

## Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell’oggi\*

di Nello Rossi

direttore di *Questione Giustizia*

La relazione presentata all’Università La Sapienza durante la IV Sessione degli incontri di studio su *L’uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant’anni dopo*, intitolata *La magistratura e il ruolo del giurista oggi* (Roma, 24 marzo 2023)

Sommario: 1. I magistrati nel convegno catanese sull’uso alternativo del diritto - 2. Il recepimento delle indicazioni del pensiero giuridico moderno - 3. La rottura con la corporazione - 4. La “giurisprudenza alternativa” - 5. Le critiche specifiche ed i più generali sospetti teorici di Tarello sul ruolo della magistratura - 6. Il richiamo alla Costituzione. Per liberarsi e per liberare - 7. Più che eretici, iconoclasti - 8. Dopo la crisi etica, dopo l’involuzione burocratica quale è il ruolo della magistratura e, al suo interno, di una magistratura di orientamento democratico? - 9. L’eguaglianza di fronte alla legge penale e il garantismo penale. Verso una ripresa dei contrasti all’interno della corporazione - 10. Un ruolo di garanzia dei diritti e della dignità delle persone e delle molte minoranze che popolano le moderne società - 11. Il pluralismo ideale della magistratura ed i suoi luoghi - 12. La crisi di democrazia dell’associazionismo.

### 1. I magistrati nel convegno catanese sull’uso alternativo del diritto

Credo che il mio coinvolgimento nell’iniziativa di riflessione voluta dall’Università La Sapienza sia dovuto al riconoscimento di una sorta di ruolo esponenziale.

Sono infatti il direttore di *Questione Giustizia*, la rivista promossa da *Magistratura democratica* che nel 1982 raccolse, per impulso di Pino Borrè, il testimone di una precedente rivista, *Quale Giustizia*, che ebbe un ruolo importante proprio nel periodo in cui si svolse il convegno catanese e nella stagione nella quale nacque e si sviluppò la c.d. “giurisprudenza alternativa”.

Come magistrato il taglio del mio intervento è in qualche modo obbligato.

Da un lato riferirò degli apporti dei magistrati che presero la parola nel convegno catanese e più in generale della presenza forte, si potrebbe dire della “incombenza” della magistratura nelle analisi dei partecipanti al convegno.

Il che implica il richiamo, sia pure per cenni, alla dialettica forte tra due relatori - Tarello e Ferrajoli, all’epoca ancora magistrato - ed agli interventi di Federico Governatori, direttore di *Quale Giustizia*, e di Domenico Pulitanò anch’egli ancora magistrato.

Dall’altro lato tenterò una valutazione, naturalmente sommaria e approssimativa, di quanto di quella stagione si è rivelato fecondo e carico di futuro - facendo sì che posizioni originariamente minoritarie divenissero nuovo senso comune condiviso della magistratura, trasformando l’eresia in riforma - e di quanto è stato caduco, transeunte, superato oppure è rimasto appannaggio solo di una minoranza sia pure vivace, combattiva, incisiva.

---

\* Il presente scritto, che riprende e rielabora i contenuti dell’intervento svolto il 24 marzo 2023 all’Università La Sapienza di Roma nella quarta sessione del convegno “*L’uso alternativo del diritto Il convegno catanese cinquant’anni dopo*” intitolata *La magistratura e il ruolo del giurista oggi*, è destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno.

## 2. Il recepimento delle indicazioni del pensiero giuridico moderno

I magistrati presenti a Catania, tutti di Magistratura democratica, portavano nel convegno il frutto di una elaborazione collettiva che si era snodata in molteplici incontri e congressi<sup>1</sup>.

Da un punto di vista tecnico-giuridico, metodologico e culturale essi non pretendevano particolari riconoscimenti di originalità e di innovatività.

Dichiaravano di aver raccolto e recepito le indicazioni della più moderna dottrina giuridica critica nei confronti del positivismo giuridico:

-la critica dell'idea di "*rigore, completezza e coerenza dell'ordinamento giuridico*"<sup>2</sup> e la presa d'atto della "*contraddittorietà intrinseca di qualsiasi ordinamento giuridico storicamente dato e della non autosufficienza del sistema legale formale*"<sup>3</sup>;

-il riconoscimento dell'ineliminabile discrezionalità dell'interprete e della necessità di responsabili scelte interpretative facenti riferimento a valori;

-la necessità di liberarsi dagli "*schemi di deduzione formale che mascherano anziché esplicitare il reale svolgersi del ragionamento dei giudice*"<sup>4</sup> e la ricerca di un nuovo stile argomentativo nelle decisioni giudiziarie;

-l'analisi del ruolo, più che conservatore soffocante, svolto dalla dottrina giuridica che, sovrapponendo alla legislazione categorie concettuali estratte da normative del passato, sterilizzava le innovazioni normative.

## 3. La rottura con la corporazione

Su questo substrato teorico, su questa piattaforma concettuale venivano innestate idee forza e comportamenti che rompevano radicalmente con le convinzioni, e le prassi della corporazione dei magistrati.

Queste idee erano "corollari" della impostazione teorica recepita ma corollari sviluppati con estremo rigore in modo da risultare socialmente e politicamente dirompenti.

Attraverso di essi si realizzavano una rottura professionale, una rottura etica e una cesura sul piano del costume profondissime in seno alla magistratura e si delineavano con nettezza le contrapposizioni radicali rispetto alla magistratura conservatrice.

