

## GIURISDIZIONE E CONSENSO

di Luigi Ferrajoli

**1.** Democrazia e consenso. I fondamenti della legittimità della giurisdizione / **2.** Il carattere tendenzialmente cognitivo della giurisdizione come primo fondamento della sua legittimità / **3.** Il ruolo di garanzia della giurisdizione come secondo fondamento della legittimità della giurisdizione / **4.** Il garantismo quale fonte di legittimazione della giurisdizione e della sua indipendenza / **5.** La fiducia e la paura dei cittadini. Quattro implicazioni.

### **1. Democrazia e consenso. I fondamenti della legittimità della giurisdizione**

Per comprendere il rapporto tra giurisdizione e consenso occorre riflettere, a mio parere, sugli specifici fondamenti della legittimità della giurisdizione. Certamente il consenso è la principale fonte di legittimazione democratica delle funzioni politiche di governo. Ma non lo è affatto della giurisdizione. Non solo. Non è neppure la fonte di legittimazione di qualunque decisione politica.

Nessun consenso maggioritario, neanche l'unanimità dei consensi, può infatti legittimare, nella democrazia costituzionale, decisioni in contrasto con la costituzione. È questa la grande novità del costituzionalismo democratico inaugurato in Europa con le costituzioni rigide del secondo dopoguerra. Si comprese allora che il consenso, di cui pure i regimi fascisti avevano goduto e tramite cui avevano conquistato il potere con mezzi legali, non garantisce affatto la sopravvivenza della democrazia. E fu perciò disegnata, dalle nuove costituzioni, quella che possiamo chiamare la "sfera dell'indecidibile": dell'*indecidibile che*, cioè la lesione o restrizione dei diritti di libertà, che nessuna maggioranza può legittimamente decidere, e dell'*indecidibile che non*, cioè la soddisfazione dei diritti sociali che nessuna maggioranza può non decidere. Solo ciò che

resta fuori da questa sfera è, da allora, la "sfera del decidibile", cioè delle decisioni legittimate, per il tramite della rappresentanza politica, dal consenso popolare<sup>1</sup>.

Il consenso non è perciò sufficiente a legittimare qualunque decisione, neppure dei poteri politici di governo il cui esercizio incontra i limiti e i vincoli espressi dai diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Il fondamento assiologico di tali diritti, d'altro canto, non risiede affatto nel consenso maggioritario, che è una condizione della loro effettività ma non anche della loro legittimità. Proprio perché non sono (e neppure è legittimo pretendere che siano) condivisi politicamente da tutti, questi diritti vengono stipulati giuridicamente a garanzia di tutti, anche contro le contingenti maggioranze. La loro legittimazione, diversamente da quella della legislazione ordinaria, è perciò prepolitica. Risiede nel fatto non già di essere voluti da tutti, bensì di garantire tutti: risiede, in una parola, nell'*uguaglianza*, quale clausola del patto sociale convivenza. È questo il senso, troppo spesso incompreso, del loro "universalismo"; che non designa un improbabile e inesigibile consenso universale, bensì l'universalità dei loro titolari, cioè il fatto che tali diritti, contrariamente ai diritti patrimoniali, sono attribuiti a tutti.

Dunque il consenso è la fonte di legittimazione democratica delle funzioni politiche di governo, nei limiti e con i vincoli stabiliti dalle costituzioni. Ma perché esso non può essere mai una fonte di legittimazione anche della giurisdizione?

La risposta a questa domanda va ricercata nella diversità delle fonti di legittimazione del potere giudiziario, e più in generale delle istituzioni di garanzia, rispetto a quella dei poteri politici: una diversità che è connessa alla diversa natura delle funzioni pubbliche e sulla quale si fonda la separazione dei poteri. Queste funzioni sono essenzialmente due, riconducibili grosso modo alle due grandi dimensioni dell'esperienza: volontà e conoscenza, potere e sapere, disposizione e accertamento, consenso e verità, produzione e applicazione del diritto, *legis-latio* e *iuris-dictio*, l'una legata a quella che ho chiamato la "sfera del decidibile", l'altra a quella che ho chiamato la "sfera dell'indecidibile" (*che* o *che non*). Appartengono alla sfera discrezionale del decidibile le *funzioni di governo*, nelle quali possiamo includere sia le funzioni legislative che quelle in senso stretto governative e quelle a queste ausiliarie di tipo amministrativo. Sono invece istituite in attuazione e a difesa della "sfera dell'indecidibile" quelle che possiamo chiamare *funzioni di garanzia*, e nelle quali ho incluso sia la funzione giudiziaria, che è una funzione di

