

UNA CITTÀ n. 211 / 2014 marzo

Intervista a Luigi Ferrajoli
realizzata da **Giorgio Calderoni e Gianni Saporetti**

UN DIRITTO PENALE MINIMO

Con Magistratura democratica il diritto scoprì la Costituzione, in polemica con una giustizia che fino ad allora aveva gravitato nell'orbita del potere; la necessità oggi di ribadire con forza i diritti dell'imputato; l'errore di protagonismo di alcuni magistrati e la necessità di leggi chiare a cui sia facile per il magistrato esser soggetto; il problema dell'indipendenza. Intervista a Luigi Ferrajoli.

Luigi Ferrajoli, filosofo del diritto, già magistrato dal 1967 al 1975, ha contribuito a fondare Magistratura democratica ed è professore emerito di Filosofia del diritto nell'Università di Roma Tre. Ha pubblicato tra l'altro, con Laterza, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale (1989); Diritti fondamentali (2001); Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, in tre volumi (2007); Poteri selvaggi (2011). Ha appena pubblicato i due seguenti libri, entrambi su temi di grande attualità: La Democrazia attraverso i diritti, con Laterza, e Dei diritti e delle garanzie. Una conversazione con Mauro Barberis, con Il Mulino.

Quest'anno ricorre il cinquantenario della fondazione di Magistratura democratica. Ci può dire, per sommi capi, quale fosse la situazione di allora della magistratura, per arrivare poi alla situazione di oggi...

Entrai in magistratura quasi per caso. Ero assistente di filosofia del diritto, a Roma, e decisi di fare il concorso. Magistratura democratica esisteva già da tre anni, dal 1964. Il mondo giudiziario di allora era totalmente diverso da quello di oggi: ancora gerarchizzato, dominato dall'alta magistratura formata sotto il fascismo, composta in gran parte da giudici reazionari o peggio fascisti. Ricordo bene il mio primo incontro con Md. Mi aveva impressionato, durante il tirocinio alla Procura di Roma, la facilità con cui, per delle sciocchezze, venivano spiccati i mandati di cattura. Avevo quasi deciso di dimettermi. Andai dal procuratore della Repubblica per esprimergli la mia riprovazione di cittadino circa il modo in cui veniva amministrata la giustizia e lui mi disse: "Ma no, resta..." e mi mandò da Ottorino Pesce, una persona straordinaria che era allora, a Roma, l'esponente più attivo di Magistratura democratica. Conobbi così Md e perciò non solo rimasi, ma scoprii un nuovo modo di essere magistrato: un modello alternativo che in quegli anni teorizzammo e cominciammo a praticare.

Anche allora la magistratura era unanime nel rivendicare la propria indipendenza. Di fatto, tuttavia, gravitava sostanzialmente nell'orbita del potere. Il Consiglio superiore della magistratura era stato istituito solo nel '58, e prima di allora l'ammissione al concorso in magistratura era condizionato alla "buona condotta", certificata dalle informazioni di polizia, positive per i "benpensanti" ma non per i candidati di cui fossero note le opinioni di sinistra. Sono convinto che il rinnovamento della magistratura avvenuto con la mia generazione si debba anche alla soppressione di queste assurde informazioni ad opera di uno dei primi provvedimenti del Csm. Neppure l'indipendenza interna, d'altro canto, era allora garantita: c'erano i concorsi interni, la carriera, le valutazioni delle sentenze in occasione degli avanzamenti da una funzione all'altra, il tutto affidato all'alta magistratura. Ebbene, noi rivendicammo l'uguaglianza dei giudici, che è scritta nell'art. 107 della Costituzione - "I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni" - e la loro indipendenza anche interna, stabilita dall'art. 101: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Di qui la nostra battaglia per la soppressione di qualunque carriera giudiziaria perché incompatibile con la Costituzione.

