

APPUNTI PER UNA STORIA DI MAGISTRATURA DEMOCRATICA*

di Livio Pepino

1. Magistratura e politica nella storia d'Italia: una lunga vicenda di subalternità

1.1. Era il 4 luglio 1964 quando, nell'aula magna del collegio Irnerio di Bologna, 27 magistrati sottoscrissero la mozione costitutiva di Magistratura democratica¹. Di essi, pochi probabilmente prevedevano

* Il testo è tratto dal n. 1/2002 di *Questione giustizia*.

Ripetute e rumorose *esternazioni* del presidente del Consiglio e del suo *entourage* dipingono Magistratura democratica (Md) come una sorta di «organismo di condizionamento della magistratura, manovrato dai "comunisti" per inquinare il confronto politico e ribaltare l'esito elettorale». Il falso è grossolano (come sa chiunque abbia seguito, anche superficialmente, la storia italiana del dopoguerra), ma la sua ossessiva ripetizione finisce per attribuirgli l'apparenza della verità: ed è questa, del resto, la ragione per cui viene praticato. Opporre alle (non disinteressate) fantasie diffamatorie i fatti – dando spesso la parola ai loro attori - è lo scopo di questo obiettivo (che riproduce, con lievi modifiche, l'introduzione al volume *L'eresia di Magistratura democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, a cura di L. Pepino, Angeli, Milano, 2001). Chi ha interesse a conoscere vi troverà lo sviluppo di una vicenda ben più ambiziosa di quella *caricaturalmente* descritta dall'on. Berlusconi e dai suoi consiglieri: una vicenda che ha a che fare (non con contingenti scontri di potere ma) con la struttura dello Stato di diritto e con la democrazia e che ha avuto notevole peso nella storia istituzionale del nostro Paese, essendo riconosciuto anche dagli osservatori più critici che le posizioni di Md «hanno influenzato il dibattito intorno alla magistratura come quelle di nessun altro gruppo di magistrati» (così V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 1998, p. 772). Su questa vicenda molti ormai sono i contributi di ricostruzione e di riflessione critica. Di essi si darà conto nelle note che seguono, ma è opportuno richiamare sin d'ora le due opere storiche specificamente dedicate alla storia di Md: S. Pappalardo, *Gli iconoclasti (Magistratura democratica nel quadro della Associazione nazionale magistrati)*, Angeli, Milano, 1987 e G. Palombarini, *Giudici a sinistra. I 36 anni della storia di Magistratura democratica: una proposta per una nuova politica per la giustizia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000.

¹ Il testo della mozione con l'indicazione dei firmatari, pubblicato su *La Magistratura*, n. 9-10, settembre-ottobre 1964, è stato riproposto in *Md. Notiziario di Magistratura democratica*, n. 1 (nuova serie), giugno 1992, p. 25 ss. Tra i firmatari della mo-

gli sviluppi che, nel giro di pochi anni, avrebbe avuto la loro iniziativa, ma tutti conoscevano bene la situazione dell'apparato giudiziario, caratterizzata dalla saldatura (solo apparentemente paradossale) di un elevato tasso di *politicità* con il dogma della *apoliticità* di giudici e giurisdizione. La coesistenza degli opposti che, negli anni '60, costituiva la condizione *naturale* della magistratura e la garanzia del suo raccordo con il sistema politico (e che molti oggi vorrebbero ripristinare), era, in realtà, l'approdo di una lunga storia della quale l'elevata politicizzazione di giudici e pubblici ministeri è stata una costante. Senza partire di qui è impossibile comprendere la nascita e la successiva vicenda di Magistratura democratica².

1.2. All'inizio - negli anni successivi all'unificazione e sino alla fine del secolo - la magistratura (gli *alti gradi* e, grazie alla struttura gerarchica³, l'intero corpo) era un'articolazione della classe politica *tout court*. La maggior parte degli alti magistrati era di nomina governativa⁴ (spesso di estrazione direttamente politica, che, per molti ma-

zione figurano diversi padri storici del gruppo (Luigi De Marco, Dino Greco, Federico Governatori, Gabriele Cerminara) ma non tutti. Sono assenti, tra gli altri, Marco Ramat e Giuseppe Borrè. La ragione è semplice, come spiegherà anni dopo Ramat: Md nasce nel solco dell'Associazione nazionale magistrati e, all'inizio, i "cani sciolti" non ne sono coinvolti. Subito, peraltro, i più attenti colgono che Md è qualcosa di più e di diverso da una semplice *costola* dell'Anm [Ramat, per esempio, commenta con favore la nascita di Md già in un articolo su *Il Mondo* del 29 settembre 1964 (*Il magistrato democratico*) ed accetta poi di candidarsi per il gruppo nelle elezioni associative di fine anno].

² Cfr. L. Ferrajoli, *Per una storia delle idee di Md*, in N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Angeli, Milano, 1994, p. 56: «per comprendere a fondo cosa ha significato Md nella storia della magistratura italiana e per misurare la portata politico-istituzionale, lo spessore culturale e le linee ideali del suo percorso nei ventotto anni della sua storia, è indispensabile ricordare cos'era la magistratura nell'Italia degli anni sessanta».

³ Secondo l'art.61 del regolamento generale giudiziario del 1865 «i soli primi presidenti e procuratori generali corrispondono per regola ordinaria col ministro della Giustizia e con gli altri capi di dicastero. Tutti gli altri funzionari giudiziari corrispondono col rispettivo superiore immediato, osservate le norme di gerarchia».

⁴ Secondo l'ordinamento giudiziario dello Stato unitario le nomine dei magistrati spettavano al ministro della Giustizia che poteva nominare non solo magistrati di gradi inferiori ma anche esterni all'ordine giudiziario (in particolare avvocati e professori universitari). Solo nel 1890, con la riforma Zanardelli, tale possibilità fu ridotta (ma non eliminata). Sino ai primi anni del '900 i ministri della Giustizia fecero ampio uso del potere di nomina di esterni (cfr. C. Guarnieri, *La Corte di cassazione*, in *Storia*

giurati nominati tra il 1862 e il 1866, coincideva con la partecipazione alle lotte del Risorgimento) e frequenti erano i passaggi dall'ordine giudiziario al Parlamento e al Governo, tanto che, fra il 1861 e il 1900, metà dei ministri della giustizia (17 su 34) e dei relativi sottosegretari (11 su 21) proveniva dai ranghi della magistratura⁵. L'interscambio soggettivo tra ordine giudiziario ed organi politici si attenuò sensibilmente nei primi anni del '900⁶, ma non venne meno il legame tra magistratura e potere politico, assicurato in modo stringente dai poteri di nomina del ministro e dalla delega al controllo del corpo giudiziario alla Corte di cassazione (sia come giudice di legittimità che come corpo di appartenenza dei capi degli uffici). Ne seguì, coerentemente, una politica della magistratura «non solo convergente con la volontà del potere esecutivo, ma talvolta autonomamente interessata verso un'azione di difesa degli interessi delle classi borghesi, fatti coincidere con quelli dello Stato»⁷.

1.3. I cambiamenti politico istituzionali del fascismo lasciarono sostanzialmente indenni l'assetto della magistratura e lo *status* dei magistrati⁸: non vi furono immissioni di personale esterno e l'ordinamento giudiziario del 1923 si limitò a rafforzare i poteri degli alti gradi ai quali restò affidata la garanzia del collegamento fra giustizia e politica⁹. Ciò fu sufficiente, nonostante una diffusa retorica in

d'Italia, Annali 14, cit., 1998, pp. 796-797).

⁵ C. Guarnieri, *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 84-85.

⁶ In tale epoca viene segnalata un'unica nomina di un *esterno* in Cassazione: quella, avvenuta nel 1902, di Ludovico Mortara, che fu anche il solo magistrato divenuto ministro negli anni che precedettero il fascismo (mentre rimasero numerose le nomine di magistrati a sottosegretari): cfr. C. Guarnieri, *Magistratura e politica*, p. 111, nota 33.

⁷ Così G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Laterza, Bari, 1973, p. 333. Per una analisi degli orientamenti della magistratura all'epoca cfr., oltre a G. Neppi Modona, *op. cit.*, L. Violante *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale. Stati d'assedio e giustizia militare*, in *Rivista di storia contemporanea*, 1976, V, p. 513 ss. e A. Aquarone, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, Il Mulino, Bologna, 1987.

⁸ Cfr. per tutti (il giudizio degli storici è pacifico sul punto) G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Einaudi, Torino, 1973; A. Pignatelli, *I controlli politici sul giudice dalla Stato liberale al regime fascista*, in *Politica del diritto*, 1975, 1, p. 103; A. Giuliani - N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 130 ss.

⁹ Così C. Guarnieri, *La Corte di cassazione*, cit., pp. 800-801.

contrario¹⁰, a determinare il pieno allineamento dei magistrati al regime. Come è stato osservato, «la magistratura, perseguendo una via per cui si era già da tempo istradata, intensificò sempre più il suo conformismo; cercò cioè di interpretare sempre meglio non la legge ma lo spirito del sistema politico, l'indirizzo desiderato dal Governo»¹¹; a dimostrazione del fatto che «istituzioni e apparati che sembrano adattarsi altrettanto bene a regimi politici tanto diversi rispetto ai valori della democrazia sono istituzioni e apparati pericolosi, che non offrono alcuna garanzia democratica, mentre ne offrono molte all'autoritarismo e al fascismo, coi quali più intimamente consonano»¹². Interessante notare che, per la prima volta nel nostro sistema, l'allineamento della magistratura al regime ebbe tra i suoi pilastri l'affermata *apoliticità* di giudici e giurisdizione: «la magistratura - proclamò solennemente in Parlamento il guardasigilli Alfredo Rocco il 19 giugno 1925 - non deve far politica di nessun genere. Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista»¹³.

1.4. Per l'organizzazione giudiziaria, come per gli apparati burocratici, il passaggio dal fascismo al sistema democratico avvenne all'insegna della continuità¹⁴: i segnali normativi e politici di cam-

¹⁰ Cfr. R. Canosa - P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 50.

¹¹ A.C. Jemolo, *La magistratura: considerazioni e proposte*, in *L'ordine giudiziario*, Milano, 1946, pp. 29-30.

¹² Così C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in Aa.vv., *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974, p. 288. «Se la sostanza di questo giudizio viene condivisa - commenta G. Borrè, *Magistratura e costituzione. Dalla continuità al nuovo*, in *Storia e memoria*, 1993, n. 2, p. 7 [ora in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 245] - diventa in buona misura superfluo stabilire se la magistratura, durante il fascismo, sia stata, o no, prona al regime, perché il vero effetto di appoggio a quest'ultimo è derivato non da forme attive di complicità della magistratura, ma proprio dal porsi di essa come adiafora rispetto ai valori in gioco, dal suo conclamato rifiuto della politica, dalla sua retorica della neutralità».

¹³ «Questo - proseguiva il guardasigilli - nella immensa maggioranza dei casi accade. I magistrati politicanti costituiscono una trascurabile eccezione, una insignificante minoranza». Stralci dell'intervento possono leggersi in G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Politica del diritto*, 1972, n. 3-4, p. 568 e in A. Giuliani - N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 131.

¹⁴ Anche questo giudizio è pacifico tra gli studiosi: cfr., per tutti, A. Battaglia, *I giudi-*

biamiento¹⁵ furono subito frustrati dalla mancanza di qualsivoglia rinnovamento *personale*¹⁶ e l'assetto gerarchico e piramidale continuò a segnare il corpo giudiziario. In questo contesto il punto di saldatura tra magistratura e potere politico (pur nel permanere dei tradizionali collegamenti diretti¹⁷) fu sempre più la Corte di cassazione: non solo per la sua funzione tipica di unificazione della giurisprudenza¹⁸, ma soprattutto grazie al potere di selezione dei dirigenti dei più importanti uffici giudiziari (che dovevano necessariamente provenire dalle sue fila¹⁹) ed a meccanismi di incentivazione autoritaria del conformismo

ci e la politica, Laterza, Bari, 1962.

¹⁵ I segnali di cambiamento legislativo si esaurirono nella, pur importante, legge sulle gaurentie (decr. legisl. n. 511/1946). Quanto ai segnali politici va sottolineata la circolare 6 giugno 1944, n. 285 del guardasigilli Arangio Ruiz (confermata da quella n. 194/1945 del suo successore Togliatti) con la quale venne rimosso il divieto per i magistrati di pubblica professione della fede politica e di iscrizione ad associazioni e partiti politici in forza della convinzione che «la partecipazione alla vita politica sia un dovere civico» e che «sarebbe per i funzionari dell'ordine giudiziario un privilegio odioso il contrastare loro l'adempimento di questo dovere, limitando a priori nei loro riguardi l'esercizio dei diritti politici al semplice atto di dare il proprio voto alle elezioni»: cfr. sul punto G. Borrè, *Commento* all'art.98, 3° comma Costituzione, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca, Bologna, 1994, p. 443 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁶ Basti pensare alla sostanziale inesistenza di casi di epurazione di magistrati compromessi con il vecchio regime che, secondo C. Guarnieri (*Magistratura e politica*, cit., p. 86) riguardarono complessivamente 16 magistrati su circa 4000. Sul punto cfr. altresì V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria*, cit., p. 720 e bibliografia citata (partic. nota 14).

¹⁷ A reggere il dicastero della Giustizia nel primo Governo Badoglio furono chiamati due alti magistrati (inizialmente Gaetano Azzariti e, poi, Ettore Casati, primo presidente della Corte di cassazione) e, più tardi, fu guardasigilli Antonio Arata, già senatore (per la Democrazia cristiana) mentre ricopriva la carica di procuratore generale presso la Corte di cassazione e poi di presidente della stessa. È interessante rilevare che la tradizione giungerà sino ai giorni nostri: nel gennaio 1995, con il Governo Dini (seguito alla crisi del Governo Berlusconi) fu chiamato al ministero degli interni il presidente della Corte di cassazione, Brancaccio (e venne nominato guardasigilli un alto magistrato, Filippo Mancuso, da poco collocato a riposo).

¹⁸ L'art.65 dell'ordinamento giudiziario del 1941 attribuiva alla Cassazione il compito di assicurare «l'esatta osservanza della legge». Può essere utile, inoltre, segnalare che le riviste giuridiche pubblicavano in quegli anni - e sino all'irrompere sulla scena, nel 1970, di *Qualegiustizia* - quasi esclusivamente giurisprudenza di legittimità (cfr. E. Bruti Liberati, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, Einaudi, Torino, 1997, p. 143, nota 5).

