



**Domenico  
Marafioti**

**L'EGEMONIA  
GIUDIZIARIA**

La polemica di Domenico Marafioti sulle incongruenze del nostro sistema giudiziario si sviluppa nell'arco di un quarantennio, dal saggio del 1960, di denuncia dell'inefficienza del gratuito patrocinio e della difesa d'ufficio, a tre *pamphlet*, editi tra il 1983 e il 1994 (con l'intermezzo lirico di *Toga sommersa*, uno dei libri più suggestivi sulla professione di avvocato) i cui titoli, con le allegorie inquietanti in essi racchiuse — come pure il titolo, emblematico, della rivista da lui fondata e diretta — sono ormai invalsi nell'uso corrente, entro e fuori le mura dei tribunali. I timori espressi, specie per l'uso abnorme della funzione d'accusa, attingono in quelle opere accenti rivelatori di predilezioni e ascendenze liberali e libertarie, dai riformatori illuministi napoletani agli esponenti della ribellione meridionale verso le ingiustizie storiche del potere. Con questo libro, Marafioti scandaglia una realtà giudiziaria in fermento, in cui gruppi egemoni della magistratura, con voglie di intervento e di indirizzo di stampo giustizialista, da decenni ostacolano il rientro della giurisdizione nei suoi naturali confini, con effetti devastanti di tensione e lacerazione nei rapporti tra giustizia e politica e quindi nel quadro complessivo delle istituzioni democratiche.

Domenico Marafioti vive a Roma, dove esercita le professioni di avvocato e di pubblicista. È autore di libri di saggistica giudiziaria (*L'assistenza giudiziaria ai non abbienti*, Giuffrè, Milano 1960; *La repubblica dei procuratori*, Informazioni & Commenti, Roma 1983; *La supplenza*, Ciuffa editore, Roma 1985; *Toga sommersa*, CEDAM, Padova 1990; *A passo di giudice. Democrazia e "rivoluzione giudiziaria"*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1994. Fondatore e direttore dal 1989 al 1992 del *Giusto processo*, quaderni trimestrali di cultura giudiziaria, collabora a giornali e riviste tra cui "Italia Oggi"; "Specchio economico"; "Parlamento"; "La giustizia penale"; "Gli Oratori del Giorno"; "Cinema d'oggi"; "Cantiere".

In copertina, opera di Georges Rouault, *Justiciers*, 1913.

ISBN 88-7770-529-9



9 788877 705297 >

L. 30.000

"[...] si pone per fondamento nel Milanese che vi sia un corpo di Giudici padroni della Legge e questo è il Senato cui spetta il giudicare della sostanza, della vita, della fama de' cittadini o secondo la Legge, o contro la Legge, o fuori della Legge [...]"

PIETRO VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, 1763

## Introduzione

*Questo studio è rivolto all'analisi di un complesso di comportamenti, nonché di norme e di istituzioni attraverso cui essi si esprimono, che rivestono particolare interesse per un tentativo di configurazione di una fenomenologia dell'egemonia giudiziaria in versione aggiornata, quale s'addice all'attuale fase dei grovigli tra giustizia, politica e società italiana. Fase che ha ricevuto linfa imprevista dalla straordinaria condotta degli addetti alla funzione d'accusa che caratterizza il corso odierno del nostro pubblico ministero<sup>1</sup>.*

*Il mio vuol essere un contributo d'indagine in parte descrittiva e valutativa, nell'insieme, di una serie di fenomeni quali si sono manifestati in tempo e spazio ben definiti, in patente contrasto anzitutto con una visione critica della loro legittimità dal punto di vista sia normativo sia istituzionale, nonché etico, dei costumi. Da parte mia, ripeto, è stato uno sforzo volto non tanto a ricostruire in maniera organica i caratteri di una funzione e le sue strutture, dal punto di vista storico e giuridico, a guisa di corso accademico su un ramo delle istituzioni giudiziarie, ma piuttosto a comprendere — con sentimento che ambisce a considerarsi, per qualche risvolto, di origine toquevilliana — lo spirito nel quale esse sono state applicate e si applicano; e quindi a trarne insegnamenti nella ricerca di rimedi di difesa contro la "tirannia delle istituzioni" medesime<sup>2</sup>.*

Il ricorso alla nozione di egemonia, in riferimento all'attività giudiziaria, quella d'accusa per quanto qui più preme, dovrebbe giustificarsi in base all'analisi della distorta dialettica tra poteri conseguente all'accrescimento inusitato della funzione della magistratura in Italia negli ultimi decenni. Seppure per tale funzione l'esercizio del potere discrezionale, allorché esso sia pervenuto alle soglie dell'egemonia, può assumere caratteri differenti da quelli connaturati all'esercizio del potere assoluto, dovrà pur sempre ammettersi che i modi del primo contengono già in sé il germe del secondo, dell'avvio a forme di "dispotismo giudiziario".