La scoperta e la rivendicazione da parte dei magistrati progressisti della Costituzione come principale fonte di legittimazione sia della legislazione che della giurisdizione era già avvenuta nel 1965, nell'importante congresso di Gardone dell'Associazione nazionale magistrati, che certamente segnò una svolta nella storia della magistratura. Si scoprì, allora, la distanza tra la Costituzione e la legislazione ordinaria che era ancora, a cominciare dai codici, in prevalenza di origine fascista. Fu questa divaricazione tra la Costituzione e il restante diritto vigente il principale tema della nostra riflessione sul ruolo del magistrato: prendere sul serio la Costituzione richiedeva che non ci limitassimo a una burocratica e acritica applicazione della legge, ma che dovessimo interpretarla alla luce dei principi costituzionali e, in caso di contrasto, ecceperne sempre l'incostituzionalità di fronte alla Corte costituzionale.

Quelli, del resto, erano gli anni della stagione sessantottesca, della contestazione e anche della massima fortuna del marxismo all'interno della sinistra. Molti magistrati di Md si dicevano marxisti. Il loro, però, era un marxismo



che si coniugava interamente con i principi di uguaglianza, di libertà e di emancipazione sociale sanciti nella Costituzione, alla cui luce, dicevamo, dovevamo leggere la legge alla quale eravamo soggetti solo se non in contrasto con la Costituzione. In quegli anni di grandi tensioni subimmo anche una scissione a destra, all'indomani della strage di Piazza Fontana. Molti di noi criticammo i processi che seguirono alla strage perché orientati pregiudizialmente verso la pista rivelatasi poi sbagliata, quella degli anarchici. E poco prima avevamo criticato un mandato di cattura emesso per un reato d'opinione. Ebbene, la critica dei processi dall'interno dell'ordine giudiziario parve rompere un tacito e singolare principio deontologico di solidarietà corporativa e fu considerata illegittima da una parte del gruppo che uscì da Md. Facemmo così un nuovo congresso, praticamente di rifondazione, all'inizio del '70.

Insomma, Magistratura democratica si caratterizzò, in quegli anni, per la contestazione della carriera, per la rivendicazione dell'uguaglianza dei magistrati, per la presa sul serio della Costituzione -dei diritti fondamentali e del principio di uguaglianza sostanziale formulato nel suo articolo 3 capoverso- e, insieme, per la rottura della tradizionale solidarietà corporativa tra giudici che si espresse nella critica dei provvedimenti giudiziari in pubbliche prese di posizione e, soprattutto, nella rivista "Qualegiustizia" che fondammo nel 1970. Allora eravamo visti come una sorta di eresia. Ma con il tempo l'intera magistratura finì per essere contagiata da molte tesi di Md, prima tra tutte la rivendicazione dell'indipendenza, sia interna sia esterna, che certamente faceva leva sull'amor proprio professionale e su di un innegabile riflesso corporativo, ma che divenne comunque un'acquisizione comune dell'intero ordine giudiziario. Fu da quella mutazione culturale che trasse origine l'odierno costume di indipendenza, che forma un tratto caratteristico della magistratura italiana e che si manifestò e si consolidò nei processi contro la mafia, ancor prima contro il terrorismo, e poi contro la corruzione e i tanti reati dei potenti. Ricordiamo tutti le inchieste di Mani Pulite su Tangentopoli, nei primi anni Novanta. Ma ben prima, negli anni Settanta e Ottanta, questo impegno dei giudici democratici nei confronti dei delitti dei potenti si manifestò in innumerevoli processi piccoli e grandi: dalla giurisprudenza in materia di lavoro alle inchieste di quelli che allora venivano chiamati i "pretori d'assalto" sugli inquinamenti e sugli infortuni sul lavoro, e poi ai processi sulle grandi bancarotte, i peculati, le corruzioni, fino alle indagini sugli intrighi eversivi dei servizi segreti, della P2 e di Gladio.

