

Vito Marino Caferra, in magistratura dal 1965 e presidente della Corte di Appello di Bari dal 2007 al 2014.

Negli anni 1998-2002 è stato componente del Consiglio Superiore della Magistratura.

Dal 1974 al 2007 ha anche insegnato Istituzioni di diritto privato presso la facoltà giuridica dell'Università di Bari.

Tra le sue opere: *“Famiglia e assistenza”* (Bologna, 2003, 3° ed.), *“Diritti della persona e Stato sociale”* (Bologna, 2004, 2° ed.), *“Il sistema della corruzione”* (Roma-Bari, 1992), *“Il magistrato senza qualità”* (Roma-Bari, 1996), *“Il sovrano. Saggio sull'uso quotidiano del potere”* (Torino, 2001); e per i nostri tipi *“Per una riforma della Giustizia”* (Bari, 2002); *“La Giustizia e i suoi nemici”* (Bari, 2010); *“Il processo al processo”* (Bari, 2015).

ISBN 978-88-6611-753-7



9 788866 117537

€ 18,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

V.M. Caferra La questione del potere giudiziario

Vito Marino Caferra

LA QUESTIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO



*Il potere giudiziario
e le ragioni della
giustizia nella crisi
della democrazia*

In copertina: Carlo Fusca, *Il potere e la giustizia* (2018), tecnica mista su cartone. Bozzetto cm. 50x70.

Vito Marino Caferra

La questione del potere giudiziario

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Ai miei nipoti

Indice

1. Introduzione, p. 9

2. Una questione di potere

1. Le forme del potere politico, p. 17 – 2. La via informale, p. 28 – 3. *Nomenklatura* e *spoils system*, p. 31 – 4. Il mercato e la corruzione, p. 37 – 5. Il potere invisibile, p. 45

3. Retorica e propaganda

1. Il narcisismo, p. 53 – 2. Retorica e verbalismo, p. 56 – 3. I media e la fabbrica del consenso, p. 61 – 4. Rete e *fake news*, p. 66 – 5. Giustizialismo e populismo, p. 70

4. Le ragioni della giustizia

1. Diritto e giustizia: il ruolo dei giuristi, p. 79 – 2. Diritto e giustizia nella Bibbia, p. 82 – 3. La giustizia degli uomini, p. 85 – 4. I giudici, p. 92 – 5. L'utopia della giustizia universale, p. 99

5. L'elefantiasi di un potere

1. Il potere diffuso, p. 103 – 2. Anomalia del PM, p. 106
3. Una crescita esponenziale, p. 110 – 4. Un potere discrezionale: nomine e consulenze, p. 116 – 5. Protagonismo giudiziario: il magistrato in politica, p. 120

6. Una riforma permanente

1. La mancata riforma della giustizia, p. 133 – 2. Globalizzazione e ordinamento multilivello, p. 141 – 3. La rivoluzione digitale, p. 145 – 4. Le criticità dell'attuale sistema politico, p. 147 – 5. La fine delle ipocrisie, p. 152

7. Indice dei nomi, p. 161

Introduzione

Alla domanda se la magistratura sia un potere dello Stato o semplicemente “*un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*” (come vuole il primo comma dell’art. 104 della Costituzione)¹ la risposta – guardando alla democrazia reale – tende a configurare il potere giudiziario come un potere *tout court*, che viene esercitato secondo le dinamiche – ben note alle scienze sociali – con cui si esercita il potere politico.

La domanda si ripropone nel dibattito pubblico come “una leggenda metropolitana che periodicamente riaffiora sullo scenario politico, tutte le volte in cui si registra uno scontro tra una parte della politica ed una qualche decisione giudiziaria”².

Sul piano teorico la dottrina rileva che gli ordinamenti europei incontrano difficoltà nel governare il diritto con il modello della separazione dei poteri ed evidenzia la indivisibilità del potere politico³. Si sostiene di conseguenza che nelle moderne costituzioni “il “potere” politico è concepibile solo come un “insieme” e non come una “somma” di funzioni distinte; pertanto non è concepibile una divisione dei “poteri” (che ne presupponga la possibilità di distinta legittimazione e distinte modalità di controllo del loro esercizio). Inoltre si chiarisce che adottare l’enunciato (la legge)

¹ Per la sua genesi storica risulta che l’affermazione della indipendenza della magistratura è stata voluta dal Costituente soprattutto nei confronti del potere esecutivo: cfr. il *Commentario breve alla Costituzione* di V. CRISAFULLI, L. PALADIN, Padova, 1990, pp. 635 ss, 649 ss.

