



# Le scelte di Magistratura democratica\*

di Giuseppe “Pino” Borrè

**1. Perché è nata Magistratura democratica / 2. Le diverse spinte che favorirono il cammino del gruppo / 3. La politicità-indipendenza / 4. Il traguardo di una nuova giurisprudenza alternativa / 5. Indipendenza e governo autonomo della magistratura / 6. Mutamenti politici e ruolo della garanzia giuridica / 7. Impegni di resistenza da assumere per la tutela dell'interesse generale / 8. Nuovi percorsi di intervento giurisprudenziale / 9. Un compito di vigilanza e di denuncia**

## 1. Perché è nata Magistratura democratica

Il compito che mi è stato affidato (in ragione della mia lunga appartenenza a Magistratura democratica) è quello di un ripensamento del nostro passato; di riandare, sia pure per rapidissimi squarci, all'indietro, per ritrovare spinte e ragioni che oggi ci possano an-

cora servire. Non, dunque, il compito di fare storia di Md, perché non ne sarei capace, ma quello – meno scientifico, certo, e tuttavia non disutile – di ripercorrere sul filo della memoria un'esperienza; e di ripercorrerla non perdendo di vista l'oggi, ma proprio per capire meglio quello che oggi c'è da fare.

Interpreto l'incarico come rievocazione del senso e della coscienza delle scelte che Md ha via via

\* Relazione introduttiva per il seminario “Giudici e democrazia”, organizzato da Magistratura democratica a Frascati nel novembre 1992, pubblicata in N. Rossi (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 41, e successivamente in L. Pepino (a cura di), *L'eresia di Magistratura Democratica. Viaggio negli scritti di Pino Borrè*, Quaderni di *Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, 2001, cap. 16.

Riportiamo, di seguito, la nota di Livio Pepino:

Nell'aprile 1991 Magistratura democratica tiene, ad Alghero, il IX Congresso nazionale. Sullo sfondo c'è la guerra del Golfo, dalla quale – come scrive F. Ippolito nella relazione introduttiva – «il mondo, la società, la politica, il diritto usciranno profondamente segnati». Contro questa guerra *non dichiarata dal Parlamento* (dimostrazione - non ultima - della perdurante debolezza del diritto) Md si schiera provocando reazioni durissime, tra cui quella del Presidente della Repubblica, Francesco Cossiga, che invita i magistrati a «tacere o dimettersi». Il Congresso si apre con una dichiarazione del segretario, F. Ippolito: «Abbiamo appreso dell'intimazione del Presidente della Repubblica dopo la stesura di questa relazione. L'iniziativa di Cossiga non riguarda più solo i magistrati e tanto meno quelli che hanno firmato l'appello “Contro la guerra, le ragioni del diritto”. Essa infatti mette in gioco i principi basilari del nostro assetto istituzionale, e non soltanto la libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero, che sono il fondamento della democrazia costituzionale. Solo di questo è necessario oggi preoccuparsi. Per fedeltà alla Costituzione della Repubblica, noi non ci dimetteremo e non taceremo». Oltre un anno dopo, nell'intervento di apertura del seminario su “Giudici e democrazia”, Borrè torna sull'argomento e pretende ancora di più: «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 – 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». Difficile trovare, all'esito di una ricostruzione di rara intensità di ciò che Magistratura democratica ha rappresentato, una risposta più esplicita a chi parla dell'esaurimento della spinta innovativa di Md e della sua omologazione agli altri gruppi associativi.

Rileggendo oggi quell'intervento di Borrè – il più affettuoso verso Md, il solo in cui parla di sé («perché sono entrato in Md?») – mi tornano alla mente le pressioni fatte insieme a Nello Rossi (io segretario, lui presidente del gruppo) per indurlo ad aprire quel *convegno ideologico*, il terzo della *nuova Md*, dopo quelli di Pisa (aprile 1971) e di Firenze (settembre 1978). Il Congresso di Alghero aveva lasciato nel gruppo un conflitto aperto: era necessario un confronto, anche per verificare «in quale misura le divisioni interne sono frutto di diverse visioni ideali e in quale, invece, derivano da *incrostazioni* di dubbia utilità e da inaccettabili personalismi», e lo organizzammo (il merito fu soprattutto di N. Rossi, che poi curò uno stimolante volume di atti chiedendo, e ottenendo, contributi esterni di grande rilievo (da S. Rodotà ad A. Pizzorusso, da L. Ferrajoli a D. Zolo e S. Cassese). Borrè era perplesso e lo lascia intravedere, in esordio, attribuendo la ragione del compito affidatogli a non altro che «alla lunga appartenenza a Md»: non era questa, evidentemente, la ragione principale, come l'intervento dimostra.

compiuto. In qualche modo si tratta (se l'espressione non pecca di retorica) di una ricerca di radici. Il che, poi, ha anche uno scopo pratico non secondario, che è quello di far conoscere meglio il nostro gruppo ai giovani che vi sono entrati da poco; ai quali, forse, le motivazioni più profonde e più antiche di Md non sempre sono così chiare come sarebbe desiderabile. Si tratta dunque di riscoprirle insieme, perché esse – a mio parere – sono ancora piene di senso e di vitalità.