Si sviluppò dunque, in quegli anni, una sorta di contropotere giudiziario, a garanzia della legalità e dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Per anni questo ruolo di applicazione della legge informato ai principi di uguaglianza e legalità è stato stigmatizzato dalla destra come un segno di politicizzazione. Si è trattato, invece, esattamente del contrario. I giudici, in Italia, hanno cessato di fare politica nel momento in cui hanno cominciato ad applicare la legge ugualmente a tutti, ai potenti corrotti non meno che agli autori dei reati di strada, in attuazione del principio dell'uguaglianza davanti alla legge scritto nelle aule di giustizia. Nonostante questo, la giustizia continua peraltro a essere una giustizia di classe: basta vedere la popolazione carceraria, composta quasi soltanto di tossicodipendenti, di immigrati clandestini e di persone povere ed emarginate; mentre i potenti conoscono la prigione solo eccezionalmente, di solito per misure di custodia cautelare, anche perché, grazie alla lunghezza dei processi promossa da agguerrite difese e all'abbassamento dei termini di prescrizione introdotto dalle leggi ad personam di Berlusconi, gran parte dei processi contro di loro non arriva alla sentenza definitiva. Ma non c'è dubbio che, nonostante queste distorsioni, la magistratura ha svolto in questi anni, grazie alla sua indipendenza, un ruolo di difesa dello stato di diritto, non solo contro il terrorismo e la criminalità organizzata, ma anche nei confronti dei titolari dei massimi poteri, sia pubblici che privati. È da qui che è nato il conflitto che dura da trent'anni tra magistratura e politica: l'altissimo grado di corruzione del nostro sistema politico ed economico si è rivelato incompatibile con un'indipendenza della magistratura e in particolare del pubblico ministero, che è superiore a quella di altri paesi europei, dove la corruzione è certamente minore ma dove altrettanto certamente la pubblica accusa gode di una minore indipendenza dal potere esecutivo.

Detto questo, lo scontro che ne è seguito tra magistratura e politica ha finito per indurre la cultura giuridica di sinistra a difendere comunque la magistratura dalle aggressioni di cui è stata fatta oggetto dal ceto politico indagato. Una difesa doverosa, a causa dell'incredibile absurdità delle accuse: i complotti, i giudici comunisti, i giudici che fanno politica, i giudici pazzi, fino alle vere diffamazioni, di fronte alle quali i magistrati diffamati avrebbero potuto reagire facendo querela ai loro stessi imputati, magari chiedendo risarcimenti milionari; con l'effetto, però, di doversi poi astenere dal processo in base alle norme sull'astensione e sulla ricsuzione. Se non l'hanno fatto, dobbiamo riconoscere, è stato solo grazie al prevalere di una regola deontologica: il primato dell'interesse pubblico sugli interessi personali. Ma in questo modo moltissimi giudici hanno dovuto spesso sopportare delle vere e proprie campagne diffamatorie.

Ma questo ha comportato dei rischi?

Sì, questa difesa troppo spesso aprioristica della magistratura, provocata dallo stato d'assedio sistematico al quale essa è stata sottoposta, ha troppo spesso finito per risolversi in un avallo degli eccessi e degli abusi giudiziari, e perfino delle violazioni delle garanzie messe in atto da molti magistrati. Soprattutto tra i giovani magistrati -dai tempi in cui io ero in magistratura e i giovani giudici di oggi sono passate almeno due generazioni- si è affermato il mito del pubblico ministero sceriffo, il modello Di Pietro, e poi i vari modelli di giudici protagonisti, quelli che in Spagna chiamano "giudici stella" e "pubblici ministeri stella"...

Anche lei li ha chiamati "giudici star"...

