

Luigi Ferrajoli, *Etica e giurisdizione. I fondamenti teorici*

I fondamenti teorici della deontologia giudiziaria – o, se si preferisce, dell'etica del giudizio – sono, a mio parere, essenzialmente due: la verità processuale e la garanzia dei diritti della persona, che sono altresì i fondamenti della legittimità politica della giurisdizione. Essi si affermano con le due grandi rivoluzioni istituzionali che hanno segnato la storia della modernità giuridica: la costruzione dello Stato legislativo di diritto, sulla base del principio di legalità quale norma di riconoscimento del diritto formalmente valido, e la costruzione dello Stato costituzionale di diritto, sulla base delle costituzioni rigide quali norme di riconoscimento del diritto valido sostanzialmente oltre che formalmente.

Entrambi questi fondamenti etico-politici della giurisdizione hanno una sicura valenza anti-maggioritaria. Su di essi si basa perciò la separazione dei poteri. E' chiara la valenza anti-maggioritaria della verità processuale. Una sentenza è giusta, ancor prima che valida, se e solo se sono plausibilmente (argomentate come) “vere” le sue motivazioni: nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi possono rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. Ma lo stesso può dirsi della garanzia dei diritti, i quali, spettando alle persone in quanto singoli individui, sono sempre, virtualmente, contro le maggioranze. In materia penale, in particolare, l'etica giudiziaria impone ai giudici, ma anche ai pubblici ministeri, di essere capaci, con cognizione di causa e a garanzia dei diritti, di assolvere – o di chiedere l'assoluzione – quando tutti, forze politiche, stampa, opinione pubblica – chiedono la condanna e di condannare – o di chiedere la condanna – quando tutti chiedono l'assoluzione.

Su questi due fondamenti si basano i due principali valori della deontologia giudiziaria – l'imparzialità e l'indipendenza – le cui regole sono tutte finalizzate, direttamente o indirettamente, alla loro garanzia. Ne indicherò dodici.

1. *La consapevolezza dei limiti del potere giudiziario* – La prima regola è la più sgradevole. Essa consiste in una triplice consapevolezza, che sempre dovrebbe assistere qualunque giudice e qualunque pubblico ministero in ordine ai limiti dei loro poteri. La prima è che il potere giudiziario è un “potere terribile”, come scrisse

Montesquieu, o peggio “odioso” come lo chiamò Condorcet, dato che è un potere dell’uomo sull’uomo, il cui esercizio incide sulla libertà e sulla reputazione ed è perciò in grado di rovinare la vita delle persone. La seconda consapevolezza è di carattere epistemologico: riguarda il carattere non assoluto della verità processuale, che essendo il frutto non già di deduzioni ma di induzioni e interpretazioni è sempre una verità soltanto relativa, *probabilistica* in fatto e *opinabile* in diritto; sicché è permanente la possibilità dell’errore, che il rispetto delle garanzie può limitare ma non escludere. La terza è una conseguenza delle prime due: consiste nella consapevolezza della legittimazione soltanto relativa e imperfetta che, per il suo carattere terribile e virtualmente fallace, pesa sul potere giudiziario, viziato perciò, non diversamente del resto da tutte le altre funzioni rispetto alle loro specifiche fonti di legittimazione, da un margine irriducibile di illegittimità.

Sono tre consapevolezze che equivalgono ad altrettanti fattori di salute istituzionale. Se è vero che la legittimazione della giurisdizione e il valore politico della professione di giudice risiedono nel corretto accertamento del vero e nella tutela dei diritti delle persone, allora la consapevolezza del carattere relativo e imperfetto di questa duplice funzione garantista suggerisce attenzione e controllo su tutte le ipotesi e le contro-ipotesi in conflitto, imparzialità, prudenza, equilibrio e ponderazione. Soprattutto questa consapevolezza deve generare nei magistrati, e più che mai nei giudici penali e nei pubblici ministeri, un senso profondo di responsabilità morale, tanto maggiore quanto più severe sono le condanne da essi pronunciate o sollecitate. Non sarà mai un buon giudice, ma solo un burocrate il magistrato le cui scelte non siano accompagnate da questo senso di responsabilità e dalla conseguente tensione morale.

