

Crisi della giustizia e ruolo politico della magistratura penale

Quando si cerca il potere perché non si vuole fare il diritto*

di Massimo Donini

professore ordinario di diritto penale nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: **0.** Una operazione di parresia - **1.** Il diritto penale è una politica - **2.** Distorsioni politiche del processo penale - **3.** La persuasione delle "correnti" che il diritto penale sia una politica e le cause specifiche del fenomeno italiano - **4.** Come incide su questo problema la situazione "spirituale" della legislazione penale - **5.** I bilanciamenti che questa situazione esige dalla Giustizia - **6.** Tratti giustizialisti delle politiche della sinistra - **7.** Un modello di ricambio punitivo del potere: *La decapitazione dei capi* di Italo Calvino - **8.** Osservazioni sulle rivelazioni di Luca Palamara e responsabilità della magistratura - **9.** Alcuni fatti e giudizi che il libro di Palamara sottopone alla nostra valutazione - **10.** I rimedi

0. Una operazione di parresia

La vicenda della crisi del CSM e con esso dell'intera magistratura italiana merita oggi, nell'ambito dell'incontro organizzato da Magistratura Democratica, un atto di parresia, una operazione-verità e di riappropriazione, ma anche di difesa, dei valori costituzionali della giurisdizione.

Il contrario della parresia sono adulazione e retorica, diceva Foucault, che ha scritto le pagine più profonde sul tema¹. Cercherò dunque di evitare queste due forme di oscuramento o di abbellimento del discorso.

Tanti altri dovrebbero fare parresia in questo Paese. In genere ci si arriva perché costretti.

Ma anche in questo caso si preferisce spesso dissimulare o rivolgere agli altri accuse compensative e reciproche.

Invece è giusto che ognuno la faccia nel proprio ambito. Io non sono più un interno alla magistratura. Ho fatto altre esperienze, ma mi sta molto a cuore questa vicenda, anche se non ne parlo con entusiasmo, perché costa fatica impostare il tema, tanto più quando lo si fa di persona davanti a esponenti della categoria che si mette in discussione.

1. Il diritto penale è una politica.

Vari magistrati, anche alcuni pubblici ministeri, concepiscono il proprio ruolo come l'esecuzione di programmi di giustizia attuati come scelte obbligate. Luhmann li chiamava «programmi condizionali» ("se...allora", in forma di sillogismo)², senza discrezionalità nella scala dei valori, e con modesti spazi di operatività su tempistiche e priorità delle decisioni

*È il testo lievemente riveduto dell'intervento svolto all'incontro di Magistratura democratica *Dalla crisi e dalle cadute nel governo della magistratura all'attacco alla giurisdizione*, 20 marzo 2021.

¹ In almeno tre corsi al Collège de France oggi tradotti: M. FOUCAULT, *L'herméneutique du sujet*, 1981-1982, trad. it. *L'ermeneutica del soggetto*, Feltrinelli, Milano, 2018, 323 ss., 330 ss., 352 ss. (la citazione è alle pp. 330 ss.); ID., *Le gouvernement de soi et des autres*, 1982-1983, trad. it. *Il governo di sé e degli altri*, Feltrinelli, Milano, 2017, 48 ss., 147 ss.; ID., *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II*, 1983-1984, trad. it. *Il coraggio della verità. Il governo di sé e degli altri II*, Feltrinelli, Milano, 2018, *passim*.

² N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, tr. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978, 45 ss.; ID., *Soziologische Aufklärung I*, 1970, trad. it. ID., *Illuminismo sociologico* (e in particolare il saggio *Diritto positivo e ideologia*) Il Saggiatore, Milano, 1983, 224 ss.

concrete, in quanto verrebbero attuati programmi già predeterminati o dalla legge o da indirizzi dell'ufficio.

Questa idea nasconde peraltro alcuni dati di realtà: sia di quella patologica della più recente crisi del CSM, sia di quella ordinaria e fisiologica dell'esercizio del potere punitivo in una società democratica e pluralista.

La criminalizzazione delle condotte è un atto politico³.

Lo è innanzitutto da parte del legislatore. La legislazione penale va riservata al Parlamento (riserva di legge *ex art. 25 cpv. Cost.*) esattamente perché è un atto politico.

Senonché, una volta che la legge sia in vigore, l'attuazione di questa politica non diventa miracolosamente un'attività di "giustizia", o un mero tecnicismo, o l'applicazione sillogistica di deduzioni logiche da regole fissate in modo atemporale nel codice eterno, in un decalogo.

È una politica che continua e ha bisogno di *ulteriori decisioni*, spesso meno evidenti perché filtrate da parametri di valutazione non ideologici. È una politica che si ammantava ora con le vesti di Dike.

Tuttavia i margini per scelte di valore sono ancora ampi, perché gli spazi di una attuazione differenziata della legge restano amplissimi. Sono "interni alle fattispecie" (ma senza inammissibili analogie), e sono anche "esterni" a esse, nelle diverse strategie processuali, dall'esercizio dell'azione alle prescrizioni orientate, alle scelte sanzionatorie differenziate etc. C'è posto dunque anche per «programmi di scopo», non solo condizionali, per usare sempre la terminologia di Luhmann⁴, dove gli scopi sarebbero quelli della politica del diritto, obiettivi che la legge affiderebbe al giudice di raggiungere non attraverso meri sillogismi logici, ma con operazioni ermeneutiche e applicative più teleologiche (cosa diversa dal «giudice di scopo» di cui parla la pubblicistica riferendosi al giudice che travalica la divisione dei poteri per raggiungere gli scopi di una *propria* politica del diritto⁵).