---

<sup>1</sup> Vedi al riguardo *Per una strategia politica di Magistratura democratica*, testo ciclostilato della relazione presentata da V. Accattatis, I. Ferrajoli e S. Senese, al congresso di Magistratura democratica (Roma, 3-5 dicembre 1971); G. Borrè, P. Martinelli, L. Rovelli, *Unità e varietà nella giurisprudenza* (a proposito della c.d. rotazione in Cassazione) in *Foro Italia*, V, c. 45 nonché le relazioni di E. Paciotti e T. Grimaldi al 14° congresso di Trieste dell'ANM.

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria* in *L'uso alternativo del diritto*, I. Scienza giuridica e analisi marxista, Bari, Laterza, 1973, p. 107.

<sup>3</sup> D. Pulitanò, *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici* in *L'uso alternativo del diritto* II. Ortodossia giuridica e pratica politica, Bari, Laterza, 1973, p. 61.

<sup>4</sup> D. Pulitanò, *op. cit.* p. 61

Enunciando la rigorosa separazione tra diritto e politica il positivismo giuridico aveva enunciato “*la soggezione del diritto e dell’interprete alla volontà politica del legislatore, e dunque una concezione eminentemente burocratica dell’attività giudiziaria*”<sup>5</sup>.

Ora il giudice interprete si liberava di tale subalternità e, insieme, della dimensione meramente burocratica della sua attività.

**3.1.** Innanzitutto veniva contestato il mito della apoliticità della giurisdizione e del giudice.

La pretesa di apoliticità – si affermava - era solo la maschera della politica conservatrice, un modo della vecchia magistratura per far politica in maniera indisturbata.

Ad essa veniva contrapposta una politicità dichiarata, intesa come fedeltà alla costituzione, come opzione per i valori ed i principi della carta costituzionale tutte le volte che fosse necessario compiere una scelta tra diverse interpretazioni possibili o tra norme contrastanti.

*“Non si può essere contemporaneamente fedeli ai codici di Mussolini e alla Costituzione, ai principi di sopraffazione classista che informano il vecchio ordinamento fascista e ai programmi emancipatori enunciati e imposti dalla Costituzione repubblicana. Se due norme sono tra di loro in contraddizione non si può essere fedeli all’una senza essere infedeli all’altra”*<sup>6</sup>.

**3.2.** Si denunciava, inoltre, la pretesa di irresponsabilità sociale e politica per l’attività interpretativa e con essa lo spirito di omertà della corporazione.

L’oggettività e l’unicità dell’interpretazione erano disvelate come un modo per non assumere responsabilità sociale per le scelte compiute.

A tale schermo intellettuale e alla ferrea solidarietà della corporazione - che considerava scandalose le critiche alle decisioni giudiziarie provenienti da magistrati bollandole come “interferenze” - si contrapponeva l’assunzione di responsabilità per le decisioni assunte, rivendicando la possibilità e utilità delle critiche che venivano dall’interno del corpo.

*“La causa più profonda dell’insistente professione di apoliticità da parte dei settori conservatori della magistratura è ...il rifiuto della responsabilizzazione del giudice dinanzi al popolo”*<sup>7</sup>.

Un tema già prospettato da Marco Ramat in un suo articolo di qualche anno prima che aveva affiancato alle diverse forme di responsabilità del giudice la responsabilità politica, ovvero la responsabilità sociale e culturale per le proprie decisioni<sup>8</sup>.

La responsabilità sociale e politica (così doveva essere intesa la “*responsabilizzazione dinanzi al popolo*” evocata a Catania da Ferrajoli) diveniva dunque il caposaldo di una nuova etica, un “*impegno etico e scientifico insieme, di rendere ragione dei valori di riferimento delle proprie scelte interpretative, in modo da rendere queste ultime il più possibile controllabili*”<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> E. Scoditti, *Il giudice nell’Italia degli anni settanta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2007, p. 130.

<sup>6</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.* p. 108

<sup>7</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.* p. 109

<sup>8</sup> M. Ramat, *La responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amministrativo*, 1969, n. 3, pp. 15-25;

<sup>9</sup> D. Pulitanò, *op. cit.* p. 61

**3.3.** Di contro alla rigorosa separazione tra diritto e politica ed alla conseguente separatezza di casta della magistratura si proponeva l'alternativa del collegamento del giudice con l'esterno, con le dinamiche sociali, con i conflitti sociali<sup>10</sup>.

*“Se è vero...che non è possibile un autentico comprendere senza un concreto partecipare”* un esercizio alternativo della funzione giudiziaria sarà possibile *“in quanto esso si fondi su di un costume e su di una prassi a loro volta alternative rispetto ai tradizionali modelli di condotta del giudice borghese”*, aprendosi all'esterno, superando la chiusura corporativa e castale del proprio ruolo e collocandosi all'interno delle dinamiche sociali<sup>11</sup>.

Un giudice cittadino, dunque, partecipa delle vicende e delle dinamiche sociali e per questo in grado di farsi portatore - in coerenza con l'indicazione promanante dall'art. 3 capoverso della Costituzione - di interpretazioni ispirate ad una logica di emancipazione dei soggetti socialmente ed economicamente deboli e delle categorie sottoprotette.

#### **4. La “giurisprudenza alternativa”**

In queste ed analoghe affermazioni si esprimeva una rivoluzione.

