

IL TRAPEZIO SU MONTE CAVALLO*

Lorenzo Zilletti



SOMMARIO 1. La franchezza del romanista. — 2. La sonda Cassese. — 3. Giustizia *démodé*? — 4. Bisogno di Corte.

1. La franchezza del romanista

Affidiamole alle parole di un illustre romanista, le ragioni che suggeriscono di incidere il bisturi nella giustizia costituzionale. Giudice della Corte dal 1959, Giuseppe Branca la presiede dal 1969 al 1971. Chiamato a svolgere la relazione conclusiva del convegno¹ dedicato al ventennale della Consulta, il 30 maggio 1976, non indugia in paludamenti. L’Aula Magna dell’Università di Parma ascolta diagnosi schiette, senza sordina:

anche i giudici costituzionali hanno una loro ideologia e spesso proprio le questioni più delicate si decidono con questa ideologia: tanto è vero che [...], quando venivano portate alla corte talune questioni, si poteva dire in partenza come avrebbe votato questo o quel giudice; e lo si poteva dire non perché il tipo di cultura giuridica di uno fosse diverso dal tipo di cultura giuridica di un altro, ma perché l’ideologia politica (conservatrice o no) del primo [...] era diversa dalla ideologia del secondo.

Replicarle oggi, a più di quarant’anni di distanza, torna utile contro il circolante fariseismo inteso ad accreditare stereotipi riguardanti la presunta neutralità di un ceto sapienziale di giuristi:

anche in passato, talune decisioni [...], al di là delle apparenze o delle giustificazioni forzatamente obiettive, sono dipese dal fatto che a decidere erano certi uomini piuttosto che altri. [...]

* È il testo della relazione presentata al convegno “*Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*”, organizzato dal Centro Studi giuridici e sociali “Aldo Marongiu” dell’Unione delle Camere Penali Italiane, svoltosi a Bologna il 22 giugno 2018, che confluirà nella raccolta dei relativi “Atti”.

¹ I cui atti sono pubblicati nel volume a cura di N. OCCHIOCUPO, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale-Bilancio di vent’anni di attività*, Bologna, 1978.

Le citazioni riportate nel testo possono leggersi a p. 454.

La Corte costituzionale ha mutato giurisprudenza perché alcuni uomini [...] erano stati sostituiti da altri uomini che avevano una concezione del mondo diversa da quella dei loro predecessori.

Chi aspiri a comprendere davvero il funzionamento della giustizia costituzionale, specialmente nella sua ricaduta sul versante penalistico, deve spingersi oltre i testi delle decisioni.

Indagare sulle biografie professionali dei giudici, seguirne i percorsi in entrata e in uscita dalla Corte, penetrare la logica delle nomine (specialmente quelle promananti dal Capo dello Stato), avventurarsi nell'ignoto pelago della selezione dei potenti assistenti di studio, aprirà scenari forse inediti ma certamente più schietti di quelli percepibili attraverso il pur scrupoloso studio della giurisprudenza².

2. La sonda Cassese

Compete ad altri, la più meticolosa dissezione. Qui si è onerati di abbozzare un'anatomia in forme macroscopiche. Sorride, all'improvvisato cerusico, la recente pubblicazione di un goloso mensuario³, uscito dalla penna di un *insider*.

Ora giudice costituzionale emerito, Sabino Cassese regala al lettore appunti e riflessioni annotati nel corso dei nove anni di mandato⁴. Attingervi, *manibus plenis*, metterà in luce zone nevralgiche, mai abbastanza considerate ed esplorate.

2.1. Partiamo da un dato numerico: all'anno 2013, dei 103 giudici costituzionali ben 48 provengono dalle Università; 42 dalle file della magistratura; 13 soltanto gli avvocati⁵. L'esiguità della pattuglia forense lascia trasparire – a torto o a ragione – scarsa fiducia nelle capacità di questo ceto professionale, pur considerato degno del ruolo dall'art. 135 comma 2 Cost.

