Il contesto e l'interpretazione della legge penale nell'epoca dei giudici: il ruolo delle giurisdizioni europee

di *Gaetano Insolera*

I

Il tema di fondo è ancora quello della legalità penale in rapporto alla creatività giurisprudenziale, dei limiti della interpretazione giudiziale rispetto al testo della legge.

Nel suo intervento Fausto Giunta ha ben descritto il procedere, l'espandersi della creatività giurisprudenziale con l'insistente proporsi di una nuova legalità penale, nel nome degli asseriti *Percorsi giuridici della postmodernità*¹, e ha ricordato i numerosi convegni che in questi anni hanno affrontato l'argomento².

L'attenzione dei penalisti si è anzitutto rivolta al potere giudiziario interno: nel convegno organizzato a Bologna il 20 novembre 2015³ era emerso con chiarezza come il tema "drammatico"⁴ dell'interpretazione della legge e dei suoi limiti debba anzitutto cogliere la dimensione politica del diritto penale, quella che si intreccia necessariamente con i rapporti tra i poteri, le rispettive attribuzioni e i limiti del loro esercizio.

1. È il titolo di un recente volume collettaneo curato da E. Kostoris (il Mulino, Bologna 2016).

2. Rinvio alla *Nota introduttiva* di F. Giunta e agli interventi nel Dibattito *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza creativa della giurisprudenza penale*, in "Criminalia", 11, 2016, pp. 157 ss.

3. Gli atti in C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Carocci, Roma 2016.

4. Questa è la parola, più che mai attuale, usata da G. Bettiol, *Diritto penale*, Cedam, Padova 1969, p. 107: «Il dramma dell'interpretazione consiste nel cercare di mettere d'accordo la norma penale, per natura sua astratta e generica, con la concretezza e la variabilità del caso concreto».

In un recente intervento di G. Fiandaca⁵ questo rapporto è narrato muovendo da una citazione di Marcello Gallo⁶: è il senso della riserva di legge che individua con chiarezza il nesso tra democrazia e coercizione penale.

Un significato reso esplicito anche da importanti sentenze della Consulta, più o meno recenti (n. 230/2012; n. 487/1989).

Un quadro di riferimento che, tuttavia, secondo molte voci, non corrisponderebbe più all'attuale impoverimento culturale del dibattito politico e della qualità complessiva della democrazia: un fenomeno di cui vengono individuati fattori sui quali si può in larga parte concordare⁷. Penso però che si debba fare un passo ulteriore, andando "oltre il giardino"⁸ delle controversie filosofiche e semiologiche sui limiti della legge e della interpretazione giudiziale (sul cd. "diritto vivente"): come accade a Chance, una volta usciti dal giardino curato, elegante, rassicurante, ma un po' asfittico [ci si aggira tra il cespuglio dell'ermeneutica, il fiore analitico, la resistente erba esegetica, ci si imbatte forse in bocche di leone, mentre quelle della legge sono state sempre fiori ideali e immaginari], troviamo il contesto reale delle cose.

E infatti cosa vediamo usciti dai cancelli del giardino?

5. G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017.

6. Ivi, p. 120. A proposito della riserva di legge: «La ragione della disciplina adottata sta nel consentire, ed è tipico del pensiero liberal-democratico – una riflessione particolarmente attenta sulle ragioni che portano a qualificare reato un certo fatto umano, nonché la possibilità alle minoranze di intervenire sugli indirizzi e sulle scelte di politica penale della maggioranza: in un processo dialettico al quale si partecipa – si dovrebbe partecipare – per convincere ed essere convinti» (M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. 1: *La legge penale*, Giappichelli, Torino 1999, p. 48).

7. Vi è ormai una vastissima letteratura sulla crisi delle democrazie occidentali: cfr., ad esempio, tra i penalisti, L. Violante, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in Guarnieri, Insolera, Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit., pp. 15 ss., e Id., *Democrazie senza memoria*, Einaudi, Torino 2017.

8. È il titolo di un mio articolo sul tema in "Indice penale", 1, 2018. E mi vengono in mente le considerazioni di A. Baratta, nella introduzione alla traduzione di G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano 1962, pp. v ss., a proposito dell'impegno espresso, nel primo dopoguerra, da una cultura, non solo giuridica, ispirata a umanesimo e tolleranza: con una forza ideale che, tuttavia, non colse la debolezza costituzionale della repubblica di Weimar.

Il caos degli attacchi, senza esclusione di colpi, alla democrazia rappresentativa e, quindi, all'impalcatura istituzionale della ancora vigente Costituzione. Vi è una crisi del sistema di intermediazione sociale, anzitutto di quella dei partiti⁹: si parla di una loro "statizzazione"¹⁰; vi è poi il dirompente ruolo della rete con il dilagare dell'"abuso della parola", del "potere della menzogna"¹¹, del "populismo digitale"¹². Come le teste dell'Idra, o la cuoca di Lenin, risorge e piace la favola nefasta della democrazia diretta¹³.