Pensiamo a De Magistris e a Ingroia, cioè a magistrati che poi, come Di Pietro, sono passati alla politica, dopo aver promosso processi segnati da un'enorme rilevanza politica e talora da un'indebita invadenza nelle sfere di competenza della politica. Penso per esempio al processo sulla cosiddetta trattativa Stato-mafia, nel quale non si capisce quale sia il reato commesso, visto che ovviamente non esiste, nel nostro ordinamento, il reato di trattativa. La figura di reato contestato dalla Procura di Palermo è stata quella di "minaccia a corpo politico": ma è chiaro che una simile contestazione ai mafiosi autori della minaccia non può essere estesa a quanti della minaccia sono stati i destinatari o i tramiti o, peggio, le vittime designate senza ledere il principio di stretta legalità penale e il divieto di analogia in malam partem. Naturalmente possiamo censurare sul piano politico una simile trattativa, sia pure diretta a evitare le stragi minacciate; ma appunto di censura e di responsabilità politica si tratta, ed è un segno di debolezza della politica il fatto che i politici non abbiano avuto la forza di rivendicare le loro responsabilità e

di difendere la separazione dei poteri, che è lesa non solo dalle invadenze della politica nell'attività giudiziaria ma anche dalle invadenze della giurisdizione nelle sfere di competenza della politica. Senza contare lo spettacolo penoso di magistrati che in televisione parlano dei loro processi e perfino discutono con i loro imputati. Queste sono forme di esibizionismo, intollerabili sul piano deontologico, che minano la credibilità della giurisdizione.

Ma torniamo al problema del rapporto tra giurisdizione e politica. Questo problema si risolve soprattutto con una rifondazione della legalità. C'è infatti un solo modo con il quale la politica può subordinare i giudici alla legge che della politica, cioè della volontà del legislatore, è il prodotto: che il legislatore, e perciò la politica, sappia fare il suo mestiere, cioè sappia produrre leggi quanto più possibile chiare e precise, onde siano ridotti quanto più possibile i margini della discrezionalità interpretativa e quindi dell'opinabilità della verità giudiziaria. Aggiungo che per quanto possa sembrare paradossale è proprio questa determinatezza delle figure di reato che vale a fondare, oltre alla soggezione dei giudici alla legge, anche la loro indipendenza: giacché proprio la natura cognitiva della giurisdizione da essa resa possibile esclude ogni condizionamento politico. Nessun consenso o dissenso della maggioranza o della pubblica opinione, infatti, può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. È questo il senso della classica massima "ci sarà pure un giudice a Berlino!": deve pur esserci un giudice che con cognizione di causa sia in grado di assolvere quando tutti e soprattutto quanti hanno potere chiedono la condanna e, inversamente, di condannare quando tutti chiedono l'assoluzione. Ma questo richiede, ripeto, una rifondazione della legalità, soprattutto penale, informata al principio della massima chiarezza e tassatività del linguaggio della legge.

Una rifondazione della legalità... Ma come?

Io propongo da anni l'introduzione nella Costituzione della "riserva di codice" in materia penale, cioè un rafforzamento dell'attuale riserva di legge: tutte le norme in materia di reati, di pene e processi penali dovrebbero essere incluse nel codice, attraverso modifiche o integrazioni del codice medesimo. Solo così si può porre termine all'inflazione delle norme penali che si contano ormai in molte migliaia, sparse nelle leggi più disparate, con la conseguenza della loro incertezza, inconoscibilità e talora contraddittorietà; al punto che una sentenza della Corte costituzionale del 1988 ha dovuto archiviare il classico principio che "l'ignoranza della legge non scusa", affermando -vera dichiarazione di bancarotta della giustizia penale- che l'ignoranza della legge è una scusante allorché è inevitabile. È chiaro che la riserva di codice porrebbe fine a questa deriva, costringendo il legislatore a farsi carico, ogni volta che intende emanare una norma penale, della coerenza e della sistematicità del sistema. Ma rafforzamenti analoghi della legalità potrebbero essere introdotti anche in altre materie, istituendo la figura delle "leggi organiche" disciplinanti interi settori -il lavoro, l'ambiente, la sanità, l'istruzione e simili- nelle quali dovrebbero sempre essere incluse le modifiche o le integrazioni volta a volta introdotte.