---

<sup>1</sup> Si vedano, sul paradigma della democrazia costituzionale, i miei *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. I, *Teoria del diritto*, capp. XI e XII e l'intero vol. II, *Teoria della democrazia*. Sulla distinzione tra "sfera del decidibile" e "sfera dell'indecidibile", si vedano ivi, I, § 11.18, pp.819-824 e II, § 13.4, p.19 e § 15.1, p.304 549

garanzia secondaria, sia le funzioni amministrative di garanzia primaria dei diritti di libertà e dei diritti sociali parimenti vincolate alla legge<sup>2</sup>. Le funzioni di governo disegnano lo spazio della politica, i cui parametri di valutazione sono l'efficienza e l'utilità dei risultati ottenuti dal punto di vista degli interessi generali e le cui fonti di legittimazione sono perciò la rappresentanza politica e il consenso. Le funzioni di garanzia corrispondono invece allo spazio della giurisdizione e dell'amministrazione vincolata, i cui criteri di valutazione e le cui fonti di legittimazione sono la correttezza e la fondatezza degli accertamenti dei presupposti legali del loro esercizio.

Sottoponiamo dunque ad analisi gli specifici fondamenti della legittimazione delle funzioni giurisdizionali, in opposizione a quelli della rappresentanza e del consenso sui quali si basa invece la legittimità democratica delle funzioni politiche di governo. Questi specifici e differenti fondamenti, che giustificano la separazione tra le due classi di funzioni, sono essenzialmente due: a) la natura tendenzialmente cognitiva dei presupposti della giurisdizione; b) la garanzia dei diritti dei cittadini, primi tra tutti i diritti fondamentali, e perciò il ruolo di contro-potere svolto dal potere giudiziario rispetto ai poteri politici di maggioranza.

## **2. Il carattere tendenzialmente cognitivo della giurisdizione come primo fondamento della sua legittimità**

Il primo fondamento risiede nella natura tendenzialmente cognitiva che proviene alla funzione giudiziaria dal principio di legalità cui è sottoposto il suo esercizio. Il tratto distintivo che accomuna le diverse funzioni di garanzia – la giurisdizione ordinaria, civile e penale, quella amministrativa e quella costituzionale – ma anche, in forma diversa, le funzioni amministrative di garanzia, è il fatto che tutte consistono nell'accertamento di fatti o di situazioni: la giurisdizione nell'accertamento di violazioni di legge da parte di atti illeciti o di atti invalidi; le funzioni di garanzia primaria dei diritti sociali nell'accertamento dei presupposti di fatto delle prestazioni dovute; le funzioni di controllo e di garanzia svolte dalle cosiddette autorità indipendenti nell'accertamento degli svariati presupposti normativi del loro esercizio.

Quanto alla giurisdizione, la sua natura tendenzialmente cognitiva, oltre che prescrittiva, è chiaramente riconoscibile dalla motivazione, in fatto e in diritto, richiesta a ogni provvedimento giudiziario. Le leggi, i regolamenti, i negozi privati e gran parte dei provvedimenti amministrativi

---

<sup>2</sup> Sulla distinzione e sulla separazione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia e sulla distinzione di queste ultime in funzioni amministrative di garanzia primaria e funzioni giurisdizionali di garanzia secondaria, rinvio a *Principia iuris*, cit., I, § 12.6, pp.869-879 e II, § 13.5, 24-29; § 13.4, 75-77 e § 16.14, 548-552

sono atti solamente precettivi, né veri né falsi, la cui validità giuridica dipende dal solo rispetto delle norme sulla loro formazione e la cui legittimazione politica dipende, nella sfera privata dall'autonomia dei loro autori e, in quella pubblica, dalla loro opportunità e aderenza agli interessi generali. Le sentenze, invece, sono sempre accertamenti di una violazione, ed esigono quindi una motivazione fondata su argomenti cognitivi in fatto e ri-cognitivi in diritto, dalla cui verità, sia pure approssimativa come è ogni verità empirica, dipende sia la loro *validità* o legittimazione giuridica, sia la loro *giustizia* o legittimazione politica: se criticiamo una condanna o un'assoluzione come ingiuste è perché riteniamo false le loro motivazioni. Per un verso, la natura cognitiva della giurisdizione vale perciò a configurarla, diversamente dalla legislazione e dall'amministrazione, come *applicazione sostanziale* anziché come semplice rispetto della legge: in breve come *affermazione* della legge. Per altro verso, essa vale a garantire quello specifico diritto fondamentale tutelato dalla giurisdizione che è l'immunità della persona da pronunce arbitrarie. Sotto entrambi gli aspetti, d'altro canto, anche la giurisdizione si collega, come la legislazione, alla volontà popolare: perché è applicazione di quella volontà politica che si è manifestata sia nelle leggi, sia nelle norme costituzionali sui diritti fondamentali, stipulate le une e le altre con il velo di ignoranza che ad esse proviene dal loro carattere di regole generali e astratte.