Vi è una crisi delle élite, del loro formarsi, o la loro riluttanza a farsi élite politiche¹⁴.

La teoria delle élite, nata con un marchio conservatore, è stata però in grado di declinarsi in termini essenziali per l'esistenza di una democrazia rappresentativa, l'unica forma di governo del popolo tendenzialmente funzionante e non ingannevole¹⁵.

In altre letture si colgono le origini dell'attacco alla democrazia rappresentativa e, prima ancora, ai lasciti dell'Illuminismo, in quella "gnosi rivoluzionaria" che continua a percorrere una parte del pensiero delle sinistre¹⁶.

9. Sull'atteggiamento di sfiducia degli italiani nei confronti del sistema politico, rispetto agli altri principali paesi europei, i recenti (6 settembre 2017) risultati di un'indagine della Fondazione Bertelsmann in <https://it.reuters.com/article/topNews/idTKCN1BHOZF-OITTP>. Un quadro di sfiducia richiamato da Violante, *Democrazie senza memoria*, cit., pp. 74 ss., e B. de Giovanni, *La democrazia degli elettori indifferenti*, in "Il mattino", 29 dicembre 2017.

10. I partiti «si sono trasformati in agenzie che si occupano del governo più che dalla rappresentanza, che "portano ordine più che dare voce"», Violante, *Democrazie senza memoria*, cit., p. 16.

11. Ivi, pp. 65 ss.; G. Bronner, *La democrazia dei creduloni*, Aracne, Roma 2016.

12. A Dal Lago, *Populismo digitale*, Raffaello Cortina, Milano 2017.

13. A. Panebianco, *Competenze e democrazia. I politici e la cuoca di Lenin*, in "Corriere della sera", 2 gennaio 2018.

14. C. Galli, *I riluttanti. Le élites italiane di fronte alla responsabilità*, Laterza, Roma-Bari 2012.

15. La teoria delle élite, «nella sua faccia realistica ha contribuito, e contribuisce tuttora, a scoprire e a mettere a nudo la finzione della democrazia manipolata». Così N. Bobbio, voce, *Élites, Teoria delle*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino 2004, p. 309.

16. L. Pellicani, *I rivoluzionari di professione. Teoria e prassi dello gnosticismo moderno*, Vallecchi, Firenze 1975; Id., *Cattivi maestri della sinistra*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2017.

Vorrei fare subito chiarezza: non penso a una restaurazione, alla resurrezione di quanto si è perduto, a un ritorno all'età dell'oro, secondo alcuni quella della cd. prima Repubblica.

Della democrazia, quella non solo apparente, occorre però occuparsi, “curarsi”, sorvegliare le transizioni: un compito che si esprime anzitutto nel controllo dei rapporti tra i poteri¹⁷.

Si tratta di un ufficio culturale dal quale non possono proprio esimersi i penalisti: anzitutto individuando le armi imbracciate dai nemici della democrazia e la loro efficacia devastante per i diritti civili.

Dobbiamo quindi spostare l'attenzione sull'attuale contesto in cui si colloca oggi l'inesauribile dibattito sui limiti dell'interpretazione.

Ritroviamo così il confronto tra “neocostituzionalismo” e “positivismo giuridico”¹⁸ o “cognitivismo moderno”¹⁹.

Per il “neocostituzionalismo”, che si nutre del linguaggio universalistico dei “diritti fondamentali” nel contesto di una comunità globale delle Corti, il giudice non decide secondo la volontà del legislatore: «è invece necessario sviluppare un ragionamento morale che “prenda sul serio” i diritti delle parti in giudizio». Il giudice formula la migliore teoria dei principi costituzionali in gioco, proteso anche all'innovazione costituzionale²⁰.

In proposito è necessario ricordare come con la decisione 356/1996 della Corte Costituzionale si è di fatto voluta chiudere la stagione delle sentenze interpretative di rigetto e della loro

17. Violante, *Democrazie senza memoria*, cit., pp. 106 ss. Segnalo due lavori di J. Werner Mueller, *L'enigma democrazia*, Einaudi, Torino 2012, e, in particolare, di recente, *Cos'è il populismo?*, UBE, Milano 2017. Richiamo l'attenzione sulle pp. 26 e ss. e sulle sette tesi che ne sintetizzano il pensiero, pp. 131 ss.

18. G. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 1, giugno 2017, pp. 97 ss. Contrapposizione che si individuava nella *Introduzione*, in Guarneri, Insolera, Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit.

19. Così M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, Milano 2016, p. 432, che, comunque, non indulge in nominalismi.

20. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, cit., pp. 101-2.

capacità di orientare i giudici ordinari; ciò ha comportato una «polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge»²¹. Da non trascurare poi l'enigmatica sentenza Pezzella delle Sezioni unite del 2004²², che autorizza il più “piccolo” dei giudici a individuare interpretazioni costituzionalmente conformi ulteriori e diverse rispetto a quelle fornite dalla Corte Costituzionale.