Ma era principalmente una rivoluzione dell'etica professionale, una rivoluzione dentro e contro la corporazione che dava voce all'insofferenza della parte più viva della giovane magistratura verso i riti, le ipocrisie e le finzioni della magistratura tradizionalista.

Questa radicalità cedeva il posto a ragionamenti più controllati e controllabili quando si toccava il punto delle modalità di esercizio della giurisdizione e dei contenuti effettivi di una giurisprudenza alternativa.

Di fronte alle critiche, spesso aspre e strumentali, di “diritto libero” e di arbitrio interpretativo, si assumeva, con un tocco di ironia, l'atteggiamento di Renzo Tramaglino quando, di fronte alle recriminazioni di Don Abbondio, dice “Posso aver fallato...” ma ribadisce la sua buona fede (che, in questo caso, sta nella linearità della condotta istituzionale tenuta).

*“Possiamo aver errato nel teorizzare ma la sostanza dei nostri principi teorici è tutt'altro che soggettivista e antilegalitaria”* afferma Pulitanò. In realtà ciò che si è inteso fare è stato *“riportare i modelli teorici e argomentativi più aggiornati all'interno della realtà viva e politicamente calda dell'applicazione del diritto vigente”*<sup>12</sup>.

E chiede che l'attenzione si concentri sui contenuti delle decisioni dei magistrati democratici per verificarne il grado di innovatività e la capacità di essere alternative alla giurisprudenza dei magistrati conservatori non solo nel metodo ma nelle soluzioni adottate.

Così come fa Federico Governatori che, da un lato, invita a valutare - più che le astratte formulazioni teoriche attribuite a Magistratura democratica - la giurisprudenza, determinante campo di azione della magistratura che su di esso deve essere giudicata e la prassi sociale del gruppo di magistrati di MD, con le sue posizioni di sostegno alla libertà di critica delle decisioni giudiziarie e di denuncia dei pericoli di una nuova fase di repressione giudiziaria culminata nell'ordine del giorno Tolin e costata una dolorosa scissione<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.* p. 11.

<sup>11</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.* p. 119

<sup>12</sup> D. Pulitanò, *op. cit.* pp. 61 -62

<sup>13</sup> F. Governatori, *Orientamenti della giurisprudenza, riviste giuridiche e mezzi di comunicazione*, in L'uso alternativo del diritto II. Ortodossia giuridica e pratica politica, Bari, Laterza, 1973, pp. 51-60.

In definitiva, a contatto con la realtà dello scontro politico e sociale in atto nel Paese *“la scelta per la legalità costituzionale diviene per i magistrati democratici, consapevole e coerente scelta di campo per una giustizia alternativa cioè per una giurisprudenza alternativa rispetto alla tradizionale giurisprudenza di ispirazione autoritaria ... orientata alla tutela degli spazi di azione delle forze sociali di opposizione e all’emancipazione delle classi subordinate”*<sup>14</sup>.

Certamente, ispirandosi ai valori costituzionali - che nel confronto con la legislazione vigente ne rivelavano la permanente inadeguatezza - il magistrato entrava in un rapporto di tensione critica con la legalità ordinaria.

Ma egli poneva pur sempre in essere - “doveva” porre in essere - un’operazione interpretativa controllabile con gli strumenti della logica giuridica e dell’ermeneutica sia nell’attenzione al “fatto” (su cui molto si insisteva) sia nella individuazione di un’interpretazione della norma innovativa rispetto al passato.

## **5. Le critiche specifiche ed i più generali “sospetti” teorici di Tarello sul ruolo della magistratura**

Nei confronti di queste posizioni non coglievano nel segno le critiche di strategia avventurista che nella sua relazione Tarello formulava nei confronti di una possibile interpretazione del ruolo dei magistrati democratici in termini di puro antagonismo rispetto al potere dominante.

Una strategia – diceva Tarello – che non avrebbe sortito alcun effetto positivo e avrebbe avuto solo l’effetto di scatenare la reazione.

Che non ci fosse avventurismo nell’azione e nelle idee di Magistratura democratica, punta di lancia del rinnovamento e protagonista della giurisprudenza alternativa, è attestato dalla intera storia di MD<sup>15</sup> ma trova un riscontro immediato già nel convegno tanto nelle affermazioni che ho ricordato quanto in una significativa autocritica di Federico Governatori su di un punto importante: la valutazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori.

Il testo dello Statuto – esaminato ancor prima della sua approvazione ad opera del Parlamento - era stato oggetto di *“critiche assai drastiche di assoluta inadeguatezza e di inutilità pratica”*<sup>16</sup> da parte di alcuni magistrati in un articolo apparso sui primi numeri di Quale Giustizia.

L’articolo – diceva Governatori – era stato un errore politico del quale anche lui si sentiva responsabile e per il quale faceva autocritica.

Nella pratica, infatti, *“dopo pochi giorni dall’entrata in vigore della legge la gran parte dei colleghi e anche il collega che aveva scritto l’articolo, nel decidere i primi casi ne avvertirono immediatamente tutte le vaste possibilità di applicazione e lo fecero con la massima coerenza e apertura ampliandone con lucidità e realismo le clausole elastiche e dando vita ad una*

---

Sulla vicenda dell’ordine del giorno Tolin, all’origine, nel 1969, della prima scissione in MD, vedi per tutti lo scritto di G. Palombarni e G. Viglietta, *Magistratura democratica e la tutela del dissenso. Cronache di una esperienza* in *Questione Giustizia*, Trimestrale, n. 4 del 2015, pp. 84 e ss. e la bibliografia ivi richiamata.