Una attività che è *cognitiva* quanto agli accertamenti di fatto, mentre per il diritto lo è in parte solo dopo che i problemi ermeneutici sono stati *decisi*.

Del resto i compromessi che sono stati di norma composti nel testo legislativo partendo da posizioni differenti o opposte in Parlamento o nel dibattito politico, non scompaiono miracolosamente: invece essi ritornano a valle, perché il pluralismo parlamentare riemerge a livello ermeneutico⁶.

Solo una società autoritaria può permettersi di escludere il perdurare di forme di pluralismo a livello di attuazione di leggi che non sono ordini militari.

2. Distorsioni politiche del processo penale.

Non voglio ora affrontare invece il tema ben più grave e quasi opposto delle enormi invasioni di campo della politica dell'interpretazione della legge in chiave estensivo-analogica in determinati ambiti: una politica incostituzionale, dalle fattispecie ambientali, a quelle

³ Il concetto, tanto elementare da essere spesso dimenticato, è già in Beccaria, in relazione alle pene, che sono "ostacoli politici" contro il delitto (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764] § 6). Ma ciò vale anche per la costruzione dei precetti, che non è di diritto naturale.

⁴ N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, tr. it. cit., 97 ss.; ID., *Diritto positivo e ideologia*, in ID., *Illuminismo sociologico*, cit. 224 ss.

⁵ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, 51 ss., 161 ss. e *passim*.

⁶ Ne ho trattato in M. DONINI, *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2005, 403-419.

associative a quelle riguardanti i reati dei pubblici ufficiali, o in tema di diritto penale del lavoro, dell'impresa, di disastri etc.

Per non parlare degli enormi spazi di una ermeneutica “di lotta” nella gestione delle regole del processo. In tutto ciò sono corresponsabili i giudici, non solo i pubblici ministeri.

Tuttavia mi chiedo se la magistratura, anche quella di sinistra, abbia davvero fatto i conti con l'uso strumentale del penale per politiche di sicurezza, con l'uso della persona come mezzo per scopi di prevenzione generale, cioè usando il processo per dare una “risposta” a problemi generali ai quali esso non è adatto né destinato; e alla fine non sia rimasta prigioniera di quella cultura della strumentalizzazione del diritto come arma per scopi estranei alla stessa regola: dove la politica non riguarda più la cura della *polis*, ma l'uso della fattispecie per neutralizzare insicurezze o contrastare fenomeni, sino a giungere a una logica che perverte tutto il senso dell'uso del processo ed è quella dell'amico/nemico, o del diritto penale del nemico.

Una cultura schmittiana (il politico come logica del nemico) si è impadronita della politica, anche di sinistra?⁷

Una diffusa percezione anche tra gli studiosi è che nel nostro Paese la “sinistra” in generale sia stata giustizialista più che garantista, veramente più orientata all'uso privilegiato del diritto penale per scopi di politica di prevenzione generale: anziché fare prevenzione con altri strumenti.

Assecondando o promuovendo, proprio attraverso l'uso di leggi penali-manifesto, una politica non più dell'*extrema ratio*, e dunque anch'essa costituzionalmente “disorientata”.

Io di questo vorrei parlare, e non limitare o persino sviare il discorso sull'autotutela della giurisdizione e della magistratura dagli attacchi “da destra” che la vorrebbe oggi ridimensionare a *bouche de la loi*, apolitica o serva della politica. O meglio vorrei arrivare anche al tema della cultura della giurisdizione, ma attraverso il discorso sul ruolo necessariamente politico – e vedremo in che senso – delle stesse Procure della Repubblica.

3. La persuasione delle “correnti” che il diritto penale sia una politica e le cause specifiche del fenomeno italiano

Il fatto che attorno alla nomina dei maggiori incarichi direttivi delle Procure della Repubblica si sia concentrato un sistema di potere dove le designazioni erano concordate tra esponenti di partito e componenti del CSM significa semplicemente questo: quanto siano politici e non tecnici quei ruoli.

Sono gli stessi magistrati che si vedono e si concepiscono così.

Se le Procure della Repubblica fossero ruoli tecnici lo scandalo del CSM non sarebbe mai potuto accadere. Vero che nel “sistema” Palamara c'erano anche le nomine di Presidenti di Tribunale e di capi degli uffici in generale. Tuttavia la questione penale resta al centro delle fibrillazioni col sistema dei partiti. Infatti, oltre al condizionamento delle nomine c'è quello delle inchieste. Che sono solo penali. Un condizionamento del tutto indiretto in generale, ma immanente a questa logica.

Non possiamo al riguardo ridurre il discorso alla “questione morale” del carrierismo che ha prodotto una sorta di degrado dei costumi: problema vero, ma che da solo non sarebbe mai

⁷ Il discorso va oltre il tema del populismo giudiziario, che non coincide di per sé con l'uso del penale in una logica del nemico. Sul rapporto tra populismo giudiziario e magistratura di sinistra, in particolare Magistratura democratica, v. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss., spec. 118 ss.

esplosivo sulle cronache e nel dibattito pubblico, perché avrebbe riguardato solo manifestazioni di malcostume “interno” all’ordine giudiziario, senza ripercussioni rilevanti fuori di esso.

Il potere enorme delle Procure, la loro valenza politica per la stessa democrazia costituzionale, si esprime nel fatto che possono rinviare a giudizio chi vogliono: con la citazione diretta perché non c’è filtro per legge; con il rinvio a giudizio a seguito di udienza preliminare perché non c’è filtro di fatto, salvo eccezioni lodevoli dovute a personale impegno del Gup.