Perché è nata Md? Personalizzando un po', potrei dire: perché sono entrato in Md? Credo che la risposta stia nello stretto ed indissolubile intreccio di due ragioni complementari. Da un lato, il rifiuto del conformismo, come gerarchia, come logica di carriera, come giurisprudenza imposta dall'alto, in una parola come passività culturale; dall'altro, il sentirsi dalla parte dei soggetti sottoprotetti, e sentirsi “da questa parte” come giuristi, con le risorse e gli strumenti propri dei giuristi.

Voi non avete idea – parlo ai più giovani – di quanto fosse forte, nei primi anni cinquanta, quando feci la scelta di prepararmi per la magistratura, quello che ho chiamato “conformismo”, e come esso si legasse – tangibilmente – a una volontà di conservazione politica. La cultura giudiziaria dell'epoca era pesantemente dominata dal formalismo giuridico. L'ordinamento era considerato autoreferenziale, perfetto, capace di autocompletamento (qualcuno ricorderà, forse, la vecchia e singolare teoria dell'impossibilità logica delle lacune). La legge ordinaria era avvertita come unico e definitivo termine di riferimento. E la interpretazione della legge era rappresentata come operazione meramente ricognitiva, ricerca dell'unico significato estraibile dal testo normativo.

Parallelamente a ciò, la magistratura rifiutava ogni rapporto con l'esterno, si chiudeva come una cittadella fortificata. Non solo era tenuto fuori il “sociale” (con tutte le sue contraddizioni, le sue irriducibilità, i suoi conti che non tornano), ma si temevano anche momenti di arricchimento del quadro istituzionale che potessero in qualche modo disturbare il tradizionale isolamento del corpo giudiziario. Così fu guardata con malcelato sfavore la istituzione della Corte costituzionale. La composizione mista del Csm fu fonte di non poche recriminazioni. E quando si levò il problema (prima alla Costituente e poi in occasioni successive) di vietare ai magistrati la iscrizione ai partiti politici, salì sempre, dal corpo giudiziario di quegli anni, una voce pienamente favorevole a tale ipotesi di restrizione di una libertà.

Nel noto e provocatorio dilemma di Maranini – “magistrati o funzionari” – la magistratura occupava allora, decisamente, il secondo termine: era burocrazia, funzionariato, non era ancora esercizio dell'autonomia voluta dalla Costituzione. E in questa logica

funzionariale si produceva una sorta di rovesciamento delle fonti, della gerarchia dei valori dell'ordinamento. La legge ordinaria dava il rassicurante appoggio della continuità. La Costituzione costringeva invece ai confronti, a mettere in discussione assetti, certezze, regole del gioco. Proprio per questo fu inventata la categoria delle norme programmatiche.

Da burocrati in questo senso, da *servi legum* in questo senso, non era lungo il passo a diventare subalterni *tout court*, momenti di pura consonanza (non importa quanto consapevole dal punto di vista soggettivo) con il sistema politico ed economico dominante. La apoliticità dell'apparato giudiziario in quanto apparato burocratico e la neutralità della tecnica altro non furono che strumento di conservazione dei rapporti economici e di continuità del vecchio Stato.

Ebbene, contro tutto questo è nata Magistratura democratica; per questo siamo entrati in Magistratura democratica. Contro la falsa neutralità del giudice “bocca della legge”, contro la apparente innocenza del tecnicismo giuridico. E scopo fondamentale, che ci animava, fu anzitutto la demistificazione.

## 2. Le diverse spinte che favorirono il cammino del gruppo

Credo che una delle cose più importanti nella produzione culturale di Md, una delle tracce più profonde che essa ha lasciato, sia stata, appunto, la demistificazione. La rottura di miti antichi, autorevoli, mai posti in dubbio. E, al tempo stesso, il “disvelamento” che non tutti i diritti erano tutelati in modo uguale; che l'accesso alla giustizia non era affatto uguale per tutti; e viceversa che esistevano, nella giurisdizione repressiva, sacche di impunità, essendo la repressione pressoché esclusivamente indirizzata a fasce di devianza marginale o contro il dissenso politico.