Si è così affermato quel criterio generalizzato di *interpretazione conforme* che mette i valori, i diritti e i loro bilanciamenti nelle mani del singolo interprete giudiziario. In breve, gli stilemi di una interpretazione libera del testo, orientata all'affermazione di valori, al loro bilanciamento e alla invenzione di sempre nuovi diritti fondamentali, in questo modo non sono circoscritti all'operato dell'organo di giustizia costituzionale, ma hanno coinvolto l'intero ordinamento giudiziario, diffondendo le interpretazioni creative del testo della legge fondamentale in ogni angolo giurisdizionale²³.

21. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 468.

22. Sezioni unite 31 marzo-7 maggio 2004.

23. Rinvio a G. Insolera, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2016, pp. 2001 ss., richiamando soprattutto la necessità di soffermarsi su disposizioni che il “diritto vivente” applica analogicamente, punendo *oltre* il testo.

Che può fare allora il “piccolo giudice” che dissenta da questo “diritto vivente”?

Ritornare al testo, assolvere, ad esempio: salverà la sua coscienza, ma la disfatta interverrà nei giudizi di impugnazione, attivabili ormai senza limiti dall'onnipotente organo dell'accusa grazie ai rosari di *ex plurimis* del “diritto vivente”.

Sollevare questione di incostituzionalità del “diritto vivente”?

Il meccanismo che ho sintetizzato si traduce in un circolo vizioso. Parliamo di analogia *in malam partem*, di tassatività nella interpretazione: la questione sarà ritenuta dalla Corte inammissibile, posto che il giudice – egli è autonomo, indipendente, inamovibile e soggiace solo alla Legge, vivaddio – avrebbe potuto leggere il testo nei limiti della stretta interpretazione e in contrasto con il “diritto vivente”, in conformità al disposto degli artt. 25 e 101, c. 2° Cost.

In breve, anche nel contesto attuale l'unica via sarebbe quella del controllo di costituzionalità proposto dal nuovo idolo, ora consacrato dal cd. “pacchetto Orlando” – la nomofilachia della Cassazione (che sostituisce la prevedibilità delle decisioni alla certezza del diritto) – che dubiti della (propria) precedente interpretazione analogica. Come visto una via di fatto resa altamente improbabile: la descritta obsolescenza delle sentenze interpretative di rigetto con la loro forza persuasiva, se evita i conflitti tra le Corti, non attiva quel “doppio controllo

Il *giuspositivismo normativo* si contrappone a queste idee: perché esse attribuiscono a un'élite non rappresentativa e non responsabile il potere di fissare gli standard della vita pubblica. Una teoria normativa della giustizia custodita dai giudici, anche costituzionali, contrasta con la stessa genesi dei diritti; essi esprimono infatti conflitti tra idee, visioni e interessi diversi, alla composizione dei quali ogni cittadino deve partecipare: nel processo politico l'ultima parola non può essere espressa dai giudici²⁴.

Le decisioni non devono gravare sul ragionamento morale del giudice, è necessario continuare a impegnarsi nell'indicare parametri esterni alla coscienza del giudice.

Il successo dell'una o dell'altra posizione non può prescindere dalla "situazione giuridica, politica e sociale in cui le teorie si trovano a operare": le condizioni esterne, che le teorie non possono controllare, influiscono sulla possibilità di realizzare i loro obiettivi.

Ed ecco i "nobili sogni" delle due teorie e, all'opposto, la possibilità che si trasformino in incubi²⁵.

Il sogno dei neocostituzionalisti: la decisione non dovrebbe corrispondere alle preferenze soggettive del giudice o della classe dei giudici²⁶, ma costituirebbe «una buona approssimazione al-

di costituzionalità" che, in passato ha consentito alla interpretazione della Corte Costituzionale di prevalere sul "diritto vivente" (*i.e.* dei giudici). Su tema rinvio, più diffusamente, a G. Insolera, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli 2011, pp. 2351 ss.

24. «La trasformazione della Costituzione da tavola delle regole a officina ("deposito") di valori alimenta un'ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata attraverso e "dice" il diritto in tutte le giurisdizioni, azionando il proliferare di sempre nuovi diritti da porre sulla bilancia [che si vuole sostituita al sillogismo], ma che, necessariamente, va a detrimento di altri diritti» (Insolera, *Il giudice e la cultura del limite. Il limite della legge*, in "Parola alla difesa", 2017, p. 245, che richiama le recenti osservazioni di A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 323 ss.

25. Itzcovich riprende il chiasmo da H. Hart

26. Anche in quel sogno, quindi, non dovrebbe trovare spazio un'"empatia" che travalichi il livello di ineliminabile coinvolgimento umano ed emotivo del giudice. Vedi le avvertenze di G. Fiandaca, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella dell'applicazione delle leggi penali*, in O. Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Cedam, Padova 2013, pp. 235 ss. Sull'empatia del giudice O. Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappi-

la morale oggettivamente valida, in linea di principio conoscibile da un osservatore imparziale quale è il giudice, oppure alla morale sociale ampiamente condivisa dalle persone ragionevoli, fra cui i giudici»²⁷.