¹⁹ A ciò concorsero anche alcune innovazioni *democratiche*, come l'attribuzione delle promozioni al nuovo Csm introdotto nel 1946, eletto bensì (seppur in forma indiretta)

dei giudici²⁰. Se si tien conto altresì del carattere fortemente gerarchico dell'organizzazione giudiziaria risulta evidente come l'*influenza* sulla Cassazione garantisse al potere politico il controllo di fatto dell'intera magistratura: e ciò puntualmente accadde con la realizzazione di «un rapporto di stretto collegamento, se non un vero e proprio blocco di potere tra sistema di giustizia e potere politico ed economico», assicurato, oltre che dalla spontanea consonanza di cultura, da «canali istituzionali di collegamento e da rapporti più informali e forse più efficaci»²¹. Così «il periodo che segue la seconda guerra mondiale segn(ò) forse il punto più alto dell'influenza esercitata dai magistrati di cassazione nel sistema giudiziario e nello stesso sistema politico»²². Superfluo dire che furono quelli gli anni dell'impunità anche per i gerarchi fascisti più compromessi²³, dei “processi alla resi-

da tutti i magistrati, ma composto esclusivamente da consiglieri di cassazione...

²⁰ Un esempio *minore*, ma proprio per questo particolarmente significativo del clima di quegli anni in punto rapporti tra magistrati e *Suprema Corte*, può trovarsi nella vicenda dell'aggiunto giudiziario De Fina. Il 28 novembre 1950 il Tribunale di Trento decise una complessa questione di diritto tavolare con una sentenza (estensore l'aggiunto giudiziario Silvio De Fina) difforme dall'indirizzo della Cassazione. La sentenza, ampiamente motivata, venne pubblicata sul *Foro italiano* e non sfuggì a un autorevole presidente di sezione della Corte, Giovanni Brunelli, che inviò alla stessa rivista un lungo articolo in cui ribadiva l'orientamento del giudice di legittimità e non risparmiava rimbrotti e offese all'incauto De Fina. Il giovane aggiunto replicò - sempre sul *Foro italiano* - sviluppando la tesi esposta in sentenza e respingendo, con fermezza e ironia, i rimbrotti presidenziali. A questo punto il Brunelli sbottò: «Un magistrato inferiore, adunque, perde il controllo e l'equilibrio ed allontana i consigli che vari superiori danno sin dall'inizio a lui, collega giovane ed inesperto; sfida imperterrito un magistrato anziano della Cassazione a rispondergli, dopo averlo offeso» (*sic!*). Il seguito fu la condanna disciplinare del De Fina, la cui tesi in diritto - sia detto per inciso - era espressamente condivisa da studiosi come V. Andrioli e A. Scialoia (cfr. *I trionfi della gerarchia*, in *Qualegiustizia*, 1977, n. 38-39, pp. 237 ss.).

²¹ E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 142.

²² Il giudizio è di uno studioso non sospetto di estremismi come C. Guarnieri (*La Corte di cassazione*, cit., pp. 803-904).

²³ Cfr., per tutti, A. Battaglia, *I giudici e la politica*, cit., p. 69 ss. e R. Canosa - P. Federico, *La magistratura in Italia*, cit., p. 132 ss. Scrive G. Borrè, citando C. Pavone: «nella logica della continuità, molto fu perdonato agli uomini della Repubblica di Salò, perché in fondo essi avevano incarnato il 'principio che, legale o non legale, al potere si deve obbedire'» (cfr. *Magistratura e Costituzione. Dalla continuità al nuovo*, cit.). Questa stagione giurisprudenziale e il suo vissuto da parte di giudici e cittadini sono oggetto di uno straordinario e drammatico racconto pubblicato da Italo Calvino su *Rinascita* del febbraio 1948 (oggi in *Ultimo viene il corvo*, Einaudi, Torino, 1969).

stenza”²⁴, della distinzione fra norme costituzionali programmatiche (meri programmi per il legislatore ordinario insuscettibili di applicazione diretta) e norme precettive²⁵, del trionfo del testo unico di pubblica sicurezza come strumento di *governo* delle lotte sociali, etc.

1.5. Con la fine degli anni cinquanta arrivò finalmente la stagione della attuazione costituzionale (è del 1956 l’entrata in funzione della Corte costituzionale e del 1959 quella del Consiglio superiore della magistratura). Le ricadute sul sistema giustizia, peraltro, furono inizialmente limitate, anche perché, ancora nei primi anni ‘60, arrivarono ai più alti *gradi* dell’organizzazione giudiziaria non pochi magistrati di diretta derivazione fascista²⁶. Ma, dopo il tramonto del *collegamento diretto* tra potere politico e magistratura (sempre più inaccettabile per la società e per gli stessi giudici)²⁷, anche il declino della Cassazione, nel suo ruolo di *vertice* dell’ordine giudiziario, era ormai

²⁴ Cfr. P. Calamandrei, *Restaurazione clandestina*, in *Il Ponte*, 1947, p. 966 e A. Battaglia, *I giudici e la politica*, cit., p. 102 ss.

²⁵ «Con tale operazione giurisprudenziale la Cassazione ha anzitutto realizzato una manipolazione ideologica: rimandando l’operatività delle cosiddette norme programmatiche (vale a dire dei più alti principi in tema di libertà) al futuro intervento di specificazione da parte del legislatore ordinario, si accreditava l’idea che esse rappresentassero, di per sé sole, una sorta di ‘libro dei sogni’, e che la legge ordinaria fosse la vera fonte di regolamentazione dei rapporti giuridici, il che equivaleva ad infrangere il primato della Costituzione che è l’essenza stessa del nostro ordinamento» (così G. Borrè, *Magistratura e Costituzione*, cit.). Sulla *sterilizzazione* della Costituzione da parte della Cassazione cfr. l’ormai classico A. Battaglia, *I giudici e la politica*, cit., p. 124 ss.

²⁶ Tra l’ottobre 1959 e il marzo 1962 fu presidente della Corte di cassazione (e poi giudice costituzionale) Luigi Oggioni, già procuratore generale della Repubblica di Salò, e dal 1957 al 1961 fu presidente della Corte costituzionale Gaetano Azzariti, già presidente del Tribunale della razza (e poi ministro - come ricordato - nel primo Governo Badoglio): cfr. sul punto E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., pp. 141-142, nota 4.

²⁷ Continuarono, in quegli anni, a sedere in Parlamento, nei partiti di centro, magistrati autorevoli ed ascoltati, da Oscar Luigi Scalfaro a Brunetto Bucciarelli Ducci e Aldo Bozzi, ma si trattò di un fenomeno ormai diverso, in qualche modo anticipatore di quello attuale. Oggi la presenza di parlamentari di provenienza *giudiziaria* caratterizza tutti gli schieramenti politici (cfr. E. Paciotti, *Sui magistrati. La questione della giustizia in Italia*, Laterza, Bari, 1999, pp. 86-87) e in questo pluralismo sta una delle differenze rispetto alla situazione precedente (che, fra il 1848 e il 1947, ha visto circa l’8% dei senatori provenire dalla magistratura ordinaria: così C. Guarnieri, *La Corte di cassazione*, cit., p. 796, n. 10).

nell'aria²⁸. Con l'entrata in funzione della Corte costituzionale, la Cassazione perse «la più importante funzione di nomofilachia, cioè quella che attiene alla legittimità costituzionale delle leggi»²⁹, e la connessa influenza culturale sui giudici (proiettati, dalla possibilità di denunciare l'incostituzionalità delle norme, in un rapporto del tutto nuovo con la legge)³⁰; con l'avvento del Consiglio superiore il giudice di legittimità tornò ad essere tale, perdendo (poco a poco) il ruolo *di vertice* rivestito negli anni precedenti. Ciò avvenne gradualmente e con fatica, ma le pur aspre resistenze (sia quelle interne alla corporazione³¹ che quelle del sistema politico³²) furono colpi di coda a fronte di un esito ineluttabile. A presidio della omogeneità tra magistratura e sistema di potere politico rimase l'organizzazione burocratica della carriera che, unitamente alla formazione dei magistrati e alla cultura propria del ruolo, produsse una «spontanea e naturale sintonia rispetto al governo in carica»³³: la destinazione degli uditori era decisa d'autorità; i due anni successivi erano una sorta di prova, destinata a concludersi con un nuovo esame (alla cui preparazione mal si addicevano sedi o incarichi impegnativi); per le successive nomine - più esattamente, *promozioni* - a magistrato di tribunale e a consigliere d'appello erano decisivi i pareri dei capi e l'esame dei provvedimenti redatti; la progressione economica non era automatica e lo stipendio dei magistrati era collegato alle funzioni effettivamente svolte (di tribunale, di appello o di cassazione), il cui conferimento, ancora una

²⁸ Cfr. C. Guarnieri, *La Corte di cassazione*, cit., p. 808 ss.

²⁹ Così S. Senese, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, in *Democrazia e diritto*, 1968, n. 4-5, p. 38.

³⁰ G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, in N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Angeli, Milano, 1994, p. 41 e ora in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 231.

³¹ Il riferimento è, sul piano istituzionale, alle ripetute resistenze e *ribellioni* della Cassazione di fronte ad alcune decisioni della Corte costituzionale e, sul piano associativo, alla secessione dei magistrati di Cassazione dalla Associazione nazionale magistrati con successiva fondazione, il 7 gennaio 1961, dell'Unione magistrati italiani (Umi), per «difendere le prerogative della Cassazione». Su questi due profili cfr., rispettivamente, C. Guarnieri, *La Corte di cassazione*, cit., p. 808 ss. e E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 155 ss.

³² A lungo i sistemi elettorali del Csm continuarono a privilegiare la Cassazione: cfr. E. Bruti Liberati - L. Pepino, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 28 ss.

³³ Così E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 142.

volta, dipendeva in parte significativa dai pareri dei dirigenti e dai provvedimenti³⁴. La regola aurea di ogni “buon magistrato” era, dunque, quella di non porsi in contrasto con il *capo* e di non attardarsi in uffici o funzioni alieni da provvedimenti brillanti³⁵.... Per i refrattari e gli *indisciplinati* - accade anche nelle situazioni più bloccate che vi sia qualche spirito libero - soccorreva il procedimento disciplinare (fondato sulla lesione del “prestigio” della magistratura e privo di qualsivoglia tipizzazione degli illeciti)³⁶. Ciò bastò ad assicurare, fino a tutti gli anni sessanta e con eccezioni limitatissime, una politica della magistratura di segno conservatore quando non apertamente reazionario. Repressione dura dei reati di opinione³⁷, assenza di ogni controllo sulla correttezza dell’agire amministrativo e sulle condizioni di sicurezza nei luoghi di lavoro³⁸, rimesse dei procedimenti “per gravi motivi di ordine pubblico o per legittimo sospetto”³⁹, avocazio-

³⁴ Un affresco di grande efficacia, e con punte di grottesco, sull’esperienza di un uditore negli anni ‘60 in una sede come Milano (con un affidatario dichiaratamente fascista, infastidito dalla eccessiva moderazione de *Il Borghese*, e con le *morbide* pressioni, accompagnate da the e pasticcini, dell’allora procuratore della Repubblica Carmelo Spagnuolo) può leggersi in R. Canosa, *Storia di un pretore*, Einaudi, Torino, 1978, p.10 ss.

³⁵ La situazione è stata efficacemente descritta da F. Cordero nei seguenti termini: «Influisce su tale sintonia (con il sistema di potere politico ed economico, *ndr*) il fatto che ogni magistrato in qualche modo dipendesse dal potere esecutivo quanto a carriera; i selettori erano alti magistrati col piede nella sfera ministeriale; tale struttura a piramide orientava il codice genetico; l’*imprinting* escludeva scelte, gesti, gusti ripugnanti alla *bienséance* filogovernativa; ed essendo una sciagura l’essere discriminati, come in ogni carriera burocratica, regnava l’impulso mimetico» (*I poteri del magistrato, L’indice penale*, 1986, I, p. 31). Sul punto cfr. ampiamente E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., pp. 162 ss.

³⁶ Sul disciplinare in quegli anni vds. il fascicolo monografico di *Qualegiustizia* n. 38-39 del 1977.

³⁷ Cfr. E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 145 ss.

³⁸ Il procuratore generale della Cassazione, Guarnera, nel discorso di apertura dell’anno giudiziario 1973 giunse ad affermare che «gli infortuni sul lavoro sono una fatalità». Sul punto e per un vivace ritratto di Guarnera e del suo ruolo in quegli anni nella magistratura (sia sul versante associativo che su quello istituzionale) cfr. M. Ramat, *Md e il ‘68*, in *Gli “spiccioli” di Md*, cit., p. 339.

³⁹ I trasferimenti di procedimenti ad altra sede con tale motivazione, già in auge durante il fascismo (basti ricordare il processo per il delitto Matteotti trasferito, nel 1926, dalla Corte di assise di Roma a quella di Chieti) e nel dopoguerra, ebbero negli anni sessanta il periodo di massimo fulgore: ne beneficiarono i “frati di Mazzarino” (imputati di gravi estorsioni e financo di omicidi) e gli imputati per il disastro del Vajont del 1963 (con 1899 morti), i massimi dirigenti Fiat imputati per le “schede

ni⁴⁰, disinvolute attrazioni di competenza per connessione⁴¹ furono alcuni tra gli strumenti più noti di tale politica. A questa situazione offrì un supporto culturale decisivo il dogma (già utilizzato, come si è detto, dal fascismo) della *neutralità* e *apoliticità* dei giudici, obbligato per far apparire necessitati e naturali atteggiamenti e opzioni altrimenti inaccettabili. Come tutti i dogmi l'apoliticità non ammetteva dubbi e si nutriva di ripetizioni ossessive e di adesioni incondizionate e spesso sincere⁴²; ma ciò non bastava (e non basta) a eliminarne il carattere mistificatorio e del tutto svincolato dalla realtà⁴³.

dei dipendenti” e gli autori della strage di piazza Fontana e molti altri ancora [cfr., sul punto, L. Pepino, *Rilevanza della prova e gestione della connessione nei processi separati* (Note a margine della vicenda giudiziaria della loggia P2), in questa Rivista, 1982, p.769-770 e E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 143-144].