<sup>14</sup> L. Ferrajoli, *op. cit.* p. 113

<sup>15</sup> Per un’accurata analisi delle posizioni politiche e culturali espresse dagli aderenti ad MD prima e dopo il convegno di Catania, cfr. L. Pepino, *Appunti per una storia di Magistratura democratica*, in *Questione giustizia*, 2002, n. 1, pp. 111-145; E. Bruti Liberati, *La magistratura dall’attuazione della Costituzione agli anni ’90*, in *Storia dell’Italia repubblicana*, III, 2, Torino 1997, pp. 141-240; G. Palombarini - G. Viglietta, *La Costituzione e i diritti. Una storia italiana: la vicenda di Md dal primo governo di centro-sinistra all’ultimo governo Berlusconi*, Napoli 2011.

<sup>16</sup> F. Governatori, *op. cit.* p. 59

*giurisprudenza che ha rappresentato un fatto di non poca importanza nella cultura giuridica italiana<sup>17</sup>*”.

A sua volta la rivista Quale Giustizia aveva diffuso e fatto conoscere questa giurisprudenza aprendo uno spazio utilizzabile *“dalle forze che lottano per una società diversa”*. E ciò *“senza alcuna pretesa di saper indirizzare o di poter guidare tale movimento “ma con il desiderio di dare un contributo “seguitando a fare il nostro mestiere”<sup>18</sup>*.

Appariva dunque ingiustificata la polemica direttamente politica di Tarello– che peraltro non lesinava critiche aspre a nessuna delle diverse componenti della magistratura, la conservatrice, la razionalizzatrice, la rivoluzionaria – polemica che paventava il rischio che un eccesso di indipendenza della magistratura finisse con il generare politiche sovversive<sup>19</sup>.

Molto più stimolanti erano invece altri rilievi critici della relazione di Tarello, i “sospetti” (così li chiamava) sulla possibilità che la magistratura in quanto tale svolgesse un coerente ed organico ruolo progressivo nella situazione politica ed istituzionale del Paese.

Tale diffidenza era giustificata in primo luogo dal carattere rapsodico, individualistico, non pianificabile dell’intervento giurisdizionale.

Inoltre vi era il rischio che - essendo comunque la magistratura un corpo detentore di potere largamente indipendente – essa potesse sviluppare tendenze di gestione autonoma del potere dando vita ad una sorta di Nasserismo (non di giovani ufficiali ma) di giovani magistrati<sup>20</sup>.

## **6. Il richiamo alla Costituzione. Per liberarsi e per liberare**

Per concludere sul passato. Nell’elaborazione dei magistrati innovatori era forte e costante il richiamo alla Costituzione.

Un richiamo che aveva una duplice funzione: liberarsi per liberare.

Da un lato nella Costituzione vi erano le norme per attuare una profonda trasformazione dello *status* e della funzione del magistrato.

Un aspetto, questo, relativamente in ombra a Catania ma fortemente presente in quegli anni in tutte le sedi di riflessioni della magistratura.

Dall’altro lato, nella Costituzione si cercavano e si individuavano le norme promotrici della auspicata trasformazione sociale, prima tra tutte quella dell’art. 3 capoverso.

Duplice alternativa, dunque, in nome della Costituzione.

Alla gerarchia, alla carriera, alla divisione tra alta e bassa magistratura, al primato della Corte di cassazione in termini di cultura e di potere.

---

<sup>17</sup> F. Governatori, *op. cit.* p. 59

<sup>18</sup> F. Governatori, *op. cit.* p.60

<sup>19</sup> G. Tarello, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *L’uso alternativo del diritto*, I. Scienza giuridica e analisi marxista, Bari, Laterza, 1973, pp. 61-104

<sup>20</sup> G. Tarello, *op.cit.* p. 102. Il tema è stato ripreso, molti anni dopo, da A. Panebianco che, in numerosi editoriali sul *Corriere della Sera*, ha qualificato la magistratura come una sorta di “burocrazia guardiana” del sistema politico italiano, a suo avviso investita di un ruolo in qualche modo paragonabile a quello svolto dall’esercito in Turchia.

E alternativa alla giurisprudenza conservatrice e alla dommatica giuridica in nome di una nuova legalità fondata sul progetto costituzionale, sul rifiuto della neutralità, sulla affermazione della politicità dell'interpretazione e della responsabilità sociale del magistrato.

La battaglia più aspra combattuta dalla magistratura di orientamento democratico fu senza dubbio quella contro la corporazione e il corporativismo, per l'indipendenza interna, per l'eguaglianza di tutte le funzioni giudiziarie, per la libertà di parola e di critica (la polemica sulle interferenze).

La battaglia più complessa, più sofisticata, più problematica è stata ed è quella contro il formalismo giuridico, contro il peso della dommatica giuridica, contro l'autoreferenzialità della giurisprudenza.

Anche perché, se è vero che la cultura giuridica ha mutato radicalmente volto resta forte nel meccanismo di selezione dei magistrati, nel concorso, con il peso della manualistica, una sorta di coazione al conformismo.

## 7. Più che eretici, “iconoclasti”

In definitiva, riguardando a quella stagione, ai conflitti interni alla magistratura e alla giurisprudenza alternativa, si può dire che prese forma e sostanza una magistratura “alternativa” a quella conservatrice e tradizionalista, con un approccio moderno all'attività di interpretazione e di giudizio e con una volontà di radicale cesura rispetto a schemi e gerarchie del passato.