Ma il “disvelamento”, per essere davvero tale, per essere davvero forte, doveva diventare critica specifica, critica dall'interno, presa di distanza *dentro* il ceto professionale; critica, dunque, anche di singoli provvedimenti giurisdizionali da parte di un gruppo di magistrati come tale. Insomma occorreva consumare uno scisma dentro la cittadella della giurisdizione. Ciò avvenne, anche se raramente, in casi gravi ed emblematici, e fu il trauma più forte provocato dalla nuova cultura di Md, che ci pose per lungo tempo ai margini del sodalizio associativo della magistratura e che forse è ancora oggi una ferita non chiusa. Ma fu anche, quel trauma, che storicamente ebbe la sua espressione più nota nell’“ordine del giorno Tolin” del 1969, la seconda – e più vera – data di nascita di Md.

Altre spinte favorirono il cammino del nostro gruppo. Certamente operarono spinte esterne, perché,

pur nella nostra gelosa indipendenza, pur nel nostro rifiuto di rapporti organici con i luoghi della politica, nondimeno traevamo alimento dalle conquiste democratiche che maturavano nel Paese e su di esse ci misuravamo (si pensi alle lotte operaie del 1969 e ai riflessi che esse hanno avuto sulla giurisprudenza del lavoro e in particolare sulla stagione applicativa dello statuto dei lavoratori). Ma vi furono anche dinamiche interne al sistema delle istituzioni, che influirono sulla magistratura in genere e sul nostro gruppo in particolare. Esempio, in questo senso, fu l'inizio dell'attività della Corte costituzionale.

Innanzitutto, il compito affidato alla magistratura di denunciare le norme sospettate di incostituzionalità aveva l'effetto di rompere l'antica strettoia della legge come "limitare ultimo" e, al tempo stesso, di imporre la lettura della legge alla luce di valori "ulteriori" (quelli appunto della Costituzione), così infrangendo il mito positivistico dell'autosufficienza del sistema e accreditando l'idea – punto di forza della storia e dell'azione di Md – dell'interpretazione come momento valutativo e opzione responsabile.

Inoltre, il fatto che i giudici, e solo essi, potessero e dovessero disapplicare la norma sospettata di incostituzionalità, sia pure per investire del giudizio un organo all'uopo deputato dalla Costituzione, faceva della giurisdizione un luogo privilegiato di "resistenza", il che, di nuovo, rispondeva all'idea, propria di Md, della giurisdizione non come burocratica gestione di equilibri (secondo una "tacita consegna" del potere dominante), ma come tensione e superamento di ostacoli (proprio come sta scritto nel capoverso dell'art. 3 della Costituzione).

Determinante, infine, era la circostanza che le questioni di costituzionalità fossero sollevabili da qualunque giudice, e ciò non solo perché, nei fatti, a sollevarle furono proprio i giudici cosiddetti "inferiori", ma perché tale diffuso ed egualitario potere di messa in discussione della legge non poté non tradursi in fattore antiverticistico nell'ambito della magistratura, favorendo l'immagine di essa come comunità di uguali: idea, ancora una volta, da sempre appartenente al patrimonio culturale di Md.

Non è un caso che, negli anni sessanta, abbiamo visto (e protagonisticamente vissuto con il nostro gruppo) tre fenomeni complementari e strettamente intrecciati fra loro. In primo luogo, il fiorire di numerose questioni di costituzionalità (la massima parte, come noto, provenienti dai pretori), il cui accoglimento da parte della Corte costituzionale ha indotto sensibili mutamenti dell'ordinamento. In secondo luogo, la chiusura della vecchia polemica sull'interpretazione, da nessuno più contestandosi (a livelli decenti di analisi) che tale operazione racchiude un ineliminabile nucleo di originalità e postula comunque

il compimento (non già da nascondere ma da offrire lealmente al confronto) di scelte di valore. In terzo luogo, la messa in discussione della gerarchia dentro la magistratura, la lotta contro la carriera: una lotta, come è stato notato, venata anche da profili corporativi e in definitiva pervenuta a sbocchi in parte ambigui, e tuttavia, nella sua ispirazione di fondo, capace di notevoli stimoli di rinnovamento (come dimostrò il "colpo di coda" della scissione dell'Umi).

### 3. La politica-indipendenza

Ma tutto questo (cioè vivere in modo nuovo e non burocratico il rapporto con la legge e cogliere nel principio di uguaglianza sostanziale il fondamento del proprio operare come professionisti della giustizia) significava gettare un ponte verso l'esterno, verso la società, verso i soggetti più deboli. E allora contro Md, e comunque contro i magistrati che così operavano, si cominciò a dire che facevano politica, che avevano perduto imparzialità, che erano indebitamente entrati nello scontro.