Un sistema che affida alle Procure un potere infinito, perché la durata degli accertamenti è esagerata e ingestibile e dato che l’imputazione e il rinvio a giudizio comportano una presunzione di colpevolezza sociale, o un condizionamento punitivo personale (misure cautelari, afflittività ed effetti economici del processo), che durano anni, le conseguenze di questo potere iniziale (e comunque del suo esercizio) sono molto durature nel tempo.

Se a questo si unisce l’uso frequente delle imputazioni contro politici (dopo l’abolizione dell’autorizzazione a procedere) e pubblici amministratori, oltre che contro imprenditori privati, la valenza di quel potere ne risulta enfatizzata fortemente.

Molti diranno: grazie all’obbligatorietà dell’azione penale, dato che ancora c’è, e perché in questo Paese quei soggetti i reati li commettono veramente. Tuttavia si tratta di una obbligatorietà intermittente, parziale e incontrollata e gestita attraverso canali occulti, spesso opachi⁸.

Abbiamo visto scenari che non sono altrettanto ipotizzabili a proposito delle nomine di incarichi direttivi per il presidente di una sezione civile di un Tribunale. La loro rilevanza in termini di scelte operative è palese anche restando nel quadro della liceità, ma ovviamente cresce se si immaginano ulteriori patti segreti possibili.

4. Come incide su questo problema la situazione “spirituale” della legislazione penale

Vorrei ora partire da una descrizione del sistema penale e processuale alternativa ad alcune immagini tramandate, per spiegare come da ciò derivino conseguenze dirette per il tema qui affrontato.

La situazione nella quale si trova la giustizia penale è di grande inflazione quanto a numero dei reati in astratto, e di eccessivo carico giudiziario quanto a fatti concreti da accertare.

È imposta l’obbligatorietà dell’azione penale; si intende bloccare la prescrizione (o bloccarla dopo la sentenza di condanna di primo grado: v. anche il documento del Ministro della Giustizia diffuso in data 17 marzo 2021, che accompagna la nomina di tre Commissioni di riforma per redigere vari progetti di legge delega); non ci sono cause estintive che portino a una vera deflazione; non ci sono depenalizzazioni di diritto o di fatto significative. Le amnistie non esistono da trent’anni.

Chiaro che siamo in una emergenza. La soluzione non può essere che quella di agire su tutti i predetti fattori.

L’emergenza è il sistema giuridico penale più che esserlo la criminalità.

⁸ Su quanto sia necessaria una diversa cultura dell’accusa e della stessa discrezionalità della gestione dell’azione penale pur esercitata da parte del pubblico ministero mi sono soffermato, in prospettiva di riforma, in *Il Riformista*, 27 marzo 2021.

Infatti, all'anno abbiamo circa 300 omicidi dolosi, che è la cifra della sola città di New York, e anche se si tratta di un solo elemento fra i tanti, appare illuminante per la lettura degli allarmismi che la stampa e la politica ci propinano quotidianamente.

Questi fattori visti insieme costituiscono cause di una ingovernabilità di sistema, che non può garantire certezza e rapidità di accertamento in vari casi di media importanza.

5. I bilanciamenti che questa situazione esige dalla Giustizia.

Il dato preliminare è peraltro che non si è ancora accettato culturalmente che il sistema penale non deve (oltre che non “può”) accertare tutti i reati: deve invece operare alcune scelte, ma in modo trasparente e controllabile. Per capire questo si deve partire dall'idea che la giustizia penale non solo è umana, ma è necessariamente in larga parte una politica. Una politica in senso alto, non di mercato tra i partiti o di accordi di corridoio o in cene su qualche terrazza o una politica degli amici e dei nemici. Può essere una buona o una cattiva politica, ma è orientata a scopi e obiettivi diversi e in parte anche contrastanti, che devono essere pertanto bilanciati.

Il bilanciamento quale millenaria immagine della Giustizia significa anche questo: che già a livello legislativo e non solo applicativo-giudiziale si devono valutare e soppesare diversi interessi e diritti, i titolari di questi diritti, ed effettuare scelte e compensazioni tra di essi.

Il sistema penale italiano ha da tempo deciso di non scegliere in modo trasparente, razionale e organico, e anzi spesso di nascondere la politicità “seria”, direi “l'etica politica” delle sue scelte.

Sia a livello legislativo e sia giudiziario: sul piano legislativo, perché ha preferito programmi populistici a riforme di sistema; su quello giudiziario, perché ci si culla ancora nell'ideale “pubblico, da copertina”, di una giustizia cieca e bendata dove pm e giudici avrebbero la “medesima cultura della giurisdizione” e dunque devono “stare dalla stessa parte” che è quella della suddetta giustizia apolitica, laddove gli avvocati sono loro i “separati” in carriera, perché svolgono un ufficio privato e “stanno dalla parte degli imputati”, che non sono affatto presunti innocenti, se non sulla carta.

Un ideale da copertina come detto, già sbagliato in sé, ma poi sconfessato dagli *arcana imperii*, perché nelle decisioni più importanti opera invece un diverso “sistema”, che sia quello descritto da Palamara o un po' differente lo si capirà, ma un sistema di quel genere.

Dunque una doppia morale oscura.

L'ossessione penalistica (il “penale” quale strumento salvifico della società) ha occupato quotidiani, politiche e media: al punto che introdurre un nuovo reato, criminalizzare, è stato visto come un atto socialmente positivo, da propagandare alla stampa e all'opinione pubblica come decisione premiante perché protettiva, mentre abolirlo, anche solo parzialmente, è parso una sorta di attentato alla “Giustizia” o al sentimento di sicurezza collettiva.