Più che dei veri e propri eretici quei magistrati furono degli “iconoclasti”<sup>21</sup>, i distruttori, i liquidatori di una sacralità vetusta e insieme gli agenti istituzionali intenzionati a concorrere a profondi processi di democratizzazione della società.

Soggetti che ingaggiavano nel mondo della giustizia una lotta antiautoritaria *latu sensu* paragonabile a quella che investiva altre strutture della vita sociale e collettiva (dalla famiglia, alla scuola, alla fabbrica) e che, anche grazie a tale lotta, riuscivano ad immettersi dialetticamente nei processi di democratizzazione che negli anni 70' investirono il Paese cambiandone la fisionomia, concorrendo con le loro decisioni allo sviluppo di tali processi.

Penso, naturalmente, alla giurisprudenza dei pretori del lavoro ma anche agli interventi dei pretori penali in materia di ambiente e di tutela del lavoro e più in generale alle battaglie per la libertà di opinione (il tentato referendum abrogativo dei reati di opinione) e di critica.

Nella sintonia con i movimenti sociali di rinnovamento degli anni 70 sta la chiave per capire perché – eretici o iconoclastici che fossero – quei magistrati non finirono al rogo ma proseguirono la loro attività in magistratura, nell'università, talora in politica, essendo protetti e per così dire portati in salvo dall'onda dei movimenti popolari di quegli anni, riuscendo a dar vita ad una nuova cultura della magistratura e della giurisdizione e resistendo a lungo ai colpi di maglio inflitti dai governi di destra all'assetto disegnato dalla Costituzione<sup>22</sup>.

## 8. Dopo la crisi etica, dopo l'involuzione burocratica, quale è il ruolo della magistratura e, al suo interno, di una magistratura di orientamento democratico?

<sup>21</sup> Ed infatti “gli iconoclasti” è il titolo di uno dei primi libri dedicati alla storia di Magistratura democratica: S. Pappalardo, *Gli iconoclasti. Magistratura Democratica nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, Milano 1987.

<sup>22</sup> Cfr. al riguardo N. Rossi, *Verso una democrazia maggioritaria. Magistratura e mutamento istituzionale*, in “*Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*” a cura di N. Rossi, Milano, Angeli, 1994.

Dagli anni settanta ci separa lunghissimo arco di tempo, quasi un'era geologica, nel corso della quale si sono verificate trasformazioni profonde del paesaggio giuridico<sup>23</sup>.

Penso ai processi di espansione del ruolo giudiziario, all'affermarsi di una dimensione giuridica europea e internazionale come componente essenziale del quadro giuridico del Paese, al riconoscimento ormai indiscutibile della discrezionalità dell'interprete, che in ordinamenti giuridici caratterizzati dalla pluralità delle fonti e dei livelli istituzionali inizia già dal momento dell'identificazione delle norme applicabili.

Questi processi, naturalmente non solo italiani, si sono verificati nel nostro Paese in un contesto di aspre polemiche sul giudiziario e di ripetuti tentativi di ridefinizione dell'assetto di una magistratura ritenuta troppo indipendente, dotata di troppi poteri, eccessivamente influente sulla sfera della politica.

Negli ultimi tre anni poi la crisi etica (o meglio la crisi di democrazia dell'associazionismo dei magistrati) rivelata dal caso Palamara e l'involuzione burocratica e carrieristica che essa ha messo a nudo hanno reso ancora più problematica la condizione della magistratura e, al suo interno, di una magistratura di orientamento democratico, tuttora interessata a rifiutare una interpretazione burocratica del suo ruolo.

Per affrontare questo nodo bisogna a mio avviso sgomberare il campo da un "topos" che ricorre insistentemente nelle più recenti riflessioni dedicate alla magistratura italiana ed al suo associazionismo.

L'affermazione che è esistita un'età dell'oro, un felice periodo delle origini, ricco di tensioni e di divisioni ideali tra diversi gruppi associativi cui ha poi fatto seguito una lunga decadenza contrassegnata da un progressivo impoverimento ideale e culturale delle correnti e dalla loro trasformazione in apparati di gestione del potere.

Omogenee in questa valutazione di fondo le diverse analisi si differenziano sull'esito finale del processo di decadenza.

Gli analisti più severi e più ostili non sembrano avere dubbi: la storia della magistratura si è inabissata nel clientelismo, nel carrierismo, nella gestione oligarchica del potere come ha dimostrato lo scandalo delle nomine e il naufragio della credibilità dell'associazionismo che ne è derivato.

Di qui l'anatema contro ogni forma di associazionismo dei magistrati, concepito come una sorta di cancro da estirpare e da cancellare non solo con una martellante campagna di generalizzato discredito ma anche con leggi per l'elezione del governo autonomo improntate al più radicale atomismo.

Secondo altre, più sofisticate letture - che rifiutano di ridurre a deviazione, modestia etica e deriva carrierista l'intera realtà dell'associazionismo - l'ultimo approdo dell'impoverimento dei gruppi è rappresentato dall'abbandono del confronto tra idee e culture e dal ripiegamento in una dimensione meramente ordinamentale, parasindacale quando non semplicemente neocorporativa.

Ora è indiscutibile che l'associazionismo abbia vissuto negli ultimi anni una crisi gravissima.