⁴⁰ Tra gli innumerevoli casi merita qui ricordare quello del procedimento per la morte misteriosa del colonnello del Sid in pensione Renzo Rocca avvenuta, a Roma il 27 giugno 1968, avvocato dal procuratore generale Guarnera dopo ripetuti (e infruttuosi) tentativi di ottenere dal sostituto preposto alle indagini, Ottorino Pesce, il consenso all'intervento nell'istruttoria di ufficiali del Sid [cfr., per una completa ricostruzione della vicenda, G. Viglietta, *Il “caso Rocca”*, in M. Ramat (a cura di), *Storia di un magistrato*, Manifestolibri, Roma, 1986, p. 57 ss.].

⁴¹ Il caso più noto è forse quello dell'attrazione a Roma, per connessione con il procedimento relativo al cd “golpe Borghese”, di tutti i procedimenti per le “trame nere” pendenti avanti ai giudici istruttori di Padova e Torino (Cass. 30 dicembre 1974, imp. Orlandini ed altri, in *Giust. pen.*, 1975, III, 263).

⁴² A convalidare e rafforzare l'autopercezione di apoliticità del proprio ruolo tra i magistrati aveva contribuito il referendum promosso sul punto dall'Associazione nazionale magistrati nel 1946, all'indomani della liberazione. Il referendum non riguardava solo l'ambito associativo ma anche quello professionale ed ebbe un esito quasi plebiscitario in favore dell'incompatibilità tra funzioni di magistrato e iscrizione ad un partito politico: nel senso dell'incompatibilità si pronunciarono 1.318 magistrati; contro 180 (cfr. *La Magistratura*, 1946, n.12, p. 15). Sul punto vds. S. Senese, *Relazione in Atti del seminario su La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 11-12 e G. Borrè, *Commento all'art.98 comma 3 Costituzione*, cit., 1994, p. 444, nota 7. È interessante notare il contrasto tra l'orientamento dei magistrati e quello delle forze politiche, almeno a giudicare dal tenore della già ricordata circolare 6 giugno 1944 n. 285 del guardasigilli Arangio Ruiz.

⁴³ Il dogma della apoliticità di giudici e giurisdizione è stato il collante dei gruppi conservatori della magistratura, in particolare dell'Umi e di Magistratura indipendente, i cui leader, peraltro, si sono spesso distinti per atteggiamenti, anche espliciti, del tutto contrastanti con i principi affermati. Bastino due esempi. Luigi Colli è stato un magistrato di notevole rilievo nella storia giudiziaria del nostro Paese. Leader di primo piano dell'Umi, fu procuratore generale a Torino e poi procuratore generale presso la Corte di cassazione. Negli anni '60-'70 fu, sulle colonne de *Il Globo*, intransi-

1.6. All'esito del percorso descritto, negli anni sessanta la magistratura «era dunque nella sostanza un corpo burocratico chiuso, cementato da una rigida ideologia di ceto: un "corpo separato" dello Stato, come allora si diceva, collocato culturalmente, ideologicamente e socialmente nell'orbita del potere, che veniva avvertito come ostile dalle classi sociali subalterne ed avvertiva esso stesso queste medesime classi come ostili»⁴⁴. Non mancavano, certo, i magistrati progressisti, ed erano talora personaggi di prestigio⁴⁵; ma la loro presenza non bastava ad intaccare il sistema.

2. Magistratura democratica e la rottura dei miti

2.1. *Contro* questa magistratura e contro il contesto istituzionale di cui era espressione nacquero *gli iconoclasti*⁴⁶. «Una delle cose più importanti nella produzione culturale di Md - scriverà anni dopo G.

gente censore della *politicizzazione* della magistratura. La sua *apoliticità*, che non gli aveva impedito già nel 1946 di presentare al congresso nazionale del Partito liberale una relazione sull'autogoverno della magistratura, sarà illustrata anni dopo, in una intervista a Gabriele Invernizzi pubblicata su *L'Espresso* del 24 ottobre 1971, nei seguenti termini: «Ah, vedo bene che lei ha capito, si è accorto che io sono un politico. E in effetti Calamari (*procuratore generale di Firenze, ndr*) ha fatto tanto chiasso su Sofri e gente come lui, ma alla fine Sofri in galera ce l'ho messo io. Perché vede, in realtà non si tratta mai di leggi ma di rapporti di forza». Antonio Buono, esponente di rilievo della corrente di Magistratura indipendente, fu negli anni '60 e '70 collaboratore de *Il Giornale* e *Il Borghese*. Il suo nome, insieme a quello di altri 17 magistrati, venne rinvenuto negli elenchi degli iscritti alla loggia P2 sequestrati il 17 marzo 1981 nell'ufficio di Licio Gelli a Castiglion Fibocchi: per questo fu sottoposto a procedimento disciplinare, conclusosi con sentenza di non doversi procedere per intervenuto collocamento a riposo.

⁴⁴ Così L. Ferrajoli, *Per una storia delle idee di Md*, cit., p. 57.

⁴⁵ Il riferimento è a magistrati come i fratelli Alessandro e Carlo Galante Garrone, Domenico Peretti Griva e, in tempi più recenti, Mario Berutti (che fu anche, per un breve periodo, presidente dell'Associazione nazionale magistrati), Mario Franceschelli, Salvatore Giallombardo.

⁴⁶ *Gli iconoclasti (Magistratura democratica nel quadro della Associazione nazionale magistrati)* è, non casualmente, il titolo della – già ricordata – prima storia di Md (dall'origine al 1986) scritto da S. Pappalardo per i tipi della Franco Angeli (Milano, 1987). Altrettanto esplicito il titolo (*Giudici contro. Le schedature dei servizi segreti*) scelto da Gianni Cipriani per una ricostruzione di alcuni aspetti della vicenda di Md pubblicata nel 1994 da Editori Riuniti, Roma.

Borrè - una delle tracce più profonde che essa ha lasciato, (è) stata la demistificazione. La rottura di miti antichi, autorevoli, mai posti in dubbio. (...) Occorreva consumare uno scisma entro la cittadella della giurisdizione»⁴⁷.

2.2. In verità, nella prima fase di vita del gruppo (tra il 1964 e il 1969), l'obiettivo non fu tanto la "demistificazione" quanto «la democratizzazione dell'esercizio della funzione giudiziaria, affinché la sovranità popolare sia posta sempre in grado di esercitare il suo controllo e affinché si impedisca al magistrato di essere e di sentirsi avulso dal corpo sociale, chiuso nella torre eburnea di un esclusivo tecnicismo, o, peggio ancora, posto al di sopra del corpo sociale stesso, quale facente parte di una casta depositaria di un potere a se stante»⁴⁸: obiettivo apparentemente modesto ma in grado di aprire prospettive del tutto nuove⁴⁹. E smuovere antiche e acritiche certezze era, per ciò solo, eresia⁵⁰, come avvertì subito l'*establishment* della magistratura⁵¹.

⁴⁷ G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, cit. Tale esigenza era sottolineata con grande lucidità da M. Ramat in uno degli editoriali del n. 1 (1971) di *Quale giustizia*, significativamente intitolato, con riferimento alla Costituzione, *Un solo padrone*: «Ci torna in mente questo bellissimo e amaro ritratto fatto da A. France: 'Ho conosciuto un giudice austero. Si chiamava Thomas de Maulon ed apparteneva alla piccola nobiltà provinciale. Era entrato volontariamente nella magistratura sotto il settennato del maresciallo McMahon nella speranza di rendere un giorno la giustizia in nome del Re. Aveva dei principi che poteva credere irremovibili, non avendoli mai mossi. Quando si muove un principio, si trova sempre qualcosa sotto, e ci si accorge che non era un principio. Thomas de Maulon teneva accuratamente al riparo della sua curiosità i propri principi religiosi e sociali'. Ecco perché abbiamo dichiarato 'eretica' questa rivista. Il significato etimologico di eresia è 'ricerca', 'scelta'. Ma per cercare e per scegliere è necessario lo stimolo della curiosità, il coraggio di essere curiosi. 'Aveva dei principi che poteva credere irremovibili, non avendoli mai mossi': a quanti uomini, a quanti magistrati si può attribuire questo stato d'animo?».

⁴⁸ Così uno dei passaggi centrali della mozione costitutiva, che può leggersi in *Md. Notiziario di Magistratura democratica*, n. 1 (nuova serie), giugno 1992, p. 25..

⁴⁹ Il rilievo è di M. Ramat (*Il magistrato democratico*, cit.) che sottolinea questa «atmosfera del tutto nuova di coerenza costituzionale» in un documento all'apparenza privo di novità dirimpenti.

⁵⁰ Che così fosse è dimostrato in maniera scolastica dalla vicenda disciplinare, conclusasi pochi anni prima, di Dante Troisi, giudice a Cassino e scrittore di talento, autore di un racconto lungo, *Diario di un giudice*, pubblicato nel 1955 da Einaudi e considerato unanimemente dalla critica un "avvenimento" letterario. Il libro, di trasparente ispirazione autobiografica, descriveva con dolente e accorata crudezza giustizia e giudici e suscitò l'ammirazione di Piero Calamandrei che dedicò al suo autore il com-

2.3. Ma, sul finire degli anni '60, la situazione esplose, e in modo dirompente. La miccia fu l'approvazione da parte dell'assemblea nazionale di Md, il 30 novembre 1969 a Bologna, del cd "ordine del giorno Tolin", cioè di un documento di critica degli orientamenti di polizia e magistratura nei confronti della stampa, che avevano indotto alcune tipografie milanesi e romane a rifiutare, per timore di processi penali, la stampa di documenti, tra gli altri, della Associazione giuristi democratici e dei Giovani liberali (e in cui il nome di Francesco Tolin, direttore responsabile di *Potere Operaio* arrestato qualche giorno prima su ordine della Procura della Repubblica di Roma e processato per direttissima, non era neppure citato)⁵². Il documento, esplicito e

mento: «se il conformismo l'avesse già vinto, se l'attesa della promozione avesse già fatto tacere nel suo cuore le invocazioni e le invettive degli umili sacrificati, queste pagine non sarebbero state scritte». Ma l'istituzione reagì con un procedimento disciplinare conclusosi, inutile dirlo, con l'applicazione a Troisi della sanzione della censura essendo «impossibile negare - così la sentenza 22 novembre 1957 della Corte disciplinare di Roma - che la rappresentazione dei giudici come avidi di carriera, privi di responsabilità, infastiditi di dover giudicare per uno stipendio non soddisfacente produca nel lettore un senso di sfiducia nell'ordine giudiziario» (La vicenda disciplinare di Dante Troisi è ricostruita con ampiezza di documenti in *Un caso esemplare: Dante Troisi*, in *Qualegiustizia*, 1977, n. 38-39, pp. 216 ss.).

⁵¹ Significativa della reazione di tali ambienti fu la pubblicazione e diffusione tra i magistrati, subito dopo la costituzione di Md, di un libello anonimo dall'inequivoco titolo *Compagno giudice*. «Pare - scrive M. Ramat (*La nascita di Md*, in *Gli "spiccioli" di Magistratura democratica*, appendice a Aa.vv., *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, Angeli, Milano, 1988, p. 317) -, ma è un 'pare' assai poco dubitativo, che fosse stampato per i tipi de *Il Borghese*, e che ne fosse autore Antonio Buono, già da allora esponente di Magistratura indipendente, e della parte peggiore. L'accusa del libello è ovvia: Magistratura democratica era comunista dalla testa ai piedi, e quindi sovversiva».

⁵² Questo il testo del documento: «Md, di fronte ai ripetuti recenti casi che hanno messo in pericolo in vario modo la libertà costituzionale di manifestazione del pensiero ed hanno provocato allarme ed apprensione nell'opinione pubblica e nella stampa, la quale ultima ha giustamente rilevato che i provvedimenti adottati hanno creato un clima di intimidazione particolarmente pesante verso determinati settori politici ai quali sono perciò negate quelle libertà, esprime la propria profonda preoccupazione rispetto a quello che non può apparire che come un disegno sistematico operante con vari strumenti e a vari livelli, teso a impedire a taluni la libertà di opinione, e come grave sintomo di arretramento della società civile; chiede che i poteri dello Stato, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, si impegnino con decisione per rimuovere le origini di tale fenomeno, mediante riforme legislative (abolizione dei reati politici di opinione) e cambiamento di indirizzo dell'azione svolta, con particolare riguardo

netto, era contenuto nei toni, e non si trattava della prima (né della più eclatante) *interferenza* di magistrati su processi in corso⁵³. Tuttavia, per una pluralità di motivi⁵⁴, le reazioni furono particolarmente violente: ne seguì l'unica scissione subita da Md (se ne andarono, infatti, le componenti più moderate del *compromesso* realizzato cinque anni prima) ed emerse nell'Anm un clima di insofferenza senza precedenti⁵⁵. A ben guardare, la ragione della scissione fu proprio il discriminare

all'attività di vigilanza della pubblica sicurezza sull'esercizio delle tipografie; chiede che l'Associazione nazionale magistrati indichi, nel più breve tempo possibile, un convegno nazionale per dibattere i temi di questo ordine del giorno».

⁵³ Tra le precedenti interferenze possono ricordarsi, nella primavera del 1966, la decisa presa di posizione del presidente dell'Anm, Mario Berruti, contro «gli eccessi... inquisitori di un sostituto procuratore che aveva approfittato delle particolari indagini anamnestiche sulle persone e sulla personalità degli imputati minorenni» nel famoso caso de *La Zanzara* (giornale di un liceo milanese che aveva realizzato un'inchiesta tra gli studenti in materia sessuale) e, nel luglio 1968, l'ordine del giorno approvato dall'assemblea romana di Magistratura democratica e Terzo Potere sul «grave turbamento determinato in vasti strati della magistratura e dell'opinione pubblica dal recente provvedimento di avocazione dell'istruttoria relativa alla morte del col. Rocca». Sulle due vicende cfr., rispettivamente, M. Ramat, *Md e il '68*, in *Gli "spiccioli" di Md*, cit., p. 340 e F. Marrone, *La "sezione romana" di Ottorino Pesce*, in M. Ramat (a cura di), *Storia di un magistrato*, cit., p. 35.