Ora non importa che molti magistrati non la pensino così, importa che non lo dicano pubblicamente, che non lo scrivano, che non facciano sciopero per questo.

Ricordo Kant sulla ragione pubblica e su che cosa è l'illuminismo: fare uso della propria ragione è sì uscire dalla minorità, dall'essere sotto tutela di qualche autorità o consuetudine

di pensiero altrui, ma occorre farlo in pubblico⁹. Ed è una premessa della *parresia*, del dirsi pubblicamente le cose vere.

Con 6-7000 fattispecie di reato polizia e procure possono già fare moltissimo, quasi tutto sul piano della prevenzione attraverso il penale. Manca loro solo il Grande fratello per tutti. Ma ci siamo quasi arrivati. Costretti alla virtù.

Si criminalizza a ogni piè sospinto con una mera maggioranza parlamentare. Per amnistiare ci vuole invece una maggioranza che neppure è richiesta per la revisione della Carta costituzionale.

Il fatto è che tutti gli addetti ai lavori sanno che la prevenzione dei reati di mafia come di corruzione, per es., la si fa nella e con la società civile, con il diritto civile, del lavoro e magari con quello tributario, con interventi economici e controlli amministrativi non meramente burocratici, per esemplificare: non con il diritto criminale come *unica ratio*.

6. Tratti giustizialisti delle politiche della sinistra

Si noti che quando mi richiamo al carattere politico della giustizia non intendo circoscriverlo a scelte di tipo per così dire utilitaristico, o magari opportunistico, orientate solo a risultati pratici tangibili, o economici “interni” alle fattispecie: norme che producono altre norme che si spera producano effetti a esse “esterni”. O peggio: a baratti tra partiti e correnti o a una guerra tra avversari di partito. Né certo legittimare le invasioni di campo che ha ispirato il c.d. “controllo di legalità” sui pubblici poteri.

La politica della giustizia e del diritto ha anime molto diverse. Razionalismo, idealismo e utilitarismo sono sempre compresenti, anche se diversamente incisivi a seconda dei reati. Tuttavia il senso complessivo del discorso riguarda l’orientamento a scopi diversi da ideali di una giustizia in sé, assoluta, che volesse solo attribuire meriti e colpe. È una politica costituzionalmente orientata, di ordinamento, non solo penalistica. Invece la giustizia c.d. assoluta è soprattutto vendetta e retribuzione: il discorso più miope e antimoderno del populismo penale contemporaneo che la stampa ha la colpa di avere alimentato, per fare cassetta, con la scusa di descrivere o peggio “curare” la realtà di cui sta parlando, e coltivando con Procure e forze dell’ordine patti occulti di reciproci scambi¹⁰.

La magistratura di sinistra non è priva di corresponsabilità rispetto a questi scenari.

Il *giustizialismo italiano* non è solo l’«atteggiamento di chi appoggia senza riserve l’azione della magistratura contro la corruzione, anche a scapito delle garanzie individuali del cittadino»¹¹. E neppure soltanto, secondo il linguaggio giornalistico «la richiesta di una giustizia rapida, severa, e talvolta sommaria, nei confronti di chi si è reso colpevole di particolari reati, spec. di quelli di criminalità organizzata e di disonestà nell’amministrazione della cosa pubblica»¹².

Invece il giustizialismo è anche una patologia dell’uso politico della giustizia: gli avversari politici vengono combattuti a suon di processi penali.

⁹ I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), trad. it. *Risposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?*, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino, 2010, p. 141 ss.

¹⁰ Sull’esigenza di “separare le carriere di magistrati e giornalisti” v. G. FIANDACA, *Fatti e fattoidi attorno al “sistema” di Sallusti e Palamara*, in *Il Foglio*, 5 febbraio 2021.

¹¹ Una definizione di SABATINI, COLETTI, *Dizionario della lingua italiana online*, riportata da L. MANCONI, F. GRAZIANI, *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo morale*, Einaudi, Torino, 2019.

¹² Citazione dal Vocabolario di DEVOTO-OLI, e comunque ricorrente come riportato sempre da L. MANCONI, F. GRAZIANI, *op. cit.*

Ma questa è la politica dell'amico/nemico, non quella di una cultura penale costituzionalmente orientata.

La magistratura si è resa essa stessa strumento di questo uso o aspettativa di regolamenti dei conti?

Che se lo chieda, che faccia una riflessione.

Invece le Procure dovrebbero avere un Ufficio stampa che dica ogni volta a gran voce che la magistratura non si presta alla logica amico/nemico quando sono coinvolti politici o amministratori, e che non pensa certo di risolvere le disuguaglianze sociali criminalizzando le imprese.

Se in Italia opera una logica giustizialista è perché gli imputati o alcuni imputati sono criminalizzati sulla stampa e poi in parte dalla magistratura, non semplicemente perché "corrotti" o "criminali", ma in quanto esponenti di uno schieramento: infatti, qualora si fossero limitati a rimanere privati cittadini, senza interessarsi della cosa pubblica, o senza ricoprire cariche pubbliche, il "rischio penale" per loro (pur non irrilevante, come per tutti) sarebbe stato diverso.

Questa sottocultura, questa prassi, questa distorsione colpisce tutti, anche coloro che se ne vogliono servire a proprio vantaggio.

7. Un modello di ricambio punitivo del potere: *La decapitazione dei capi di Italo Calvino*

C'è un apologo di Italo Calvino forse neppure troppo noto: *La decapitazione dei capi*¹³.