Il “nobile sogno” del positivismo giuridico normativo: «trova la possibilità di attuazione e sviluppo dei diritti, anziché in una immagine idealizzata del ragionamento giuridico e delle Corti costituzionali, nelle risorse del procedimento legislativo ordinario e di una società civile vivace, capace di partecipare, discutere e organizzarsi politicamente»²⁸.

Ed ecco gli incubi del neocostituzionalismo: i giudici decidono secondo la morale privata o quella sociale del proprio gruppo professionale; la comunità ierocratica degli interpreti della Costituzione svuota la comunità democratica di ogni contenuto; lo spazio della politica si riduce a mera amministrazione, nei confini segnati dalle interpretazioni giudiziarie della Costituzione²⁹.

L'incubo giuspositivista: giudici che danno inesorabile esecuzione a decisioni aberranti di un potere politico tirannico: «poiché manca una società civile virtuosa e attiva, la capacità inclusiva della politica democratica si rivela illusoria: la società civile è spolticizzata e silenziosa, frammentata e rassegnata, o attivamente malvagia, illiberale e razzista»³⁰.

Una prima conclusione: la scelta tra le due prospettive non può dipendere solo dalla forza delle argomentazioni di principio in lo-

chelli, Torino 2009. Per una discutibile interpretazione del fattore, a proposito di un caso di ricasazione, M. G. Civinini, *Tono di voce incalzante e atteggiamento partecipativo e il giudice viene ricasato!!*, in www.questionegiustizia.it; consultato il 29 settembre 2014.

27. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, cit., p. 104; G. Insolera, *Qualche riflessione sul diritto penale nella democrazia del leader*, in “Indice penale”, 2016, p. 389.

28. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, cit., p. 105.

29. Ivi, p. 107.

30. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, cit., p. 104. Situazione che somiglia molto a quella descritta da L. Violante, come “società giudiziaria”, in *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in Guarnieri, Insolera, Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit., pp. 32 ss.

ro sostegno, ma dipende anzitutto dall'analisi e dalla valutazione del contesto.

Chi sono i giudici che interpretano i diritti? E poi: cosa si intende per nuova legalità contrassegnata dalla creatività giurisprudenziale? Proviamo a cogliere gli elementi di contesto.

Il neocostituzionalismo, in quanto eticizzazione della Costituzione «si risolve in una eticizzazione della giurisdizione, senza toccare il tema della politica e delle virtù politiche. Anzi assumendo che la politica non è, né può essere, il luogo della virtù, il quale invece è la giurisdizione, in quanto fondata sulla saggia applicazione di un diritto che non coincide con la legge positiva politicamente prodotta»³¹.

Bisogna allora, anzitutto, tornare al primo quesito che ci siamo posti: *chi sono i giudici che dovrebbero interpretare i diritti*³²?

Per comprendere, usciti dal giardino, occorre anzitutto entrare in un edificio quasi sempre inesplorato dai giuristi³³.

Reclutamento, formazione, carriere, prodursi di élite e loro percorsi all'interno del corpo, stipendi, contrapposizione e influenza delle correnti nell'organo di autogoverno, rapporti con i media non possono più essere stanze neutrali nell'epoca del diritto vivente e della creatività giurisprudenziale. *Sono parte importante del contesto che produce l'interpretazione che si vuole svincolata dal testo*³⁴.

Un passo ancora: nella creatività giurisprudenziale possono cogliersi le linee di una autonoma "ideologia giudiziaria"?

È importante cercare di trovare risposte: il potere politico realisticamente inteso come capacità di dare effettività a obiettivi collettivi, che si sintetizzano in una ideologia³⁵, anche con la

31. M. Dogliani, *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*, in "Costituzionalismo.it", 3, 2012.

32. All'argomento sono dedicati i saggi contenuti in Guarnieri, Insolera, Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit.

33. Occorre ad esempio rivolgersi ai molti lavori dedicati alla magistratura da Giuseppe Di Federico, Carlo Guarnieri, Daniela Piana, Daniela Cavallini, Patrizia Pederzoli, Michele Sapignoli. Di recente dati utili in C. Guarnieri, P. Pederzoli, *Il sistema giudiziario*, il Mulino, Bologna 2017.

34. Istruttivi dati e considerazioni di C. Guarnieri, *Una "categoria" (molto) controversa: la magistratura*, in "ParadoXa", 2, 2017, pp. 75 ss.

35. Penso che il concetto di ideologia debba liberarsi dal significato marxiano che sovente gli viene ancora attribuito, per connotare invece, in termini più

minaccia di sanzioni e l'uso della violenza, è conciliabile con gli onnipresenti concetti di autonomia e indipendenza della magistratura, con la sovrapposizione tra controllo di legalità/virtù e punizione dell'illecito, con la circolazione, complice la rete, di *mailing list* interne e riservate, di un pensiero comune che anima requiranti e giudicanti – che si vogliono inseparabili come i papagallini di Hitchcock – e che alimenta le improprie incursioni nella politica penale (o nella politica *tout court*, vedi, ad esempio, la vicenda del *referendum* sulla riforma costituzionale) dell'ANM, delle correnti o di singoli. Una nuova ideologia politica? E quali sono i suoi referenti sociali? Quali la base sociale, gli interessi, i movimenti che si esprimono conseguentemente nell'azione giudiziaria?