Basterebbe questo a spiegare il carattere non consensuale né rappresentativo della legittimazione dei giudici e a fondarne i requisiti di imparzialità, di terzietà e di indipendenza da qualunque potere, inclusi i poteri rappresentativi della maggioranza. Proprio perché risiede nella garanzia dell'imparziale accertamento del vero<sup>3</sup>, la legittimità del giudizio non può dipendere dal consenso della maggioranza. Nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi, possono rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. Consensi e dissensi non aggiungono nulla alla falsità o alla verità di una motivazione. Per questo il carattere elettivo dei magistrati, presente per esempio nell'esperienza costituzionale americana, è in contraddizione, al pari dell'elettività o, peggio, della dipendenza dall'esecutivo del pubblico ministero, con la fonte di legittimazione della giurisdizione. Lo stesso si dica della proposta, ripetutamente avanzata in Italia dall'on. Umberto Bossi, di introdurre l'elettività dei giudici magistrati. Ne risulterebbe la massima politicizzazione della giurisdizione: avremmo giudici di destra, di centro e di sinistra,

---

<sup>3</sup> «Egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto. Ecco la necessità di un magistrato, le di cui sentenze siano inappellabili e consistano in mere asserzioni o negative di fatti particolari» [C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino 1981, § III, p.14]; «Dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto» (ivi, § XIV, p.35).

in contrasto con la logica dello Stato di diritto. Al contrario, il senso della famosa frase «ci sarà pure un giudice a Berlino!»<sup>4</sup> è che deve pur esserci un giudice capace, per la sua indipendenza, di assolvere un cittadino in mancanza di prove della sua colpevolezza, anche quando il sovrano o la maggioranza della pubblica opinione ne chiedono la condanna, e di condannarlo in presenza di prove quando i medesimi poteri ne pretendono l'assoluzione.

Tutto questo vale anche per la pubblica accusa, la cui legittimazione e la cui indipendenza si basano parimenti sulla natura cognitiva delle ipotesi accusatorie: deve pur esserci una pubblica accusa indipendente – pur se separata, a sua volta, dalla funzione giudicante – in grado di valutare, senza condizionamenti di potere, l'esistenza dei presupposti dell'azione penale. Vale altresì per la polizia giudiziaria, che oggi si vorrebbe autonomizzare dalle procure e mettere alle dipendenze dell'esecutivo in contrasto, di nuovo, con la natura cognitiva delle sue funzioni investigative. E vale anche, aggiungo, per tutte le funzioni amministrative di garanzia primaria, che in tanto sono tali in quanto i presupposti del loro esercizio sono più o meno rigidamente predeterminati dalla legge. Si tratta, in tutti i casi, di funzioni che non comportano discrezionalità politica, ma solo una discrezionalità tecnica non diversa, sul piano epistemologico, da quella giudiziaria.

### **3. Il ruolo di garanzia della giurisdizione come secondo fondamento della legittimità della giurisdizione**

Questo nesso tra verità e validità degli atti giurisdizionali rappresenta il primo fondamento teorico della separazione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario nel moderno Stato di diritto. Un'attività cognitiva, benché includa inevitabilmente opzioni, convenzioni e momenti decisionali, non può, per principio, sottostare a imperativi che non siano quelli inerenti alla ricerca del vero. E qualunque condizionamento di potere esterno, per quanto accreditato eticamente o politicamente, non solo non contribuisce al raggiungimento della verità ma è al contrario a tal fine deviante. Sotto questo aspetto, il fondamento della separazione e dell'indipendenza del potere giudiziario dal potere politico e dal consenso popolare è lo stesso fondamento della libertà della scienza e della sua indipendenza dalla politica e dalla religione e, più in generale, della libertà di manifestazione del pensiero, né l'una né l'altra vincolate a un

---

<sup>4</sup> La frase «ci sarà un giudice a Berlino!» fu rivolta dal mugnaio Arnold nel 1780 a Federico II, che voleva impossessarsi del suo mulino. È citata da G. Radbruch, *Introduzione alla scienza giuridica*, Torino, 1961, cap. VII, § 2. Contrariamente a quanto viene di solito riferito, in realtà Federico II ignorò la sentenza dei giudici e la sostituì con un atto di forza, impossessandosi del mulino.

qualche tipo di dipendenza o di consenso maggioritario.