In una società immaginaria, ma collocabile nella Russia della Rivoluzione d'Ottobre, sorge una sorta di Repubblica dei Soviet dove a decidere i destini dei propri politici è un movimento i cui militanti devono «seguire senza discussioni le decisioni del direttivo»¹⁴. Casuale ogni riferimento a fatti e personaggi dell'attualità. Infatti nel movimento vige una regola. Si lotta per instaurare, sulle rovine dell'autocrazia e della Duma, e dunque dopo la sconfitta dello Zar, una società egualitaria in cui il potere sia regolato dall'uccisione periodica dei capi elettivi¹⁵. La teoria seguita ricorda in tutti i suoi testi che ogni funzione di comando è ammissibile solo se esercitata da chi aveva già rinunciato a godere dei privilegi del potere, e virtualmente non era più da considerarsi nel numero dei vivi¹⁶. In effetti all'inizio non sarebbe stata accettata dall'opinione pubblica una uccisione vera, ma una piccola mutilazione sì. Il capo con qualche dito mozzo aveva più ascendente e faceva capire a sé e agli altri l'associazione di idee tra l'organo del comando e il tempo che s'accorciava. Le mutilazioni ed esecuzioni periodiche hanno un effetto benefico ed è festa popolare vederli salire sul palco per l'esecuzione, con un contorno di balli e nastri. Si tiene così periodicamente la festa dei capi, che è la decapitazione dei capi. Il capo sa che per definizione è destinato alla decapitazione. Tutto il suo potere ha questo prezzo. Si tratta di una decapitazione fisica o al limite di una periodica mutilazione della lingua o delle falangi, che ricorda al capo il limite del suo potere, la violenza che il suo esercizio reca con sé, rivolgendosi contro chi l'ha esercitato.

Questo *modello di ricambio punitivo del potere* passa dunque attraverso atti di violenza, ma il suo esercizio lo si può immaginare come punizione giurisdizionale, come

¹³ È raccolto in CALVINO, *Prima che tu dica pronto*, Mondadori, Milano, 2011, 129 ss.

¹⁴ *Ivi*, 137.

¹⁵ *Ivi*, 136.

¹⁶ *Ivi*, 137.

criminalizzazione: e allora cambiando soggetti e tempi avremmo di fronte un'immagine assai più vicina alla nostra società politica e alla sua *Repubblica giudiziaria*¹⁷.

Il ricambio dei capi passa così attraverso atti di imputazione penale, ed è paradossale che molti dei loro protagonisti della politica pensino di usare quest'arma contro gli avversari senza neppure comprendere che domani toccherà a loro. La decapitazione dei capi ovviamente riguarda da sempre i politici e i pubblici amministratori, ma potrebbe estendersi ad altre categorie.

Per quanto riguarda i magistrati, peraltro, pare ad alcuni osservatori che l'unico capo veramente decapitato finora sia Luca Palamara e che debba rimanere tale per non estendere a macchia d'olio i giudizi di responsabilità, di connivenza, o di omesso impedimento, a vari livelli.

Che dire di questo sistema di ricambio? Che mi ritorna in mente da troppi anni quando vedo la cedevolezza del sistema penale nel prestarsi a queste logiche di una politica che ha sostituito le manette e il diritto penale all'etica pubblica; e che attende solo di essere libera da rischi di incriminazioni per perpetuare la sua amoralità, attendendo di sconfiggere i propri avversari grazie a processi massmediatici o giudiziari. È questo il giustizialismo che il sistema giudiziario dovrebbe vedere come *contempt of Court* ogni volta che sia chiamato in causa dall'uso solo strumentale della Giustizia: una diversa forma di simonia rispetto a quella della crisi del CSM.

8. Osservazioni sulle rivelazioni di Luca Palamara e responsabilità della magistratura

Una premessa doverosa sul "sistema" emerso: la base, la normalità della vita giudiziaria, in trincea o semplicemente negli uffici, nelle camere di consiglio, nel lavoro quotidiano sui fascicoli da parte dei magistrati di merito e di Cassazione è *per lo più* indipendente dagli scenari di degradata politica descritti nel libro di Sallusti e Palamara, o emergente da intercettazioni pubblicate. Lo è ancor più nel settore civile, ma anche in quello penale.

E tuttavia:

- a) quando mi proposero di entrare nella Commissione tecnica di valutazione per il conferimento delle funzioni di legittimità da parte del Csm, qualche anno fa, per sostituire un altro professore, appresi che da poco era mutato il regolamento della rilevanza degli atti di questa commissione, che poteva essere disattesa senza motivazione per far posto a diversi parametri. Non feci domanda. A che cosa serviva contribuire a un meccanismo di valutazione del merito del tutto apparente?
- b) Quando ero in magistratura (ne sono uscito nel 1995) iscriversi a una corrente non era affatto richiesto per fare carriera. O comunque non si aveva la percezione che fosse del tutto necessario, come invece è accaduto in seguito. Sono uscito dalla magistratura poco dopo la vicenda di Mani Pulite, e a molti (non a me) sembrava ancora che fosse possibile affidare a questa categoria il ruolo addirittura salvifico della moralità delle istituzioni. Quanto fosse fallace questa fede, nei suoi stessi presupposti culturali, è oggi palese a tutti, come subito ancora commenterò.
- c) Il penale è diverso, è diritto, ma è diverso. Non si può pensare a un suo uso "alternativo", ma neppure a una ermeneutica assimilabile a quella delle leggi civili¹⁸: il suo abuso interpretativo produce una frattura costituzionale nella riserva di legge (art. 25 cpv. Cost.), mentre il suo uso "politico" per ragioni di schieramento costituisce

¹⁷ Cfr. l'intervista di Tullio PADOVANI <https://www.ildubbio.news/2021/01/30/quel-potere-terrificante-delle-procure/>

¹⁸ M. DONINI, *Jueces y democracia*, cit.

un *vulnus* alla stessa indipendenza del magistrato, che non è più sottoposto alla legge. Occorre allora distinguere molto bene tra due tipi di politica: quella dei fini del diritto, del pluralismo e dell'impegno civile del magistrato, e quella degli schieramenti partitici o ideologici. Su questo secondo versante penso che anche MD debba fare una riflessione di fondo, mentre per molti altri si tratta di un versante che non è mai esistito, considerata la dimensione pragmatica, strumentale e soprattutto carrieristica delle logiche correntizie.

