

## DIBATTITO

### IL BUROCRATE CREATIVO. LA CRESCENTE INTRAPRENDENZA INTERPRETATIVA DELLA GIURISPRUDENZA PENALE

#### Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

La definizione del giudice quale “burocrate creativo” è all’evidenza una provocazione culturale, che, attraverso l’evocazione di un ossimoro esistenziale, intende sollecitare una riflessione sulle odierne tendenze evolutive della giustizia penale sotto i profili, tra loro strettamente correlati, dei limiti all’intervento della giurisdizione e dei meccanismi di reclutamento e organizzazione della magistratura.

Il tema ha un’evidente intelaiatura costituzionale, la quale sembra aver subito, negli anni, una progressiva corrosione, evocativa di un nuovo riparto di competenze.

C’è tuttavia chi non si accontenta di questa visione eccessivamente storicizzata della giustizia penale, secondo la quale l’effettività di una nuova legalità sempre più sostanziale sarebbe oramai destinata a imporsi sui tradizionali principi liberali, ancorati alla separazione dei poteri.

In risposta a una siffatta fuga in avanti a poco varrebbe proporre un passato opportunamente falsificato e mitizzato cui tornare; ben più costruttiva, invece, è la verifica dello stato di salute, da un lato, dei valori di garanzia individuale, dall’altro, del rapporto tra giustizia penale e democrazia. Tutto ciò lontano – sia chiaro – da ogni conservatorismo preconcelto e con la riserva, anzi, se realmente di nuovo ordine si tratta, di rilanciare la via di un cambiamento ancora più radicale verso assetti che siano maggiormente coerenti con il rinnovato modo di concepire l’identità e le competenze della giurisdizione. Non si può rimanere troppo a lungo in mezzo al guado.

In questa prospettiva l’immagine provocatoria del “burocrate creativo” vuole essere un sasso lanciato nelle acque limacciose e lacustri di una lettura sovente acritica, se non apologetica, del diritto vivente, fermo restando il valore imprescindibile della giurisdizione e della magistratura, *condiciones sine quibus non* di giustizia e pace sociale.

I contributi che seguono – tratti dal Convegno fiorentino del 16 settembre 2016, dal titolo: “*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa*”

*della giurisprudenza penale*” – pur nella diversità degli specifici profili affrontati, si intrecciano tra loro, delineando un percorso unitario.

Un primo piano di riflessione muove dalla constatazione che il diritto giurisprudenziale, ammesso e non concesso che in passato sia stato sempre fedele al verbo scritto, ha cessato di voler coincidere con il diritto di stretto conio legislativo. Ne è conseguita – non senza avalli dottrinali – una più marcata svalutazione della testualità del diritto quale garanzia di certezza e contenimento della penalità. Il testo tende alla volatilizzazione, tanto nel momento della formulazione della fattispecie incriminatrice, quanto in quello della sua interpretazione. Si potrà obiettare, infatti, e correttamente, che non di rado è il legislatore che vanifica la testualità con enunciati normativi indeterminati, dovuti ora a spirito di compiacenza, ora a imperizia. È accaduto di recente, per esempio, con gli ecodelitti, ma l’esemplificazione potrebbe continuare. Resta il fatto che in casi come questi la giurisprudenza costituzionale non stigmatizza il tradimento della funzione normativa da parte del legislatore, quale monopolista rinunciatario, ma, con indubbio pragmatismo, impone al giudice di colmare la lacuna “in via interpretativa”, di fatto attraverso una scelta politico-criminale giudiziale. A parte ciò non poche sono le fattispecie incriminatrici legislativamente determinate, che vengono “corrette” dalla giurisprudenza attraverso una lettura che si sostanzia nella loro riscrittura. Talvolta il diritto vivente distilla significati più ristretti rispetto a quelli consentiti dal testo; più spesso accade il contrario con la produzione di una normativa giurisprudenziale eccedente rispetto alla scelta politico-criminale compiuta dal legislatore e presidiata dal segno linguistico. Vengono qui in rilievo non solo le frequenti interpretazioni analogiche in *malam partem*, ma anche gli approdi interpretativi che non sono nemmeno analogici per mancanza di *eadem ratio*, allorché la fattispecie viene applicata al caso semplicemente diverso. In breve: sta cambiando l’apprezzamento della lacuna di tutela che da valore sovraordinato sempre e comunque, diventa indizio di una disfunzione del sistema, valore che il giudice può bilanciare con l’istanza di tutela, in nome di una razionalità general-preventiva di cui si fa diretto interprete. È forte l’impressione che stia declinando la concezione liberale dello *ius terribile* come diritto eccezionale in quanto derogatorio del generale principio di libertà.