Ma c'è una seconda ragione – non meno importante e più direttamente legata alla teoria politica dello Stato di diritto – che sta alla base della separazione dei poteri e della natura solo legale della legittimazione della giurisdizione. Essa consiste nel fatto che l'esercizio del potere giudiziario, sia nelle sue funzioni giudicanti che in quelle requirenti, incide sui diritti e sulle libertà del cittadino quale singolo *individuo*. E per il singolo individuo il fatto che tale potere sia esercitato dalla maggioranza non rappresenta, di per sé, nessuna garanzia: «quando sento la mano del potere che mi preme sul collo – scrisse Tocqueville – poco m'importa di sapere chi è che mi opprime; e non sono maggiormente disposto a chinare la testa sotto il giogo per il solo fatto che questo mi viene porto da milioni di braccia»<sup>5</sup>. Semmai, almeno per (la libertà e la verità di) chi è soggetto alla giustizia penale ed è perciò supposto un "deviante", una legittimazione maggioritaria del potere giudiziario può addirittura rappresentare un pericolo, rischiando d'imprimere al giudizio, soprattutto se privo di basi rigorosamente cognitive, una connotazione partigiana che contrasta con l'imparzialità richiesta all'attività giurisdizionale.

Di qui il secondo fondamento dell'indipendenza delle funzioni e delle istituzioni di garanzia che s'identifica, in gran parte, con il loro stesso ruolo di tutela dei diritti fondamentali. Proprio perché tali diritti sono diritti universali, virtualmente contro le maggioranze e i poteri di maggioranza, anche le funzioni e le istituzioni deputate alla loro garanzia devono essere, virtualmente, contro la maggioranza. Non si può condannare o assolvere un cittadino, fornirgli o non fornirgli assistenza sanitaria, o provvedere o meno alla sua sussistenza perché ciò risponde o non risponde agli interessi o alla volontà della maggioranza. Nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può rendere legittima la condanna di un innocente, o l'assoluzione di un colpevole, o la privazione o menomazione di un diritto di libertà, o la mancata soddisfazione di un diritto sociale. Se si vuole che siano in grado di garantire i diritti dei singoli individui, le funzioni di garanzia, a cominciare dalla funzione giudiziaria, non possono essere espressione, né tanto meno dipendere dal potere di maggioranza, ma devono essere soggette unicamente alla legge.

D'altro canto, a differenza delle attività legislative o amministrative di governo, la funzione giurisdizionale non interviene mai su casi generali in funzione di interessi generali, ma solo sui casi particolari e individuali prefigurati dalla legge. L'interesse generale è già soddisfatto preventivamente dalla funzione legislativa, cui è affidata la definizione in astratto dei presupposti delle decisioni giudiziarie, oppure dalle funzioni amministrative di governo, parimenti deputate alla cura degli interessi di tutti:

---

<sup>5</sup> A. de Tocqueville, *La Démocratie en Amérique* (1840), tr. it. a cura di N. Matteucci, *La democrazia in America*, lib. II, parte I, cap. II, in A. de Tocqueville, *Scritti politici*, Utet, Torino, 1968, p.500.

discrezionalità e/o dipendenza, potestà d'indirizzo e/o obbedienza alle direttive impartite, caratterizzano di conseguenza tutte le loro attività, direttamente o indirettamente informate alla volontà della maggioranza e alla valutazione da essa operata degli interessi generali. Al contrario, le funzioni giudiziarie non perseguono alcun interesse pre-giudiziale, ma solo l'accertamento del vero, o l'imparziale mediazione di un conflitto o la verifica di determinati requisiti o presupposti normativi. Anche per ragioni funzionali, quindi, mentre le funzioni di governo sono discrezionali oppure sottoposte a direttive superiori, quelle di garanzia, a cominciare dalla giurisdizione, sono prive di indirizzi o condizionamenti politici in quanto vincolate soltanto alla legge. E devono esserlo tanto più quando il loro esercizio ha per oggetto il controllo sulle illegalità commesse da soggetti di potere: sulle leggi e sugli altri provvedimenti invalidi prodotti dal potere legislativo e da quello esecutivo; sugli atti illeciti commessi dai titolari di qualunque potere, sia pubblico che privato. È chiaro che tale ruolo rischierebbe di essere ostacolato da qualunque rapporto di dipendenza – diretto o indiretto, dei giudici o dei pubblici ministeri – da chi è investito di funzioni di governo. Le indagini sulla corruzione di esponenti del potere politico o della pubblica amministrazione, per esempio, sarebbero impensabili se il potere giudiziario non fosse totalmente indipendente. Per questo, la funzione giudiziaria – quella giudicante come quella requirente, ma anche quella ausiliaria della polizia – si configura come *contro-potere*, deputato al controllo sull'illegale esercizio degli altri poteri. E questo non comporta nessuna interferenza o invasione di campo nella sfera della politica o in quella dell'economia. La giurisdizione, infatti, interviene non già sugli spazi legittimi di tali sfere, ma solo sui loro spazi il-legittimi quali si manifestano, appunto, in atti illegali, o perché invalidi o perché illeciti.