La vicenda Palamara e della crisi del CSM spiega a tutti una cosa che già sapevamo¹⁹: che la magistratura non salva il Paese dall'esterno, come se fosse un chirurgo della vita civile, perché è invece parte del sistema in cui opera. Tanto ne è parte che è rimasta coinvolta nella decadenza morale del sistema, e oggi ha perduto nei suoi vertici – ma non nella sua base – la possibilità di rappresentare il ruolo credibile di vindice giustizia.

Rileggiamo l'art. 54 Cost.: «Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi.

I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge».

Giusto²⁰. Tuttavia i magistrati non sono persone che esercitano quel potere perché abbiano una superiorità morale rispetto agli altri cittadini.

Non devono neppure averla come requisito di *status* (altra cosa è la tensione interiore), perché la legge penale non è una morale che possa costringere i consociati a interiorizzare i suoi precetti, entrando altrimenti coattivamente nelle loro coscienze. Non solo. Il giudice penale non fa la morale all'imputato, non può disprezzarlo come persona se lo condanna: il fatto si può rimproverare, ma rispetto all'autore non c'è spazio per un giudizio di censura che travolgerebbe laicità e terzietà del ruolo del giudicante dentro le anime e le persone.

9. Alcuni fatti e giudizi che il libro di Palamara sottopone alla nostra valutazione

Rileggiamo però, per uscire dal vago, alcuni passi del libro di Sallusti e Palamara²¹ la cui lettura è sconvolgente, perché è la denuncia di una simonia: la vendita di cose sacre e comunque (più umanamente) superiori, dove il baratto è non (o non in primo luogo) per il denaro²², ma per il potere.

Un concetto generale esposto è il seguente: «La verità è che dietro ogni nomina c'è un patteggiamento che coinvolge le correnti della magistratura, i membri laici del Csm e, direttamente o indirettamente, i loro referenti politici, e ciò è ampiamente documentabile»²³.

E sulla realizzazione di tale metodo: «Normalmente funziona che se le correnti si accordano su un nome può candidarsi anche Calamandrei, padre del diritto, ma non avrà alcuna possibilità di essere preso in considerazione»²⁴.

¹⁹ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2014.

²⁰ Lo ricorda anche G.M. FLICK, *Giustizia in crisi (salvo intese)*, Baldini e Castoldi, Milano, 2020, 63, nel quadro di una più ampia e amara riflessione sul tema qui trattato.

²¹ Alessandro SALLUSTI intervista Luca PALAMARA, *Il Sistema. Potere, politica, affari. Storia segreta della magistratura italiana*, Rizzoli, Milano, 2020.

²² Certo, le nomine comportano avanzamenti stipendiali, e non solo di carriera. Anche gli aspetti economici non possono essere tenuti al di fuori delle degenerazioni del careerismo.

²³ *Ivi*, p. 13.

²⁴ *Ivi*, p. 17.

Si descrive quindi la cooptazione dei giovani, la nomina degli assistenti di studio alla Corte costituzionale, la tecnica spartitoria dei c.d. “pacchettoni” di nomi di candidati da suddividere per corrente (un parametro davvero matematico).

Chi ricorda i *Quaderni del carcere* di Gramsci e la scientifica analisi culturale degli strumenti del potere, la classificazione ideologica dei protagonisti della cultura, della classe dirigente etc. può trovare in questa descrizione di Palamara solo un piccolo esempio pratico (*si parva licet*) di come si possa mettere in pratica un sistema di divisione del potere che, nata forse per ragioni anche ideologiche, è poi diventata mercato di posizioni di potere e passaggi di carriera.

Tuttavia, se si trattasse solo di posti direttivi la cosa non avrebbe avuto questa organizzazione e non avrebbe neppure interessato troppo l'opinione pubblica²⁵.

La questione però non è solo di moralità professionale, perché scomodare Gramsci sarebbe altrimenti fuori luogo. L'attacco alla *political vision* è qui centrale: «*D'accordo, ma fino a qui siamo a dinamiche interne alla vostra casta. Che c'entra tutto questo con la politica, per intenderci con Lotti al tavolo delle trattative?* Le rispondo con le parole di Francesco Misiani – ingiustamente messo sotto processo nel 1996 e poi completamente prosciolto dall'accusa di aver ricevuto una somma di denaro da Renato Squillante e passato informazioni sensibili agli imputati del processo Sme – ha affidato al giornalista Carlo Bonini nel libro *La toga rossa*: “I magistrati Brutti Liberati, Paciotti, Senese, Caselli e Borraccetti condividono non solo la sintonia politica con Botteghe Oscure, ma anche un