2. *L’etica del dubbio* – Di qui la seconda regola deontologica: il dubbio quale abito professionale del magistrato e perciò la prudenza del giudizio – da cui il bel nome “giuris-prudenza” – come stile morale e intellettuale della pratica giudiziaria. Ne consegue la disponibilità all’ascolto di tutte le diverse ed opposte ragioni e la capacità di rinunciare alle proprie ipotesi di fronte alle loro smentite.

E’ in questa disponibilità dei giudici, ma anche dei pubblici accusatori, ad esporsi e a sottoporsi alla confutazione, sia giuridica che fattuale, da parte di chi è convenuto in giudizio – in breve, l’assunzione del principio popperiano della falsificabilità, quale banco di prova della plausibilità di qualunque tesi empirica –

che risiede il valore etico, oltre che epistemologico, del pubblico contraddittorio nella formazione delle prove. Questa disposizione all'ascolto di tutte le opposte ragioni equivale a un atteggiamento di onestà intellettuale, basato sulla consapevolezza del carattere solo relativo della verità processuale: una consapevolezza che peraltro non contraddice, ma vale a rendere più avvertito e meditato il libero convincimento del giudice richiesto, quale debole surrogato soggettivo, proprio dall'impossibilità di una certezza oggettiva. Essa realizza quell'imparzialità e quella terzietà del giudice quale "indifferente ricerca del fatto", richieste da Beccaria nel processo da lui chiamato "informativo", in alternativa a quello da lui chiamato "processo offensivo" nel quale "il giudice diviene nemico del reo" e "non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quell'infallibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose". La difesa del contraddittorio esprime lo spirito stesso del processo accusatorio, in opposizione all'approccio inquisitorio segnato al contrario dall'arroganza cognitiva e dalla resistenza del pregiudizio colpevolista a qualunque smentita o controprova, in forza di una sua logica specifica e perversa: la petizione di principio, che opera come filtro selettivo delle prove, credibili se confermano, non credibili se contraddicono l'ipotesi accusatoria, assunta apoditticamente come vera.

3. *Il rispetto di tutte le parti in causa* – La terza regola deontologica in tema di esercizio della giurisdizione è il rispetto dovuto alle parti in causa, a cominciare, nel processo penale, dall'imputato, chiunque egli sia, soggetto debole o forte, perfino se è un mafioso o un terrorista.

Questo rispetto è necessario per due ragioni. In primo luogo per l'asimmetria che sempre deve sussistere tra la civiltà del diritto e l'inciviltà del delitto e nella quale risiede la principale forza della prima quale fattore di delegittimazione morale, di isolamento sociale e perciò di prevenzione penale della seconda. In secondo luogo perché il processo non deve ledere la dignità della persona, garantita ad ogni essere umano dal principio, affermato dall'art. 3, 1° comma della nostra Costituzione, della "pari dignità sociale" di tutti, inclusi perciò i delinquenti. Fa parte inoltre del riguardo dovuto a tutte le parti del processo, primi tra tutti gli imputati, l'uso da parte dei magistrati, nel comunicare con loro, di un linguaggio semplice, comprensibile e rispettoso della loro dignità.

4. Nolite iudicare: *giudizi su fatti e non su persone* – La quarta regola di deontologia giudiziaria è un corollario del principio di stretta legalità, in forza del quale si può essere puniti per il reato commesso e non per l'identità del suo autore, sottratta invece a qualunque penalizzazione. Questo principio retroagisce sulla giurisdizione penale, quale giudizio su fatti più che su persone. Proprio perché fondato sull'accertamento come vere o come false delle ipotesi accusatorie, il giudizio penalizza, nel modello garantista, azioni e non autori, fatti e non soggetti, comportamenti e non identità, *quel che si è fatto* e non *quel che si è*. Il giudice non deve inquisire l'anima dell'imputato, ma solo pronunciarsi sulla verità dei fatti a lui contestati; anche perché solo i fatti, e non anche la moralità o altri caratteri soggettivi del reo sono passibili di prova e di confutazione empirica.