Ebbene, Md non ha mai negato che la funzione giudiziaria abbia caratteri di politica. Si tratta di vedere in che senso. Politica è stata certamente la magistratura che, sotto la copertura della neutralità, dell'autoreferenzialità dell'operare giuridico, della natura meramente ricognitiva dell'interpretazione, ha riportato il nuovo al vecchio, mutilato le conquiste, protetto la continuità dello Stato. Si tratta, in questo caso, di politica-dipendenza; politica, cioè, come adesione al sistema politico, come legame tacito (non formalizzato e talvolta perfino soggettivamente inconscio) con gli interessi dominanti.

Ma vi è un altro modo, un altro senso in cui la magistratura è politica. Ed è quello di essere indipendente, non falsamente neutrale (alla vecchia maniera) ma indipendente nel senso voluto dalla Costituzione, e qui parlerei di politica-indipendenza, politica in quanto indipendenza. La magistratura, cioè, 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 politica che discende dall'art. 101 Cost., la norma per la quale i magistrati (dico i magistrati e non i giudici perché congiuntamente considero anche l'art. 112 Cost.) «sono soggetti soltanto alla legge». È una norma che non significa – già ho avuto occasione di dirlo – 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



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”?

Intesa in questo modo, l'indipendenza non è distacco, atarassia, isolamento, ma capacità di scelta, volontà di resistenza, impegno sui valori costituzionali di fondo come la libertà e la dignità umana: e in questo senso essa non può non avere un significato politico.

#### 4. Il traguardo di una nuova giurisprudenza alternativa

In questa concezione dinamica dell'indipendenza (indipendenza come resistenza) si iscrive ciò che può considerarsi la costante della filosofia di Md: il garantismo. Garantismo non solo nel senso (più semplice e più immediato, e tuttavia importantissimo, parte essenziale del pensiero e della prassi di Md) di incondizionato e ostinato rispetto delle regole, ancorché “lacci e laccioli” rispetto ai risultati; ma anche nel senso più ampio di approccio teorico al diritto: un approccio, come dice Luigi Ferrajoli, che «mantiene separati l'essere e il dover essere del diritto», che prende «una distanza critica dal diritto positivo», che rifiuta l'appiattimento in questo, che vuol far prevalere la tensione sulla rassegnazione, che evita – dice ancora Ferrajoli – «atteggiamenti dogmatici e contemplativi nei riguardi del diritto codificato». Il diritto, in quanto affermazione codificata, è sempre diritto dei forti e il garantismo è il tarlo della ragione che lo costringe al confronto.

A questa prospettiva possono ricondursi, in dialettica complementarietà, le due istanze di fondo che segnano Md e le danno ragion d'essere: da un lato il garantismo in senso stretto, come limite, come sbarramento a difesa delle “libertà da”, dall'altro la promozione dei diritti sociali positivi, delle “libertà di”, come presa di distanza dal diritto effettivo che le comprime, come sforzo interpretativo di approssimazione del diritto effettivo al diritto valido, come tarlo della ragione che costringe al confronto le insufficienze, le contraddizioni, le ingiustizie del diritto dei più forti.

Proprio di qui prende spunto e materia un altro importante capitolo della storia di Md: la giurispru-

denza alternativa. 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.

La giurisprudenza alternativa, come modo d'essere diverso dell'approccio professionale, come scavo in nuove direzioni sotto la spinta di realtà esterne veicolate da precisi comandi costituzionali che gridano ed esigono novità, ha avuto una prima stagione significativa, che si è espressa in decisioni spesso di rottura, ma forse più ricche di valore simbolico ed esemplare che non di capacità di affermazione e di propagazione. La giurisprudenza alternativa ebbe poi una stasi nel periodo in cui le forze migliori della magistratura progressista si dedicarono alla materia del lavoro, ove non tanto si trattava di estrarre novità giurisprudenziali da un magma ancora indistinto (questo in definitiva è il vero compito della giurisprudenza alternativa) quanto di gestire e di difendere positive riforme come lo statuto dei lavoratori e il nuovo processo del lavoro. Di giurisprudenza alternativa può tuttavia parlarsi per l'uso che fu fatto, specialmente nella materia del lavoro, della tutela cautelare, che segnò una vera e propria “scoperta” di nuovi orizzonti di effettività della giurisdizione. Infine la prevalenza dell'impegno sul piano penalistico (prima con il terrorismo, poi con la criminalità organizzata) ha ancora distolto dalla giurisprudenza alternativa, che è crogiolo di sperimentazione, di analisi metodologica, di proposta, e che quindi ha lunghezze d'onda affatto diverse da quelle dell'emergenza che da tempo segna di sé il nostro ordinamento.