⁵⁴ Le ragioni apparenti furono l'esibizione del documento da parte dei difensori di Tolin nel dibattito in corso e le polemiche che ne seguirono (con le dimissioni dall'Anm del pubblico ministero Occorsio), ma la ragione reale fu il clima politico dell'epoca, sempre più teso e caratterizzato da una diffusa caccia alle streghe nei confronti dei "sovversivi".

⁵⁵ «Nella riunione del Comitato centrale associativo, il 21 dicembre, fummo presi metaforicamente a sassate. Dimissionaria la giunta, ordini del giorno contro di noi approvati dalla maggioranza, con astensione da parte dei nostri ex. Margadonna (*leader della corrente di Terzo potere, ndr*) tuonava discorsi da piazza Venezia. Ne uscì una giunta provvisoria di salute pubblica di Terzo potere che sostituì la precedente di centro sinistra Tp-Md, per preparare nuove elezioni. Ne uscì Mario Barone (*sino ad allora presidente della giunta, ndr*), travolto dai suoi, piangente alla conclusione, in tarda serata. Noi tre, Md superstiti, De Marco, Petrella ed io ribadimmo la nostra ferma posizione. Fummo molto confortati, interiormente e nella nostra oratoria, da un volantino del Movimento sociale italiano, che non ricordo come avevamo con noi nella contingenza. Il volantino diceva che i mandanti morali della *strage anarchica* eravamo proprio noi, i sedicenti magistrati democratici. Noi dicemmo, al comitato centrale, che se avessimo avuto un residuo dubbio sulla giustizia della nostra posizione, questo dubbio sarebbe stato, era stato spazzato via da quell'accusa proveniente dal partito neofascista che non avrebbe dovuto avere cittadinanza nella nostra democrazia» [M. Ramat, *Una piccola storia in una grande storia*, in M. Ramat (a cura di), *Storia di un magistrato*, cit., p. 27]. L'insofferenza non ebbe certo termine con il comitato diretti-

se denunciare dall'interno il segno politico dell'attività giudiziaria e rompere così con l'*establishment* (soluzione adombrata dall'interferenza come metodo) ovvero se praticare una sorta di gradualismo⁵⁶. Quella prima rottura ne portò altre: i funerali di Ottorino Pesce⁵⁷, le controinaugurazioni dell'anno giudiziario⁵⁸, la ricerca di un rapporto con le forze di opposizione⁵⁹, la promozione del referendum abrogativo dei reati di opinione, politici e sindacali⁶⁰, etc.

vo descritto da Ramat né con l'assemblea organizzata a Roma nel gennaio successivo da Magistratura indipendente (con pullman di magistrati provenienti dalle varie sedi) per una "pubblica deplorazione" di Magistratura democratica. La ferita prodotta rimane aperta per oltre un decennio e tuttora se ne vedono, qua e là, le conseguenze.

⁵⁶ Non è altrimenti spiegabile il fatto che molti di coloro che se ne andarono da Md avessero votato a favore dell'ordine del giorno Tolin... Del resto la scissione non fu immediata, ma si realizzò a distanza di un paio di settimane, quando divenne chiaro che la rottura della solidarietà di ceto era ormai irreversibilmente consumata.

⁵⁷ Ottorino Pesce, uno dei fondatori di Md, anima della "sezione romana", morì di infarto il 6 gennaio 1970, poche ore dopo essere rientrato dalla prima riunione di Md dopo la scissione, tenutasi a Bologna il 5 gennaio. «Ai suoi funerali - scrive G. Palombarini (*Giudici a sinistra*, cit., p. 85) - erano presenti in tanti, anche il capo della Resistenza Ferruccio Parri. La commemorazione fu tenuta fuori dal palazzo di giustizia (il famoso 'palazzaccio') da Lelio Basso, ma prima che l'esponente politico cominciasse a parlare molti colleghi di lavoro di Pesce rientrarono precipitosamente nei loro uffici. Quando la bara si allontanò da piazza Cavour sventolarono molte bandiere rosse, e tutti - compresi i magistrati che erano rimasti - la salutarono con il pugno alzato». Questo il passaggio finale dell'intervento commemorativo di L. Basso [che può leggersi in *M. Ramat* (a cura di), *Storia di un magistrato*, cit., p. 161]: «Diciamogli che quanti qui siamo raccolti, uomini di ogni professione e d'ogni età e di diversa fede politica ma uniti dall'amicizia che a lui ci legava, continueremo a batterci con tutte le nostre energie perché non in un lontano mitico cielo, ma qui, su questa terra, la fame e la sete di giustizia siano un giorno saziati».

⁵⁸ In verità le controinaugurazioni erano iniziate già nel 1969 (cfr. M. Ramat, *Una piccola storia*, cit., p. 7) ma fu nel 1970 e negli anni immediatamente successivi che ebbero particolare risonanza (con interventi di grande spessore politico, spesso pubblicati su *Qualegiustizia*). Sul punto cfr. G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, cit., p. 86 ss.

⁵⁹ Esponenti delle diverse componenti politiche e sindacali della sinistra sono sempre stati invitati (e presenti) nei congressi del gruppo.

⁶⁰ La promozione di tale referendum (il primo dopo la legge n. 352/1970) avvenne nell'estate del 1971 e, anche per il progressivo defilarsi di alcune delle forze che avevano inizialmente aderito al comitato promotore (a cominciare dal Pci), non ebbe successo, tanto che non vennero raccolte le 500.000 firme richieste dalla legge. Il testo della proposta referendaria e la relazione illustrativa possono leggersi in M. Ramat (a cura di), *Storia di un magistrato*, cit., p. 141 ss. Per una ricostruzione della vicenda cfr. G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, cit., p. 91 ss. È interessante rilevare che Md

2.4. Questo essere *contro* è stato certamente, nel corso degli anni settanta, il connotato di Md più avvertito all'esterno: c'è chi ne ha criticato il preteso settarismo⁶¹ e chi ne ha esaltato la carica innovativa e l'esemplarità, mostrando una sorta di rimpianto per una stagione chiusasi definitivamente (salvo episodici seguiti) con gli anni ottanta⁶². Un giudizio storico sereno non sembra lasciar dubbi: fu, da un lato, un passaggio necessitato in cui gli *eccessi*⁶³ furono limitati e legati al contesto dell'epoca⁶⁴ e, dall'altro, quella stagione non è affatto con-

partecipò attivamente anche ai dibattiti *elettorali* per i successivi referendum sul divorzio (quando D. Pulitanò parlò in piazza a Milano, nell'iniziativa conclusiva), sull'aborto e sulla legge Reale.

⁶¹ Vds., per es., V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria*, cit., partic. p. 780-783, ove, tra l'altro, si legge: «La radicalizzazione dello scontro negli anni settanta non conosceva disponibilità alcuna verso posizioni che non fossero appunto radicali. Suscitavano disprezzo coloro che non si arruolavano negli schieramenti contrapposti (...)».

⁶² In questa prospettiva sembra collocarsi S. Pappalardo che, al termine della sua storia, osserva: «Spezzate le tavole e infrante le immagini, è dubbio che gli iconoclasti possano poi ricomporle... Qualunque sia o possa essere la prospettiva, rimane forte il senso di ciò che è stato» (*Gli iconoclasti*, cit., p. 368).

⁶³ In tempi di rapidi mutamenti e di aspri contrasti le forzature e le polemiche "sopra le righe" sono del tutto fisiologiche (da parte di tutti), ma resta il fatto che gli *eccessi* imputati a Md (*rectius*, a taluni suoi aderenti) non sono mai consistiti in atti giudiziari impropri o in iniziative censurabili nella sfera giudiziaria in senso lato ma opinioni o analisi (cfr., per tutti, gli esempi di V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria*, cit., p. 772 ss.).

⁶⁴ Alle considerazioni già svolte sulla magistratura degli anni sessanta occorre aggiungere che la situazione peggiorò negli anni settanta. «Tutto cambia - scrive E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 177) - dopo l'attentato di piazza Fontana a Milano, del 12 dicembre 1969, attentato che costituisce il momento culminante della strategia della tensione già in atto... La prima metà degli anni settanta vede uno scontro durissimo all'interno della magistratura, con i settori più conservatori che riassumono l'egemonia: di qui la ripresa di potere della struttura gerarchica interna e il tentativo di epurazione disciplinare verso il dissenso. Le indagini sulle stragi vedono in opera tutti gli strumenti (dalle assegnazioni mirate dei casi all'interno delle procure e degli uffici giudicanti, alle avocazioni, ai conflitti di competenza, alle rimessioni) per bloccare ogni possibile accertamento che arrivi alle sempre più evidenti deviazioni negli apparati dello Stato. Lo stesso avviene per le indagini che investono punti sensibili della pubblica amministrazione, del potere politico ed economico (dagli inquinamenti, ai fondi neri, alle frodi petrolifere). È in questi anni che si consolida il ruolo della procura della Repubblica di Roma 'porto delle nebbie', secondo l'efficace espressione formulata da Stefano Rodotà».

clusa. Sono, infatti, cambiate le *forme*⁶⁵ e, a volte, i *bersagli*, ma la demistificazione, l'essere contro il pensiero unico dominante (o alcune sue manifestazioni) non sono usciti dal codice genetico di Md ed anzi ne sono restati, nella storia successiva, parte non secondaria. Alcuni momenti sono particolarmente significativi: il congresso di Rimini del 1977, che vide Md rifiutare la prospettiva del rientro nella logica del *potere* (sia pure di un potere parzialmente rinnovato sul piano della democrazia e della partecipazione)⁶⁶; la denuncia, nella primavera del 1989, delle storture e illegalità del "caso Tortora" (con conseguente rottura dell'unità associativa), segnale univoco di attenzione ai principi più che alla corporazione⁶⁷; l'impegno, lungo tutti gli

⁶⁵ Ed è stato un cambiamento necessitato, in considerazione sia del modificarsi del rapporto tra giustizia e società (sì che portare *il punto di vista esterno* dentro l'istituzione richiede modalità diverse dagli anni sessanta) sia del fatto che ogni strumento si logora nel tempo (tanto che i *comunicati* di Md erano diventati, a metà degli anni settanta, oggetto di ironia persino in una trasmissione radiofonica satirica come "Alto gradimento").

⁶⁶ Il congresso di Rimini cadde negli anni dei governi di "solidarietà nazionale" (mentre il paese viveva drammatiche conflittualità sociali ed era più che mai attivo il terrorismo politico di destra e di sinistra). Il dibattito congressuale fu assai vivace e talora aspro; vinse, alla fine, uno schieramento che comprendeva il centro e la sinistra del gruppo, ma furono superficiali e sbagliate le letture - pur in allora prevalenti - che interpretarono il congresso come uno scontro tra la componente più vicina alla sinistra storica e quella che faceva riferimento ai gruppi extraparlamentari. Il conflitto in realtà - come puntualmente osserva G. Palombarini (*Giudici a sinistra*, cit., p. 141) - fu «fra pressioni esterne dirette ad allineare Md alla strategia della sinistra storica (in quel momento quella del 'compromesso storico') e l'esigenza di ribadire l'autonomia del gruppo (che era del tutto pacifica per la stragrande maggioranza degli aderenti, come venne evidenziato dall'atteggiamento fermissimo tenuto in congresso da molti che pure a quella strategia personalmente guardavano con interesse)».

⁶⁷ Tra il 1983 e il 1988 si celebrarono a Napoli i dibattimenti dei tre "tronconi" di un processo originato da una indagine di grande ampiezza sulla "Nuova camorra organizzata". In tale processo era stato coinvolto (ed arrestato sulla base di improbabili accuse) anche il presentatore televisivo Enzo Tortora, che fu condannato in primo grado e quindi assolto (con sentenza 15 settembre 1986) nel giudizio di appello. Concluso anche il terzo troncone del processo si aprì avanti al Csm una pratica, sollecitata da diversi esposti, diretta ad accertare l'esistenza delle irregolarità e degli abusi denunciati (tra l'altro un numero imprecisato di arresti per omonimia...) e le eventuali responsabilità. La pratica fu, infine, archiviata con una decisione assunta a maggioranza, ma Md non mancò - in Consiglio superiore e nel dibattito pubblico - di contrastare documentatamente tale decisione. Cfr., sul punto, G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, p. 242 ss., che commenta: «D'improvviso tra Md e le altre componenti della magistratura si produsse un aspro momento di conflittualità non diverso, quanto a ten-

anni novanta e nel tormentato 2001, contro la guerra (quella del Golfo come quelle contro la ex Jugoslavia e in Afghanistan)⁶⁸; la difesa della Costituzione repubblicana - spesso in condizioni di isolamento – a partire dalla stagione della Bicamerale⁶⁹ sino ai giorni nostri.

2.5. Ma gli *iconoclasti* non nascono solo per distruggere. E se l'aspetto distruttivo è forse, di Md, il più noto, da subito la preoccupazione del gruppo fu quella di costruire un modello alternativo di magistrato, di organizzazione giudiziaria, di politica della giustizia.

3. Un modo nuovo di concepire la giurisdizione nel sistema politico

3.1. Che Magistratura democratica sia stata (sia) la sinistra della magistratura è noto e da sempre rivendicato. Di ciò peraltro, per pigrizia o per interesse, si sono spesso fornite – e ancor più si forniscono oggi - letture di comodo, come quella secondo cui obiettivo del gruppo sarebbe stato (sarebbe) quello di sostituire la tradizionale egemonia della destra sulla magistratura con una egemonia della sinistra (o, addirittura, dei partiti di sinistra)⁷⁰. La realtà è assai diversa e gli obiettivi di Md ben più ambiziosi e più profondamente innovativi, legati non a contingenti spostamenti dei rapporti di forza ma a un modo

sione, da quelli che avevano caratterizzato precedenti stagioni».

⁶⁸ L'opposizione alle guerre che hanno visto (con diverse modalità) la partecipazione dell'Italia, è stata netta, esplicita e condotta, talora, in condizioni di pressoché assoluto isolamento. Si è trattato sempre di una opposizione condotta *in nome del diritto*, tesa a denunciare, tra l'altro, la violazione dell'art. 11 della Costituzione e delle regole più elementari del diritto internazionale. Cfr. i documenti *Magistratura democratica e la pace* (13 gennaio 1991), in questa *Rivista*, 1990, pp. 795-796; *No alla guerra!* (26 marzo 1999), *ivi*, 1999, pp. 195-196; *Giuristi contro la guerra*, in questo stesso fascicolo, documento sub 1.