Quanto ai contenuti di questo *mainstream*, si coglie un rapporto sempre più diretto dei singoli magistrati o dell'ANM con i principali media, proponendo o applicando soluzioni che sono apertamente *antagonistiche* rispetto al testo (o alla progettazione) legislativa.

È questo un dato nuovo di realtà, con il quale deve misurarsi l'interminabile dibattito sull'interpretazione. Vi è, da parte del potere giudiziario, una produzione endogena di *opinion maker* ancora in servizio o reclutati dalla politica: una *leadership* giudiziaria alla quale sempre più spesso si affida la politica in crisi.

Il problema dell'interpretazione e dei suoi limiti mi sembra che a questo proposito debba concentrarsi specialmente sul tema dell'*intenzione legislativa*: è infatti in questo antagonismo esplicito, in via preventiva contro la progettazione parlamentare o giocato *ex post*, allargando gli spazi della interpretazione o, ancora, invocando gli scopi proclamati dal legislatore, che si denunciano invece disattesi dal testo. “Se una legge vuole colpire un certo fenomeno che provoca sdegno nella collettività, non può lasciarsi sfuggire una certa classe di fatti”, si dice.

generali e neutrali «qualsiasi insieme di idee e valori sufficientemente coerente al suo interno e finalizzato ad orientare i comportamenti sociali, economici e politici degli individui» (L. Pellicani, voce *Ideologia*, consultabile in <http://www.treccani.it/enciclopedia/ideologia/>).

Sappiamo che la questione dovrebbe risolversi nel rapporto tra scopi politico-criminali e mezzi per raggiungerli (e, in principio, sta il testo della legge). E invece non è questo il percorso seguito nelle operazioni di interpretazione cd. “estensiva”, quando in realtà esse sono analogiche, in contrasto con il legislatore: adottate, ad esempio, in tema di criminalità organizzata e mafia³⁶, per la criminalità economica³⁷ o per quella politico-amministrativa (nella onnipresente lotta alla corruzione, ormai intesa in senso ampio, moralistico: un *maelstroem* che inghiotte il frammentato sistema di incriminazioni previsto dalla legge)³⁸, antagonismo sempre pronto a spingersi su altre realtà, sulle *vedette* del momento dello sdegno collettivo.

Se la creazione giurisprudenziale si iscrive in un’*autonoma ideologia giudiziaria*, caratterizzata da un ruolo decisivo del rapporto con i media, la cui grammatica – l’interpretazione costituzionalmente conforme affidata a ogni giudice – è scritta in una sorta di teologia costituzionale, occorre chiedersi quali siano i suoi tratti fondamentali, i contenuti, i caratteri originari: un campo di indagine che deve aprirsi nel momento in cui si ragiona di qualsiasi espressione di potere politico.

36. Rimando a G. Insolera, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in “Indice penale”, 2015, pp. 223 ss.

37. È, ad esempio, il caso del cd. falso in bilancio valutativo, come risolto da Sezioni unite n. 22474/2016. Nonostante tutti gli sforzi argomentativi la sentenza si caratterizza per una contrapposizione con il dato testuale e con quella che è da ritenersi l’intenzione del legislatore riformista – alla luce della regola precedente. Una scelta politico criminale sbagliata? Come da molti sostenuto, e anche con ragione. Ma la questione è un’altra, lo avrà compreso chi legge. A chi compete porre rimedio agli errori del legislatore? È questione di poteri dotati di legittimazione, in uno stato costituzionale di diritto. Ma tutto ciò è superato e ce lo dice un commentatore assai qualificato: «Il mito illuminista della legge che tutti possono ictu oculi comprendere semplicemente leggendone gli articoli (e quindi del giudice semplice bocca della legge, il quale non sarebbe soggetto solo ad essa se non osservasse pedissequamente la lettera) è appunto un mito e c’è da meravigliarsi che qualcuno ancora gli presti fede: Se poi questo qualcuno è un professore di diritto, dovrebbe porsi la domanda: “ma allora a che serve la mia cattedra?”» (M. Fumo, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: sintagmi, locuzioni, litoti e ed altre (fuorvianti?) diavolerie linguistiche*, in www.penalecontemporaneo; consultato il 7 giugno 2017).

38. Qualche osservazione pacata sull’enfasi che ormai accompagna la lotta alla corruzione in L. Violante, *Democrazie senza memoria*, cit., p. 112.

In questo contesto si è lucidamente colto anche il pericolo che possa affermarsi una direzione politica autoritaria “che normalizzi” la magistratura subordinandola al potere politico o, all’opposto, quello che la magistratura divenga vero e proprio organo di governo³⁹.

Ma, si dice, «Una terza alternativa può essere costituita da un processo di autoriforma avviato responsabilmente dalla stessa magistratura, senza farsi condizionare dalle luci del moralismo giuridico e da quelle, non meno abbaglianti, della spettacolarizzazione mediatica»⁴⁰.