Al penalista, che volga lo sguardo alla storia recente, un quesito sorge spontaneo: l'impianto codicistico del 1988 avrebbe patito il medesimo impatto *destruens*, se nel decennio successivo fosse stato assiso alla Consulta qualche avvocato

² È convinzione che lega questa terza 'anatomia' alle due precedenti, sempre promosse dal Centro Studi giuridici e sociali "Aldo Marongiu" dell'UCPI, e pubblicate a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLENERA, L. ZILLETTI nei volumi *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016 e *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Roma, 2018.

³ Si allude a S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

⁴ Iniziato nel 2005 e conclusosi nel 2014.

⁵ Cifre tratte da S. CASSESE, *cit.*, p. 112.

in più? Il dubbio cresce, guardando gli estensori di pronunce determinanti nel contenere – dopo la novella dell’art. 111 Cost. – l’assalto al giusto processo, ingaggiato da nostalgici controriformisti.

2.2. La matematica regala altre epifanie. Mosso da curiosità scientifica, qualcuno ha meritoriamente azzardato un’indagine sul tema degli assistenti di studio⁶. Avvolti nell’*“ombra più fitta”*⁷, si dice che svolgano esclusivamente lavori preparatori, intesi a predisporre il materiale – normativo, giurisprudenziale e dottrinale – necessario alla decisione del collegio. Il loro reclutamento è *“del tutto deproceduralizzato”*: nessuna valutazione obiettiva di titoli o capacità, bensì il regno dell’*intuitus personae*. A selezionarli, *“di solito in virtù di una pregressa conoscenza personale o a seguito di una segnalazione e di uno o più colloqui”*, lo specifico giudice cui saranno assegnati⁸.

Un tabù, i loro nomi. Occorre accontentarsi di individuarli con *“un numero progressivo e con il titolo posseduto per ricoprire l’incarico (docente universitario o magistrato)”*. Dalla coltre di silenzio – un po’ inquietante, trattandosi di dati afferenti al funzionamento di un organo costituzionale – spicca un dato: in circa sessant’anni, su 140 raggiunti da unzione, 109 i magistrati e soltanto 31 gli accademici, con una proporzione del 78% contro il 22%⁹.

Gioverebbe una valutazione attenta di quest’egemonia, se è vero che uno studio statunitense dedicato al peso dei *law clerks* sostiene che *“l’orientamento politico,*

⁶ E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. d’Amico e B. Randazzo, Giuffrè, Milano 2011, pp. 1075-1095 (e già pubblicato in *Consulta online* dell’1 novembre 2011 all’indirizzo <http://www.giurcost.org/studi/index.html>, da cui son tolte le citazioni testuali).

⁷ E. LAMARQUE, *cit.*, p. 2.

⁸ E. LAMARQUE, *cit.*, p. 10.

⁹ E. LAMARQUE, *cit.*, pp. 16-17. Dal lavoro si apprende che il primo assistente di studio universitario è arrivato soltanto nel 1985 (a fronte di una modifica regolamentare che ha ammesso gli accademici a tale incarico soltanto nel 1981). Di interesse, anche il periodo di permanenza in Corte: gli universitari tornano, in media, all’attività di origine dopo 3 o 4 anni; *«per i magistrati, invece, si vengono a creare vere e proprie carriere ‘parallele’ [...], dato che ben 28 dei 109 magistrati si sono fermati a Palazzo della Consulta più dei nove anni di permanenza degli stessi giudici costituzionali, e 7 di loro addirittura più di venti anni, con una punta di ben ventisette anni»* (p. 18).

Colpisce, infine, che molti di questi assistenti di lungo corso abbiano per anni rivestito quella qualifica contemporaneamente svolgendo le loro funzioni di magistrato giudicante o requirente, oppure di addetto all’ufficio ruolo e massimario della Cassazione.

prevalentemente liberal, degli assistenti dei giudici della Corte suprema [americana] ne ha influenzato le decisioni¹⁰.

2.3. La sonda Cassese illumina anche altre galassie, già note ma troppo poco menzionate: la discrezionalità del presidente nell'assegnazione delle cause ai singoli componenti, opposta al metodo seguito in altri ordinamenti di stabilire preliminarmente e in via generale le competenze dei giudici, con successiva attribuzione automatica; la fretta impressa al lavoro collegiale (udienze e camere di consiglio), con settimane talmente corte da terminare addirittura al martedì; la mancanza di norme che definiscano minutamente doveri di astensione e casi di ricusazione; la stanca e inutile ritualità di molte udienze pubbliche; l'interdetto all'opinione dissenziente; la discutibile prassi delle presidenze brevi (ben 40 in 62 anni di vita; 9 elezioni in 9 anni nel periodo 2005-2014). Galassie più o meno vicine, ma comunque appartenenti allo stesso universo del penalista¹¹.