La natura sfuggente che caratterizza la stessa nozione di discrezionalità comporta la ricerca e la posizione di punti certi di orientamento nel suo esercizio; donde l'esigenza essenziale — specie nei passaggi di crisi quale l'odierno, che investe dal fondo la funzione di istituti "cerniera", quale quello del pm — di delimitazioni certe e di controlli producenti. La discrezionalità penale soprattutto, diversamente e assai più che quella amministrativa — pur essendo l'esercizio di entrambe legalmente affidato a individui o a categorie di soggetti — allorché in concreto si esplica senza limiti certi e riconoscibili di restrizione, appare votata a sconfinamenti di potere, con conseguenti errori e abusi di particolare gravità<sup>3</sup>.

Chi avrà la bontà di scorrere fino in fondo queste pagine troverà ulteriore conferma ai timori espressi da tempo, non solo da chi scrive, che da qualche anno, meglio da qualche lustro, ci troviamo di fronte a una progressione di atti — sul versante di un tipico potere di garanzia per tutti, quale dovrebbe essere quello giudiziario — assai significanti sul piano della complessiva ingiustizia nei rapporti tra il cittadino e lo Stato. Ingiustizia riferibile non solo a quanto con sempre maggior frequenza traspare dalle ordinanze e dalle sentenze emesse (o non emesse), ma anche a concezioni e pratiche invalse nell'esercizio delle attribuzioni — con effetti di pervasione nell'immaginario collettivo — che sottendono alla

frantumazione più o meno inconsapevole di un ordine prestabilito nelle istituzioni e nelle funzioni, alla dispersione di una ragione valevole per tutti, nel dominio dell'arbitrarietà<sup>4</sup>.

Questa situazione confusa sin dall'ordine dei principi e dei criteri regolativi appare tale da precludere all'avvento di nuove fogge di ragion di stato, di stampo giudiziario, con il fenomeno inquietante dell'uso del processo come strumento di lotta politica, nel ricorso spregiudicato all'apporto dei cosiddetti pentiti, nello straripamento della giurisdizione nelle funzioni di indirizzo politico e amministrativo<sup>5</sup>. A tutto ciò ha potentemente contribuito una certa prassi di taluni uffici del pubblico ministero intorno a cui — contrariamente alle più robuste aspettative di una democrazia costituzionale non nominale<sup>6</sup> — si sono venute a coagulare nel tempo tendenze alla concentrazione del potere, con ricorsi anacronistici tali da indurci a evocare formule giuridiche medioevali o degli albori dell'evo moderno, da quella originaria di Bartolo di Sassoferrato, di sovranità superiorem non recognoscens, al princeps legibus solutus di Jean Bodin<sup>7</sup>.

Fra gli aspetti più eclatanti del divario tra promesse costituzionali e adattamenti alla realtà della sfera dei bisogni e delle valutazioni concrete degli uomini, va perciò ravvisato quello della sostanziale ingiustizia dei risultati dell'assetto costituzionale della magistratura. Basterà soffermarsi sul carattere involutivo dell'interpretazione dei principi di indipendenza e di autonomia e sulla funzione pratica di istituti concepiti all'origine con tipiche finalità di garanzia, in sé formalmente (apparentemente) perfetti, dalle competenze dell'organo di autogoverno, Consiglio superiore della magistratura, alla cosiddetta obbligatorietà dell'azione penale, tanto per ricordare i passaggi più vistosi lungo i sentieri dell'egemonia giudiziaria.

Dopo tanto girovagare nei meandri del pensiero politico, filosofico e giuridico nel corso dei secoli, verrebbe voglia di risalire

al nucleo autentico dell'elaborazione dei sofisti più giovani, con la loro critica "forte" delle istituzioni giuridiche e sociali esistenti, la denuncia della visione subdola di interessate attribuzioni di valore sacrale alle leggi, più spesso personificazione del potere arbitrario di governanti, o di giudici, che tendono a vestire panni altrui, di legislatori e di reggitori della cosa pubblica. L'attualità perenne di quegli antesignani del dissenso alle dottrine e alle morali assolutistiche, nella politica e nella giustizia, è ben sottolineata da Alf Ross, allorché ripercorre i momenti salienti dell'evoluzione storica del diritto naturale, facendo non a caso richiamo al Popper di La società aperta e i suoi nemici, a proposito del predominio della forza mascherato dalle teoriche sulla intrinseca giustizia delle leggi, segnando con ciò linee maestre delle teorie sociologiche sui nessi del diritto col potere e con l'interesse<sup>8</sup>.