#### **4. Il garantismo quale fonte di legittimazione della giurisdizione e della sua indipendenza**

Il fondamento della legittimazione del potere giudiziario e della sua separazione e indipendenza dai poteri politici s'identifica insomma con il duplice ruolo della giurisdizione: l'accertamento della *verità*, che richiede il carattere necessariamente libero e disinteressato della ricerca del vero tramite prove e smentite; la tutela delle *libertà* – dalla libertà personale alla libertà di pensiero, dai diritti di difesa alle libertà politiche – le quali equivalgono tutte ad altrettanti diritti dei singoli contro il potere e gli interessi della maggioranza.

Sotto entrambi gli aspetti, la fonte di legittimazione della giurisdizione si rivela il rigoroso rispetto delle garanzie penali e processuali, al di là – e, se necessario, contro – la volontà o il consenso di chiunque, inclusa

la maggioranza. Si fonda sul rispetto delle garanzie, come è ovvio, sotto il secondo aspetto, quello della tutela dei diritti fondamentali: le garanzie giurisdizionali, e in particolare quelle penali e processuali, sono infatti essenzialmente garanzie dei diritti di libertà e d'immunità della persona contro l'arbitrio poliziesco e giudiziario. Ma lo stesso può dirsi anche sotto il primo aspetto, quello del carattere tendenzialmente cognitivo del giudizio. Il potere giudiziario è infatti un potere-sapere, tanto più legittimo quanto maggiore è il sapere, tanto più illegittimo quanto maggiore è il potere. E tutte le garanzie giurisdizionali – quelle ordinamentali, come quelle sostanziali e processuali – sono garanzie di verità oltre che di libertà. In materia penale, per esempio, le garanzie sostanziali della determinatezza, della materialità e dell'offensività delle ipotesi di reato assicurano, di queste, la *verificabilità* e la *falsificabilità in astratto*; mentre quelle processuali della presunzione d'innocenza, dell'onere della prova e dei diritti di difesa assicurano la loro *verificazione* e la loro *falsificazione in concreto*. Sia le une che le altre sono insomma la traduzione in norme giuridiche di elementari regole epistemiche: dalla determinatezza empirica delle ipotesi di reato all'onere della prova, corrispondente al *modus ponens*, e al diritto di difesa corrispondente al *modus tollens*<sup>6</sup>.

È poi evidente che i fondamenti di legittimità delle funzioni giudiziarie – la verità raggiungibile in un procedimento giurisdizionale o amministrativo, la soggezione solo alla legge, lo stesso ruolo di garanzia dei diritti fondamentali – sono sempre relativi, imperfetti e approssimativi. Si tratta, in realtà, di principi e di convenzioni normative. Sicché sono sempre giustificati il dubbio e la critica in ordine al loro grado di effettività. Ma questo vale per qualunque potere, la cui fonte di legittimazione è sempre convenzionale, normativa, relativa e sommamente imperfetta. Il potere politico, per esempio, è legittimato dalla sua rappresentatività della volontà popolare; la quale è chiaramente una convenzione, più o meno screditata da svariate distorsioni e manipolazioni e comunque non più fondata del fondamento cognitivo della giurisdizione e delle altre funzioni di garanzia.

Ne derivano due ordini di conseguenze. La prima riguarda il rapporto tra giurisdizione e legislazione e, conseguentemente, tra giudici e politica. Quanto più alto è il grado di effettività delle garanzie sostanziali e processuali, e in particolare del principio di determinatezza della legge, tanto più rigida e certa sarà la separazione tra *legis-latio* e *juris-dictio* e perciò il confine tra giurisdizione e politica. Con paradosso apparente, infatti, in tanto la legislazione, e perciò la politica, possono assicurare la separazione dei poteri e realizzare, per esempio in materia penale, la prerogativa costituzionale della riserva di legge, in quanto la legge medesi-

<sup>6</sup> Su questa caratterizzazione delle garanzie penali e processuali, rinvio a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, (1989), IX ed., Laterza, Roma-Bari, 2008, capp. I, II e III.



ma sia subordinata a sua volta al diritto, ossia alle garanzie, prima tra tutte la stretta legalità o tassatività, idonee a limitare e a vincolare la giurisdizione. Ciò vuol dire che in tanto la legge può essere effettivamente condizionante in quanto sia anche giuridicamente condizionata. Solo rispettando il principio di tassatività, cioè la regola meta-legale che impone la formulazione della legge in termini quanto più precisi e rigorosi, la politica può insomma salvaguardare il proprio ruolo legislativo e ridurre la discrezionalità dei giudici, vincolandoli alla soggezione alla legge.