Ma nonostante ciò non è fedele la raffigurazione di una fase delle origini ricca di vivaci e positivi conflitti ideali e di una successiva epoca di sola decadenza, degrado culturale e ideale e omologazione burocratica della magistratura.

La mia idea è che, qui ed ora, nella magistratura sono presenti differenze ideali, culturali e politiche non meno radicali di quelle del passato.

---

<sup>23</sup> Sul complesso di tali trasformazioni vedi, tra l'altro, i saggi raccolti nel volume *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, op. cit.



E che il futuro ci riservi nuove tensioni forti, nuove polemiche interne alla magistratura tra una interpretazione burocratica ed autoritaria del ruolo ed una giurisprudenza che continua ad ispirarsi alla Costituzione ed alle carte dei diritti, al costituzionalismo democratico.

Su quali fronti?

### **9. L'eguaglianza di fronte alla legge penale e il garantismo penale. Verso una ripresa dei contrasti all'interno della corporazione**

La più significativa linea di discriminazione è rappresentata dalla concezione dell'eguaglianza di fronte alla legge penale e dal tema del garantismo penale<sup>24</sup>.

In linea di principio si è affermata e vive nel nostro paese l'idea dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge come fine delle immunità e delle impunità dei soggetti dotati di potere economico, culturale, politico, come "eguaglianza livellatrice" dei potenti di fronte all'applicazione della legge penale, come ingresso dei colletti bianchi e dei loro reati tipici nella sfera del diritto penale.

In teoria questa lettura dell'eguaglianza è ormai patrimonio di vastissimi settori della magistratura senza distinzione di opzioni ideali e culturali e accomuna l'area conservatrice e quella di orientamento democratico.

Ma c'è un'altra concezione e c'è un'altra prassi dell'eguaglianza che resta patrimonio di un'area più ristretta e consapevole del corpo giudiziario.

Parlo dell'"eguaglianza emancipatrice" che opera per riconoscere nel processo penale ai soggetti svantaggiati, agli ultimi della terra lo stesso livello di garanzie che l'ordinamento riconosce ai soggetti economicamente e culturalmente forti.

Eguaglianza di fronte alla legge può dunque significare, nella prassi dei giudizi penali, due cose diverse e opposte.

Che si vogliono trattare i soggetti potenti con la stessa durezza e sbrigatività riservata ai clienti tradizionali della giustizia penale oppure che si intende riservare ai devianti che frequentano con maggiore intensità le aule penali il livello di garanzie apprestate per il cittadino *optimo iure* che incappa nelle maglie della giustizia penale.

E' questa, oggi, la frontiera del garantismo penale presidiata solo o prevalentemente dalla magistratura di orientamento democratico.

Una scelta in netta controtendenza alla politica del governo e alle dichiarazioni torrenziali del Ministro della Giustizia che rappresenta come "garantismo" il ripristino di tutele e privilegi dei soggetti forti (ad es. prospettando il ripensamento dei reati contro la pubblica amministrazione, dall'abuso di ufficio al traffico di influenze) mentre in concreto compie (o meglio si mostra subalterno a) scelte puramente repressive nei confronti dei frequentatori dei rave o della manovalanza degli scafisti seguendo, in questi ambiti, la vecchia strada dell'innalzamento delle pene.

Ma anche una scelta contrastante con quella di una larga parte della magistratura che si ritiene paga dell'eguaglianza livellatrice in campo penale e ritiene che questo sia l'esclusivo terreno di confronto ideale e tecnico.

Se, dunque, l'eguaglianza emancipatrice ha il suo ambito tradizionale e privilegiato nel diritto civile, nel diritto del lavoro, nel diritto pubblico è nel diritto penale che essa deve ancora compiere decisivi passi avanti.

<sup>24</sup> Sul tema del garantismo va segnalata l'ampia ed acuta analisi di Vincenzo Roppo, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*. Milano, Baldini – Castoldi, 2022.

Ed è sul terreno del garantismo penale così interpretato che stanno maturando significativi contrasti interni alla magistratura e che sta rinascendo la prassi delle “interferenze” cioè delle critiche, all’occorrenza severe, ai contenuti giuridici e allo stile di determinati provvedimenti mosse dall’interno stesso della magistratura.

Penso, tra gli esempi più recenti, alla durissima sentenza di condanna di Mimmo Lucano, all’ordinanza cautelare di Piacenza nei confronti degli operatori della logistica e delle loro sigle sindacali equiparate ad una associazione a delinquere<sup>25</sup>, alle pronunce sul caso Cospito<sup>26</sup>, all’ordinanza del gip in relazione al naufragio di Cutro.

Quest’ultima non per il suo *decisum* ma perché, nel suo svolgimento logico e linguistico, mostra quanto sia necessario un uso meditato e misurato delle parole di giustizia<sup>27</sup>.

Temi, questi, sui quali Magistratura democratica e la rivista *Questione Giustizia* sono intervenute in termini critici, con uno stile che ricorda quello di *Quale Giustizia*.

A testimonianza che vi è bisogno di riprendere un confronto, all’occorrenza aspro, in seno alla magistratura.

Certo, a differenza che nel passato il rifiuto di una aprioristica solidarietà corporativa e le critiche interne a determinati provvedimenti non trovano più il sostegno immediato e spontaneo di ampi movimenti sociali (come il movimento dei lavoratori o il movimento ambientalista) e di forti correnti culturali della società.

Oggi i garantisti, gli anticorporativi, gli innovatori in magistratura sono spesso soli.