E tuttavia il capitolo della giurisprudenza alternativa deve restare aperto. Se una caratteristica è dato immaginare della stagione storica nella quale stiamo entrando, essa è quella del coagularsi di nuove aspirazioni, dell'affacciarsi di nuove e più complesse pretese, del proporsi di nuovi diritti a dimensione “non proprietaria” e quindi non più individuali. È però ormai giunto il momento che questa prospettiva – di una “età dei diritti”, per dirla con Bobbio; diritti nuovi e non ancora vincenti, ma che premono alla porta della giurisdizione – esca dai limiti di un'immagine consolatoria e diventi oggetto di impegno concreto. Si tratta, appunto, di un impegno di giurisprudenza alternativa. Ma è un impegno che non può maturare soltanto dalla parte della giurisdizione. I nuovi diritti presentano anzitutto un problema di accesso alla giurisdizione, di legittimazione a farli valere, di forme e mezzi economici del patrocinio. Un discorso in proposito è dunque necessariamente comune alla categoria

degli avvocati, che nella sua maggioranza ne è ancora lontana ma che ha al suo interno alcune punte sensibili con le quali il dialogo può essere avviato. E parte integrante del progetto culturale saranno – in quanto portatori o espressioni dei nuovi interessi – i movimenti, le aggregazioni spontanee, il volontariato, cioè le realtà, in gran parte inedite, che attraversano la società e che rappresentano un modo nuovo di organizzarsi e di vivere la politica.

Tutto ciò, maturando, dovrà diventare la “nuova giurisprudenza alternativa”: ed è questo un traguardo che non possiamo mancare.

## 5. Indipendenza e governo autonomo della magistratura

L'idea e i valori dell'indipendenza sono oggetto, ormai da più anni, di una spregiudicata campagna di screditamento e di attacco da parte di alcune forze politiche (in particolare il Psi e settori della Dc, anche se in certe occasioni, come quella del *referendum* sulla “giustizia giusta”, le logiche del consociativismo hanno di molto allargato il campo). A tale atteggiamento qualche ragione è stata forse fornita dalla stessa magistratura: per alcuni componenti di essa, l'emergenza è talvolta diventata stile professionale e la supplenza non sempre è stata effetto indesiderato di inerzie e vuoti oggettivi. Anche di questo deve tenersi conto nella valutazione del fenomeno; ma è certo che la sostanza di esso sta in un disegno di ridimensionamento del “sistema della legalità”, nella voglia di sbarazzarsi di una indipendenza divenuta troppo scomoda.

L'indipendenza della magistratura è solennemente affermata dalla Costituzione, ma essa probabilmente resterebbe un'astratta enunciazione di principio se a presidiarla non esistesse il sistema del governo autonomo (artt. 104 e 105 Cost.). Questo è la chiave di volta dell'ordinamento costituzionale della magistratura e non meraviglia, quindi, che contro di esso si siano soprattutto indirizzati gli attacchi all'indipendenza. Non credo sia esagerato affermare che il Csm, che è lo strumento voluto dalla Costituzione per realizzare il governo autonomo della magistratura, ha vissuto momenti di assedio. L'immagine è anche figurativamente appropriata, perché gli attacchi si sono espressi sia come blocco “in entrata” del materiale di discussione di tale organo, sia come blocco dell'attività di esso “in uscita”, aspettandola al varco della conclusione del procedimento. Alla prima ipotesi appartengono i veti presidenziali a porre certi argomenti all'ordine del giorno. Alla seconda i rifiuti del decreto presidenziale di cui la delibera del Csm deve essere formalmente rivestita. Questa seconda ipotesi

è stata poi, recentemente, utilizzata e teorizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 379/1992, che ha risolto il conflitto fra Ministro della giustizia e Csm a proposito di “concerto” per la nomina dei dirigenti degli uffici.

È una sentenza, quella testé citata, i cui effetti, come sempre, dovranno essere misurati nel concreto dei rapporti politici, ma è certo che essa racchiude una forte potenzialità contraria al sistema del governo autonomo della magistratura. È vero che essa stempera la figura del “concerto” in quella della “concertazione” e si limita a chiedere che quest'ultima si svolga in modo esauriente e leale, fermo restando, se la concertazione non ha successo, il potere del Csm di nomina del dirigente. Ma è anche vero che, secondo la Corte, a stabilire se la concertazione sia stata esauriente e leale sarà il Ministro e che egli avrà il potere, se il suo giudizio sarà negativo, di bloccare la procedura nonostante la intervenuta delibera di nomina, astenendosi dal chiedere il decreto presidenziale in cui (come già detto) la delibera stessa deve calarsi.