La seconda conseguenza è che il grado di legittimazione della giurisdizione e della sua indipendenza dipende dal grado di effettività delle garanzie preposte al suo esercizio: per esempio, nel caso della giurisdizione penale, dal (grado di effettività delle) garanzie della tassatività, della materialità e dell'offensività delle figure di reato, dell'onere accusatorio della prova, del contraddittorio e dei diritti della difesa; e che, inversamente, la riduzione o l'ineffettività delle garanzie si risolve sempre in una riduzione della legittimità del potere giudiziario. Sicché, se è vero che l'indipendenza è un connotato necessario delle funzioni di garanzia e che non c'è garanzia dei diritti senza giudici indipendenti, è anche vero, inversamente, che solo l'effettività di tali funzioni vale ad accreditare il valore della loro indipendenza agli occhi dei cittadini. Solo se i cittadini avvertiranno i loro giudici come garanti dei loro diritti, avvertiranno anche la loro indipendenza come una loro garanzia. Per questo, ogni volta che un giudice o un pubblico ministero commettono un abuso o violano la legge, ogni volta che condannano un innocente, essi minano la legittimità delle loro funzioni e attentano al fondamento stesso della loro indipendenza. Giacché esiste un nesso biunivoco tra indipendenza e legittimazione delle funzioni di garanzia da un lato e, dall'altro, il rigoroso rispetto delle garanzie preposte al loro esercizio.

#### **5. La fiducia e la paura dei cittadini. Quattro implicazioni**

Vengo così alla natura del rapporto tra giurisdizione e cittadini. Si è detto che per la legittimazione della giurisdizione, basata sulla garanzia della verità e delle libertà, mentre non è necessario e può anzi essere dannoso il consenso, è possibile ma non delegittimante il dissenso della maggioranza. Alla maggioranza, si è detto, il giudice si collega solamente per il tramite della sua soggezione alla legge, nella quale la volontà maggioritaria si è espressa prima della commissione dei fatti sottoposti a giudizio. Ciò che invece si richiede, in forza della natura tendenzialmente cognitiva della giurisdizione e del suo ruolo di garanzia dei diritti delle persone, è la fiducia dei cittadini: fiducia nell'imparzialità di giudizio dei giudici, fiducia nella loro onestà e nel loro rigore intellettuale e morale, fiducia nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio.

Per contro, ciò che delegittima la giurisdizione è non tanto il dissenso e la critica, che non solo sono legittimi ma operano come fattori di responsabilizzazione, ma la sfiducia nei giudici e peggio ancora la paura generate soprattutto dalla mancanza di garanzie o, peggio, dalle violazioni di legge proprio da parte di chi è chiamato ad applicare la legge e che dalla soggezione alla legge ricava la sua legittimazione. È questa paura che fa del potere giudiziario quello che Montesquieu chiamò un «terribile potere». E la paura è sempre un segno di fallimento della giurisdizione, della quale segnala il carattere arbitrario perché imprevedibile, per l'assenza o la violazione delle garanzie sostanziali o processuali. Ne conseguono quattro implicazioni, di carattere teorico e insieme deontologico, che forniscono il parametro e il banco di prova del tasso di legittimità della giurisdizione.

5.1. La prima implicazione è la terzietà del giudice, cioè la sua imparzialità di giudizio e il suo disinteresse personale rispetto agli interessi in conflitto. C'è un soggetto, in particolare, di cui occorre preoccuparsi che i giudici abbiano non tanto il consenso, quanto la fiducia: e questo soggetto è la parte in causa, e in particolare l'imputato, che nel processo penale è semmai in conflitto con l'interesse punitivo dello Stato e delle sue espressioni politiche. È sulla necessità di questa fiducia che si basa la più ampia ricusabilità del giudice ad opera delle parti che in materia penale è sempre stata un tratto caratteristico del processo accusatorio: affinché i singoli e concreti soggetti sottoposti a giudizio non solo non abbiano, ma neppure temano di avere un giudice nemico o comunque non imparziale.

Per questo, per assicurare questa fiducia, una prima regola deontologica che deve presiedere all'esercizio della giurisdizione è il rispetto nei confronti delle parti in causa a cominciare, nel processo penale, dalla persona dell'imputato. Per due ragioni. In primo luogo per quella asimmetria che sempre deve sussistere tra civiltà del diritto e violenza criminale e nella quale risiede la principale forza della prima quale fattore di delegittimazione e di isolamento della seconda<sup>7</sup>. In secondo luogo perché il processo conservi il suo tendenziale carattere "cognitivo" o, come scrisse Beccaria, "informativo", e non degeneri in "processo offensivo" ove «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 quella infallibilità che l'uomo s'arropa in tutte le cose»<sup>8</sup>. Il giudice non deve perciò inquisire l'anima dell'imputato, ma solo pronunciarsi sulla verità dei fatti a lui contestati. Anche perché soltanto i fatti, e non anche la moralità o il carattere o altri aspetti della perso-

<sup>7</sup> Ho insistito sul valore di questa asimmetria in *Principia iuris*, cit., II § 15.5, p.325 e § 16.6, pp.508-512.