Sotto questo aspetto il modello garantista condivide con l'etica cristiana la massima *nolite iudicare*, almeno se per "giudicare" s'intende il giudizio sull'identità immorale o malvagia della persona e non l'accertamento probatorio e la qualificazione giuridica del fatto da lei commesso e previsto dalla legge come reato. Con in più una specifica connotazione etica di tipo laico e liberale, che consegue ai principi di uguaglianza e di stretta legalità: l'uguale dignità dei rei come dei non rei, e perciò il rispetto dovuto alla loro identità, benché malvagia, e il riconoscimento del diritto di ciascuno di essere quello che è. Giudicare il fatto e non la persona, d'altro canto, non vuol dire affatto ignorare la persona che sta dietro l'imputato. Vuol dire, al contrario, che il giudizio di condanna, cioè la verifica giuridica e fattuale, è soltanto sul fatto, ma che ad esso va aggiunta la comprensione equitativa della singolarità irripetibile della persona, la cui complessità va ben al di là del fatto imputato.

5. *La comprensione equitativa della singolarità di ciascun caso* – Vengo così alla quinta regola della deontologia giudiziaria. Essa consiste nel dovere dei giudici di valutare e comprendere, volta a volta, i connotati specifici e singolari dei fatti sottoposti al giudizio, e non solo di decidere sulla loro qualificazione giuridica e sulla loro prova fattuale. Questa quinta regola è quella dell'equità, che non consiste in una deroga o in un'eccezione o in una correzione della legge, bensì in una specifica dimensione conoscitiva che deve essere presente in ogni giudizio e non ha nulla a che vedere con le altre due dimensioni, cioè con la corretta interpretazione della legge nell'accertamento della verità giuridica e con l'argomentata valutazione delle prove nell'accertamento della verità fattuale. L'equità consiste infatti nella comprensione e nella valutazione delle circostanze

singolari e irripetibili che fanno di ciascun fatto, di ciascun caso sottoposto al giudizio, un fatto e un caso irriducibilmente diversi da qualunque altro, pur se sussumibili – per esempio il furto di una mela come il furto di un diamante – nella medesima nozione legale. Giacché ogni fatto è diverso da qualunque altro, e il giudice, e ancor prima il pubblico ministero, non hanno di fronte le figure di reato in astratto, ma i fatti in concreto, e non possono quindi sottrarsi al dovere della comprensione equitativa dei loro specifici e irripetibili connotati. E' poi evidente che la comprensione del contesto, delle concrete circostanze e delle ragioni singolari del fatto favorisce l'indulgenza dei magistrati.

Questa regola deontologica è largamente ignorata dalla pratica giudiziaria, tanto quanto è ignorata, sul piano teorico, la dimensione equitativa del giudizio. Ne è prova il fatto che la misura della pena irrogata da una sentenza di condanna – la cui determinazione dovrebbe essere il frutto della valutazione equitativa del fatto e delle sue singolari circostanze – non viene, di solito, neppure motivata. Aggiungo che questa dimensione equitativa è oggi pesantemente compromessa nei tanti maxi-processi per reati associativi, talora con centinaia di imputati e decine di imputazioni che impediscono valutazioni approfondite e differenziate delle accuse addebitate a ciascuno degli imputati. Nello stesso modo in cui i fatti denominati dal medesimo *nomen juris* sono tutti diversi tra loro, anche il grado di colpevolezza e prima ancora di partecipazione di ciascun imputato a un'associazione criminale è diverso da quello degli altri e meriterebbe quindi una valutazione specifica.

6. *Il rifiuto del creazionismo giudiziario* – Dal carattere cognitivo del giudizio consegue una sesta regola deontologica: il rifiuto della concezione, oggi assai diffusa, del carattere creativo della giurisdizione, secondo la quale l'inevitabile discrezionalità richiesta dall'interpretazione della legge è configurabile come creazione. Come ben sappiamo, gli spazi di questa discrezionalità nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione legislativa, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Ma proprio per questo è del tutto inopportuno che la cultura giuridica, abusando delle parole, confonda la pur ampia discrezionalità interpretativa – cioè il carattere non assoluto ma relativo della verità giuridica come del resto di qualunque verità empirica – con la creazione giudiziaria di nuovo diritto, e così contribuisca ad avallare anche l'illegittima creazione giudiziaria di nuove norme e con essa la vanificazione della separazione dei poteri, il declino del principio di legalità e il ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge.