Ciò significa che la sentenza non solo avalla, sia pure in modo tortuoso, una sensibile interferenza governativa sulla nomina del dirigente, ma altresì riconosce (con effetti che vanno al di là del tema del concerto) un potere censorio del Ministro e del Capo dello Stato sulle delibere consiliari: grave arretramento quest'ultimo, se si pensa che un quarto di secolo fa la Corte stessa, con la sentenza n. 44 del 1968, aveva stabilito che la fase finale della decretazione ha carattere strettamente vincolato ed è oggetto di un «preciso dovere giuridico».

Ho utilizzato questo esempio per dare idea dei guasti che una rampante politica ministeriale ha arrecato negli ultimi anni all'indipendenza della magistratura. Resta da aggiungere che il potere rivendicato dal Ministro nella nomina dei dirigenti non è soltanto una ragione di collisione col principio del governo autonomo, ma anche il segno di una scelta che va nel senso della centralizzazione e burocratizzazione della magistratura (questo significa, in ultima analisi, il fatto che il capo dell'ufficio sia parzialmente “ministerializzato”). Sotto questo aspetto, il fenomeno presenta un'analogia di fondo con altre ipotesi di amministrativizzazione e verticizzazione all'ordine del giorno, come la istituzione della “superprocura”. Le preoccupazioni e le riserve di Md su tale istituto sono troppo note per essere qui richiamate. Basti dire, in sintesi, che Md rispetta le esigenze di specialismo e di coordinamento, ma reputa che esse possano essere soddisfatte indipendentemente dalla creazione di un organismo sovraordinato, convinta com'è che nelle cose della giustizia tutto ciò che è “super” – se veramente è tale e non mera apparenza simbolica – ha in sé un *virus* nemico dei

valori della giurisdizione, i quali si alimentano della diffusione del potere e dell'uguaglianza di coloro che lo esercitano.

Fra le indicazioni culturali, che possono trarsi dal pensiero e dalla storia di Md, questa è certamente una delle più radicate e più forti.

## 6. Mutamenti politici e ruolo della garanzia giuridica

Tutte le cose che fin qui ho cercato di dire sono Md, frammenti della sua storia, pezzi delle sue idee, delle sue prospettive, dei suoi problemi: insomma la sua immagine vista attraverso il cammino – non facile, ma sempre univoco e limpido – di questi decenni. Ma ora? Che cosa ci aspetta ora che tante cose sono cambiate, ora che è caduto – come si usa dire – il “Muro di Berlino”, ora che ci interroghiamo tanto frequentemente (la nostra rivista, *Questione giustizia*, ne è testimonianza) su che cosa significa essere magistrati di sinistra?

Per quanto riguarda la magistratura, la sua indipendenza, l'ampiezza della sua azione, la sua collocazione nel sistema democratico, si ha davvero la sensazione che il problema, fino ad oggi, fosse più semplice, e più visibili, quindi, il percorso e la ragion d'essere di un gruppo come il nostro. Si aveva, da una parte, una situazione di “democrazia bloccata”, che rendeva sostanzialmente indenne il potere dominante dal controllo politico, o almeno dai suoi effetti; dall'altra, un'opposizione forte, che incideva sensibilmente sulla produzione legislativa, che ispirava riforme anche significative (si pensi alla “stagione delle riforme” degli anni settanta), e che tuttavia, in quanto confinata nel ruolo di opposizione, non era in grado di fare del cambiamento una prospettiva attuale di governo, un fatto veramente e pienamente politico. Tale situazione era in qualche modo “artificiale”, ma dava larghi spazi alla giurisdizione, sia perché il difetto politico di controlli finiva per porre in movimento (forse più di quanto sarebbe stato fisiologico) la funzione repressiva della magistratura, sia perché le riforme erano in certo senso prive di paternità politica ed erano quindi più immediatamente e più creativamente gestibili dai giudici.