Virtuose avvisaglie in tal senso ve ne sono: nel lavoro quotidiano di singole figure di magistrati, che uniscono autorevolezza individuale, cultura giuridica e sensibilità liberale. Non mi sembra proprio, tuttavia, che esse siano sufficienti a far prevedere in tempi brevi un allontanamento da quei pericoli. A rendere complicata la questione gioca, con forza, una miscela composta dalle lusinghe della rappresentazione mediatica, da un martirologio dalle pagine sempre aperte, dalla lamentosa attribuzione dei mali della giustizia sempre ad altri (alla “politica”, per la carenza delle risorse⁴¹ e, è scontato, agli avvocati), dalla gratificante convinzione di essere gli unici custodi rimasti di virtù e onestà, dal fascino – perché no – che sempre esercita il potere⁴². Fattori su cui si produce una catalisi omogenea con l'immissione di forti istanze sindacali corporative.

39. Itzcovich, *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, cit., p. 107, come possibile incubo del neocostituzionalismo.

40. L. Violante, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in Guarnieri, Insolera, Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit., p. 35.

41. Istruttivi i dati comparatistici e sull'allocazione degli stanziamenti (in Italia il 78% è destinato a salari e stipendi) forniti da Guarnieri, *Una “categoria” (molto) controversa: la magistratura*, cit., p. 79 e *passim*.

42. Mi torna alla mente uno degli ultimi film di un grande maestro, Claude Chabrol, intitolato *L'ivresse du pouvoir* (2006). Già nel titolo è ben rappresentato il duplice senso da cogliere nel drammatico racconto. Da una parte, l'assenza del limite della legalità nell'operato di chi detiene il potere politico-economico – il film si ispira allo scandalo Elf che scosse la Francia nei primi anni Novanta –, dall'altra, l'insofferenza del giudice verso limiti e condizionamenti che si frappongono al raggiungimento dei suoi scopi di giustizia. Anche la sua esistenza ne risulta condizionata fino al sacrificio di importanti aspetti della propria vita privata. Le cronache su una recente vicenda riguardante una

È muovendo da questi intenti che si è voluto estendere lo sguardo ai giudici europei.

Questo è il legame tra il primo e il secondo confronto dedicato all'“anatomia del potere giudiziario”: con la presa d'atto dell'affermarsi di un “diritto penale europeo” e del ruolo che esso viene chiamato a svolgere nell'operare della giurisdizione nazionale “postmoderna”⁴³.

Incontriamo anzitutto la Corte EDU, come riferimento su cui costruire le basi del nuovo statuto garantistico del diritto penale.

Accanto alle molte luci è opportuno cogliere le ombre che si allungano proprio nelle intersezioni tra i suoi arresti e gli scopi rintracciabili nel *mainstream* del potere giudiziario nazionale.

Quando si contrappone, ad esempio, nella definizione della sicurezza dei rapporti giuridici, il concetto di prevedibilità della decisione giudiziale a quello di certezza del diritto. Essi infatti non sono proprio la stessa cosa: la certezza, infatti, è legata al testo della legge, quindi è un requisito oggettivo della legge, che si misura con il principio della sua determinatezza⁴⁴.

Se, a proposito del principio di legalità, si dà prevalenza al significato attribuito all'art. 7 della CEDU, se, nel lessico “postmoderno”, più del precedente piace l'espressione “diritto vivente”, il risultato è quello di intaccare il riparto dei poteri scritti in Costituzione. Lo ha detto con chiarezza la Corte Costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012 (sull'assimilazione tra abrogazione e *over-*

nota scuola privata per la preparazione del concorso in magistratura potrebbero porre alcuni interrogativi su questo punto. Una scuola apprezzata anche per i risultati positivi esibiti: tralasciamo gli aspetti farseschi messi in luce dai media, resta da chiedersi a quale modello possono essere stati formati gli allievi poi ammessi in ruolo.

43. Sul tema vi è una sconfinata bibliografia, mi limito a ricordare la fortunata monografia di V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Dike, Roma 2012.

44. Mi sembra che uno spunto significativo in questo senso sia da cogliere nel punto 56 della sentenza della CGUE 5 dicembre 2017 Taricco: determinatezza «implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene». Esigenza soddisfatta «quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante, e se del caso [*in claris non fit interpretatio? N.d.A.*] con l'aiuto della interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la responsabilità penale».

ruling favorevole). E per fortuna lo ha fatto senza ricorrere alla formula della inammissibilità: nella diffusa argomentazione vi vidi quasi un manifesto contro la, di poco precedente, sentenza Beschi delle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁴⁵.

Ancora, rispetto alla questione sollevata da Fausto Giunta, sul rapporto tra parte generale-parte speciale e legalità, una riflessione sul caso Contrada. Credo di essere stato uno dei primi a osteggiare l'applicazione dell'art. 110 c.p. all'art. 416 *bis* c.p. Si era a metà degli anni Ottanta e le mie idee avevano preso spunto da quelle di Gaetano Contento⁴⁶.