² Così E. PALUMBO, *Magistratura, tra “ordine” e “potere”*, sul sito on line *Rivoluzione liberale* del 9 agosto 2013.

³ Cfr. A. CORBINO, *Rigore è quando l’arbitro fischia. Il mito della legalità*, Napoli, 2018.

non è “governare”; governare è utilizzare la stessa per assumere la decisione (amministrativa/giudiziale) del caso⁴.

Del resto, secondo l’opinione di un autorevole costituzionalista, la lettura attenta della nostra Costituzione induce a ritenere che in essa non è contenuto il principio organizzativo della tripartizione dei poteri⁵.

Ma – al di là delle visioni teoriche e della interpretazione letterale del primo comma dell’art. 104 Cost.⁶ – la risposta positiva al noto quesito (che evidentemente non ha soltanto una portata nominalistica) si fonda sulla situazione di fatto che è maturata nel corso degli anni provocando uno squilibrio tra i poteri dello Stato in cui la magistratura appare come il potere dominante.

La comune dottrina associa la responsabilità politica al meccanismo elettorale e quindi esclude che, nell’ordinamento vigente, sia ipotizzabile una responsabilità politica dei magistrati, che sono nominati per concorso (art. 106, 1° comma, Cost.)⁷, sono del tutto indipendenti dal ogni altro potere (104, 1° comma, Cost.) e sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.)⁸.

⁴ Così nell’intervista resa dall’Autore ad A. COSTANZO nel sito on line *Giustizia Insieme* il 26 luglio 2018.

⁵ F. MODUGNO, *Poteri-divisione dei*, voce del *Novissimo Digesto*, Torino, 1966, pp. 483 ss.

⁶ La dizione dell’art. 104 Cost., facendo riferimento ad “ogni altro potere”, non avrebbe alcun senso se anche la Magistratura non fosse essa stessa considerata un “potere”, come il Parlamento ed il Governo. Quanto al riferimento all’“ordine” si evidenzia che la magistratura, a differenza degli altri due poteri, non agisce mai come un corpo organico ed unitario, ma è portatrice di un “potere diffuso”, in cui ciascun giudice esercita nel caso concreto la sua funzione di “*jus dicere*”: cfr. in tal senso E. PALUMBO, *loc. cit.*

⁷ La disposizione del capoverso dell’art. 106 Cost. (per cui “la legge dell’ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”) non ha mai trovato attuazione.

⁸ Cfr. G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *Ordinamento giudiziario*, a cura di A. PIZZORUSSO, Bologna, 1974, pp. 439 e ss.; F. PINTUS, *La “responsabilità del giudice*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1471.

Il disegno costituzionale è chiaro: i magistrati, nell'esercizio libero e indipendente della giurisdizione, sono (e devono essere) fuori e al di sopra dell'agone politico e perciò non rispondono della loro condotta secondo le regole e i riti propri della politica.

Lo ha ricordato di recente il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella: “*i nostri magistrati traggono legittimazione e autorevolezza dal ruolo che loro affida la Costituzione. Non sono, quindi, chiamati a seguire gli orientamenti elettorali ma devono applicare la legge e le sue regole*”⁹.

Tuttavia anche per la magistratura si può ipotizzare una forma di responsabilità politica, che trova la sua sanzione, da un lato, nella “fuga dalla giustizia” e, dall'altro, nell'alto tasso di sfiducia verso la istituzione giudiziaria¹⁰. Perché l'istituzione giudiziaria, più di ogni altra istituzione pubblica, si fonda sulla fiducia dei cittadini e sulla percezione collettiva della (immagine) di imparzialità del magistrato¹¹.

⁹ Leggi il discorso del Presidente MATTARELLA in occasione del 100° anniversario della nascita del presidente emerito della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro (Quirinale, 12 settembre 2018).

Gli ha fatto eco l'articolo di M. DEL GAUDIO, *Il giudice dei diritti*, in *Questione Giustizia* del 14 settembre 2018.

¹⁰ L'immagine pubblica della magistratura italiana non è positiva: tutte le indagini demoscopiche non presentano un alto livello di fiducia nei confronti dei magistrati, specie con riguardo ai rapporti con la politica: cfr. i dati raccolti dall'Istituto di ricerca Cirm di Milano in M.L. GHEZZI, M.A. QUIROZ VITALE, *L'immagine pubblica della magistratura italiana*, Milano, 2006, pp. 45 ss. e, più recentemente, i dati della indagine Demos 2014 (illustrati da I. DIAMANTI su *La Repubblica* del 28 dicembre 2014), per cui la credibilità della Magistratura fra i cittadini ha subito un pesante calo di fiducia: dal 50%, nel 2010, al 33% oggi quasi 17 punti in meno, in quattro anni, di cui 7 punti nell'ultimo anno.