E' precisamente questa legittimazione che viene oggi prestata, all'espansione extra-legale del potere giudiziario, dai molti approcci creazionisti, basati peraltro su una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria come conoscenza oggettiva e della verità processuale come verità assoluta. A questa concezione occorre opporre la natura complessa e relativa di tale verità, le cui tre dimensioni – quella della verità fattuale, sempre e soltanto probabilistica, quella della verità giuridica, sempre e soltanto opinabile, e quella della valutazione equitativa, sempre diversa perché legata alla singolarità del caso e alla sua comprensione – sono invece tutte perfettamente compatibili con il principio di legalità e con la soggezione dei giudici alla legge.

*7. Chiarezza e brevità delle motivazioni* – La settima regola riguarda la stesura delle motivazioni e il linguaggio dei provvedimenti giudiziari. Le motivazioni delle sentenze e degli altri provvedimenti dovrebbero essere quanto più possibile brevi, chiare e concise. Devono essere scritte per essere comprese dalle parti in causa, ben più che dai loro difensori o dai giudici dell'eventuale impugnazione. Soprattutto le sentenze di condanna dovrebbero essere in grado di convincere gli imputati della fondatezza del giudizio sulla loro colpevolezza, mediante l'argomentazione rigorosa della correttezza giuridica delle decisioni e della loro plausibilità fattuale perché risultante dalla pluralità delle conferme delle ipotesi accusatorie, dalla mancanza di credibili smentite e dalla loro maggior fondatezza rispetto ad ipotesi esplicative alternative. Certamente non sono motivazioni le ragioni dei provvedimenti formulate in maniera stereotipata, talora su moduli a stampa come accade, per esempio, in molti di quelli che autorizzano le intercettazioni o le perquisizioni o convalidano le tante forme di restrizione poliziesca o amministrativa della libertà personale.

Le motivazioni dei provvedimenti giudiziari, richieste dall'art. 111, comma 6° della Costituzione, sono insomma tali solo se chiare, comprensibili e soprattutto convincenti. La loro chiarezza è necessaria anche per il rispetto dovuto alle parti, che devono sempre essere in grado di identificare con certezza le ragioni delle decisioni che le riguardano. E' imposta, in particolare, dal diritto di difesa, che può esercitarsi tanto più efficacemente quanto più tali ragioni, di fatto e di diritto, siano formulate in maniera chiara ed univoca. Le motivazioni dovrebbero perciò limitarsi agli argomenti essenziali, indicando con precisione le fonti di prova e la loro collocazione negli atti processuali, ed evitare inutili digressioni. Accade invece che esse siano di solito scritte in un gergo burocratico, criptico e oscuro, volutamente

incomprensibile ai comuni cittadini. Soprattutto nei grandi processi, le motivazioni, da molti anni, hanno raggiunto le dimensioni di libri interi. In violazione del pur generico art. 426, 1° comma, lett. d) del nostro codice di procedura penale, secondo cui la sentenza deve contenere “l’esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata”, esse occupano centinaia e talora migliaia di pagine, in prevalenza inutili, nelle quali le parti e soprattutto i non esperti di diritto inevitabilmente si smarriscono.