C'è poi un secondo principio che occorrerebbe introdurre nella Costituzione o comunque assumere come criterio guida dell'attività legislativa: l'uso nella formulazione delle leggi, soprattutto penali, di un linguaggio quanto più possibile chiaro e preciso. È quello che i penalisti chiamano principio di tassatività o di determinatezza semantica e che oggi è più che mai sistematicamente violato da un vero e proprio dissesto della lingua legale, che si manifesta in articoli di legge lunghi più pagine, con centinaia di commi, formule ambigue e polisense, termini oscuri, rinvii ad altri articoli di legge che a loro volta contengono altri rinvii dando luogo a intricati labirinti e a grovigli normativi che neppure i giudici sono in grado di districare. È chiaro che una simile disfunzione del linguaggio legale riduce la capacità regolativa del diritto, allarga impropriamente la discrezionalità interpretativa e rende il diritto indecifrabile ai comuni cittadini sulle cui libertà pesa come una permanente ipoteca.

Infine, un terzo principio è quello che possiamo chiamare di economia o di necessità. L'attività legislativa dovrebbe limitarsi all'alta legislazione, mediante norme generali e astratte, ed evitare le leggi-provvedimento, cioè le cosiddette leggine. Il ricorso al diritto penale, in particolare, dovrebbe giustificarsi solo come extrema ratio e i reati dovrebbero consistere solo nelle offese più gravi perché lesive di diritti o di interessi pubblici fondamentali. Solo così il diritto penale riacquisterebbe efficienza e capacità di garanzia sia degli accusati che delle parti offese. Circa trent'anni fa coniai, per designare questo modello di diritto penale, l'espressione "diritto penale minimo", poi divenuta di uso comune: solo un diritto penale ridotto alle figure di reato più gravi -a quelli che Francesco Carrara chiamava i "delitti naturali" perché considerati tali anche dai non esperti di diritto- può restituire credibilità al diritto penale, facendone un strumento di tutela che non può essere disturbato né disturbare i cittadini per illeciti bagatelari che ingolfano inutilmente, fino a paralizzarla, la macchina giudiziaria. Ma non è solo l'inflazione e l'elefantiasi legislativa la causa della crisi di efficienza e di garanzia della nostra giustizia. C'è anche un'elefantiasi della giurisdizione, che si manifesta in mandati di cattura lunghi decine di pagine e in sentenze di migliaia di pagine che rendono difficili sia l'appello che, soprattutto, la difesa. Il giudice -non dimentichiamo- non è uno storico né un sociologo. Deve solo accertare i fatti contestati, i quali devono corrispondere alle figure esattamente previste dalla legge.

Lei ha detto che il potere giudiziario è un potere terribile...

L'espressione è di Montesquieu. È un potere terribile perché, più d'ogni altro pubblico potere, è direttamente un potere dell'uomo sull'uomo. Purtroppo questo potere terribile gratifica talvolta i loro titolari, che sono troppo spesso portati a esibirlo e a compiacersene. È una tentazione perversa e un pericolo gravissimo per le nostre libertà. Dobbiamo quindi renderci conto che ci saranno sempre cattivi magistrati, magari onesti e impegnati, ma con il gusto del potere e talora con la supponente convinzione di essere depositari del bene e del giusto contro il male. C'è una bella immagine di Cesare Beccaria: quello che egli chiamò "processo informativo", basato sulla ricerca imparziale del vero, e che contrappose al "processo offensivo" nel quale, egli scrisse, "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'infalibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose". Il rischio sempre immanente nell'attività giudiziaria è il settarismo, la supponenza, il fanatismo, il pregiudizio, l'assenza del dubbio e, per il pubblico ministero, l'idea che il processo sia un'arena nella quale si perde se non si riesce a far condannare l'accusato. È l'atteggiamento e lo stile giudiziario che furono tipici dell'Inquisizione, ma che sempre si ripropongono, soprattutto nei grandi processi dotati di grande risonanza mediatica.

Si è parlato tanto di supplenza della magistratura a un'inerzia della politica. In quale misura, in quale modo e in quali tempi lei la può ritenere accettabile?