²⁵ Poche ulteriori citazioni. *Op. cit.*, p. 38: «Non ci crederà, ma le correnti sono come una squadra di calcio: serve un buon vivaio, senza il quale non si va da nessuna parte. Non per nulla c'è la corsa, e non solo per il gettone economico, a fare il commissario nei concorsi per magistrati. A decidere è la terza commissione del Csm, cioè un organo lottizzato dalle correnti che a sua volta lottizza i commissari, e di questo sulla mia chat c'è ampia documentazione» (p. 39): «L'obiettivo del “Sistema” è accaparrarsi il neomagistrato. Come? Facendolo iscrivere il prima possibile alla propria corrente. Funziona così: quando entri in servizio vieni affiancato per un certo periodo a un magistrato anziano e “chi va con chi” lo decide una commissione apposita in base ai rapporti di forza delle correnti. Se entrano in sessanta, trenta andranno a fare tirocinio da un anziano di Unicost, venti da uno di Magistratura democratica, dieci da uno di Magistratura indipendente. È ovvio che, nel calcolo delle probabilità, questi ragazzi si iscriveranno alla corrente del loro tutor, soprattutto se questo spingerà in tal senso. È la linfa per alimentare il “Sistema” delle correnti, che anche per questo si battono per mettere uomini propri nelle procure più importanti e popolose, come Milano, Roma, Napoli, Palermo e Catania. E così sarà a ogni passaggio della vita professionale, sempre che tu voglia fare carriera. *Mi faccia degli esempi. Quanti ne vuole.* Prendiamo i “magistrati segretari” del Csm, colleghi tra i cui compiti c'è anche quello di dover motivare le nomine, cioè scrivere perché Tizio è più bravo di Caio e quindi ha diritto a quel posto. Secondo lei chi li nomina? *Non lo so, me lo dica lei.* I capicorrente, ovviamente. Così avviene per i membri dell'Ufficio studi, dove vengono elaborati i pareri che danno la linea politica alle decisioni del Csm, ma soprattutto questo vale per gli “assistenti di studio” dei giudici della Corte Costituzionale. *Di che si tratta? Credo che nessuno sappia della loro esistenza.* Ecco, appunto. Sono magistrati, in un caso nominati dal Csm, quindi dalle correnti, nell'altro “cooptati”, che preparano al supremo giudice l'impianto giuridico e dottrinale di una sentenza; quindi hanno un enorme potere di indirizzo e orientamento, in base al loro sentire politico, culturale e ideologico, su quella che poi sarà la libera sentenza del giudice, che non sempre e non su tutto ha il tempo di studiare e approfondire. Ripeto: gli “assistenti di studio” sono magistrati ordinari, nominati dalle correnti del Csm, che influenzano in maniera determinante le sentenze della Corte Costituzionale, il massimo organo di garanzia voluto dai costituenti. (*Ivi*, p. 40): *Detta così fa un po' paura.* È così, questo è il “Sistema”, altro che Hotel Champagne. E non è tutto. Conosce la tecnica dei “pacchettoni”? *No, i pacchettoni onestamente mi erano sfuggiti.* In quella sono stato un vero maestro. Sa quando in tanti colleghi dicono, come è accaduto dopo che è esploso il mio caso: io con il metodo Palamara non c'entro, io sono stato nominato nel posto che occupo all'unanimità dal Csm? Sì, ho presente. Tutte frottole. Ci sono, faccio un esempio, quaranta posti da assegnare tra giudici della Cassazione e procuratori generali. Bene. I quattro capicorrente si siedono informalmente e prima di qualsiasi votazione ufficiale attorno a un tavolo (normalmente quello del capogruppo della corrente più importante, ubicato al primo piano del palazzo del Csm), ognuno con il suo elenco che agli altri non deve interessare. E si comincia: a me ne spettano quindici, all'altro dieci, al terzo sette e così via fino a riempire tutte le caselle. *Parliamo di candidati bravi e preparati?* Può essere, a volte sì, altre meno. È che non si va per curriculum, come si dovrebbe; si va per mera spartizione e un magistrato altrettanto bravo ma non iscritto a una corrente è fuori, non ha speranza che la sua domanda venga accolta».

percorso gradualista che, sfuggendo a tentazioni avventuriste, abbia come obiettivo la riforma del sistema capitalista. A questi si oppongono, dentro Magistratura democratica, l'ala movimentista mia e di Saraceni che nel Pci vede un nemico in quanto parte di un sistema che non vuole riformarsi e che si muove sulla linea del compromesso storico»²⁶.

«È una denuncia forte, ma non si parla di nomine e spartizioni. Peggio, è l'ammissione che la magistratura ha il dovere, anzi l'obbligo, nella testa di chi è su quelle posizioni, di fare politica per plasmare la società, insieme a un partito di riferimento – in quel caso il Pci – ma se necessario anche senza o addirittura oltre. Per fare questo devi formare una classe di magistrati indottrinati e piazzarli nei posti strategici per incidere sulla vita politica non attraverso leggi ma attraverso sentenze. Così nasce il “Sistema” delle nomine non per merito ma per appartenenza. È innegabile che le correnti siano nate con i più nobili ideali e, in tale ambito, Magistratura democratica si è autoproclamata superiore dal punto di vista etico. È nata nel 1964 a Bologna, quando un insieme di magistrati ideologizzati si costituisce in gruppo organizzato all'interno della magistratura in stretta relazione con il Partito comunista, e questo condizionerà l'attività della categoria fino ai giorni nostri. Magistratura democratica è l'embrione del sistema»²⁷.

Io non posso condividere questa chiamata in correità politica di Magistratura democratica, perché il sistema di cui si parla nella narrazione di Palamara non è più di selezione secondo criteri politico-culturali, ma correntizia o personalistica riguardo ad alcuni nomi e uffici, ciò che costituisce una degenerazione della visione politica più alta dell'impegno del magistrato. C'è stato negli anni un salto di dequalificazione dei criteri e le matrici originarie del DNA politico sono costruite su pregiudizi personali.