<sup>8</sup> C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XVII, p.46

nalità del reo sono passibili di prova e confutazione empirica e, conseguentemente, di giudizio. Sotto questo aspetto il modello garantista condivide con l'etica cristiana la massima *nolite iudicare*, almeno se per "giudicare" s'intende il giudizio su "quel che si è", cioè la valutazione dell'identità immorale o malvagia del soggetto, e non l'accertamento probatorio di "quel che si è fatto" e la sua qualificazione giuridica come reato; con in più una specifica connotazione di tipo laico e liberale che all'insindacabilità giuridica e morale delle coscienze proviene proprio dal principio di stretta legalità: l'uguale dignità di persone riconosciuta ai rei come ai non rei, il rispetto dovuto anche alla loro identità, nonché il diritto di ciascuno di essere come è.

5.2. La seconda implicazione riguarda la consapevolezza che i giudici dovrebbero avere, e perciò la loro ferma difesa, delle fonti della loro legittimazione. Sono i giudici per primi che dovrebbero, a tutela di tale legittimazione e perciò della loro indipendenza, difendere le garanzie esistenti e richiederne il rafforzamento. E dovrebbero difenderle non meno, anzi ancor prima dell'indipendenza, dato che questa ha nelle garanzie il suo principale fondamento e la sua ragion d'essere.

Purtroppo non sempre è stato così. Per lungo tempo l'Associazione nazionale dei magistrati italiani si è opposta a riforme garantiste, come la riduzione della carcerazione preventiva, l'introduzione del contraddittorio fin dalla fase istruttoria, la riforma di figure di reato indeterminato come l'abuso d'ufficio e la netta separazione tra magistrati della pubblica accusa e magistrati giudicanti. Certamente l'attuale perdita di consenso della magistratura nel Paese dipende soprattutto dalla campagna di disinformazione e denigrazione orchestrata da anni contro di essa dalle televisioni e dalla stampa controllata dal presidente del Consiglio. Ma dipende anche dalla miopia corporativa con cui è sembrato che i magistrati difendessero poteri impropri. E questo atteggiamento dei giudici – questo loro timore delle garanzie, che sono, ripeto, garanzie al tempo stesso di verità e di libertà – ha certamente ridotto la fiducia dei cittadini nella giurisdizione.

5.3. La terza implicazione riguarda l'atteggiamento dei giudici nell'esercizio delle loro funzioni. Se è vero che la legittimazione della giurisdizione e il valore politico e intellettuale della professione del giudice risiedono nel corretto accertamento del vero e nella tutela delle libertà fondamentali, allora è questa duplice funzione garantista che impone ai giudici e ai pubblici ministeri la consapevolezza della relatività e dell'imperfezione della loro stessa legittimazione: per il carattere comunque *opinabile* della verità giuridica e *probabilistico* della verità fattuale, che deve suggerire tolleranza per le controverse ragioni, attenzione e controllo su tutte le ipotesi e contro-ipotesi in conflitto, imparzialità rispetto alla

contesa, prudenza, equilibrio, ponderatezza e, soprattutto, l'assunzione del dubbio come abito professionale e come stile intellettuale<sup>9</sup>. Sia i giudici che i pubblici ministeri – questa è un'altra essenziale regola deontologica della loro professione – dovrebbero essere consapevoli che l'accertamento probatorio è sempre il frutto di induzioni, e mai di deduzioni, e che perciò nel loro lavoro è sempre possibile l'errore.

Al contrario, è la sicumera del giudice che genera arbitri e soprusi e, al tempo stesso, sfiducia nella sua funzione. Ricordo che qualche mese fa, parlando a dei giudici in occasione di uno dei corsi organizzati dal Consiglio superiore – il tema era quello delle indagini giudiziarie e della prova nel giudizio penale – sostenni la tesi, epistemologicamente banale, che la verità empirica, e quindi anche la verità processuale, non è mai assolutamente certa, ma solo probabilistica, e che qualunque tesi, anche se assistita da prove ritenute schiacciante, ben potrebbe essere falsa; e che proprio per questo, nell'impossibilità di un'assoluta certezza oggettiva, si richiede che le prove siano accompagnate quanto meno da una certezza soggettiva, cioè dal convincimento del giudice al di là (non certo di ogni dubbio, giacché il dubbio deve sempre alimentare e sorreggere l'argomentazione giudiziaria, ma) di ogni "ragionevole" dubbio. Ebbene, un magistrato che frequentava il corso mi disse che in ben 20 anni di professione, sia come pubblico ministero che come giudice, non aveva mai avuto dubbi; che era certo di aver sempre raggiunto, nelle sue pronunce, una verità oggettiva assoluta. Ebbene, sicuramente quel magistrato è in assoluta buona fede. Sicuramente egli non ha mai avuto alcun dubbio sul carattere indubbio delle sue pronunce. Ma è proprio questo – questa sicumera, questa mancanza di prudenza, di giurisprudenza – che fa paura e genera sfiducia.