8. *Il rifiuto del protagonismo giudiziario* – L’ottava regola consiste in un costume di sobrietà e riservatezza. Essa impone il riserbo del magistrato in ordine ai processi di cui è titolare e il rifiuto della ricerca del consenso attraverso l’esibizione pubblica della sua attività giudiziaria. Ciò che i magistrati devono evitare, nell’odierna società dello spettacolo, è qualunque forma di protagonismo e di esibizionismo. Soprattutto è inammissibile – e dovrebbe essere causa di astensione e di ricusazione – che essi parlino dei procedimenti loro affidati, tanto più se in pubblico o peggio in televisione. Sappiamo bene quanto il populismo politico sia una minaccia per la democrazia rappresentativa. Ma ancor più minacciosa è la miscela di populismo politico e di populismo giudiziario che si manifesta nel rapporto corrivo dei giudici con i media. Quanto meno il populismo politico punta al rafforzamento, sia pure demagogico, del consenso, cioè della fonte di legittimazione che è propria dei poteri politici. Ben più grave, perché in contrasto con entrambe le fonti di legittimazione della giurisdizione, è il populismo giudiziario, che diventa ancor più intollerabile quando serve da trampolino per carriere politiche.

Mentre è giusto che i magistrati parlino dei provvedimenti giudiziari dei loro colleghi, ed anzi li criticino con cognizione di causa, è inammissibile che parlino dei processi a loro affidati. Qualunque forma di protagonismo dei magistrati rischia sempre, infatti, di risolversi in partigianeria e in settarismo, inevitabilmente lesivi dell’imparzialità. La figura del giudice “stella” è la negazione del modello garantista della giurisdizione. Essa non solo contraddice il costume del dubbio quale abito professionale del magistrato, ma rischia di piegare il lavoro giudiziario alla ricerca demagogica della popolarità. L’interesse pubblico, in democrazia, alla massima trasparenza nel funzionamento della giustizia non può andare a detrimento della riservatezza dei magistrati in ordine all’esercizio delle loro funzioni e, soprattutto, della presunzione di innocenza delle persone indagate.

9. *Il valore non del consenso popolare, ma della fiducia delle parti* – Ne consegue, quale ulteriore regola deontologica, uno specifico rapporto dei giudici con l'opinione pubblica e con le parti in causa. Non è il consenso, ma la fiducia dei cittadini e soprattutto delle parti in causa, primi tra tutti gli imputati, il banco di prova del tasso di legittimità dei magistrati. Consenso e fiducia sono sentimenti tra loro diversi. Il consenso è l'adesione o la condivisione del merito dei provvedimenti giudiziari, frutto talora delle pressioni dell'opinione pubblica e dell'inclinazione dei giudici a soddisfarle. La fiducia riguarda invece la correttezza, la soggezione alla legge, il rispetto delle garanzie e l'indipendenza dei magistrati ed è anzi tanto maggiore quanto più è sorretta dalla convinzione che essi siano capaci, ripeto, di assolvere quando tutti pretendono la condanna e di condannare quando tutti chiedono l'assoluzione.

Per questo, perché legittimata dall'accertamento dei fatti sottoposti al giudizio, la giurisdizione consiste nell'esercizio di un potere contro-maggioritario non condizionato dalla ricerca del consenso. Nessun consenso politico – del governo, o della stampa, o dei partiti o della pubblica opinione – può infatti surrogare la prova mancante o screditare la prova acquisita di un'ipotesi accusatoria. Si capisce la tentazione, per i magistrati impegnati in importanti processi, di cedere alle lusinghe degli applausi e all'autocelebrazione come potere buono, depositario del vero e del giusto. Ma questa tentazione vanagloriosa è un vizio che rischia sempre di piegare l'attività giudiziaria alle aspettative della pubblica opinione e dei media, la cui influenza può solo ostacolare il raggiungimento della verità.

10. *Il rifiuto del ruolo di custodi della moralità pubblica* – Ne consegue una decima regola: la giurisdizione penale non deve varcare i confini disegnati dalla sua soggezione alla legge. I magistrati, contrariamente a quanto troppo spesso è accaduto in questi anni, non devono atteggiarsi a guardiani della morale e della virtù pubblica o a vendicatori del popolo. La distinzione tra responsabilità penale e responsabilità politica e morale – solo la prima rilevante per la giurisdizione – è una distinzione che si richiede non solo alla politica, la quale non deve condizionare solo alla prima il suo ruolo di censura, di controllo e di selezione dei propri esponenti, ma anche, inversamente, alla magistratura, la quale non deve occuparsi della seconda, né interferire con inammissibili sindacati di merito nell'esercizio discrezionale, pur se scorretto o immorale, delle funzioni politiche di governo e dei poteri della Pubblica amministrazione.