Certo, secondo questa lettura non c'è prova di condizionamenti processuali diretti. Il livello resta ancora di appartenenze correntizie, dove vi sarebbe influenza diretta solo sulle nomine.

«L'incidenza del “Sistema” nel singolo processo non è dimostrabile», dice Palamara²⁸. Ma se nessuna influenza rilevante fosse stata possibile o ricercata, tutto il “sistema” avrebbe dovuto escludere il legame con gli esponenti della politica, e solo in tal caso sarebbe rimasto credibile in questa autodifesa. Taccio delle connivenze e omissioni ai livelli più alti, oltre che delle complicità.

10. I rimedi

Non ho bisogno ora di continuare. I componenti del CSM beneficiano di immunità (non punibilità) “per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione” (art. 32-bis l. 195/1958). Ma le condotte nelle decisioni prese sono cosa distinta, mi dispiace. La Procura generale presso la Cassazione e la Procura di Roma seguono qui letture addomesticate *in bonam partem*, applicando un controllo di legalità diversamente etico e giuridico per i componenti del CSM. Altre categorie se compiono un mero *scambio di voti* per interessi diciamo di parrocchia, di schieramento, sono oggi sottoposte alla accusa *addirittura di corruzione* (altra deviazione ermeneutica: lo dirò nelle

²⁶ *Op. cit.*, p. 37.

²⁷ *Ibidem*, p. 38.

²⁸ *Op. ult. cit.*, p. 41: «È possibile che questa logica di appartenenza politica e ideologica scenda dentro il singolo processo, la singola inchiesta? L'incidenza del “Sistema” nel singolo processo non è dimostrabile, però le giro la domanda: il collega che con il metodo che abbiamo visto hai nominato in Cassazione, in un tribunale o in una procura, sarà poi sensibile ai tuoi consigli? *Immagino di sì, può esserlo*. Non è detto. Primo, perché esiste la sindrome rancorosa del beneficiario; secondo, perché vale la regola ufficiale, da me sostenuta e sbandierata in ogni sede durante la mia attività, che giudici e pm sono autonomi e indipendenti e non permetterebbero mai a nessuno di entrare nella vicenda processuale».

sedi opportune). E non si tratta di poteri dello Stato, di messa in gioco del funzionamento democratico delle istituzioni.

Perché qui si tratta invece di difendere non semplicemente la regolarità di procedure di valutazione di merito, e neppure solo la giurisdizione, ma la democrazia da abusivi patti politica-magistratura relativi a cariche di peculiare importanza, come quelle di Procure strategiche.

Per questo, ripeto, è miope ridurre il problema della crisi in atto a una mera questione morale, pur esistente: visione funzionale a una difesa d'ufficio che riporterebbe le questioni a vicende "interne" alla categoria.

Ciò premesso, se la giustizia penale in Italia è quella che abbiamo descritto, essa deve fare i conti con l'esigenza di:

- a) relativizzare e limitare il ruolo delle Procure, lo strapotere del pm;
- b) prevedere una maggiore e più ampia disciplina dei criteri di priorità: disciplina generale, sia legislativa e sia governativa;
- c) recuperare un ruolo centrale al Gup nella selezione e nel filtro dei rinvii a giudizio;
- d) interrompere il circuito mediatico-giornalistico-procure della repubblica-polizia giudiziaria nella gestione delle notizie di reato sui *mass-media*;
- e) riformare il processo penale riequilibrando i poteri e i diritti della difesa, accrescendo i vantaggi e i casi di patteggiamento, responsabilizzando l'accusa a una valutazione dei successi processuali delle azioni penali esercitate ma anche delle ipotesi di n.l.p. per tenuità del fatto in fase di indagine, per le scelte di giustizia riparativa, accrescendo i casi di messa alla prova sino a fare della riparazione un istituto di parte generale: una procura non deresponsabilizzata per il solo fatto di aver promosso una richiesta di rinvio a giudizio priva di filtri fino al dibattimento. Questa è cultura della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, una diversa cultura dell'accusa;
- f) ridurre il totalitarismo della presenza della magistratura nei Ministeri;
- g) riformare il CSM con selezione meritocratica affidata a commissioni miste di valutazione, il cui giudizio sia vincolante; una riforma elettorale del CSM che neutralizzi il peso delle correnti nella predeterminazione delle scelte delle persone sulla base di criteri di appartenenza sindacale;
- h) prendere atto che la separazione delle carriere sarà già depotenziata nei fatti, nelle menti, e non ci sarebbe bisogno di chiederla, se si realizzassero le condizioni anzidette; mentre se non si verificassero questi mutamenti, essa resterebbe urgente come esito radicale ma ancora "astratto" (in termini hegeliani, se mi si consente): perché se da una separazione e contrapposizione non nascesse una cultura (una "sintesi") positiva, e invece si affermasse una ideologia dello scontro, i problemi esistenti potrebbero risultare aggravati.

Sono pertanto **due gli obiettivi principali**, uno negativo e uno positivo:

Primo. Il progetto di una "normalizzazione" della magistratura impegnata nella politica dei diritti per sottoporla a controlli burocratici o autoritari dei capi deve essere contrastato ribadendo che esiste una diversa politica del diritto che l'ordinamento favorisce.

Secondo. Una nuova cultura penalistica orientata alle garanzie costituzionali ma anche a una politica penale di alto profilo: cioè una politica del diritto e dei diritti, non dell'amico/nemico quale "essenza" del "politico", non di invasioni di campo in nome del "controllo di legalità", né certo di spartizione dei posti e gestione degli schieramenti, dove si cerca il potere perché non si sa o non si vuole fare il diritto.