⁶⁹ Cfr., in particolare gli atti dei congressi di Md di Napoli del febbraio-marzo 1996 (*Compiti della politica, doveri della giurisdizione*, Angeli, Milano, 1998) e di Genova dell'aprile 1998 (*Quale legalità*, Angeli, Milano, 2000).

⁷⁰ A questa interpretazione indulge, in una lunga intervista rilasciata a C. Bonini, F. Misiani (*La toga rossa. Storia di un giudice*, Tropea, Milano, 1998). Il testo (fortunato, soprattutto per il credito accordatole dalle destre) non è privo di interesse in termini di ricostruzione di un intenso e contraddittorio percorso *personale*, spesso intrecciato con la vicenda di Md, ma poco o nulla ha a che vedere con la storia *collettiva* del gruppo.

alternativo di concepire la magistratura e la giurisdizione nel sistema politico: nella convinzione – recepita dalla nostra Carta costituzionale – che nelle società complesse il potere deve essere controllato e *diviso* e che ciò richiede forti *contrappesi* e una sfera della politica che non si esaurisce nei segmenti classici (partiti, parlamento, governo, etc.), ma abbraccia anche altri elementi e momenti di policentrismo democratico⁷¹. Di qui una lettura del disegno costituzionale che capovolge la concezione *funzionariale* della magistratura, rivisitando in una prospettiva nuova anche istituti classici come l'estrazione *burocratica* dei magistrati e la loro soggezione esclusiva alla legge.

3.2. La prima (e forse più rilevante) novità introdotta da Md sta nel rifiuto della concezione della magistratura come apparato e nella sua configurazione come luogo istituzionale di legittimo (*rectius*, necessario) pluralismo ideale e politico. «I magistrati non vengono né eletti dal popolo, né eletti dal Parlamento, né scelti dal governo; essi vengono invece “nominati per concorso”, cui naturalmente si applica il disposto dell’articolo 51 Cost., per cui “tutti i cittadini dell’uno e dell’altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ... in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”. Questo conferma anzitutto che il potere giudiziario non è strumento del governo, da cui non riceve investitura, né della maggioranza parlamentare, che non ha poteri elettivi; ma il meccanismo del concorso ha anche un ulteriore significato: nella selezione che così si opera, infatti, viene assunto come elemento discriminante il grado di conoscenza delle leggi, *ma non* una certa opinione politica, o la mancanza di qualsiasi opinione politica. In tal modo il concorso opera come selezione della preparazione tecnica, ma non delle opinioni e delle vedute personali, rispetto alle quali il concorso opera invece una sorta di “prelevamento di

⁷¹ Così G. Borrè, *Pesi e contrappesi: gli istituti di garanzia*, in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 265, che osserva come «questa prospettiva non si può dire né consolidata né pacifica, nemmeno all'interno della cultura progressista. In questa cultura, infatti, v'è chi abbraccia la concezione del *potere diviso* come garanzia di libertà, parla di soggezione anche dei parlamenti alla legge (legge - si intende - non costituzionale) e coglie in questa prospettiva la portata essenziale della giurisdizione; ma vi è anche un altro modo di vedere le cose (...) in cui domina la unitarietà (o *indivisibilità*) della sovranità popolare, il primato del Parlamento come incarnazione più diretta di tale sovranità e una situazione di sostanziale marginalità dei momenti di controllo rappresentati dalla giurisdizione (che è quanto dire la prevalenza della *garanzia politica* rispetto alla *garanzia giuridica*)».

campione” che riproduce naturalmente (con qualche spostamento, originato prevalentemente dal tipo di selezione universitaria) le diversità esistenti nei soggetti rispetto ai quali tale campionatura avviene. E poiché il concorso è aperto a tutti i cittadini, è naturale che attraverso questa campionatura abbiano ingresso nella magistratura (tanto più in quanto il diritto allo studio diventi realtà operante) tutte le opinioni di partenza che si riscontrano nella realtà del paese»⁷². Inutile sottolineare che questa impostazione costituisce un fatto profondamente nuovo, e in qualche modo dirompente, nella storia e nel dibattito politico-istituzionale del Paese⁷³.

3.3. La rottura con il passato è radicale e gravida di conseguenze: ad una magistratura *longa manus* del governo si addice, infatti, un modello di giudice burocrate e *neutrale*, mentre ad una magistratura radicata nella società più che nell'istituzione deve corrispondere un giudice consapevole della propria autonomia, attento alle dinamiche sociali e di esse partecipe⁷⁴. E il dogma della apoliticità si rovescia nel suo contrario. «La magistratura è politica proprio perché è indipendente dagli altri poteri dello Stato. Il suo essere indipendente non la colloca in un “altro” universo (pretesamente apolitico), ma la fa essere un autonomo e rilevante momento del sistema politico. È la politicità che discende dall'art. 101 Cost., la norma per la quale i magistrati (...) “sono soggetti soltanto alla legge”. È una norma che non significa ritorno ai vecchi miti dell'onnipotenza della legge e del giudice “bocca della legge”, perché l'accento, in essa, cade sull'avverbio “soltanto”, e dunque, prima ancora che la fedeltà alla legge, essa comanda

⁷² G. Borrè – P. Martinelli – L. Rovelli, *Unità e varietà nella giurisprudenza (a proposito della cd “rotazione” in Cassazione)*, in *Foro It.*, 1971, V, 45 e ora in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 53.

⁷³ «In quest'ottica – scrivono A. Giuliani e N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 228-229) - i giudici si collocano all'esterno dell'apparato di governo ed appaiono espressione della comunità organizzata, organi, pertanto, dello *Stato-comunità* o, se si preferisce, dello *Stato-ordinamento*. (...) Ciò porta ad attribuire al giudice anche un dovere di resistenza (*Resistenzpflicht*) nei confronti dei governanti (...) e riconosce alla magistratura la funzione di barriera dell'uso improprio del potere, cioè di *limite istituzionale del potere*».

⁷⁴ In tale direzione fondamentale è stata la riflessione di G. Maranini, a partire dal volume *Magistrati o funzionari?* (Giuffrè, Milano, 1992), che raccoglie gli atti del simposio internazionale «Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura» (Firenze 1961) e che egli volle direttamente curare.

la disobbedienza a ciò che legge non è. Disobbedienza al pasoliniano “palazzo”, disobbedienza ai potentati economici, disobbedienza alla stessa interpretazione degli altri giudici e dunque libertà interpretativa. Quindi pluralismo, quindi, legittima presenza di diverse posizioni culturali e ideali all’interno della magistratura. D’altra parte, che cos’è il pluralismo delle idee se non il sale dell’indipendenza, che la fa essere confronto responsabile e non soggettivismo e casualità? E ancora, che senso avrebbe il principio del giudice naturale se i giudici fossero tutti uguali e non invece portatori di “legittime diversità”?⁷⁵. La novità, pur ferocemente contrastata, si consolida e diventa un polo di riferimento critico per l’intera cultura giuridica e politica: ma la rottura della *fedeltà burocratica* operata da Md è ferita ancora aperta (non rimarginata e non rimarginabile) perché - come ha scritto N. Bobbio - «dove tutti sono liberisti, si può anche dire che essere liberisti significa non fare politica; ma dove i liberisti si scontrano quotidianamente con i non liberisti, è perfettamente naturale dire che fanno politica tutti e due»⁷⁶. L’esplicitazione e la valorizzazione del pluralismo in magistratura hanno effetti immediati sull’assetto e sulla rappresentanza del corpo giudiziario: emergono le diverse opzioni e le diverse *politicità* e nascono le *correnti* (almeno con le caratteristiche con cui si sono presentate negli ultimi trent’anni)⁷⁷.

3.4. In questo contesto l’opzione *di sinistra* di Md, la sua “scelta di campo”⁷⁸, il suo «sentirsi dalla parte dei soggetti sottoprotetti, e sentirsi ‘da questa parte’ come giuristi, con le risorse e gli strumenti pro-

⁷⁵ G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, cit.

⁷⁶ N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice, Qualegiustizia*, 1971, n. 8, p. 272.

⁷⁷ Dopo alcuni *rimescolamenti* le correnti dell’Anm sono attualmente Unità per la Costituzione, Magistratura indipendente, Magistratura democratica e Movimento per la giustizia: le prime due con una caratterizzazione conservatrice, le altre di matrice progressista. È importante rilevare che le correnti, anche quelle con più marcate caratterizzazioni ideologiche (come Md e Mi), non sono mai state la traduzione meccanica in magistratura degli schieramenti politici esterni.

⁷⁸ L’espressione, usata per la prima volta da G. Petrella nel numero 1 del *Notiziario di Magistratura democratica* del 1970, ha accompagnato il gruppo in tutta la sua storia ed è stata ripresa anche nella relazione introduttiva del XIII congresso di Md, svoltosi a Venezia nel il 23-26 novembre 2000 (cfr. V. Borraccetti, *Diritto, giurisprudenza, democrazia. Per una tutela effettiva dei diritti*, in questa *Rivista*, 2000, p. 863).

pri dei giuristi»⁷⁹, la ricerca di collegamenti con il variegato arcipelago della sinistra sono espliciti. Ma considerare questa opzione come *collateralismo* politico con i partiti della sinistra, e in particolare con il Pci (e i suoi *eredi*)⁸⁰, è frutto di superficialità o di strumentalizzazione politica⁸¹. Nulla di nuovo né di anomalo sarebbe ravvisabile in posizioni siffatte, data l'esistenza, all'interno della magistratura, di ben altri collateralismi con il potere (talora financo con quello illegale)⁸². Ma così non è stato, e non è. La collocazione (dichiarata e trasparente) di Md nella cultura e nell'area progressista, lungi dal produrre fenomeni di subalternità o di *fiancheggiamento*, è stata stimolo

⁷⁹ G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, cit.

⁸⁰ L'impostazione, classica della destra interna alla magistratura (e ancora presente, per esempio, in M. Cicala, che anche di recente si è esibito in una sorta di analisi ancorata alla *proprietà transitiva*, ricostruendo, a suo modo, i *misfatti* della sinistra - da Stalin alla Brigate rosse - ed attribuendoli poi a Md...: cfr. *Recensione a Giudici a sinistra*, in sito Giustizia e Carità www.giustiziacarita.it), è diventata da qualche tempo cavallo di battaglia della destra politica, in particolare di Forza Italia e del suo leader.

⁸¹ Egualmente distorto è assimilare il percorso di Md nella prima metà degli anni settanta (e fin dopo il congresso di Rimini del 1977) a quello di un "gruppo extraparlamentare" impegnato in una attività politica *tout court* o, comunque, con ambizioni siffatte (lettura a cui sembra indulgere anche V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria*, cit., p. 774). In Md, in verità, il pluralismo delle idee è stato sempre assai ampio e non sono mancate, nei primi anni dopo la scissione del 1969, posizioni (anche autorevoli) tese ad attribuire al gruppo una «soggettività politica generale»: ma si è trattato di posizioni di singoli rimaste ai margini della linea politico-culturale del gruppo e di cui non si trova traccia nelle mozioni congressuali o, comunque, in documenti ufficiali (neppure, a leggerli con attenzione, in quelli riportati da Zagrebelsky, *loc. cit.*, nota 124). Né indicazioni in tal senso possono essere tratte dalla già ricordata attività di promozione del referendum abrogativo dei reati di opinione, politici e sindacali (trattandosi all'evidenza - qualunque valutazione se ne voglia dare - di iniziativa in materia legata allo specifico professionale e non alla politica *generale*).

⁸² Basti ricordare il rapporto stabilito sul finire degli anni settanta con la P2 dall'allora segretario di Magistratura indipendente, Domenico Pone (radiato per questo dalla magistratura con sentenza 9 febbraio 1983 della Sezione disciplinare del Csm). Così si esprime, al riguardo, la sentenza disciplinare: «Che poi il dott. Pone, esponente di rilievo del gruppo di Magistratura indipendente e suo segretario generale, abbia preso a far parte della P2 appare del tutto comprensibile, se appena si attribuisce il credito che merita al 'Piano di rinascita democratica' di cui sopra si è parlato e che indicava come mezzo per raggiungere gli obiettivi il finanziamento della stampa della corrente di Magistratura indipendente: così come si è visto essersi verificato» (per ampi stralci della sentenza cfr. *L'infiltrazione piduista nella magistratura*, in questa *Rivista*, 1984, p. 469 ss.).

per una più rigorosa autonomia, al punto che la storia del gruppo è stata ed è, nel rapporto con le organizzazioni politiche della sinistra, storia di scontri assai più che di convergenze⁸³.

3.5. Esplicitare la *politicalità* dei magistrati fa esplodere problemi precedentemente rimossi: il rapporto tra impegno culturale e imparzialità, la trasparenza e conoscibilità delle scelte, la differenza tra “politica delle idee” e “politica come gestione del potere”, etc. Sono i temi che hanno accompagnato, negli anni, la riflessione di Md, con esiti importanti, seppur provvisori (come è inevitabile in una società in rapida evoluzione): l'imparzialità è estraneità ed equidistanza dalle parti processuali e dagli interessi in gioco, non indifferenza ai valori⁸⁴; le *appartenenze* inaccettabili per i magistrati sono quelle occulte, non anche quelle dichiarate e controllabili⁸⁵; il rapporto con i luoghi della

⁸³ La circostanza può essere diversamente valutata ma è pacifica. Degli scontri e delle incomprensioni sarebbe lungo tentare un elenco: basti ricordare i giudizi sulla infondatezza processuale e politica della pista anarchica per la strage di piazza Fontana, il più volte ricordato referendum sui reati di opinione, le polemiche contro la legislazione dell'emergenza, la rivendicazione di autonomia della giurisdizione rispetto alle strategie politiche di unità nazionale; e ancora, in anni più recenti, i contrasti sulla guerra, sulla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, sulle politiche in tema di sicurezza e immigrazione, etc. I fatti hanno la testa dura: e anche un osservatore non privo di *prevenzioni*, come V. Zagrebelsky, deve ammettere che quella di Md con i partiti della sinistra è stata quantomeno una «sintonia non costante» (*La magistratura ordinaria*, cit., p. 776).