L'imparzialità del giudizio richiede inoltre ai magistrati il rifiuto non solo della supponenza moralistica, ma anche della supponenza cognitiva e perciò, grazie alla consapevolezza dei possibili errori, un fermo controllo delle passioni e delle emozioni che degli errori sono una delle cause principali. La collera, l'irritazione, l'indignazione, lo sdegno, ma più ancora l'arroganza, la presunzione, la vanità, la vanagloria, il compiacimento nell'esercizio del potere punitivo devono essere estranei all'attività giudiziaria, che richiede ai magistrati serenità, equilibrio, buon senso e piena consapevolezza dei propri limiti. Il presupposto elementare per porre un freno alle emozioni e per assicurare la serenità di giudizio è che il magistrato non ami il potere che ha il dovere di esercitare; che lo consideri uno strumento necessario al suo ruolo di garanzia dei diritti; che non lo concepisca come un potere buono – non lo è nessun potere – ma lo avverta come un limite, terribile e sgradevole, del suo spassionato lavoro.

11. *Il rifiuto di ogni strumentalizzazione politica della giurisdizione* – L'undicesima regola deontologica consiste nel non piegare il giudizio penale a fini politici e anche nel non dar luogo neppure al più lontano sospetto di una strumentalizzazione politica della giurisdizione. Oggi l'immagine della magistratura presso il grande pubblico rischia di identificarsi con quella dei pubblici ministeri diventati noti per la rilevanza politica delle loro inchieste. E' un'immagine deleteria, che compromette la credibilità della magistratura, oltre che delle stesse inchieste giudiziarie.

Quell'immagine pone all'ordine del giorno la questione della partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali. Ovviamente non si può loro vietare di candidarsi alle elezioni: sarebbe una violazione dell'art. 51 della Costituzione. Ma in tempi come questi, quando è così frequente pur se di solito infondata l'accusa di un uso politico e strumentale della giurisdizione, è sufficiente il semplice sospetto della fondatezza di tale accusa a giustificare le regole, introdotte dalla riforma Cartabia, sui limiti territoriali imposte alle candidature dei magistrati alle elezioni e sul non ritorno nei ruoli giudiziari di chi abbia coperto cariche politiche elettive.

12. *Il rifiuto del carrierismo quale regola di stile* – Infine, la dodicesima e ultima regola deontologica è un'elementare regola di stile: la tendenziale indisponibilità del singolo magistrato, o quanto meno la sua non eccessiva aspirazione a rivestire

ruoli di potere interni all'ordine giudiziario. La carriera dei giudici, secondo l'unanime parere della migliore cultura giuridica, contraddice una regola elementare della deontologia giudiziaria: il principio che i magistrati devono svolgere le loro funzioni *sine spe et sine metu*. Essa è peraltro incompatibile sia con il principio stabilito dall'art. 101 della Costituzione della soggezione dei giudici *soltanto* alla legge, e non anche alle valutazioni di professionalità richieste dagli avanzamenti in carriera, sia al principio dell'uguaglianza dei magistrati, che secondo l'art. 107, comma 3° della Costituzione "si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni". L'attuazione di questi due principi richiederebbe perciò una riforma dell'ordinamento giudiziario diretta a ridurre la carriera e le pratiche da essa predisposte. Ma al di là di tale riforma, un antidoto al careerismo dovrebbe consistere nella regola deontologica del tendenziale rifiuto della carriera e dell'indisponibilità dei magistrati a soddisfare le varie norme e prassi da cui essa è determinata, incluse le valutazioni di professionalità. Tali valutazioni, infatti, oltre ad essere spesso arbitrarie, finiscono di fatto per instaurare rapporti impropri di potere tra i magistrati e così per minarne l'indipendenza. Quest'ultima regola di stile vale a fondare un amor proprio professionale e un costume intellettuale che formano non solo il presupposto dell'indipendenza di giudizio e dell'imparzialità dei magistrati, ma anche il migliore antidoto alla pigrizia burocratica, all'omologazione e al conformismo.