Se l'artificio cadrà, come l'irrompere delle ultime vicende – internazionali e interne – induce a credere, anche la qualità della presenza della magistratura verrà in qualche misura coinvolta, ma penso che non muteranno, nella sostanza, i compiti e la ragion d'essere di tale istituzione. Il rompersi della democrazia bloccata e la concreta possibilità di alternative di governo riattiveranno la sanzione politica e tenderanno a restringere la espansività del controllo giudiziario,

così come l'insorgenza di un polo di governo sensibile alle istanze di cui all'art. 3 capoverso della Costituzione tenderà a spostare tali prospettive emancipatorie sul piano della garanzia politica. Ma ciò non esclude, semplicemente rende più raffinato e più mirato il ruolo della garanzia giuridica, da un lato perché la sanzione politica opera in modo spersonalizzato e non potrà mai surrogare la repressione individuale e le correlative garanzie, dall'altro perché la tavola di valori forti, espressa da una norma come l'art. 3 cpv. Costituzione, non può essere esposta alla logica dell'alternanza di governo e comunque non trova, per definizione, soddisfazione sufficiente nella garanzia politica, essendovi soggetti che ancora non sono pervenuti al livello di quella garanzia (o che per qualche ragione ne sono esclusi) e che tuttavia, tanto più, devono essere giuridicamente protetti.

D'altronde, deve pur significare qualcosa il fatto che una delle cause di questo grande rimescolamento che viviamo sia una vicenda giudiziaria, una grande inchiesta, nella quale si riflette una forte volontà popolare di recupero del sistema della legalità. Non credo che questo fatto giudiziario sia un incendio in cui bruceranno, insieme, sia il sistema politico degenerato e sia una giurisdizione che non sarà più necessaria. Al contrario, credo che i valori della giurisdizione, proprio in questa occasione che tanto ne evidenzia il distacco dalle contingenti maggioranze politiche, emergano in tutta la loro non caducità.

Per questo è così importante la pagina giudiziaria che va sotto il nome di Tangentopoli. In essa si gioca la partita della legalità come valore del vivere collettivo e i magistrati hanno l'enorme responsabilità, gestendo correttamente quel valore, di far sì che esso sia consegnato alla storia dei prossimi decenni come fattore vivo di democrazia.

## 7. Impegni di resistenza da assumere per la tutela dell'interesse generale

Quali che siano gli svolgimenti che i problemi dello Stato avranno nei prossimi anni, qualunque sia la direzione che la politica generale potrà assumere, esistono, quanto alla giurisdizione, alcune pregiudiziali su cui, per parte nostra, non è possibile dismettere l'impegno, alcune linee di resistenza sulle quali non si può transigere, non perché esse rispondano all'interesse della corporazione, ma perché in esse è in gioco, a nostro parere, l'interesse generale.

Prima fra tutte è la resistenza all'ipotesi, da tempo pesantemente avanzata, della cancellazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, con il trasferimento (organico o anche soltanto funzionale) del pubblico ministero nell'area dell'esecutivo

o comunque della maggioranza politica. Il presente momento del nostro Paese, con le vaste iniziative pendenti a carico di una partitocrazia degenerata, fa intendere quale contributo di pulizia sarebbe andato perduto e, per converso, quanto il malessere si sarebbe ulteriormente propagato se l'iniziativa penale, anziché dall'indipendenza di alcuni magistrati, fosse dipesa dalla discrezionalità politica. L'evidenza di questa considerazione pone momentaneamente nell'angolo la tesi estrema della facoltatività dell'azione, ma si affacciano succedanei che, per essere animati dalla medesima ispirazione di fondo, sono anch'essi pericolosi, come la separazione delle carriere giudicante e requirente.

È una tesi, questa, che si veste di panni nobili, i panni del garantismo, prospettandosi come rimedio, fra l'altro, al lamentato fenomeno dell'eccessivo appiattimento del giudice sulle richieste del pubblico ministero.

Il problema esiste, ma in parte va diversamente spiegato e in parte diversamente risolto, attraverso il consolidamento della "cultura della terzietà", ovvero rendendo il giudice "più giudice", e non già depistando il pubblico ministero (per giunta in una situazione che ancora lo vede titolare di poteri di supremazia processuale) verso la sfera dell'esecutivo e della polizia.

Vigilanza, dunque, e impegno di resistenza sul terreno dell'ordinamento giudiziario, ove altro nodo duro (condizione non solo di interna razionalità dell'istituzione ma di rottura di antiche tresche di potere) è la soluzione del problema dei capi degli uffici. Il pensiero di Md, sul punto, è stato sempre nel senso della temporaneità degli incarichi direttivi: per evitare che il dirigente, investito dell'incarico senza limiti temporali, lo acquisisca come uno *status* e lo viva più come potere che come servizio, ma anche per scongiurare che il capo, come centro di potere burocratico, entri in sintonia con altri centri di potere, indulgendo a certe "disponibilità" che hanno contribuito a costruire il non invidiabile primato di "misteri" che gravano sulla nostra Repubblica.