Non si tratta, almeno per me, di digressioni erudite, bensì di sostegno alla difesa delle idee e dell'opera di quanti, nonostante delusioni cocenti, persistono nel ritenere che un disegno realmente riformatore delle istituzioni giudiziarie — e quindi di contrasto ai nefasti della cosiddetta via giudiziaria alla politica — non possa prescindere dalla contestazione radicale di una ideologia della magistratura che nella realtà ha comportato una caduta vorticoso degli equilibri, di giustizia e politica, avviando la prima verso gli approdi dell'arbitrio.

Devo soggiungere, dopo quanto finora chiarito sugli scopi del libro, che non era nei miei intenti compiere una indagine del tipo di quelle — talune egregie — già svolte sul filone inesausto degli errori e degli abusi giudiziari strictu sensu, perpetrati attraverso i processi e i relativi giudizi. Neppure un'indagine sistematica e secondo il metodo della ricerca storico-comparativo, pur se l'odierno contributo potrebbe ritenersi inquadrabile nella grande cornice delle riflessioni sui fenomeni che latamente possono racchiudersi nella definizione di "cultura dell'intolleranza"<sup>9</sup>.

\*\*\*

Parte della trattazione è dedicata all'esame — che ho ritenuto di qualche interesse nell'ambito del tema propostomi — di un certo modo di svolgimento dell'attività del pm, riguardata dal punto di vista delle logiche, in atto neglette o scopertamente avversate, del coordinamento e del collegamento. Tale attività appare assai criticabile, per i suoi aspetti parossistici di frammentazione e di personalizzazione, che a volte inducono a configurare nuove forme di feudalesimi e lotte intestine, fino a ieri impensabili in una democrazia come la nostra, fondata su moderni sistemi di diritto. Nell'ultima parte ho esposto diffusamente il succo delle mie riflessioni, traendo spunto anche da alcuni recenti, sconcertanti episodi, da considerare paradigmatici nell'odierno panorama della corsa al primato della funzione giudiziaria. Più con intenti provocatori che con fiducia dialogica sulle prospettive di riforma del pm — tali e tante sono le resistenze feroci di settori politici e giudiziari in tal campo — ho osato formulare qualche "modesta proposta" di radicali mutamenti nell'assetto normativo e istituzionale in materia; ma su tutto — ripeto — ho assegnato valenza, quasi dominante e pregiudiziale a qualsiasi modifica, all'esigenza di fondo della rifondazione dei costumi, nella politica e nella giustizia. Ciò in quanto è mia profonda convinzione, per dirla con il Manzoni della Storia della colonna infame, che "una cattiva istituzione non s'applica da sé".

Ma forse si tratterà ancora una volta di un miraggio, al cospetto delle molte ingiustizie di una giustizia che spesso si illude di aver conseguito i traguardi della trasparenza e dell'imparzialità adeguandosi ai moduli della cultura-spettacolo, prodotto deterioro di quella che Guy Debord definì *société du spectacle*<sup>10</sup>. All'idea di giustizia, al suo dover essere tale, non s'addicono riti circensi e velleità di protagonismo, bensì un rinnovato costume del riserbo e

dell'impegno. Anche per i suoi promotori e artefici — accusatori e giudici — dovrebbe tuttora valere l'antico monito di Eschine ateniese nell'orazione contro Ctesifonte: "In questa città, nessuno che eserciti una funzione pubblica può sottrarsi alla responsabilità"<sup>11</sup>. Da noi, oggi, l'avvento di una giustizia giusta è legato anzitutto alla conquista di una vera cultura della giurisdizione, per il giudice, e dell'investigazione e dell'indagine, per il pm, in funzione di una attività inquirente e requirente in linea con il decantato "spirito accusatorio" del nuovo processo penale, di cui dovrebbe essere responsabilmente partecipe la triade indefettibile del processo, incarnata nei ruoli peculiari e inconfondibili dell'accusa, della difesa e del giudizio.

Il presente studio rappresenta una prosecuzione e integrazione — su un problema di fondo della stessa politica delle istituzioni — dell'altra mia precedente esperienza sui temi della crisi della giustizia, oggetto di trattazione nel saggio del '94 dal titolo A passo di giudice. Democrazia e "rivoluzione giudiziaria".

