
- M. Pivetti:** Ministro della giustizia e ispezioni

## **Giurisprudenza:**

Esperienze di ingiustizia minorile - Custodia cautelare: due pronunce controcorrente - La immigrazione davanti alla Corte costituzionale - Il Partito popolare davanti ai giudici civili - Dal Csm: magistrati e massoneria

# rassegna forense 3

Rivista trimestrale del Consiglio Nazionale Forense

Anno XXXIII • N 3  
LUGLIO-SETTEMBRE 2000

**estratto**

Stampata da Giuffrè Editore

ROBERTO ALOISIO

## ETICA E PROCESSO

L'utilizzazione della coppia concettuale «etica e processo» non può destare scalpore nei *culti* dato che tra etica e diritto esiste un nesso avvolgente, affermato e riconosciuto in tutti i tempi dai dottori della *philosophia* e della *jurisprudencia*.

Comincio da due notazioni di base.

a) L'etica si preoccupa d'individuare i valori ritenuti degni di essere perseguiti e le virtù cui gli uomini devono improntare i loro atti: essa è la tecnica della condotta.

b) Il diritto, che dà conformazione vincolante ai rapporti umani, è la tecnica della coesistenza.

Il nesso che lega le due «tecniche» è di intuitiva evidenza, perché ognuno è in grado di intendere come la condotta riverberi i suoi effetti sulla coesistenza e quest'ultima si risolve nella condotta che i singoli devono mantenere per rendere possibile la convivenza.

Tra etica e diritto vi è un rapporto inversamente proporzionale, al regredire dell'una corrisponde l'espandersi dell'altro e viceversa: la conquista di maggiori spazi da parte dell'etica fa perdere, in quegli stessi territori, la ragione d'essere del diritto.

Lo scopo del diritto, ha insegnato Carnelutti, è quello di «ridurre all'etica l'economia» ovvero, usando altra formula, di «imporre l'etica all'economia».

Una sovrabbondanza di leggi, che provoca una dilatazione del diritto, è segno, ai nostri giorni, che il mondo dell'etica è

in fase regressiva, per cui la società ha bisogno di strutture ortopediche per muovere ogni più piccolo passo.

Vero è che vi sono presentimenti di un ritorno al *nomos*, cioè a dire ad una regola fondamentale e quindi ad un ordinamento elementare (Schmitt), ma questa utopia viene di continuo depotenziata da statuizioni e interventi normativi che denunciano il consolidarsi dell'era di dominazione del mondo del diritto su quello dell'etica.

L'etica del fine (nell'accezione platonico-aristotelica), da tener distinta dall'etica del movente, ricerca dunque i valori ai quali improntare la condotta umana.

La babele dei concetti raffinatamente creati e adoperati dalla logica formale ha contribuito a far perdere il senso delle verità elementari, il che rende avvertiti che buon metodo — per evitare ulteriori ingorghi concettuali — è quello di risalire alle radici della nostra cultura occidentale.

Nella « Repubblica » di Platone vengono individuate le quattro virtù cardinali: la giustizia, la sapienza, la temperanza, la forza. Delle quattro virtù, la prima viene eletta a valore autotelico (o valore in sé), che costituisce il pilastro fondante dell'etica: non a caso quest'ultima stabilisce i criteri per discernere il giusto dall'ingiusto.

\* \* \*

Se ora passiamo ad esaminare l'altro corno della dicotomia, « il processo », scorgiamo che la più grave difficoltà nella quale il giurista s'imbatta risiede nella ricerca del senso profondo di questo geniale meccanismo creato per dirimere le liti: un celebre saggio di Salvatore Satta s'intitola « Il mistero del processo ».

Possiamo postulare che il processo è il luogo (spazio) e il momento (tempo) in cui la norma giuridica s'incarna nell'azione, nel fatto (fattispecie). All'interno delle due dimensioni dello spazio e del tempo (poc'anzi cennate), la crisi del diritto trova la propria metabolizzazione: lo strappo dell'ordinamento si ricompone, il diritto (negato) si afferma nel concreto dell'esperienza. Nel processo scompaiono le differenze concettuali tra diritto

astratto e diritto concreto, tra azione e diritto: l'universo concettuale delle forme s'immedesima e s'innerva nell'universo empirico delle sostanze.

\* \* \*

A questo punto viene spontanea una domanda: perché tanta fatica del pensiero riflesso sul processo e sul diritto processuale?

Non si potrebbe cogliere il senso di tanto travaglio d'ingegno se si pensasse al processo come ad una serie di formule semplicemente diretta a dare ordine all'azione che nel processo vive e nel processo si conclude.

Sarebbe questo un modo di concepire il processo come un insieme di regole formalistiche prive di scopo o, al massimo, finalizzate a dar ordine al corso degli atti che si compiono all'interno di una procedura.

Qual è dunque lo *scopo* di un processo o, meglio, del processo?