Ancora più preoccupanti sono i dati del *Rapporto Eurispes 2015*, che registra un notevole calo di fiducia nei magistrati (dal 41, 4% nell'anno precedente al 28%).

Nella pubblicistica è noto il libro-inchiesta di S. LIVADIOTTI, *Magistrati L'ultracasta*, Milano, 2011, che rappresenta la magistratura come “la madre di tutte le caste”.

¹¹ Cfr. E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, il quale ritiene che “la fiducia finisce con l'essere una sorta di cuore segreto che anima molte

Orbene, nell'attuale contesto storico-politico, vi sono molte ragioni per considerare il potere giudiziario una parte integrante del potere di governo: ne segue le dinamiche (e anche vizi) e pone un serio problema di equilibrio tra i poteri nello Stato costituzionale di diritto.

Il problema è posto da lucidamente Luciano Violante, che – per rappresentare l'attuale rapporto tra politica e giustizia – ricorre all'immagine del filosofo Francesco Bacone, per cui “i giudici devono essere leoni, ma leoni sotto il trono”; a fronte di una certa propensione dei leoni a sedersi sul trono, si appella ad “una solida, laica coscienza istituzionale”, ma riconosce che – essendo scoppiata la crisi (soprattutto morale) del sistema dei partiti – si è verificata la fuga della politica e la conseguente supplenza dei magistrati¹².

Quindi, per ritornare all'immagine del trono e dei leoni, questi si sono liberati agevolmente del guinzaglio, perché il sovrano – ancora assiso su un trono alquanto instabile – lo ha reso possibile aprendo la strada all'“arbitrio dell'azione penale libera” anche mediante la riforma dell'immunità parlamentare¹³.

Così il magistrato (specie quello inquirente) è diventato un attore politico senza averne la responsabilità: “di questo mutamento molta parte della magistratura coglie l'aspetto del privilegio, ma ignora quello della crescente responsabilità”¹⁴.

E come in ogni altra struttura di potere – a causa della dimensione oggettiva del potere (indipendentemente dal soggetto che lo

dimensioni della vita collettiva” (*ivi*, p. V).

Leggi anche l'articolo dell'ex componente del CSM G. GIOSTRA, *Giudice, fai il giudice* (nell'inserito *la Lettura del Corriere della sera* del 22 novembre 2014.), per cui “per una società democratica è di vitale importanza che il popolo creda nella giustizia amministrata in suo nome... un popolo che non crede nella propria giustizia si rassegna fatalmente ad accettare quella del più forte”.

¹² L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, pp. 3 ss. e 39 ss.

¹³ Vedi infra il cap. IV°, par. 2.

¹⁴ Così L. VIOLANTE, *op. cit.*, p. 49. Leggi anche il mio *Il processo al processo*, Bari, 2015, pp. 162 ss.

detiene)¹⁵ – anche in quelle che fanno capo alla magistratura si possono riscontrare le stesse dinamiche: dal generico abuso di ufficio ai meccanismi della cooptazione e/o del familismo sino a quelli del traffico di influenze illecite¹⁶ e della corruzione.

Lo dimostra la ricca giurisprudenza in cui sono coinvolti quei magistrati che, abusando dei loro poteri e continuando ad indossare la toga (espressione di rigore professionale e di ossequio alla legge e alla Costituzione), versano in uno stato di schizofrenia morale e di doppia identità.

È noto che la legislazione antimafia e anticorruzione, muovendosi su percorsi paralleli alla precedente legislazione antiterrorismo, ha ampliato molto la sfera di azione dei magistrati dando luogo a vere e proprie strutture di potere.

È inevitabile che ogni deviazione in queste strutture rimetta in discussione le modalità della lotta alla mafia e riaccenda la polemica sui “professionisti dell’antimafia” aperta da un articolo di L. Sciascia sul *Corriere della sera* del 10 gennaio 1987, che è tornato di attualità.

In quell’articolo Sciascia muoveva dalla lettura del libro di C. Duggan, *La mafia durante il fascismo*¹⁷, per concludere che “l’antimafia è stata allora strumento di una fazione, internamente al fascismo, per il raggiungimento di un potere incontrastato e in-

¹⁵ Vedi infra il cap. I°, par. 1 sul pensiero di C. SCHMITT e N. BOBBIO.