#### Note

<sup>1</sup> Al tema centrale della responsabilità e dei controlli dell'uso del potere giudiziario nell'esercizio della funzione d'accusa, è dedicata gran parte dei miei precedenti contributi, da *La repubblica dei procuratori. Le inquietanti tendenze all'integralismo giudiziario*, Informazioni & Commenti, Roma 1983 a *La supplenza. Miti e realtà dell'egemonia giudiziaria*, Cluffa editore, Roma 1985; *A passo di giudice. Democrazia e "rivoluzione giudiziaria"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994. I timori ivi espressi diffusamente per l'uso abnorme delle funzioni inquirenti, con effetti di squilibrio e disunione nel generale contesto politico-istituzionale, hanno ricevuto ripetuta conferma nell'attuale fase dei rapporti tra politica e giustizia, specifico oggetto dell'odierna indagine.

<sup>2</sup> JARDIN, *Alexis de Tocqueville (1805-1859)*, (pref. V. E. Parsi), Jaca Book, Milano 1994, p. 470: "Scriveva scherzosamente che ora era in grado di tenere un corso al Collegio di Francia sulle istituzioni della Francia antica, pur aggiungendo che la parte fondamentale del suo compito era quella di comprendere lo spirito nel quale si applicavano quelle istituzioni". E prima, a pag. 465, riferendo direttamente dalla corrispondenza di Tocqueville con Kergorlay: "... dovrò soprattutto far comprendere i fatti essenziali, far vedere le cause diverse che li hanno prodotti e le conseguenze che ne sono derivate".

<sup>3</sup> Sui caratteri differenziali tra discrezionalità penale e amministrativa cfr.

PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova 1979, p. 19. Sul tema complessivo, MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo s.d. Cfr. pure il capitolo *Discrezionalità, certezza, giustizia*, pp. 59-63 del mio libro *La supplenza* cit. a nota 1. Sul potere discrezionale "enigma irrisolto", tema centrale della scienza del diritto, cfr. AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere*, CEDAM, Padova 1989, spec. parte II.

<sup>4</sup> Sui significati del termine "arbitrario" cfr. LALANDE, *Dizionario critico di filosofia*, Istituto Editoriale Internazionale, Milano 1971, p. 51.

<sup>5</sup> Si tratta di sconfinamento dalla funzione di indirizzo propria delle giurisdizioni, che è quella di "indirizzo giurisprudenziale", verso ricorrenti tentativi, spesso consumati — come poi si vedrà — di influenza e di condizionamento degli indirizzi legislativo e di governo. Sull'attività di indirizzo in genere dei pubblici poteri, e su quella consentanea agli organi della giurisdizione, cfr. le chiare proposizioni di PICOZZA, *L'attività di indirizzo della Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Padova 1988, pp. 36-38, 115-131.

<sup>6</sup> Sulla visione di un sistema politico a forma persuasiva di democrazia costituzionale, fondato sulle sequenze di libertà di coscienza e di pensiero, libertà della persona ed eguaglianza di diritti politici, cfr. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982, pp. 171 sgg.

<sup>7</sup> Sulle origini dell'assolutismo e sui profili storici della politica di accentramento legislativo, amministrativo e giurisdizionale, cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, il Mulino, Bologna 1976, pp. 49 sgg.

<sup>8</sup> ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1965, pp. 219 sgg.