Non mi sembra che lo *scopo* sia da rinvenire nell'attuazione della legge, per l'ovvia constatazione che il diritto in generale si attua in via spontanea e che il processo copre un'area ben modesta rispetto alle relazioni sociali che si svolgono, *sub specie juris*, senza interventi coercitivi di tipo giurisdizionale.

Neppure può dirsi che lo *scopo* del processo sia costituito dalla pace sociale. A prescindere dal fatto che è semmai il diritto che realizza, tra i suoi fini pratici, la pacifica convivenza tra i consociati, gli è che la pacificazione sociale non avrebbe bisogno del processo giurisdizionale, essendo sufficiente a tal fine che a qualcuno venisse affidato il compito di dirimere autoritativamente le controversie, foss'anche attraverso la mediazione del giudice di Rabelais, che dava torto o ragione a seconda del peso dei fascicoli collocati sui piatti della bilancia.

\* \* \*

La forma nel processo non è esteriorità formalistica ma è l'essenza dell'esperienza che si condensa in un rito, diretto a

scandire ordinatamente l'attività processuale delle parti e del giudice.

L'intreccio delle forme e la scansione delle regole formali volgono ad uno scopo di fondamentale importanza: il *giudizio*.

Il processo, attraverso le sue antiche regole e i suoi principi di civiltà giuridica, prepara tutto il materiale *ut aliquis non ex odio vel livore sed ex amore justitiae iudicium proferat*: questo giudizio senza odio e senza livore può essere reso solo da un terzo, estraneo alla lite e svincolato dalla fanatica passione della punizione o dalla divina pietà del perdono. Ecco la ragione primordiale — consacrata anche nella Costituzione — per la quale, nel nostro ordinamento, il giudicare è affidato al potere giurisdizionale, che è autonomo e indipendente dagli altri poteri dello Stato.

Compito del giudice è di riconoscere e di ristabilire la *verità*, attraverso l'esame distaccato, obiettivo ed equilibrato degli atti e dei fatti che le parti in contraddittorio hanno versato nel processo, per cui — riunendo le due formule latine — è principio non controverso che il giudizio deve essere reso *iuxta alligata et probata partium, ne eat iudex ex officio*.

Il giudicare postula una supremazia dell'intelligenza sulla volontà e della ragione sull'autorità: la decisione suprema dell'animo del giudice — ci dice Capograssi — «porta spontaneamente alla verità; la via della ricerca ne garantisce il risultato; la purezza dei mezzi garantisce la verità del fine».

Al giudizio si giunge appunto attraverso la mediazione del processo che con le sue regole e forme — quasi fosse dotato di forze medianiche — consente di riportare al presente i fatti del passato e di ritrovare il valore concreto della norma astratta, in una visione organica dell'ordinamento (*tota lege perspecta*).

Ma la *verità* è soltanto la premessa che consente di giungere al fine ultimo del processo, che è costituito dalla *giustizia*.

La conferma di questo enunciato — che potrebbe apparire arbitrario e *a priori* — proviene (per citare due fonti di prova) dal sentimento comune della gente, che chiama «palazzi di giustizia» i luoghi dove si celebrano i processi, e dalla Costituzione repubblicana allorché afferma che «la giustizia è amministrata in nome del popolo».

Alla fine di questa breve riflessione sento di dover pervenire alla conclusione che l'etica entra nella struttura del processo, dato che i campi dei due concetti sono pervasi da un valore comune: la *giustizia*.

\* \* \*

Il pensiero non è in grado di spingersi oltre, perché non riesce a superare la soglia del *quid est iustitia*; rischerei di entrare in un antro (per me) buio e sterminato che la speculazione dell'intelletto ha dilatato fino a giungere all'orizzonte dell'infinito. La *giustizia* non si lascia scomporre sullo spettro della ragione: è una verità che vive negli spasmi dell'intuizione e che deve continuamente essere raggiunta per non andare perduta: «è come una statua di marmo che si erge nel deserto ed è sotto la continua minaccia di venir seppellita dalla sabbia. Gli addetti alla manutenzione debbono essere sempre al lavoro, perché la statua possa splendere nei secoli» (Einstein).

*L'ubi consistam* della giustizia segna il limite del mistero, per varcare il quale occorre «il sacrificio stesso della scienza, la negazione di ogni verifica sperimentale o conoscere storico. La salvezza è nel suicidio della ragione. Il compimento della scienza, nella sua autodistruzione» (Irti).

\* \* \*

L'esperienza del tempo presente ci mette sotto gli occhi con violenta sfacciataggine che, in tutti i settori dell'ordinamento, v'è una fuga dalla giustizia e, prim'ancora, una fuga dal giudizio. È probabile che questo fenomeno sia da ricollegare alla tentazione degli esseri umani di sottrarsi all'angosciosa responsabilità del giudicare. L'atto del giudicare implica, infatti, la disponibilità ad accettare la più grande delle responsabilità che una persona possa assumere dinanzi alla comunità nella quale opera e vive; è pur tuttavia un atto necessario di superbia che trova la sua giustificazione e quindi il suo perdono nell'esigenza della pacifica

convivenza sociale (*ne cives ad arma ruant*) e della sopravvivenza dello Stato.