Un secondo terreno di analisi riguarda la capacità ordinante del diritto vivente. La legalità di marca giuspositivistica muoveva dal linguaggio comune perché spontaneo e formale al tempo stesso. In quanto parlato dalla comunità, il linguaggio della legge veniva considerato massimamente democratico e sufficientemente certo nei significati. Oggi la prevedibilità del diritto non è solo il necessario riverbero della colpevolezza normativa. Essa, prima ancora, aspira a essere “legge”, sul modello di un’interpretazione alquanto estrema dell’art. 7 CEDU: è scesa dunque di piano (dalla colpevolezza al fatto tipico) e ha cambiato natura,

oggettivandosi e divenendo il nocciolo della legalità, perché la prevedibilità del diritto rilevarebbe in funzione sostitutiva, e non più solo integrativa, della legalità formale. Soprattutto quando l'interpretazione giurisprudenziale si allontana *in malam partem* dall'enunciato normativo, l'interrogativo che oggi ci attende è ineludibile: la “nuova legalità” assicura uno standard di prevedibilità superiore o anche pari rispetto a quello della “vecchia” legalità formale? Da altra angolazione: la Corte di cassazione è in grado di garantire allo stato la necessaria stabilizzazione dei significati o sarà necessaria una qualche riforma di sistema che assicuri il carattere vincolante del precedente? Questi interrogativi si muovono pur sempre nella scia di una visione dell'ordinamento giuridico, che eleva l'ordine e la coerenza a valori. Al riguardo, tuttavia, non può restare nell'ombra la tesi opposta, di recente lumeggiata da Michele Taruffo (*Aspetti del precedente giudiziale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 57), segnatamente con riguardo ai sistemi di *common law*, secondo cui le zone d'ordine sarebbero eccezioni locali, magari pilotate dalla capacità del precedente di uniformare le decisioni successive, nella consapevolezza del carattere prevalentemente instabile e caotico del diritto.

Passando adesso a una terza angolazione prospettica, viene in rilievo il problema della legittimazione e dei limiti dell'attività ermeneutica svolta dal giudice. Sembra entrato in crisi il modello della sussunzione del fatto storico nel fatto tipico, fondato sul paradigma della corrispondenza linguistico-descrittiva, a favore di un'impostazione analogica che desume la tipicità di un fatto da un altro fatto ritenuto tipico, simile per equivalenza offensiva, depotenziando così la funzione delimitativa dell'enunciato normativo a vantaggio di quella esemplificativa, secondo il modello del tipo aperto. Qui la domanda sorge spontanea: possono ancora distinguersi – sotto il profilo temporale e sotto quello delle competenze – il momento della posizione del divieto penale (*ius facere*) e quello della sua interpretazione (*ius dicere*)? Esiste ancora un *prius* e un *posterius*, più marcatamente politico il primo, più tecnico il secondo, o compete oramai alla giurisdizione l'enunciazione del precetto con conseguente assunzione di responsabilità politica? Preso atto da tempo che il modello del giudice bocca della legge è irrealistico, approdare al suo opposto – ossia attribuire alla sentenza una funzione normativa generale – non significa perseguire, a Costituzione invariata, il rovesciamento del nostro sistema, che non contempla un giudice penale totipotente? La creatività dell'interpretazione non può spingersi fino al libertinaggio ermeneutico senza gravi contraccolpi istituzionali: altro è ammettere che il contesto implementi il testo, altro è consentire lo scavalco del testo in nome del contesto. “*La parola – si è detto (MICHELE DE MONTAIGNE, Saggi, libro III, cap. XIII) – è per metà di colui che parla, per metà di colui che l'ascolta*”, lamentando – per dirla con linguaggio di oggi – l'eccessiva creatività delle interpretazioni, che polverizza il diritto in “*infinite sentenze*” e “*altrettante interpretazioni*”. Ebbene, riporre anche solo la