<sup>9</sup> Cfr. MEREU, *La cultura dell'intolleranza* in AA.VV., *Delitto e castigo*, in *Volontà*, quad. n. 1/1994, pp. 23 sgg. Cfr., dello stesso A., *Storia dell'intolleranza in Europa*, Mondadori, Milano 1989. Tra i grandi antecedenti saggistici contro l'intolleranza, nei suoi meccanismi giudiziari storici, senza vie di scampo, vanno annoverati quelli memorabili di VON SPEE, del 1631, *Cautio criminalis*, ed. it. a cura di A. Foa, Salerno editrice, Roma 1986; e di VOLTAIRE, del 1763, *Trattato sulla tolleranza*, a cura di P. Togliatti, Editori Riuniti, Roma 1982 (sullo storico processo a Jean Calas) oltre, ovviamente, quelli di Manzoni e degli illuministi settentrionali e napoletani, della scuola criminologista italiana nel diciottesimo e diciannovesimo secolo, dai Verri a Beccaria, a Romagnosi, Pagano, Filangieri; Carrara (su cui cfr. per tutti, da ultimo, CATTANEO, *Persona e Stato di diritto*, Giappichelli, Torino 1994) fino a giungere ai giorni nostri, agli apporti, tra i più significativi, di CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1981; IDEM, *La fabbrica della peste*, ibidem 1984; IDEM, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, ibidem 1986. Su un piano teorico più vasto, è d'obbligo il riferimento ad apporti memorabili, da quello ormai classico di LOCKE, *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. Marconi, Utet, Torino 1977 fino alle suggestive riflessioni di Bobbio nel saggio *Le ragioni della tolleranza* (letto al Convegno di Bologna del dicembre 1985 su *L'intolleranza: uguali e diversi nella storia*; ora in BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, pp. 235 sgg. Un originale contributo di analisi — col referto di casi specifici e di processi documentati — sul ruolo dell'oralità (testimonianze e confessioni) nella pratica giudiziaria tra la fine del Medio Evo e l'inizio dell'epoca moderna, nei sedici saggi che compongono il volume *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. Maire Vigueur e A. Paravicini Baglioni, Sellerio, Palermo 1991. Sugli sviluppi, teorici e storici, di forme accusatorie e metodi inquisitori, e sui relativi riflessi nella cultura giuridica, cfr. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Giuffrè, Milano 1989; FERRAJOLI,

*Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 1989. Sul tema specifico dell'errore giudiziario: ZUCKERMAN, *L'errore giudiziario nel processo penale inglese*, in "il giusto processo", 1992, n. 16, 297 sgg. (importante riflessione sui principi, anche sul piano del diritto comparato); MAZZUCA, *Anatomia dell'errore giudiziario*, Bucalo, Latina 1978. Cfr. inoltre il saggio introduttivo di V. Vitale a ZOLA, *Io accuso. Storia del processo Dreyfus*, Bonanno editore, Acireale 1988. Per una critica accesa, sul versante della funzione difensiva, al nostro sistema processuale e penale, passato o presente, cfr. oltre il saggio, ormai un classico, di BATTAGLIA A., *Processo alla giustizia*, Laterza, Bari 1954; GIANARIA e MITTONE, *Dalla parte dell'inquisito*, il Mulino, Bologna 1987; SENESE S., *Il delitto di difesa*, Pubblisud, Napoli 1985; VIVIANI, *La degenerazione del processo penale in Italia*, SugarCo, Milano 1988.

<sup>10</sup> DEBORD, *Commentaires à la société du spectacle*, Gérard. Lebovici, Paris 1988. Sul circolo perverso delle sinergie tra magistratura e mezzi di informazione in funzione egemonica reciproca, cfr. SOULEZ LARIVIERE, *Il Circo Mediatico-Giudiziario*, introduzione G. Ferrara, Liberilibri, Macerata 1994; DIACONALE, *Tecnica postmoderna del colpo di stato: magistrati e giornalisti*, Spirali/Vel, Milano 1995.

<sup>11</sup> Da *Gli oratori greci*, tradotti da M. Cesarotti, Soc. Editrice Fiorentina, Firenze 1843, p. 129.

## I

*Toghe egemoni e nuove inquisizioni*

SOMMARIO: 1 — Caratteri dell'egemonia giudiziaria. 2 — Il pm motore dell'egemonia. 3 — "Nemo tenetur se detegere". 4 — "Protettorato" giudiziario. 5 — Storie di ordinaria ingerenza. 6 — Nuove culture dell'infamia. 7 — I giudici non scrivono la storia. 8 — Il giudice e la prova: scene di caccia alla verità. 9 — Il rito e gli officianti: fallimento del garantismo penale. 10 — Discrezionalità senza limiti, nel procedere e nel giudicare.

1 — Con riferimento ai rapporti asimmetrici tra poteri, conseguenti al ruolo vicario che negli ultimi decenni è andata vieppiù assumendosi la magistratura, si parla di egemonia giudiziaria, intesa come forma di supremazia, di potere dei magistrati dilatato nel suo esercizio, a discapito degli altri poteri dello Stato. Si tratta di una nozione, e di una sottostante realtà storico-politica, soggetta a variabili sia al livello teorico che a quello della prassi dello svolgimento delle attribuzioni e delle funzioni.

L'egemonia giudiziaria può essere intesa come la fase iniziale — paventata o auspicata — quasi di "presa del potere" da parte di nuove oligarchie, tese all'instaurazione di una foggia di "repubblica giudiziaria" caratterizzata dal predominio della "classe dei magistrati". Una condizione estrema, una prefigurazione di un utopico tipo di Stato alle soglie del Duemila. In una visione realistica, abbiamo assi-