2.4. Come quella criminale, anche la giustizia costituzionale ha il suo buco nero: l'inammissibilità. Così lo descrive, senza infingimento, l'Autore del mensuario¹²:

mi pare inammissibile che si faccia un uso tanto abbondante e discrezionale delle inammissibilità. Sono spesso, come è stato detto, «un'autostrada per uscire dalla questione di costituzionalità». [...] alcune volte si chiede che il rimettente indichi puntigliosamente gli articoli della Costituzione che ritiene violati, altre volte ci si accontenta di una indicazione generica.

A chi osserva che il giudizio sull'ammissibilità viene prima di quello sul merito, «i vecchi» della Corte raccontano che anche loro, alle prime armi, l'avevano detto, ma che i loro colleghi più anziani avevano loro riso in faccia.

la Corte esaurisce gran parte delle sue energie nelle inammissibilità e, piuttosto che garante della Costituzione, diventa garante innanzitutto di se stessa.

Non è ben chiara la distinzione tra inammissibilità e infondatezza. È, comunque, [...] un mezzo fondamentale di politica giudiziaria.

¹⁰ La ricerca della *DePaul Law Review*, condotta su circa 500 assistenti della Corte suprema, è menzionata da S. CASSESE, *cit.*, p. 112.

¹¹ Difficile negare quanto gioverebbe, anche per le decisioni delle sezioni unite di Cassazione, la previsione della *dissenting opinion*, specialmente dopo la novità di cui all'art. 618 comma 1 bis c.p.p. (*stare decisis*). O la rivitalizzazione dell'udienza pubblica di legittimità, con invito alle parti a discutere soltanto i punti controversi e a rispondere ad interrogativi della Corte.

¹² S. CASSESE, *cit.*, nell'ordine: p. 95, p. 98, p. 31 e p. 37.

Sarà il clima di Roma, ma queste osservazioni critiche si attagliano perfettamente anche alla Cassazione e alla sua giurisprudenza. È vizio contagioso la difesa dall'assedio e, frequentemente, genera scelte arbitrarie. Si fa politica giudiziaria, su Monte Cavallo¹³ e a piazza Cavour, usando quella leva. I penalisti ne sono consapevoli: incassano, ma non si fanno ridere in faccia¹⁴.

3. Giustizia *demodé*?

Numeri testardi raccontano che, nell'arco del decennio 2007-2017, gli atti di promovimento del giudizio della Corte sono passati da 950 a 308: una diminuzione di 2/3, che tocca particolarmente i ricorsi in via incidentale.

La consultazione del più volte citato memoriale eviterà, all'anatomista, l'accusa di nutrire pregiudizi da malpensante, circa le cause del crollo.

Conviene riportarle, le diagnosi formulate dal garbo acuminato di Cassese¹⁵:

I giudici fanno a meno della Corte costituzionale. Hanno trovato altre strade: interpretazione conforme alla Costituzione (spesso molto fantasiosa); manipolazione delle norme; di-sapplicazione, invocando il diritto europeo anche dove non è possibile; rinvio alla Corte di giustizia. Questo è un vicolo cieco nel quale si è cacciata la stessa Corte costituzionale.

Le cause della fuga dalla Corte costituzionale non sono solo costituite dalle troppe inammissibilità [...] e dalla dottrina dell'interpretazione costituzionalmente orientata (che ha rimesso al giudice rimettente la ricerca di una strada interpretativa per riportare la legge nel solco costituzionale), ma anche dall'orientamento diffuso tra i giudici ordinari e amministrativi a controllare la «convenzionalità» delle norme nazionali.

Nonostante il suo ruolo istituzionale, la Corte è spesso aggirata. [...] Colpa in parte della stessa Corte costituzionale, con la sua «dottrina» della interpretazione costituzionalmente orientata, che ha consentito di dare tante interpretazioni della Costituzione quanti sono i giudici.