Ma questo non significa che l’azione della magistratura sul terreno della tutela dei diritti sia meno indispensabile né che sia priva di riscontri e di eco nella società.

## **10. Un ruolo di garanzia dei diritti e della dignità delle persone e delle molte minoranze che popolano le moderne società.**

In moltissimi capi della vita sociale ed economica è il giudiziario ad intervenire in esclusiva, o almeno in prima battuta, nella ricerca di soluzioni di problemi inediti talora incancreniti dalla paralisi e dall’inerzia della politica.

A mero titolo di esempio penso all’affermazione di diritti dolorosi come quelli relativi al fine vita; alle soluzioni offerte sul terreno dell’eguaglianza di genere; alla protezione di diritti umani fondamentali come nel caso dei migranti; alle azioni a tutela dei risparmiatori e delle finanze pubbliche in contesti finanziari sempre più complicati e vorticosi; agli interventi sulla condizione dei lavoratori marginali, come i *riders* o i lavoratori della logistica.

E naturalmente l’elenco potrebbe continuare...

In società in cui ciascun individuo può ritrovarsi a far parte di una delle molte minoranze che compongono la collettività è fortissima l’esigenza di una magistratura che assolva un incisivo ruolo di garanzia dei diritti individuali e della dignità delle persone.

---

<sup>25</sup> L. D’Ancona, *Il caso Piacenza. Sindacati o associazioni a delinquere?*, in *Questione Giustizia* on line 3.8.2022; E. Sirianni, *La “pretesa” del conflitto. Ancora note ad ordinanza 2019/2022 del GIP di Piacenza* in *Questione Giustizia* on line 10.11.2022.

<sup>26</sup> Sul caso Cospito vedi *Caso Cospito, La requisitoria del Procuratore generale della Corte di cassazione* *Questione Giustizia* on line, 1.3.2023; L. Ferrajoli, *L’ostentazione istituzionale della disumanità della pena*, 1.3.2023

<sup>27</sup> Cfr. il documento dell’Esecutivo di Magistratura democratica, *Un’occasione per riflettere sull’uso delle parole*, pubblicati sul sito di MD il 2.3.2023.

Un ruolo profondamente diverso da quello promozionale del giudice democratico degli anni 70 che voleva essere “parte” del percorso di emancipazione delle classi sottoprotette ed aspirava ad una diretta sintonia con processi collettivi di crescita democratica.

Quella realtà non c'è più, sostituita da una società civile frammentata, atomizzata o divisa in gruppi di interessi, in difficoltà a riconoscersi in valori comuni e governata da una pluralità di istituzioni talora in conflitto tra di loro.

La Costituzione non indica più una direttrice di marcia univoca nel cui solco il giudiziario possa identificare una sua funzione unitaria, storica.

Ma restano fortissimi i bisogni di tutela della persona e di garanzia delle molte minoranze di cui si compone la società.

Una funzione di garanzia che, ancora una volta, – in questo gli insegnamenti degli anni 70 sono attualissimi – non può essere assunta da un magistrato burocrate e che, ancora una volta, richiede che l'interprete attinga nel compiere le sue scelte a valori indicati nella carta costituzionale e nelle carte dei diritti che si sono venute affermando.

## **11. Il pluralismo ideale della magistratura ed i suoi luoghi**

Naturalmente alle nuove domande di tutela emergeranno risposte di segno diverso, frutto di sensibilità differenti.

Risposte non più differenziate, come un tempo, tra quelle date dalla giurisprudenza di merito e da quella di legittimità, tra le opzioni della giovane magistratura e quelle della magistratura più avanti negli anni e nei ruoli, ma scaturenti da un pluralismo culturale ormai radicato nella magistratura.

Io credo che a questo pluralismo e ai luoghi del pensare insieme della magistratura bisogna restituire spazio, dignità culturale, valore, promuovendo il rinverimento di un associazionismo di idee e di valori che non è mai morto anche se è stato offuscato dal clientelismo, dalle cordate e dalle mere aggregazioni di interessi.

Se si vuole che la magistratura ritrovi slancio ideale e una cultura forte delle garanzie e dei diritti, se si considera positiva una dialettica forte nel mondo del diritto e della giustizia, non bisogna contrastare o mortificare l'associazionismo ma volerne la rivitalizzazione.

E' nei gruppi, negli incontri che promuovono, nelle riviste e nei siti animati da magistrati che vengono elaborate e diffuse le idee sul diritto, sulla giustizia, sulla funzione e sul ruolo del giurista interprete che consentono alla magistratura di essere l'interlocutore della migliore cultura giuridica, della politica, dell'avvocatura.

La polemica feroce e indiscriminata nei confronti di ogni aggregazione è stata ed è un tratto della politica della destra interessata a ricreare una posizione passiva dell'interprete, del giudiziario, della magistratura.

## **12. Crisi morale o crisi democratica?**

Piuttosto c'è da chiedersi se quella che è stata considerata una “crisi morale” non debba almeno in parte essere rinominata per essere definita come “crisi democratica”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul punto mi sia consentito rinviare al mio scritto, *Questione morale o questione democratica*, in *Questione Giustizia on line*, 26.1.2021

Non v'è dubbio che, dal maggio 2019 in poi, sia venuta alla luce una lunga catena di violazioni - di diversa gradazione e intensità - dell'etica professionale propria dei magistrati.