⁸⁴ È di Borrè la sottolineatura della «possibilità (ed anzi doverosità) di distinguere fra neutralità processuale e neutralità culturale» [introduzione a G. Borrè – L. Pepino (a cura di), *Mafia, 'ndrangheta e camorra*, Angeli, Milano, 1983, p. 11, ora anche in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 95], ma analoghe considerazioni possono leggersi già nella relazione presentata all'assemblea nazionale di Md di Roma del 3-5 dicembre 1971 da V. Accattatis, L. Ferrajoli e S. Senese (*Per una strategia politica di Magistratura democratica*), considerata da molti la *carta* delle posizioni più estremiste del gruppo. In tale relazione si afferma, in particolare, il valore, in qualunque sistema politico, della imparzialità del giudice intesa come «estraneità personale ai singoli interessi in gioco, onesta obiettività della decisione, capacità di non lasciarsi fuorviare da indicazioni emotive o da indebite pressioni esterne» (p. 42 del dattiloscritto).

⁸⁵ Il concetto era espresso con rara precisione nella già ricordata circolare 6 giugno 1944 n. 285 del guardasigilli Arangio Ruiz, nella quale si osserva che «se moventi diversi da quello del compimento del dovere potessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro l'iscrizione ai partiti perché, dentro o fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni e relazioni, tanto più efficaci quanto più nascoste». Cfr., al riguardo, S. Senese, *Magistrati e iscrizione a*

politica deve tener conto del modo in cui quest'ultima si atteggia⁸⁶.

4. Interpretazione della legge, giurisprudenza alternativa e garantismo

4.1. Il mutamento del ruolo del magistrato non è, evidentemente, un puro fatto di immagine. Esso rimanda ai contenuti della giurisdizione e dell'attività interpretativa. Imperava al riguardo, negli anni sessanta, il mito del "giudice bocca della legge"⁸⁷, da sempre utilizzato come copertura di scelte giurisprudenziali conservatrici e subalterne, tese ad accreditare l'interpretazione come attività meramente ricognitiva dell'unica soluzione possibile⁸⁸ (coincidente – inutile dirlo –

partiti politici, in *Quaderni della giustizia*, 1986, n. 61, p. 6 e G. Borrè, *Commento all'art.98 comma 3 Costituzione*, cit.

⁸⁶ Anche questa è una consapevolezza risalente in Md. Scrive M. Ramat ricordando un dibattito nella prima campagna elettorale di Md del 1964: «Ci furono molti interventi appassionati da parte nostra, tutti tesi a sostenere la fondamentale distinzione tra la grande politica della Costituzione, dove la magistratura deve impegnarsi, e la politica di partito, contingente, da cui la magistratura deve estraniarsi. Una distinzione essenziale, permanente, però mai acquisita; anche quando ti sembra che sia stata ormai digerita dai magistrati, rispunta» (*La nascita di Md*, cit., p. 318). Per alcune importanti considerazioni sulle modifiche imposte al rapporto tra magistrati e appartenenze politiche dalla trasformazione del sistema in senso maggioritario cfr. N. Rossi, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione*, in questa *Rivista*, 1992, p. 524 ss.

⁸⁷ «Il concetto di *bocca*, di strumento meramente esternativo di qualche cosa che già c'è, implica considerare questa realtà preesistente *qualcosa* di perfetto, di cristallizzato, di formalmente definito. Qualcosa rispetto a cui è possibile soltanto una lettura passiva. Ed io credo che questa non sia, non possa essere - per fortuna - la norma costituzionale. La norma costituzionale, che è d'altronde un patto, è fatta di tensioni e di *chiaroscuri* nei quali l'interprete penetra con una attività che tutto può essere meno che una lettura passiva. Si tratta, al contrario, di un'attività di bilanciamento, di una sottile attività di soppesamento dei valori in gioco che la stessa Costituzione, pluralisticamente, a sua volta esprime» [così G. Borrè, *Md e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano*, intervento al congresso di Napoli di Magistratura democratica del 1996, in Aa.vv., *Compiti della politica. Doveri della giurisdizione*, Angeli, Milano, 1998, p. 332, ora in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 261]

⁸⁸ Il mito illuministico del giudice *bouche de la loi* era, in realtà, morto prima di nascere, se è vero che fu proprio la Francia rivoluzionaria e illuminista a introdurre presso il corpo legislativo, nel 1790, il *Tribunal de cassation* con il compito di controllare l'applicazione della legge da parte dei giudici di merito, annullando le decisioni ritenute non conformi alla legge e rinviando ad altro giudice per una nuova decisione

con quella gradita all'*establishment*)⁸⁹. La critica, ferma e radicale, di tale concezione è stato il secondo, rilevante, *strappo* perseguito da Md: l'interpretazione non è ricognizione meccanica del significato preesistente e immutabile della norma, ma ha inevitabili valenze *creative*⁹⁰, essendo *scelta* tra opzioni possibili (in base al testo della norma e al sistema in cui essa si inserisce); e scegliere significa *privilegiare* alcuni o altri elementi di valutazione. Ciò è evidente quando il legislatore affida al giudice la determinazione di concetti generici o mutevoli nel tempo (gli esempi scolastici del "buon costume", dell'"onore", del "prestigio" possono essere moltiplicati all'infinito), ma è una costante di ogni attività interpretativa, come dimostra il modificarsi degli orientamenti della stessa Cassazione, pur in teoria garante della *nomofilachia*. Inutile dire che il fenomeno acquista dimensioni particolarmente acute in un ordinamento caratterizzato da una produzione legislativa alluvionale e contraddittoria⁹¹.

vincolata al principio di diritto affermato (e rimettendo il caso al corpo legislativo alla terza decisione non conforme del giudice di merito). Il meccanismo fu certamente introdotto per subordinare il giudiziario al potere legislativo, ma è evidente - in esso - la percezione che il giudice di merito non era *bouche de la loi...* (cfr. sul punto, C. Guarnieri, *La Corte di cassazione*, cit., 793).

⁸⁹ Solo per ricostruire la situazione degli anni sessanta si è usato l'imperfetto verbale. La concezione cui si fa riferimento non si è mai sopita, se è vero che alcune recenti interpretazioni delle norme processuali in tema di attività rogatorie e di impedimento a comparire in processi a carico del presidente del Consiglio e dell'on. Previti, pur sostenute da autorevolissimi studiosi (Cordero per tutti: prima in *Precetti costituzionali e rogatorie, ovvero l'arte della mannaia*, *Dir. e giur.*, 2001, 43, 8 ss. e poi, a beneficio anche dei non tecnici, in *Lezione impolitica sulla nostra giustizia*, *La Repubblica*, 19 dicembre 2001), hanno provocato grida di scandalo da parte della maggioranza parlamentare e dei suoi giuristi e financo una sorta di *scomunica* da parte del Senato della Repubblica (che, in una mozione approvata a maggioranza il 5 dicembre 2001, si è spinto a definire le decisioni in questione errate nel merito, eversive del corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali e lesive delle prerogative del legislatore). Lapidarie le parole dedicate da Cordero (*op. ul. cit.*) a una delle *figure del coro*: «*Secundus* sibila tecnocraticamente autentico sdegno, convinto che nei casi delicati gli uomini in toga debbano andare da Sua Maestà *ad audiendum verbum* come ordinava Re Sole».

⁹⁰ L'affermazione del carattere *creativo* dell'attività di interpretazione (pur profondamente diverso da quello dell'attività legislativa) è risalente nella dottrina giuridica, come conferma la circostanza che il più classico dei nostri manuali di diritto costituzionale colloca la giurisprudenza e l'interpretazione tra le "fonti del diritto" (cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8^a ed., Cedam, Padova, 1969, tomo I, p. 331 ss.). Vds. Inoltre sul punto per tutti (e sono legione) M. Cappelletti, *Giudici legislativi?*, Giuffrè, Milano, 1984.

slativa alluvionale e contraddittoria⁹¹.

4.2. Da qui - dalla contestazione del dogma della unità, completezza e coerenza dell'ordinamento, dalla denuncia del carattere mistificatorio della affermata natura meramente tecnica dell'attività giurisdizionale, dalla evidenziazione delle opzioni politiche sottostanti alla giurisprudenza dominante - nasce la *giurisprudenza alternativa*, terreno di impegno culturale prioritario per Md⁹². «Essa è consistita nella traduzione, sul piano giurisprudenziale, delle posizioni di non subalternità al sistema, di rifiuto della falsa neutralità, di fedeltà agli imperativi sovraordinati della Costituzione: il precetto emancipatorio di cui all'art.3 capoverso, ma anche l'art.41 che pone all'iniziativa economica il limite invalicabile della sicurezza, libertà e dignità umana»⁹³. Giurisprudenza "alternativa"⁹⁴, dunque, per indicare «la promozione di scelte giudiziarie nelle quali si affermi la prevalenza degli interessi funzionali all'emancipazione delle classi subalterne, cui del resto la Costituzione accorda specifica tutela, sugli interessi ad essi virtualmente contrapposti e che non sono protetti da analoga garanzia costituzionale»⁹⁵.

⁹¹ «Se una certa varietà di posizioni non fosse presupposta, anche la garanzia del 'giudice naturale' apparirebbe meno significativa, poiché se la verità fosse una ed una sola il problema sarebbe soprattutto 'come' arrivarvi, ma non 'chi' vi debba arrivare... Ecco formato un quadro in cui, in opposizione alla visione idealistico-positivista dello Stato totalitario, in cui appunto la verità è sempre una sola, si profila tutto un panorama istituzionale in cui nella magistratura è necessario (perché il giudizio non si traduca in un momento repressivo) che si riproducano correttamente quei dibattiti, quei confronti, in una parola quella diversità che si riscontrano nella realtà del paese» (G. Borrè, *Unità e varietà nella giurisprudenza*, cit.).

⁹² La *promozione* della giurisprudenza alternativa ha avuto come veicolo fondamentale la rivista *Qualegiustizia* (pubblicata per un decennio tra il 1970 e il 1979), vera e propria *miniera* di provvedimenti giudiziari di merito (fino ad allora esclusi - salvo rare eccezioni - dalle riviste giuridiche tradizionali). A partire dal 1982 *Qualegiustizia* ha lasciato il campo a *Questione giustizia* (anch'essa promossa da Md), che mantiene una parte dedicata alla giurisprudenza.

⁹³ G. Borrè, *Le scelte di Magistratura democratica*, cit.

⁹⁴ Il termine "alternativa" venne scelto in polemica con chi, a fine anni sessanta, parlava di "giurisprudenza evolutiva", attenta a seguire i graduali mutamenti della società e della cultura (giurisprudenza da "cinturato Pirelli" la definiva M. Ramat richiamando una campagna pubblicitaria allora in voga).

⁹⁵ Così L. Ferrajoli, *Orientamenti della magistratura in ordine alla funzione politica del giudice interprete*, in *Qualegiustizia*, 1972, n. 17-18, p. 563.

4.3. Il collegamento esplicito e stringente con la Costituzione⁹⁶ fa giustizia di confusioni - non sempre disinteressate - tra giurisprudenza alternativa e “diritto libero” (impostazione da taluno fantasiosamente attribuita ad Md): l’assimilazione è stata respinta con chiarezza fin dagli anni più *caldi*⁹⁷ ma soprattutto - e ciò basta a chiudere definitivamente il discorso - della avvenuta pratica di un “diritto libero” nell’ambito di Md nessuno è mai stato in grado di esibire documentazione... Altra è la prospettiva coltivata da Magistratura democratica: «Sino a che le posizioni “politiche” (cioè le diverse opinioni sui problemi che le scelte di indirizzo politico sono chiamate a risolvere) dei magistrati non esorbitano dall’indirizzo costituzionale (potremmo dire: sino a che, per es., i magistrati non pretendono di sottrarsi alla soggezione alla legge, reclamando un potere autonomo che il sistema di reclutamento non legittima) la varietà di posizioni rispetto all’indirizzo politico di maggioranza (e potremmo dire: rispetto ai problemi posti dall’interpretazione di leggi nate dalla dialettica parlamentare e specialmente dal concorso tra disegno di maggioranza e emendamenti delle opposizioni) appare non solo legittima, ma persino necessaria e postulata dalla Carta costituzionale per risolvere i problemi interpretativi in una sede fornita di una certa rappresentatività che ne legittima l’intervento ma non fornita di una autonomia politica vera e propria, che potrebbe provocarne la sovrapposizione rispetto alle sedi proprie del dibattito politico»⁹⁸.

⁹⁶ È significativo che uno degli editoriali del primo fascicolo di *Qualegiustizia*, firmato da Marco Ramat, abbia come titolo, riferito alla Costituzione: *Un solo padrone*.

⁹⁷ Cfr., per tutti, Luigi De Marco, allora presidente del gruppo, nel 1972: «Noi respingiamo fermamente l’accusa, che ci viene mossa, di fare del diritto libero... Non solo non aderiamo alla concezione del diritto libero nella forma, ma neghiamo anche la libertà dei contenuti, perché affermiamo che il diritto dev’essere sempre vincolato agli indirizzi egualitari della Costituzione, dal quale il giudice non si può mai distaccare senza violare il suo più elementare dovere, che è quello di essere fedele alla legge in quanto questa deriva la sua validità dalla Costituzione... A nostro giudizio basta seguire acriticamente la giurisprudenza tradizionale, ancorché formatasi secondo la legge, ma in un contesto costituzionale diverso da quello vigente, quando non vi era ancora stata la Resistenza, la Repubblica e la Costituzione, per fare veramente del diritto libero, fare del diritto, cioè, che prescinde dalla legge fondamentale attuale, che è la Costituzione...» (*Intervento conclusivo della “giornata della giustizia”, Torino 4 marzo 1972, in Qualegiustizia, 1972, p. 365*).

⁹⁸ G. Borrè, *Unità e varietà nella giurisprudenza*, cit.

4.4. Difficile negare che fermenti nuovi e positivi abbiano attraversato la magistratura, talora in modo massiccio, dai primi anni settanta ad oggi: se ciò sia avvenuto a seguito della *provocazione* culturale della giurisprudenza alternativa o nonostante questa⁹⁹ sembra quesito di facile soluzione (e non solo in forza del broccardo “*post hoc, propter hoc*”...). Resta da dire che - come la storia ha dimostrato - l’ancoraggio ai principi costituzionali, e tra essi alla norma fondamentale dell’art.3, non è solo *dovere* del giudice ma anche fattore di riduzione dell’arbitrio interpretativo.