Non ignoro che sul punto della temporaneità degli uffici direttivi non v'è unanimità di posizioni nemmeno all'interno della magistratura progressista, da taluni accarezzandosi l'idea del dirigente *manager* e della sua specifica professionalità. È un'idea che mi preoccupa, perché non è casuale che la grossa strategia di "recupero" del ruolo del Ministro della giustizia rispetto al Csm, avviata nella seconda metà degli anni ottanta specialmente con la Conferenza nazionale della giustizia di Bologna e portata energicamente avanti dopo la conquista socialista del Dicastero, si sia fatta forte dello *slogan* dell'azienda giustizia, e che proprio per questa via sia giunta all'ultimo e più eclatante

episodio dello scontro sul "concerto" per la nomina agli uffici direttivi, ancora una volta enfatizzando, in questi, il momento dell'organizzazione come ragione di raccordo con la sfera ministeriale. In realtà a me pare desiderabile non un dirigente-*manager*, ma un dirigente-giudice, anzi un giudice-dirigente, cui la tensione responsabilizzatrice dell'investitura temporanea farà vivere l'incarico non come infeudamento ma come servizio, al di fuori di ogni appiattimento burocratico e soprattutto al riparo dai centri di potere contigui e dai connessi pericoli di connivenze di vertice. Per la libertaria Md è questa la scelta da compiere.

Altra posizione su cui attestarci, in tema di ordinamento giudiziario, è che la cittadella della giurisdizione deve aprirsi alla presenza, al contributo, al controllo degli altri. Non solo nella forma eccezionale e paludata dell'ingresso per meriti insigni nella Corte di cassazione, ma anche in forme più ordinarie e più capillari di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia (giudice di pace), e altresì nella forma della partecipazione di "esterni" agli organi dell'autogoverno locale.

So bene che quest'ultima ipotesi è assai osteggiata all'interno della magistratura. So che v'è la tendenza a coprire gli *interna corporis* sotto pesanti coltri di riservatezza. Ma questa è mentalità da corporazione privata, non da potere democratico dello Stato. Mi rendo conto che si tratta di incrostazioni e di abitudini mentali che non possono essere rimosse in un colpo solo. Ma in questa direzione bisogna andare. Da sempre Md ha scommesso sulla visibilità dell'istituzione e sul valore della critica esterna.

## 8. Nuovi percorsi di intervento giurisprudenziale

Occorre ora dire qualcosa sull'impegno che ci aspetta nella giurisprudenza. Esso dovrà essere, ancora una volta, ricerca dei valori di effettività e di uguaglianza sostanziale; salvaguardia delle libertà, della sicurezza e della dignità umana; e quindi esplorazione degli spazi praticabili (alla luce della Costituzione) per la tutela, anzitutto, dei soggetti deboli, dei sottoprotetti, degli svantaggiati.

Si vuol forse credere che non c'è più bisogno di questo perché è caduto il Muro di Berlino? Si vuol forse credere che non ci sia più povertà perché si dice che è scomparsa la classe operaia? O forse si pensa che il valore della "terzietà", oggi predicato – e giustamente – come la qualità fondamentale del giudice, impedisca quella che una volta si chiamava "scelta di campo"?

Nulla di tutto questo. Non è vero che la giurisprudenza alternativa postulata da Md fosse legata ad una



certa ipotesi di trasformazione e che perciò abbia perduto ragion d'essere con la caduta del socialismo reale. 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 neppure 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”.

Certamente la risposta della giurisprudenza alternativa deve essere più articolata che in passato, e più colta. Sia nel senso che deve tendere non ad un momento di esemplarità ma a fondare linee interpretative riconoscibili, sia nel senso che il novero delle soggettività deboli si è fatto più esteso e quindi più raffinati e diversificati devono essere i percorsi di intervento.

Insomma, si tratta di intraprendere una vasta analisi (sovente caratterizzata da aspetti interdisciplinari) di settori di vita sociale, di aree di conflitto in cui compaiono soggetti deboli: dalla famiglia al lavoro, alla fruizione del territorio, ai limiti di fatto alle libertà, ai rapporti con le banche, con le compagnie di assicurazione, con gli ospedali, all'immensa e variegata tematica del consumo, dell'informazione, della pubblicità; operando non da soli, ma in contatto con i movimenti vecchi e nuovi, e con gli operatori tecnici

(principalmente gli avvocati), per svolgere un'opera maieutica sul nostro ordinamento e ipotizzare, anche sulla base del diritto vigente, nuovi ambiti di tutela e percorsi processuali utili, cercando spunti durevoli di sperimentazione che possano aspirare alla condivisione e alla credibilità.

## 9. Un compito di vigilanza e di denuncia

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 – 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.