Quando la CEDU afferma che il concorso esterno «è reato di origine giurisprudenziale» (punto 66), affronta il problema sul piano della retroattività, alla stregua del criterio della ragionevole prevedibilità e, in base a quel lessico, non dice una cosa sbagliata. Ma, in un contesto giuspositivistico come il nostro, si può sostenere che non vi siano ostacoli normativi che impediscano l'operare della clausola espansiva dell'art. 110 c.p.: debole è quindi l'opinione che ci parla di un reato giurisprudenziale. In realtà il vero problema, colto subito quando invalse nella giurisprudenza la contestazione del concorso nei reati associativi – come è noto, ciò accadde negli anni Settanta per colpire i fiancheggiatori di organizzazioni politiche estremiste o terroristiche –, era ed è l'indeterminatezza strutturale dei reati associativi coniugata all'indeterminatezza della nostra disciplina del concorso di persone nel reato.

Quale l'insegnamento ricavabile dall'*affaire* Contrada? La questione ha portata più vasta di quella concernente l'applicazione retroattiva del diritto vivente formatosi nel 1994; ci troviamo in presenza di un *deficit* di determinatezza che riguarda, e continua a riguardare, il testo oggettivo prodotto dal “combinato disposto” delle norme di parte speciale e generale⁴⁷; un esito

45. Sezioni unite n. 18288/2010. G. Insolera, *Il severo custode della legge fondamentale*, in “Critica del diritto”, 2012, pp. 355 ss.

46. G. Insolera, *Problemi di struttura dl concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 136 ss.; G. Contento, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in Id., *Scritti 1964-2000* (a cura di G. Spagnolo), Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 109 ss.

47. Ma si tratta di una indeterminatezza che piace proprio al diritto vivente: esemplare la vicenda della restituzione alla Sezione remittente della questio-

ambiguo dell'ibridazione della funzione garantista attribuita alla Corte di Strasburgo.

Vi è poi un'altra questione che più ci interessa in questa sede.

Quanto margine lascia ai nostri giudici la possibilità di ibridare principi o regole desunti dalla dimensione sovranazionale in funzione "servente" rispetto alle autonome soluzioni di "scopo" che si intendono perseguire?

È proprio dell'ibridare la commistione di elementi eterogenei per ottenere risultati confacenti ai propri scopi.

Una modalità *fusion* che ha coinvolto anche la Consulta posta a confronto con il tema tormentoso della prescrizione: ecco la corposa motivazione (per una sentenza di inammissibilità) della Corte Cost. n. 49/2015 (26 marzo 2015), alla quale hanno fraternamente e celermente corrisposto le Sezioni unite n. 31617/2015 (26 giugno 2015). Decisioni accomunate nell'esito perseguito: quello di scindere la confisca dalla sentenza di condanna e di intervenire sulla natura della prescrizione del reato.

Ancora, in questo caso la Cassazione a Sezioni semplici⁴⁸: in tema di rinnovazione delle prove dichiarative in appello in caso di riforma *in pejus*, la nota giurisprudenza della Corte EDU sul punto, recepita dalle Sezioni unite, dovrebbe estendersi anche al caso opposto, di assoluzione in grado di appello: dalla motivazione si coglie una equiparazione dello statuto di garanzia di imputato e persona offesa, che richiama la confezione di un patchwork tra giurisprudenza nazionale e diritto sovranazionale, ispirata dall'obiettivo, presente in quest'ultima, di valorizzare la figura e i diritti della persona offesa⁴⁹.

ne della compatibilità dell'applicabilità dell'art. 110 all'art. 416 c.p. Questione sostenuta dall'articolata indicazione delle sostanziali differenze strutturali rispetto all'art. 416 *bis*, tali da implicare una situazione di incertezza in punto punibilità del concorrente eventuale (Sez. I, ord. 13 maggio 2016, Addeo). Nel provvedimento presidenziale di restituzione si afferma come la giurisprudenza sia concorde nel considerare il concorso eventuale compatibile con tutti i delitti associativi.

48. Sez. II, 26 giugno 2017, Rv. 41571/17.

49. Il chiarimento apportato dalla recente "riforma Orlando", con la modifica dell'art. 603 c.p.p., mi sembra uno dei pochi aspetti positivi nel testo di quella legge.

Ma torniamo alla Corte Costituzionale: una sentenza poco considerata dai penalisti. Quella sulla cd. legge Fornero. Cosa si è rimproverato al legislatore in quel caso?

Di non avere “illustrato in dettaglio” le motivazioni in base alle quali si è dato prevalenza alle esigenze finanziarie a confronto con gli interessi previdenziali a una prestazione adeguata.