Nell'ampia messe delle "scoperte" figurano violazioni del codice etico, condotte contrastanti con le norme del codice disciplinare, comportamenti tali da generare situazioni di incompatibilità con determinate funzioni o con la permanenza in determinate sedi.

Etica e disciplina sono state di volta ignorate, contraddette, violate e questo giustifica ampiamente il richiamo, nella descrizione dell'accaduto, a canoni etici e precetti disciplinari.

Eppure la dimensione etica e disciplinare è ben lontana dal riassumere ed esaurire in sé l'intera sostanza e portata delle vicende disvelate.

Salvo l'isolata posizione di Luca Palamara - che dovrà affrontare a Perugia un processo per un'accusa di corruzione, peraltro diversa da quella originariamente ipotizzata nella fase iniziale delle indagini - e i procedimenti in corso per rivelazione di segreti d'ufficio, tutti gli altri "fatti" di cui si parla non sono ipotetiche condotte criminose incidenti sull'esercizio della giurisdizione né solo comportamenti eticamente riprovevoli o disciplinarmente rilevanti.

Si è invece di fronte a occasionali o sistematiche alterazioni e torsioni dei poteri istituzionali del CSM (essenzialmente riguardanti le nomine) poste in essere grazie ad un uso sotterraneo e strumentale della trama di rapporti e collegamenti personali nati in seno alle associazioni dei magistrati o coltivati in impropri rapporti con politici.

Tali torsioni scaturiscono da modalità di azione che - senza influire direttamente sull'esercizio delle funzioni giudiziarie - si sono appuntate pressoché esclusivamente sulla "amministrazione della giurisdizione" e sulle dinamiche della vita associativa che a tale amministrazione offrono il naturale alimento e supporto.

Sul piano dell'analisi sociologica e politica, dunque, insistere esclusivamente sui profili di etica professionale o di responsabilità disciplinare - pure indiscutibilmente presenti nella vicenda - rischia di oscurare e far passare in secondo piano un altro e non meno rilevante interrogativo: che cosa si è alterato nell'associazionismo dei magistrati che ha finito con il ridurlo a docile strumento di maneggi per le nomine, degradandolo a *lobby* di pressione e di più o meno sistematica distorsione delle logiche del governo autonomo della magistratura?

Se si adotta questo angolo visuale la c.d. questione morale rivela il suo carattere più profondo e strutturale di "questione democratica", che riguarda il *deficit* e la caduta di democrazia che si è determinato nella vita delle associazioni di magistrati che compongono il mosaico costituito dall'ANM e influenzano, con la loro complessiva attività, il Consiglio superiore.

Se la previsione, in Costituzione, di un Consiglio superiore della magistratura per i due terzi eletto dai magistrati è un esperimento di democratizzazione della "amministrazione della giurisdizione", è nel funzionamento di questa peculiare "democrazia" che risiedono e vanno ricercati i valori e le miserie, i pregi ed i difetti, i fattori di forza e di debolezza del sistema.

All'esito, quale che sarà, delle diverse procedure sanzionatorie in atto - nell'ANM e dinanzi al CSM - si potrà forse immaginare che la questione morale sia risolta con la sanzione dei reprobati.

Ma questo lavacro, anche se attuato con rigore ed imparzialità, lascerà certamente irrisolta la "questione democratica" - drammaticamente affiorata nella forma dello scandalo ma esistente prima e a prescindere da esso - concernente le forme di esistenza ed il *modus operandi* dei diversi gruppi associativi e la proiezione della loro azione nel circuito del governo autonomo della magistratura.

A questa prima, del tutto naturale considerazione, se ne accompagna un'altra assai meno scontata.

Il deficit di democrazia dei gruppi - con il suo corredo di modestie etiche e disinvolture politiche - ha assunto forme notevolmente differenti nelle diverse associazioni, in ragione della loro storia, della loro cultura e, soprattutto, delle loro strutture organizzative e dei loro collegamenti esterni, culturali e sociali.

Così che, senza distinguere tra storie, percorsi e “macchine” organizzative delle diverse correnti, si rischia di capire poco o nulla di quanto è accaduto e di ripetere luoghi comuni largamente diffusi ma inadatti a far comprendere i fenomeni osservati e il loro grado di effettiva nocività<sup>29</sup>.

E' questo un compito cui la magistratura dovrà dedicare tutte le sue energie se vorrà recuperare fino in fondo la credibilità necessaria per assolvere i compiti di garanzia e di tutela dei diritti che le spettano in questa fase storica<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Sul punto mi sia consentito rinviare ad un mio scritto *Questione morale o questione democratica?*, in *Questione Giustizia* on line 26.1.2021

<sup>30</sup> In questo quadro va messo in luce il segnale offerto dalla ostinata volontà di sopravvivenza di una associazione di magistrati - Magistratura democratica - presente a Catania con un ruolo rilevante. A Catania MD era reduce, come ricordava nel suo intervento Federico Governatori, non da una scissione ma dalla secessione di una parte consistente del suo gruppo dirigente. Identico fenomeno si è ripetuto nel 2021: una sorta di secessione da Md del potere costituito in ANM e in CSM in favore del gruppo di Area democratica per la giustizia. E' stato forte in coloro che si sono separati dal gruppo il timore della radicalità di Md e della ripresa dello scontro all'interno della corporazione. Così come è stato decisivo per quanti hanno deciso di continuare e riproporre l'esperienza di MD l'esigenza di mantenere un pungolo, all'occorrenza una spina dentro la corporazione