¹⁶ Anche al di fuori delle ipotesi di reato “la ingiustificata interferenza nell’attività giudiziaria di altro magistrato “è sanzionata sul piano disciplinare dall’art. 2 lett. e) del d.lgs. 109/2006.

¹⁷ Leggilo nell’edizione di Rubbettino 2007, con la prefazione di D. MACK SMITH e la postfazione di G. SAVATTEI, che descrive l’antefatto e gli sviluppi successivi della polemica sui “professionisti dell’antimafia” e riferisce anche dell’incontro e del chiarimento intervenuto tra Sciascia e Paolo Borsellino.

Quell’articolo (per la parte in cui si riferisce alla nomina di Paolo Borsellino a Procuratore della Repubblica di Marsala in deroga al criterio dell’anzianità) è stato criticato dal CSM che lo definisce “articolo sfortunato, di scrittore molto apprezzato, ma in questo caso dimostratosi poco consapevole delle conseguenze della portata del suo messaggio, il quale intese censurare la valorizzazione di alcuni magistrati che si erano distinti nell’attività repressiva della criminalità siciliana”: leggi – sul contesto ambientale giudiziario e socio-politico in cui operava Paolo Borsellino – gli atti pubblicati dal CSM per non dimenticare la sua memoria.

contrastabile”; quindi aggiungeva che dalla favola (documentatissima) di Duggan si può trarre la morale di un’antimafia come strumento di potere, che può benissimo accadere in un sistema democratico “*retorica aiutando e spirito critico mancando*”.

È quanto è emerso nella vicenda giudiziaria (ancora in corso innanzi al Tribunale di Caltanissetta) per la mala gestione dei beni sequestrati e confiscati alla mafia da parte della Sezione delle misure di prevenzione del Tribunale di Palermo¹⁸. A questa vicenda si è aggiunta quella relativa all’ex Presidente di Confindustria Antonio Calogero Montante, finito agli arresti con l’accusa di concorso esterno in associazione mafiosa e di corruzione dopo essere stato nominato (nel 2008) cavaliere del lavoro dal Capo dello Stato Giorgio Napolitano per essersi «impegnato nella lotta contro le organizzazioni mafiose»¹⁹.

Il quadro che deriva da queste vicende giudiziarie (e da altre inchieste penali di analogo spessore) è quello di una antimafia come mero strumento di potere, che fa apparire profetica la denuncia di Leonardo Sciascia²⁰.

Ma la lezione di Sciascia va ben oltre il mondo dell’antimafia (quella autentica e quella di facciata²¹) ed esige – nell’analisi del-

¹⁸ Il processo ha come imputata principale la Presidente della Sezione per le misure di prevenzione Silvana Saguto, alla quale la Sezione disciplinare del CSM, con sentenza del 29 marzo 2018, ha irrogato la sanzione della rimozione.

Per R. BINDI (Presidente della Commissione parlamentare antimafia) il caso Saguto è emblematico delle carenze del sistema vigente (sui sequestri e le confische dei beni della mafia): leggi l’intervista a cura di C. REALE su *Repubblica.it Palermo* del 18 marzo 2016.

¹⁹ Leggi l’articolo di R. FARKAS, *Montante, il paladino dell’antimafia finito agli arresti*, in *La Sicilia* del 14 maggio 2018.

²⁰ Leggi l’articolo di F. CAVALLARO, *La profezia avverata di Sciascia sui professionisti dell’antimafia*, sul *Corriere della sera* dell’8 gennaio 2017, nonché l’articolo di G. MAURO, *I nuovi professionisti dell’antimafia*, in *L’opinione delle libertà* del 16 maggio 2018.

²¹ PAPA FRANCESCO – durante la visita pastorale a Palermo il 15 settembre 2018 per il 25° anniversario della morte del Beato don Pino Puglisi (vittima della mafia) – ha ricordato che “don Pino non viveva per farsi vedere, non viveva di appelli antimafia”.

la democrazia reale (sempre perfettibile)²² – lo spirito critico necessario per discernere e smascherare la retorica che vale ad alimentare ogni forma di potere, anche quella del potere giudiziario.

Per un commento leggi, sul *Corriere della sera* del 16 settembre 2018, l'intervista del fondatore dell'Associazione "Libera" don Luigi Ciotti, il quale denuncia che "nella Chiesa, come nella società, qualcuno ha svuotato una parola importante come legalità, trasformandola in un lasciapassare".

²² Leggi G. PASQUINO, *Democrazie perfettibili*, in *Il Mulino* 2008, n. 3, pp. 499 ss.