Un altro passo della costituzione materiale, dunque: il controllo di ragionevolezza non ricerca e non si esprime sulle *rationes* che hanno determinato il bilanciamento legislativo (comunque con pregiudizio per la discrezionalità delle scelte politiche da non trascurarsi), ma censura una sorta di difetto formale, di motivazione, della legge. Requisito che mi sembra estraneo al paradigma legislativo descritto dalla Costituzione, ma che, probabilmente, è orecchiato dallo stile delle fonti normative dell'Unione Europea. Un altro caso di ibridismo che si allunga sulle tecniche decisorie della Consulta⁵⁰.

Vero è che anche la Consulta, in alcune decisioni, mostra vicinanza nei confronti di quelle posizioni che ho definito neocostituzionaliste, capaci di consentire al giudice di distaccarsi dalla legge: nel caso della Consulta attraverso un sindacato di legittimità invasivo della discrezionalità politica.

Ciò avviene quando si ipotizza una Corte Costituzionale che dialoga direttamente con le istanze sociali: una deriva “sapienziale” segnalata dall'intervento di Sandro Staiano.

È in questo contesto che si coglie anche la fascinazione per il *common law* a cui si riconducono le giurisprudenze-fonti europee.

Ma, a ben vedere, la cultura del precedente e dello *stare decisis*, di cui oggi si fa gran parlare, è assai poco conciliabile con quella, nostrana, che è cultura delle massime (un *common law* all'amatriciana!). Essa infatti, ancorata a schemi giuspositivistici, se serve al singolo giudice per sostituirsi al legislatore, rifugge di

50. Un'osservazione di Marcello Gallo su quella sentenza (*Una sentenza bella e pericolosa*, in “Critica del diritto”, 2014, p. 224): «Esigere che il legislatore ordinario enunci in dettaglio i motivi per cui svolge in un certo modo la funzione che gli è propria val quanto profilare la legittimità di un giudizio della Corte sul perché delle soluzioni adottate con legge». La sentenza «Ci preoccupa per quello che effettivamente dice, ma più ancora per il retroterra culturale che sta dietro».

regola dall'esame puntuale di analogie e distinzioni attraverso le quali rapportare il precedente alle particolarità del singolo caso da giudicare⁵¹. Ancora un ibrido, quindi: che trova oggi riconoscimento normativo nella riforma dell'art. 618 del c.p.p.⁵².

Si è detto: anche la Consulta, a volte, non sfugge alla fascinazione del neocostituzionalismo.

A questo proposito occorre – è un ulteriore, ovvio, passaggio – chiedersi e capire anche chi sono i giudici che siedono in quel consesso e che possono determinare decisioni e maggioranze mutevoli nella loro ispirazione ideologica. Giocano gli avvicendamenti⁵³ e l'assenza delle opinioni dissenzienti⁵⁴: l'analisi della composizione dell'organo consente criteri di decifrazione delle posizioni ideologiche che potranno essere assunte attraverso le decisioni.

Gli sviluppi dell'*affaire* Taricco, dopo l'ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale e la decisione della Corte di Giustizia

51. Si veda U. Mattei, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino 2014, p. 157 (ulteriori approfondimenti nelle pp. successive): «Posto che nel mondo reale due casi non si rappresentano mai perfettamente identici e che la regola giuridica che costituisce la ratio decidendi di un precedente va estratta dalla Corte successiva con riguardo ai fatti concreti di quella controversia, una possibilità aperta per la corte obbligata secondo stare decisis è sostenere che quella decisione non è precedente nel nuovo caso di specie».

52. Interviene di recente sul tema V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in www.penalecontemporaneo.it; consultato il 17 gennaio 2018.

53. Può essere istruttiva una recente analisi – anche se in relazione alla diversa struttura della Corte Suprema nordamericana – sulle conseguenze, in punto orientamenti giurisprudenziali, della nomina del giudice che è andato a sostituire il conservatore Antonin Scalia (P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici "originalisti" e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in "Rivista di diritti comparati", 3, 2017, pp. 132 ss.). Un tipo di indagine che dovrebbe accompagnare anche la ricostruzione delle ideologie dei giudici della nostra Corte. Indicazioni utili in P. Pederzoli, *La corte costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 105 ss.

54. Tema sempre all'attenzione dei costituzionalisti, con orientamenti contrastanti. Si veda di recente S. Cassese, *Dentro la Corte*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 16 ss. e 273 ss. A mio parere la questione non riguarda tanto il tema del segreto sulle dinamiche attraverso cui si è giunti alla decisione: la ricostruzione dell'ideologia di nominati o eletti consente piuttosto sia un esercizio critico nei confronti dei criteri di selezione sia un margine di prevedibilità delle decisioni.

del 5 dicembre 2017⁵⁵, sulla cui valutazione positiva si sono soffermati altri interventi, possono costituire una rassicurante smentita di pronostici pessimistici, con un riequilibrio dei rapporti tra legalità penale “europea” e nazionale, alimentati, però, proprio in ragione di recenti precedenti della Corte Costituzionale⁵⁶.

55. Tra i molti, primi, commenti, con una ricostruzione della vicenda, P. Insolera, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in “Indice penale”, 2018, pp. 246 ss.

56. G. Insolera, *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in “Critica del diritto”, 2015, pp. 91 ss.