4.5. L’istanza di fondo che, insieme alla giurisprudenza alternativa, ha segnato (e segna) Md sul versante della interpretazione è il *garantismo*, inteso sia nella sua accezione più diretta di incondizionato e ostinato rispetto delle regole, ancorché “lacci e laccioli” rispetto ai risultati, sia nel senso più ampio di un approccio al diritto codificato caratterizzato da attenzione critica e dal rifiuto di atteggiamenti dogmatici. Garantismo, dunque, come filosofia, prima che come tecnica: con conseguente immediato *distinguo* rispetto a impostazioni che, pur collocandosi sotto le sue insegne, ne costituiscono in realtà negazione. È il caso delle posizioni che pretendono di vincolare alle regole la sola giurisdizione, proclamando contestualmente l’onnipotenza della maggioranza, l’incontrollabilità della politica, l’assenza di limiti per il mercato: questo garantismo strumentale, diretto a depotenziare la magistratura (che si vorrebbe disarmata di fronte al potere economico e politico), nulla ha a che vedere con un sistema di stretta legalità. E non dissimile è quella sorta di garantismo *selettivo*, che gradua le regole in base allo *status* sociale dell’imputato, auspicando codici distinti per i “galantuomini” e per i “briganti”: le garanzie o sono veicolo di uguaglianza o si degradano a strumento di sopraffazione e privilegio¹⁰⁰.

4.6. Il settore più proprio del garantismo è, ovviamente, il processo

⁹⁹ La tesi, invero piuttosto *curiosa*, secondo cui alcuni orientamenti giurisprudenziali coerenti con la Costituzione si sarebbero affermati *nonostante* l’impegno di Md in favore di una giurisprudenza alternativa (a quella preesistente) è sostenuta da V. Zagrebelsky (*La magistratura ordinaria*, cit., pp. 781-782).

¹⁰⁰ Così L. Pepino, *Compiti della politica, doveri della giurisdizione* (relazione per l’XI Congresso nazionale di Magistratura democratica, Napoli, 29 febbraio / 3 marzo 1996), in questa *Rivista*, 1995, p. 751 ss.

penale e l'insieme delle regole poste, in esso, a tutela dell'imputato. Inutile aggiungere che il vincolo delle regole, limite strutturale dell'intervento penale, si fa più stringente con l'aumento del potere della magistratura, sino a diventare l'ancoraggio fondamentale della sua legittimazione (nei momenti di grande consenso come in quelli di *disgrazia*)¹⁰¹. Essere custodi credibili delle regole implica assoluta lealtà nei confronti delle stesse e non tollera né *scorciatoie* in vista dei risultati possibili, né forzature sostanzialistiche. Il garantismo, lungi dall'essere concessione agli avversari della legalità o della democrazia, è esigenza della giurisdizione, ragione prima della sua indipendenza¹⁰². Come la giurisprudenza alternativa, anche il garantismo (*rectius*, la sua adozione "incondizionata e ostinata") è stato - ed è - ragione di scontro dentro e fuori la magistratura¹⁰³. C'è poi chi - in una prospettiva critica verso Md - ha sostenuto esservi contrasto tra *promozionalità* (spesso sottesa alla giurisprudenza alternativa) e garantismo e messo in dubbio l'autenticità e la coerenza delle scelte garantiste di Md. Ancora una volta il rilievo è smentito dalla storia: che cosa è stato l'ordine del giorno Tolin (il secondo *atto di nascita* di Md) se non un richiamo fermo alle regole costituzionali in tema di li-

¹⁰¹ Sul punto pagine di grande efficacia sono state scritte, in più occasioni, da L. Ferrajoli: cfr., per tutte, *Per una storia delle idee di Magistratura democratica*, cit., p. 55.

¹⁰² Questa impostazione si è temprata, per Md, negli anni più bui del terrorismo in centinaia di incontri nelle fabbriche e nelle scuole, sintetizzati, tra l'altro, in un convegno organizzato a Torino il 3 maggio 1979 dai Consigli di fabbrica Fiat Mirafiori, Lancia e Rivalta con Md e il Coordinamento del sindacato di polizia, in cui P. Ingrao, dopo avere descritto i contenuti del garantismo, concluse affermando: «se rinunciassimo a questo daremmo la vittoria a questi nostri nemici, e non gliela vogliamo dare questa vittoria» (*Lotta al terrorismo e trasformazione dello Stato*, fascicolo speciale di *Esperienze sindacali*, 1979, p. 66).

¹⁰³ Scrive, per esempio, V. Zagrebelsky, riferendosi alle tensioni emerse negli anni del terrorismo, che «lo stesso 'garantismo', indefinito nei contorni, nella finalizzazione e nella concreta portata, diveniva, accanto alla 'scelta di campo', ragione di divisione nella magistratura e fuori di essa» (*La magistratura ordinaria*, cit., p. 777). Anche da ultimo la critica di Md nei confronti di prassi processuali o di sentenze in nome del garantismo ha provocato polemiche e divisioni: ci si riferisce, tra l'altro, a un articolo di Vittorio Borraccetti, allora segretario del gruppo, relativo al "caso Sofri" (*Riscontri e ragionevoli dubbi. E Sofri?*, *Il Manifesto*, 26 ottobre 1997), e al documento 19 settembre 1998 del Consiglio nazionale di Md sulla conduzione delle indagini relative all'omicidio di Marta Russo (su cui cfr. L. Pepino, *Magistratura e dintorni. Il processo per l'omicidio di Marta Russo e le regole processuali*, in questa *Rivista*, 1999, p. 151).

bertà?¹⁰⁴ e non è stata forse Md l'unica componente della magistratura a esprimere critiche garantiste anche nei confronti di una stagione giudiziaria come quella di Tangentopoli (pur sostenuta in modo inequivoco)?¹⁰⁵.

4.7. Nessuna sottovalutazione, in ciò, della funzione di accertamento propria del processo penale e nessun cedimento a strategie processuali meramente *ostruzionistiche*, in cui è evidente lo scambio del garantismo «con il letteralismo formalistico e con il proceduralismo o, addirittura, il rovesciamento nel suo contrario, e cioè nella strumentalizzazione cavillosa delle forme giuridiche a fini di sabotaggio delle funzioni sostanziali di tutela proprie della giurisdizione»¹⁰⁶. Scriveva Borrè, nel 1983, tracciando una prospettiva rimasta ferma negli anni in Md: «Il garantismo costituisce un insieme di regole formali la cui forza può operare anche a discapito della possibilità che il processo

¹⁰⁴ Merita ricordare che, nello stesso arco di tempo, proprio per ragioni legate al garantismo e alla presunzione di non colpevolezza Md decise di soprassedere da una presa di posizione sulle pur scandalose vicende che accompagnarono il processo per il disastro del Vajont (cfr. M. Ramat, *Una piccola storia in una grande storia*, cit., p. 29).

¹⁰⁵ Cfr. *Notiziario di Magistratura democratica*, 1994, n. 11 (nuova serie), fascicolo speciale dedicato a *Il processo penale nella stagione di Tangentopoli. Materiali per una analisi*, in cui sono riportate, tra l'altro, le conclusioni del segretario, L. Pepino, al seminario su tale tema, tenutosi a Sasso Marconi il 21-23 ottobre 1994. In tali conclusioni si fa espresso riferimento a «errori o forzature» consistenti in «sopravvalutazioni di chiamate in correità prive di riscontri, sospette reiterazioni di misure per fatti temporalmente omogenei, motivazioni tautologiche o riferimenti alla necessità di atti di indagine poi non compiuti, formalistico accantonamento di prognosi pacifiche di concedibilità della sospensione condizionale della pena, etc.». Vds., inoltre, G. Borrè: «Infine, è positiva la crescita della magistratura nella difesa ad ampio raggio della legalità anche con lo strumento penale, in attuazione del dovere costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale posto dell'articolo 112. Ma occorre contemporaneamente una capacità di vivere una cultura delle garanzie che si è talora fortemente attenuata nel mondo giudiziario. Quanto più vasto è l'esercizio del potere in sede penale, tanto più rigoroso deve essere il rispetto delle garanzie; e i processi non devono diventare (come troppo spesso rischiano di diventare) inchieste sterminate in cui è sempre più lontano e improbabile il momento della verifica pubblica, al punto da diffondere l'opinione che non ci siano più dibattimenti ma soltanto inchieste» [(*esi e contrappesi: gli istituti di garanzia*, cit.)].

¹⁰⁶ Così, richiamando una citazione di L. Ferrajoli, L. Pepino, *Compiti della politica. Doveri della giurisdizione*. Relazione per l'XI congresso nazionale di Magistratura democratica (Napoli, 29 febbraio - 3 marzo 1996), in questa *Rivista*, 1995, pp. 772-773.

raggiunga la verità materiale, ma non esclude che quest'ultima rappresenti, tendenzialmente, lo scopo del processo medesimo (assumo qui il concetto di "verità materiale" quale risulta dal senso comune, evitando disquisizioni di ordine processualistico o filosofico che non contribuirebbero alla serietà del discorso). Ben diverso modo di intendere il garantismo è invece quello che ravvisa nel processo non tanto lo strumento per la ricerca della verità materiale sotto il presidio (e quindi anche con il limite) di indeclinabili garanzie, quando una "garanzia in sé", una struttura di cui la garanzia dell'incolpato esaurirebbe il fine. (...) Se fosse esatta la concezione del garantismo ora criticata, davvero non avrebbe alcun senso parlare di una crescita professionale del giudice in rapporto a certe aree di indagine, di un diverso acculturamento della magistratura a seconda della natura e dell'entità del fenomeno criminale; e, in definitiva, sarebbe arbitrario chiedere al giudice una scelta di valori ed una mobilitazione ideale. Nell'ottica ipotizzata, il giudice dovrebbe essere piuttosto una *tabula rasa*, culturalmente neutra, uguale per tutti i processi, perché in tutti i processi sarebbe in gioco il medesimo valore di fondo. Ma se è corretta, invece, l'altra concezione del garantismo - come insieme di regole formali che rendono "giusto" il processo, ma non ne assorbono lo scopo; che possono risolversi in limiti alla ricerca della verità materiale, ma non si sovrappongono a questa come fine ultimo della giurisdizione - allora il discorso resta ben altrimenti aperto, non schiacciato da esclusioni pregiudiziali. In primo luogo viene meno - accogliendo tale prospettiva - ogni aprioristica incompatibilità fra essere garantisti ed essere portatori di valori. Riemerge la possibilità (ed anzi la doverosità) di distinguere fra neutralità processuale e neutralità culturale»¹⁰⁷.

5. Il rovesciamento della piramide: un'organizzazione giudiziaria "all'ingiù"

5.1. L'organizzazione gerarchica e piramidale del corpo giudiziario è stata - già lo si è ricordato - il più potente veicolo di conformazione e conformismo giurisprudenziale e di sintonia della magistratura con il sistema di potere politico ed economico. «Che (i) meccanismi selettivi costituissero anche un momento di controllo della professio-

¹⁰⁷ *Mafia, 'ndrangheta e camorra*, cit.

nalità non può negarsi in assoluto. È certo, comunque, che essi rappresentavano un notevole costo in termini di indipendenza della magistratura, sia interna che esterna. Da un lato, infatti, la carriera, sia come traguardo sperato che come risultato raggiunto, produceva effetti di conformazione all'interno del corpo giudiziario, smorzando la dialettica e il pluralismo nella formazione della giurisprudenza. Dall'altro, poiché la carriera determinava un processo di verticizzazione della magistratura, veniva favorita la possibilità di interferenze esterne, essendo evidentemente più facile condizionare dall'esterno un vertice (o un sistema di vertici) che non un potere diffuso. Superfluo soggiungere che da ciò derivava, al di là delle proclamazioni e magari delle intenzioni di indipendenza, una tendenziale consonanza fra magistratura e interessi dominanti, determinata non solo da condizionamenti (o autocondizionamenti) ma anche dall'implicito effetto di conservazione proprio della scarsità di pluralismo giurisprudenziale¹⁰⁸. Non per caso, dunque, l'abbattimento della carriera fu, negli anni sessanta e settanta, obiettivo prioritario (quasi "parola d'ordine") di Magistratura democratica, unitamente, invero, all'intera Associazione nazionale magistrati¹⁰⁹. L'obiettivo venne, infine, raggiunto con le leggi 25 luglio 1966 n. 570 e 20 dicembre 1973 n. 831, che introdussero i cd "ruoli aperti", cioè la nomina a magistrato di appello e di cassazione, con i relativi effetti giuridici ed economici, a seguito del raggiungimento dell'anzianità corrispondente e della richiesta valutazione di idoneità, ma indipendentemente dal conferimento delle relative funzioni.

5.2 La ragione fondamentale di tale scelta fu non solo la rottura con il vecchio modello meritocratico ma anche la prefigurazione di un nuovo sistema, fondato sull'egualitarismo e sulla distinzione dei giudici esclusivamente per funzioni (senza gerarchie interne). La merito-

¹⁰⁸ Così G. Borrè, *C'è ancora una carriera in magistratura?*, in A. Pignatelli – C. Viazzi (a cura), *La professione del giudice. Analisi e proposte di Magistratura democratica*, Angeli, Milano, 1986, p. 94 e ora in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 141.

¹⁰⁹ Cfr. sul punto E. Bruti Liberati, *La magistratura*, cit., p. 162 ss. Che nella «battaglia per l'abbattimento della carriera» ci fossero - come taluno sostiene - margini di ambiguità, dovuti alla coesistenza, con autentiche istanze di rinnovamento, di posizioni tese solo a liberare i magistrati da controlli periodici sulle qualità professionali, è del tutto evidente, ma ciò non vale a mutare il segno politico culturale della vicenda.

crazia, tesa com'è a dispensare riconoscimenti, economici o di carriera, a chi ne viene ritenuto *meritevole*, è l'interfaccia di una magistratura organizzata gerarchicamente che punta sulla *selezione*. Opposta l'opzione di Md, che ha ritenuto (e ritiene) tale prospettiva strutturalmente inadeguata per il "servizio giustizia": non solo, infatti, è arduo selezionare *i migliori* (ché i sistemi concorsuali hanno sempre selezionato non *i migliori* bensì gli *omogenei*) ma, una volta effettuata la selezione, non si saprebbe che cosa farne posto che tutte le funzioni giudiziarie sono egualmente delicate e tutte incidono sulla libertà personale, sull'onore, sui beni, sull'attività lavorativa, sulla vita familiare dei cittadini¹¹⁰. Per dare risposte di giustizia attendibili e diffuse non serve, dunque, selezionare *i migliori magistrati* ma occorre perseguire la crescita di *tutta la magistratura*¹¹¹. È stata, del resto, l'abolizione della carriera intesa come "percorso verso l'alto" che ha prodotto magistrati pieni di tensione morale e di passione civile (nel pieno della loro vita professionale e tra i "ragazzini"), pur in presenza di deresponsabilizzazioni, insufficienze e pavidità (peraltro egualmente diffuse in precedenza)¹¹².