La legalizzazione dell'evasione dal giudizio trova conferma nei dati positivi:

a) nel processo civile il risultato pratico viene molto spesso conseguito solo attraverso le misure cautelari (tipiche e atipiche) e il giudizio interverrà, se interverrà, quando « la suprema decisione dell'animo del giudice » potrà produrre scarsissimi effetti empirici, dato che il tempo — farmaco lenitore di tutti i mali — ha la virtù di consumare non solo gli arredi del mondo, ma anche gli interessi degli uomini (ancor prima della vita stessa).

Credo che sia entrato nel costume degli avvocati — data la dirompente crisi che pervade la giustizia — l'impegno a educare le parti alla cultura della conciliazione;

b) nel processo penale lo sbocco del giudizio trova sbarramenti molteplici; basti pensare agli istituti dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento), dell'oblazione, del procedimento per decreto e, in una certa misura, del giudizio abbreviato (che non a caso è sistematicamente collocato prima e fuori del libro settimo del codice di procedura penale, dedicato al « giudizio »).

Il tempo, anche per la giustizia penale, svolge il ruolo di cancellare dalla memoria il dolore delle offese criminali, di mitigare la deterrenza della pena, di eliminare il reato attraverso l'effetto liberatorio della prescrizione.

Scabre parole di commento per le misure cautelari personali, solo per dire che, se esse non sono seguite tempestivamente da una sentenza, si risolvono in una pena senza giudizio;

c) nel processo amministrativo le parti e i loro patroni sono costretti a concentrare le loro energie non più sull'annullamento dell'atto, bensì e innanzi tutto sul risultato concreto che si consegue in sede di sospensiva cautelare in camera di consiglio;

d) nel processo tributario (carente quanto a terzietà del giudice e a qualità tecnica della difesa) i principali punti di fuga dal giudizio sono costituiti dai provvedimenti di sospensione dei ruoli emessi della stessa Amministrazione finanziaria, dai con-

doni fiscali, dagli istituti di « imposizione concordata » (c.d. patteggiamento fiscale).

Che ciò sia un bene o un male non è un compito che mi sia proposto di assolvere; mi sono semplicemente limitato a indicare una linea di tendenza lungo la quale si muove il nostro ordinamento.

La fuga dal giudizio consente di meditare sul presagio satiano: « mi vien da temere che il giudizio non sia veramente qualcosa di troppo grande per la povera condizione umana » (Satta).

\* \* \*

Le ultime considerazioni che svolgo sul tema della giustizia possono definirsi mere constatazioni di fatto di cui si va perdendo un sufficiente grado di consapevolezza:

— il processo è fatto da uomini e serve all'uomo, onde ogni riforma deve essere elaborata nella logica del fine di giustizia: i riformatori dovrebbero domandarsi, prima di porre mano alle modifiche normative, se la nuova struttura processuale è idonea a realizzare quell'« ideale di giustizia, cui la comunità aspira e nel cui nome e interesse vengono pronunciate le sentenze » (Einstein);

— l'esito pratico di una riforma processuale, nel caso in cui il legislatore abbia imboccato la strada giusta e coerente con un dato modo di atteggiarsi della vita sociale e delle regole sostanziali, dipende soltanto dagli uomini: dai rappresentanti governativi e parlamentari per l'adeguatezza dello stanziamento dei mezzi (finanziari e no); dagli avvocati e dai giudici per l'uso sapiente, onesto ed equilibrato delle nuove regole; dagli scienziati del processo per la capacità sistematica e la coerenza che sapranno dare alle norme e alle loro inevitabili discrasie;

— il valore di giustizia s'impone a tutti gli operatori del diritto e tra questi, prima di ogni altro, al legislatore, la cui opera, per quanto tecnicamente ben elaborata, « non vale nulla se non risponde alla giustizia. Noi non sappiamo e, credo, non sapremo mai come ciò avvenga, ma la esperienza ci insegna che non gio-

vano e non durano le leggi ingiuste: non giovano perché non recano la pace; non durano perché, presto o tardi, anziché nell'ordine, sboccano nella rivoluzione» (Carnelutti).

\* \* \*

La grave responsabilità che continua ad incombere sulle nostre coscienze — di teorici e di pratici — è di non aver saputo o voluto far tesoro dei moniti e dei presagi che in questo secolo (che conclude il secondo millennio) sono giunti dai luoghi in cui la sapienza si è rinserrata.

A noi che proseguiamo lungo il cammino del nostro tempo rimane (non la fiducia, ma) la speranza che la forza cieca dell'ingiustizia e dell'iniquità si arrenda alle ragioni disarmate dei giusti e degli onesti.