metà dei significati in mano al giudice non è già troppo, quando si tratta di disporre della libertà personale dei cittadini? Ci si deve chiedere, allora, se la specificità penalistica non riaffiori anche nell'ermeneutica, sensibilizzandola verso una maggiore attenzione per l'invalidabilità del limite, in nome di uno statuto deontico particolare rispetto a quello dell'interpretazione letteraria, artistica, storica e giuridica non penalistica. In quanto diritto eccezionale, il diritto penale è soggetto a regole ermeneutiche anch'esse eccezionali? Non è questa la sede per verificare se esista una teoria generale dell'interpretazione valida per tutti i contesti e tutte le discipline. Resta il fatto che per il lascito di una tradizione culturale a noi vicina l'analogia, struttura portante dell'interpretazione, e non a caso canone ermeneutico generale per tutti i rami del diritto, nella materia penale viene sovvertita in un divieto di rango costituzionale. Ha ancora valore questo insegnamento?

Il quarto e ultimo gruppo di interrogativi ruota su questioni di natura ordinamentale, a lungo trascurate e divenute di attualità nella misura in cui sta appassendo la legittimazione legalistica del giudice tecnico, la quale, però, continua a resistere come verità di comodo. In realtà sono molti i segnali di un ritorno alla concezione sapienziale del diritto penale – e più in generale del diritto – come materia riservata ai *sacerdotes juris*, foriera di un novello corporativismo magari virtuoso e temperato da alcune forme di partecipazione ad opera degli altri attori del foro. Per esempio, la via del *soft law*, che trova una incarnazione nei protocolli di comportamento concordati con l'avvocatura, è una valida modalità di collaborazione, necessariamente di tipo interstiziale, ossia limitata agli spazi non espressamente regolati dalle fonti del diritto. A fronte di ciò il diritto penale sostanziale vede attenuare la sua funzione regolativa, quale riflesso della crisi del suo cardine moderno, il principio di legalità. Da qui l'impressione generalizzata che il processo diventi arbitro della scena, che esso assuma, nell'epoca della tarda modernità, un'autosufficienza regolativa, sol perché divenuto "giusto". Sennonché, il "giusto processo" è una garanzia pur sempre strumentale; non cammina da solo, ma è scortato da due gendarmi: il diritto penale sostanziale e l'ordinamento giudiziario. Se l'uno allenta la presa, l'altro la rinsalda. Come si diceva, negli ultimi lustri sembra declinare il primato del diritto sostanziale, che un tempo esaltava il ruolo di interlocuzione della dottrina. Ma davvero potrà stabilizzarsi il primato del processo e del suo prodotto, un autarchico diritto giurisprudenziale, senza una approfondita riflessione sull'ordinamento giudiziario condotta alla luce anche della variegata esperienza straniera? Se la politicità del diritto penale fa parte della sua sostanza, come va conciliata con i cardini della democrazia rappresentativa?

La metafora del "burocrate creativo" ci mette di fronte a un nuovo scenario, che impone l'impegnativa mediazione tra modelli di giudice opposti, nella rinnovata consapevolezza che il giudice è l'altra faccia del diritto.