¹¹⁰ Restano straordinariamente attuali i rilievi di G. Maranini, *Carriera dei giudici, casta giudiziaria e potere politico* [in G. Maranini (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, cit., pp. 59-60]: «Non credo che nelle magistrature 'superiori' occorran maggiori valori morali e tecnici che nelle magistrature 'inferiori'. È una opinione che potrei difendere con un lungo discorso. Mi limito a riferirmi alla mia esperienza professionale... E nella mia forse eccessiva presunzione, sono convinto che saprei essere un mediocre consigliere di Cassazione; ma non avrei mai il coraggio di fare il pretore, perché so che non avrei la necessaria preparazione».

¹¹¹ «La crescita della cultura dell'uguaglianza delle funzioni è in buona parte affidata a meccanismi spontanei, alla progressiva presa di coscienza che non vi è, nella giurisdizione, un *più* o un *meno* di importanza, ma un'uguale diffusione di "potere originario" e di responsabilità. (...) Ma il presupposto essenziale perché veramente maturi, e si diffonda, una cultura di uguaglianza delle funzioni, è che la magistratura, nel suo complesso, cresca di qualità, sia migliore e più preparata. Quando il livello è alto per tutti, l'uguaglianza diventa un fatto abbastanza naturale, mentre in una magistratura in cui esistono zone d'ombra, tendenza alla *routine*, imboscamenti, provincialismi corporativi, sacche di pigrizia e di inefficienza, vi sarà inevitabilmente il pericolo di burocratizzazione e, con esso, la logica della diversità, il tarlo di un verticalismo che fa da schermo all'insufficienza dei contenuti e delle gratificazioni culturali: e ciò tanto da parte dei peggiori, che tendono a veder compensato dal carrierismo (sperato o realizzato) le loro frustrazioni, quanto da parte dei migliori, che tendono a difendere con sterili fughe in avanti la propria stima di sé» (così G. Borrè, *C'è ancora una carriera in magistratura?*, cit.).

¹¹² «Non abbiamo elementi di riscontro (se non il nostro ricordo personale), ma ci pa-

5.3. Il rifiuto della meritocrazia e l'affermazione forte di un modello *egualitario* in magistratura ha come necessaria integrazione – lo si è appena ricordato – una complessiva crescita di professionalità (che non può ovviamente essere considerata un *optional* affidato alla buona volontà dei singoli). Insufficienze, impreparazione, cadute di professionalità sono devastanti, oltre che in termini di *servizio*, anche in una dimensione politica. «Come è vero che la scarsa professionalizzazione della magistratura, una magistratura scassata e magari mal pagata, è sempre stata (la storia dell'istituzione lo insegna) garanzia di subalternità agli interessi dominanti, così all'inverso è vero che una crescita di professionalità (nel senso in cui tale concetto è fortemente entrato nella cultura progressista, con riferimento in genere alla tematica del lavoro) racchiude potenzialità emancipatrici e liberatorie che non possono non tradursi in altrettante garanzie di effettiva indipendenza (esterna e interna) dei magistrati. Per dir le cose più in chiaro: non è forse vero (quanto all'indipendenza esterna) che il giudice ignorante e professionalmente poco attrezzato è più facile preda, come dice A. Di Majo, degli *arcana imperii* (o più semplicemente degli interessi dominanti, anche a livelli modesti, di “complicità paesana”)? E, quanto all'indipendenza interna, non è forse vero che il giudice incapace o neghittoso è esposto, nei suoi rapporti con la gerarchia, ad avvilenti baratti fra quieto vivere e subalternità?»¹¹³. La scarsa professionalità va, dunque, contrastata con determinazione ma restando all'interno della logica delle leggi di abolizione della carriera e non con un ritorno all'indietro. «Le due leggi non sono sbagliate in sé, ma semmai hanno dato luogo ad un fraintendimento applicativo. Il controllo che esse prevedono, non coordinandosi ad un numero limitato di posti da assegnare, non implica la falciatura concorsuale, ma presuppone pur sempre, come entrambe le leggi dicono con tutta chiarezza, il *positivo* riscontro di qualità personali ed umane (laboriosità, preparazione, equilibrio, etc.), non essendo vero che tutto si riduce alla rilevazione di

re di poter escludere che la magistratura di oggi sia mediamente inferiore, come preparazione tecnica, a quella di ieri; ed anzi saremmo proclivi a ritenere il contrario. Non vi sono, dunque, ‘paradisi perduti’ da recuperare» (così V. Borraccetti - G. Borrè, *Professionalità, controlli, assegnazione di funzioni*, in questa *Rivista*, 1996, p. 352).

¹¹³ G. Borrè, *La professionalità dei magistrati*, in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura democratica*, cit., p. 131.

casi-limite di *negatività*. Se quest'ultima involuzione si è nei fatti verificata, ciò è almeno in parte avvenuto per una inadeguatezza, un cedimento, una incrinatura corporativa del sistema dell'autogoverno. E questo è grave perché il disegno costituzionale della giurisdizione in tanto regge in quanto l'autogoverno faccia la propria parte»¹¹⁴.

6. Un'eresia che ha messo radici

6.1. Lungo queste direttrici si è sviluppato negli anni il percorso di Md. Il viaggio è stato talora accidentato¹¹⁵, ma l'*eresia* ha messo radici, è cresciuta¹¹⁶, ha stimolato esperienze analoghe in Italia ed anche in Europa¹¹⁷, ha prodotto cultura¹¹⁸. Soprattutto ha contribuito a cam-

¹¹⁴ V. Borraccetti - G. Borrè, *Professionalità, controlli, assegnazione di funzioni*, cit., p. 352.

¹¹⁵ Nessun percorso politico è lineare ed ogni vicenda storica risente del contesto politico e culturale in cui si svolge. Ovviamente Md non fa eccezione; e ci sono stati nella sua storia anche estremismi ingenui ed eccessivi. Come scrive L. Ferrajoli (*Per una storia delle idee di Magistratura democratica*, cit., pp. 68-69), «si potrà oggi sorridere o anche provare fastidio per quell'estremismo e quell'attivismo di allora. Ma io credo che fu da quella rottura culturale che iniziò a svilupparsi quel costume di indipendenza e quel senso del ruolo giudiziario come contro-potere che ancora consentono di parlare, per quanto concerne la magistratura, di un 'caso italiano' del tutto singolare. Che fu grazie a quell'estremismo che Md produsse una mutazione esistenziale del magistrato, trasformandone modelli deontologici, relazioni sociali e costumi di vita. E che dunque l'indipendenza odierna della magistratura deve molto a quella stagione di emancipazione dei giudici dalla vecchia cultura di ceto e dalla tradizionale ideologia della separazione».

¹¹⁶ Quanto alla crescita, i riscontri delle elezioni associative sono espliciti: dai 729 voti, pari al 18,7%, del 1964 (scesi a 554, pari al 13,5%, nel 1970, dopo la scissione del 1969) Md è passata, nel 1999, a 1858 voti, pari al 27,8%. Ancor più univoci i dati relativi alle elezioni per il Consiglio superiore della magistratura dove la rappresentanza di Md è salita dai due rappresentanti nel 1976 (primo Consiglio eletto con il sistema proporzionale) ai cinque eletti nel 1998.

¹¹⁷ Basti pensare, in Italia, a organizzazioni come Medicina democratica, Psichiatria democratica, Farnesina democratica. A livello europeo, poi, Md ha contribuito alla nascita di Medel (*Magistrats européens pour la démocratie et les libertés*), organizzazione sorta nel 1985 e che raccoglie oggi associazioni di magistrati democratici di oltre 10 paesi (cfr. Ch. Wettinck, *Magistrats européens pour la démocratie et les libertés: dall'idea alla realizzazione*, in questa *Rivista*, 2000, p. 1143).

¹¹⁸ È sufficiente ricordare la promozione delle riviste *Qualegiustizia* e *Questione giustizia* (delle quali già si è detto), ai quaderni di *Questione giustizia* (giunti ormai a oltre 20 volumi), alle centinaia di iniziative convegnistiche e seminariali organizzate nel

biare la magistratura¹¹⁹, rendendola capace di interventi in altre epoche impossibili. Illuminante è l'esempio dei processi di corruzione. Tali processi non nascono nei primi anni novanta¹²⁰, ma certo Tangentopoli è stata una *valanga* senza precedenti, non spiegabile soltanto con l'aumento della corruzione, le ricadute di uno scontro politico spregiudicato ed autolesionistico, la crescita della efficienza di alcuni apparati, la diminuzione della capacità di controllo diretto del sistema politico sui processi più delicati (realizzato attraverso la cd "giustizia politica", fondata sulla prudenza della Commissione inquirente e sulla *sobrietà* nelle autorizzazioni a procedere). Ad essa ha concorso in maniera decisiva l'incrinarsi della omogeneità di molta parte della magistratura con il sistema politico corrotto, quella omogeneità di cui è stata per lustri simbolo la Procura della Repubblica di Roma. È storia nota; ma quel che spesso viene dimenticato o taciuto è che quella omogeneità si è incrinata *gradualmente e non per caso*. La rottura è avvenuta a seguito di un conflitto duro e tuttora aperto nella magistratura tra chi ha (quantomeno) burocraticamente accettato lo *status quo* e chi ha tenuto aperta la prospettiva della indipendenza *reale* della giurisdizione e della eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. È questa la vicenda storica che sta dietro alla crescita del controllo di legalità da parte della magistratura: e in questa vicenda il ruolo di Md,

corso degli anni. Una particolare segnalazione merita la promozione, insieme all'*Associazione studi giuridici sull'immigrazione*, di un nuovo trimestrale dal titolo *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, il cui primo fascicolo è uscito nel 1999.

¹¹⁹ Ha osservato, nel 1992, L. Ferrajoli, pur non alieno da critiche nei confronti di alcune posizioni di Md negli ultimi anni: «Possiamo ben dire che questa singolare esperienza non ha solo coinvolto profondamente e direi totalmente - sul piano ideale, politico, culturale e professionale - quanti vi hanno partecipato, e cioè la magistratura italiana di sinistra, ma ha esercitato un'influenza profonda sull'intera istituzione giudiziaria, contribuendo in maniera decisiva a cambiarne il volto ed il ruolo nel sistema politico. Ho sentito spesso lamentare da molti magistrati democratici, anche in questo convegno, l'eccessiva omologazione dell'odierna Md alle altre componenti dell'Associazione nazionale dei magistrati. Sicuramente questa omologazione è in parte avvenuta, come forse era inevitabile. Ma a me pare che dovremmo chiederci quanto essa non sia dipesa assai più dal cambiamento dell'intera magistratura italiana, avvenuto in tutti questi anni grazie all'assimilazione di molte idee di Md, che non da un'integrazione corporativa del gruppo» (*Per una storia delle idee di Magistratura democratica*, cit., pp. 55-56).

¹²⁰ Anche sotto il profilo qualitativo vicende come quelle dell'Italcasse, dei Fondi neri Iri, della Lockheed, dei vari scandali petroliferi, di Teardo e di Zampini, di Longo e di Nicolazzi hanno pur significato qualcosa nella storia politica italiana.

delle sue *interferenze*, del suo impegno quotidiano, delle sue polemiche è stato decisivo.

6.2. Ricorrenti sono stati i tentativi di *sradicare* Md da parte di chi mal tollera l'eguaglianza e le regole; e la tentazione del rogo esiste tuttora. Ma nemmeno il rogo può cancellare le eresie se ne permangono le ragioni. E che queste permangano, in una società sempre più caratterizzata da un *pensiero unico* in cui non c'è posto per l'uguaglianza, lo ha ricordato Borrè in uno dei suoi ultimi interventi¹²¹:

Non è vero che il soggetto "disuguale" si identifichi nella figura classica del proletariato, ben più vaste e articolate, e a priori indeterminabili, essendo le dimensioni di tale soggettività, ben lontana dallo sparire dallo scenario del mondo ed anzi destinata ad incrementarsi di sempre nuovi e dolorosi segmenti. E infine non è neppur vero che vi sia incompatibilità fra terzietà e scelta di campo, perché vi sono molti casi (dal tossicodipendente al senza casa, all'immigrato, al "diverso") in cui la terzietà - in quanto non condivisione di una convenzione emarginante, non adagiamento in uno schema già predisposto di rifiuto - è essa stessa "scelta di campo". (...) Infine vi è un ultimo compito da assolvere, che è sempre stato di Md: un compito di "guardianaggio", duro e intransigente dei valori fondamentali; di denuncia aperta ed aspra di ciò che li pone in pericolo; fino alla resistenza, se la gravità del caso lo richiede. Vi sono state, in questi ultimi anni, due cose molto gravi. Una a livello di realtà attuata; l'altra di ipotesi, ma concretamente e pesantemente sostenuta. Vi è stata una guerra non deliberata dal Parlamento. E vi è il tentativo (ogni tanto ricorrente) di porre in discussione l'art. 138 della Costituzione, mutando la regola della revisione costituzionale. Ebbene a me pare che di questi due fatti non ci siamo accorti abbastanza. Il compito di vigilanza, che ci è proprio come magistrati democratici, ma direi, *tout court*, come intellettuali democratici, non è stato assolto con sufficiente durezza di denuncia. Eppure proprio qui - se sono accettabili le cose che ho rievocato e le pur sommarie analisi che ho cercato di compiere - proprio qui sta il succo della nostra storia: la vigilanza democratica è la ragione per cui siamo nati e il traguardo al quale dobbiamo ancora guardare per il futuro.

¹²¹ *Le scelte di Magistratura democratica*, cit.