Mah, la supplenza non è mai giustificata, perché equivale sempre a una violazione della separazione dei poteri. Ma bisogna intendersi sulle parole: non c'è nessuna supplenza allorquando il giudice, nella latitanza della politica, applica correttamente la legge.

C'è invece supplenza impropria allorquando funzioni che dovrebbero essere riservate alla politica vengono invece svolte, e talora usurpate, dalla giurisdizione. Per dire: che la Corte costituzionale tedesca debba decidere sulle norme del trattato salva-stati è un'assurdità; così come è assurdo, che so, che la Corte costituzionale in Francia sia intervenuta contro la proposta di Hollande di elevare al 75% le tasse per redditi stratosferici (cosa, tra l'altro, assolutamente giusta: da noi è assurdo che uno stipendio di 3.500 o 4.000 euro al mese, che certo è un buono stipendio, abbia la stessa aliquota fiscale di quello di Marchionne, di cento volte più alto; non dimentichiamo che negli Stati Uniti Roosevelt introdusse un'aliquota di imposta del 94% per i redditi più alti e che aliquote altissime, fino al 70%, si sono mantenute fino alla presidenza Johnson).

Altre volte ci troviamo di fronte a scorrettezze anche gravi -pensiamo, per esempio, alle penose telefonate del ministro della giustizia Cancellieri ai parenti di un'imputata- che tuttavia non costituiscono reato. Occorre recuperare la distinzione, oggi offuscata, tra responsabilità morale, responsabilità politica e responsabilità penale. La responsabilità penale va fatta valere solo per la commissione di reati. Ma da essa deve nettamente distinguersi la responsabilità politica, che può e talora deve essere fatta valere anche in caso di assoluzione. Giacché l'assoluzione è dovuta se la colpevolezza non è provata, secondo una classica massima, "al di là di ogni ragionevole dubbio". Ciò vuol dire che basta anche solo un dubbio per giustificare l'assoluzione penale. Prendiamo il caso Scajola. Io non so esattamente come sia andato il processo, ma è chiaro che, se non è emersa in giudizio la prova che Scajola era a conoscenza del pagamento per suo conto da parte di altri del famoso appartamento con vista sul Colosseo, i giudici l'hanno giustamente assolto. Intendo dire che la mancanza di prove di colpevolezza validamente assunte nel giudizio penale non esclude affatto, fuori dal processo, la credibilità della condotta addebitata-gli e il suo carattere moralmente e politicamente deplorabile. E per escludere, nell'interesse pubblico, una persona da cariche pubbliche basta il ragionevole dubbio opposto: che l'ipotesi accusatoria sia fondata. L'assoluzione penale, perciò, non deve comportare automaticamente l'assoluzione politica. Uno degli aspetti della crisi italiana è che è stata appiattita la responsabilità politica sulla responsabilità penale, la quale viceversa è molto più ristretta, richiedendo di essere accertata sulla base di rigide garanzie.

Quando ha detto della possibilità di sollevare l'eccezione di incostituzionalità in via d'ufficio, mi è venuta in mente anche la sua proposta del procuratore della difesa...

Sì, in molte costituzioni latino-americane c'è il pubblico ministero di difesa, che è un'istituzione di enorme valore. Il cittadino può scegliere se farsi difendere da un difensore di fiducia o da un pubblico ministero di difesa. Si è giustamente ritenuto che, essendo il diritto di difesa un diritto fondamentale, lo Stato che trascina in giudizio un cittadino deve anche garantirgli una difesa pubblica, perché non tutti sono in grado di pagare costosi difensori. È un istituto che fu teorizzato e proposto dalla migliore tradizione illuminista e garantista: da Gaetano Filangieri, da Jeremy Bentham e da Francesco Carrara. Ed è un ufficio che funziona ottimamente, giacché si tratta di magistrati che hanno fatto della deontologia della difesa la loro deontologia professionale. Tant'è che molti, pur non essendo poveri, preferiscono affidarsi al pubblico ministero della difesa.

(a cura di Giorgio Calderoni e Gianni Saporetti)