5.4. La quarta implicazione riguarda un banale principio deontologico: il rifiuto della ricerca del consenso attraverso l'esibizione in pubblico,

---

<sup>9</sup> Merita di essere ricordato il modello deontologico del buon giudice disegnato da Hobbes e che può essere esteso ai titolari di tutte le funzioni di garanzia: «Le cose che fanno un buon giudice o un buon interprete delle leggi sono: in primo luogo *una giusta comprensione* di quella principale legge di natura chiamata *equità*, che, dato che non dipende dalla natura degli scritti di altri uomini, ma dalla bontà della ragione naturale e della capacità meditativa di un uomo, si presume che appartenga soprattutto a chi ha avuto più tempo e maggiore inclinazione per meditare su di essa; in secondo luogo, *il disprezzo per la ricchezza superflua e per le promozioni*; in terzo luogo, *la capacità di spogliarsi, quando si giudica, di ogni paura, ira, odio, amore e compassione*; quarta ed ultima cosa, *la pazienza di ascoltare, l'attenzione diligente quando si ascolta e la memoria per ricordare, assimilare ed applicare ciò che si è ascoltato*» (T. Hobbes, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, trad. italiana, in *Leviatano*, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668, a cura di Raffaella Santi, Bompiani, Milano 2001, cap. XXVI, § 28, p.459).

al di fuori della sede del processo, della propria attività giudiziaria. C'è una regola deontologica che un magistrato dovrebbe sempre rispettare: non parlare mai – né in pubblico né in privato, non in privato né tanto meno in pubblico, e ancor meno in televisione – dei propri processi, o comunque delle vicende giudiziarie nelle quali è in qualunque forma coinvolto. I magistrati possono certo criticare – ed anzi è giusto che criticino, con cognizione di causa – i provvedimenti giudiziari dei loro colleghi; purché non siano essi stessi coinvolti, come magistrati, nelle vicende giudiziarie di cui parlano. E invece abbiamo assistito in questi anni a fenomeni che non esito a qualificare come manifestazioni di demagogia giudiziaria e di populismo penale: magistrati che vanno in televisione per sostenere le loro accuse o per lamentare il mancato sostegno o gli ostacoli interposti al loro lavoro, o che rilasciano interviste a giornalisti sulla conduzione delle loro indagini e simili.

Ora, come ben sappiamo, il populismo politico è sempre una minaccia per la democrazia rappresentativa. Ma 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 e intollerabile è il populismo giudiziario e più che mai il populismo penale. Esso compromette l'imparzialità del giudice e produce inevitabilmente, oltre al consenso di una parte più o meno ampia della pubblica opinione, la sfiducia e la paura di una parte di opinione pubblica non meno ampia e, soprattutto, la sfiducia e la paura dei cittadini che sono parti nel giudizio.

Insomma, la legittimazione della giurisdizione, proprio perché fondata sulla verità processuale, inevitabilmente relativa, e sulla garanzia dei diritti, inevitabilmente imperfetta, è sempre solo tendenziale, approssimativa e a sua volta relativa e imperfetta. Dipende, si è detto, non dal consenso ma dalla fiducia dei cittadini. E questa fiducia si fonda sul nesso tra libertà e sicurezza espresso, nella maniera più limpida, da Montesquieu: «La libertà politica consiste nella sicurezza, o per lo meno nella convinzione che si ha della propria sicurezza. Questa sicurezza non è mai posta in pericolo maggiore che nelle accuse pubbliche o private»; sicché, «quando l'innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà»<sup>10</sup>, né quindi la sicurezza. È questo significato classico di "libertà" e di "sicurezza" che andrebbe oggi riscoperto dal senso comune, contro le derive illiberali e la demagogia securitaria che contrassegnano le attuali politiche governative.

<sup>10</sup> Ch. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, (1748), trad. it. a cura di S. Cotta, *Lo spirito delle leggi*, Utet, Torino, 2<sup>a</sup> ed. 1965, vol. I, lib. XII, cap. II, pp.321-322. Si ricordi anche la definizione di libertà (negativa) di Montesquieu, come «diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono» ovvero non vietano (ivi, lib. XI, cap. IV, p. 293): nozione ripresa dall'art. 5 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, secondo cui «*tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*».