Chi abbia frequentato, negli anni passati, i convegni promossi dal Centro Marongiu e dall'Unione delle Camere Penali italiane non stenterà a riconoscere toni e

¹³ Antico nome del colle Quirinale su cui è edificato il palazzo trapezoidale della Consulta.

¹⁴ Di tale coscienza vigile, si ha testimonianza nel volumetto *Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, Milano, 2018, curato da F. ALONZI e dall'Osservatorio Cassazione UCPI, ove son pubblicati gli atti dell'omonimo convegno romano del 19-20 maggio 2017. *Ivi*, volendo, alle p. 55 e s., cfr. il contributo di L. ZILLETTI, *Psicostasia di ricorsi*.

¹⁵ S. CASSESE, *cit.*, nell'ordine: p. 208, p. 177 e p. 166.

pensieri comuni. Alla base delle inquietudini, verso il burocrate creativo¹⁶ e i disinvolti pellegrinaggi in Europa¹⁷, la progressiva metamorfosi di un sistema costituzionale capace perfino di confinare la Corte in un angolo. Di trasformarla, da interprete, a spettatrice di dialoghi altrui¹⁸.

4. Bisogno di Corte¹⁹

Enorme ed urgente. Di quella Corte che, con parole forti, ha affermato come il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordine costituzionale. E che ha ricordato come non spettino, al potere del giudice, scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale: infatti, la versione, particolarmente rigida nella materia penale, del principio della separazione dei poteri, impone che l'attività giurisdizionale sia soggetta al governo della legge; né, quest'ultima, può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo a chi giudica.

¹⁶ Così il titolo, provocatorio ma azzeccato, del convegno fiorentino organizzato – nel settembre 2016 – dal Centro Studi giuridici e sociali “Aldo Marongiu” e dedicato alla crescente intraprendenza interpretativa dei giudici penali. La registrazione integrale dei lavori è disponibile su www.radioradicale.it. Sul tema dell'interpretazione conforme a Costituzione, imprescindibile la lettura dell'omonima voce redatta da M. LUCIANI per *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 e s.

¹⁷ Cfr. L. ZILLETTI, *Voyages en Europe*, in *Giurisdizioni europee*, cit., p. 14 e s.

¹⁸ Lo slittamento verso un sindacato di costituzionalità di tipo diffuso e le sue implicazioni sono colti con limpidezza da M. LUCIANI, cit., pp. 472-473: «Più si estende oltre i confini suoi propri l'interpretazione conforme da parte del giudice comune, più aumenta il rischio che egli faccia – diciamo così – giustizia sostanziale, omettendo il necessario passaggio del giudizio incidentale e finendo per trasformare in diffuso un sindacato di costituzionalità che era stato sin dall'inizio concepito come accentrato. [...] quando si parla di una torsione del sindacato di costituzionalità verso la sua diffusione non si allude alla semplice penetrazione della Costituzione al livello della giurisdizione comune, che è altra cosa, ma al fatto che al testo della legge si fa dire quel che non permetterebbe di dire, così determinandosi l'esercizio da parte dei giudici comuni del potere di ripristinare la legalità costituzionale violata, che non posseggono».

¹⁹ Ad interrogarsi, laicamente, se sia possibile fare a meno, oggi, di una Corte costituzionale, è sempre M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, Relazione tenuta all'Università di Roma Tre il 18 maggio 2007 in occasione del convegno *Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*, in www.federalismi.it (poi ripubblicata in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009). Un quesito non retorico, atteso che «nessuna istituzione [ha] “automaticamente” o “naturalmente” diritto di esistere» e che «le funzioni sistemiche di un'istituzione poss[o]no mutare con il tempo», fino al punto limite di non soddisfare più alcuna esigenza che ne legittimi il mantenimento in vita.

Senza tentennamenti e attuale, la risposta: «abbiamo bisogno di una Corte costituzionale [...] perché la fonte della legittimazione dei poteri pubblici resta ancora oggi la Costituzione e non si vedono, all'orizzonte, i segni di una legittimazione diversa (le ipotesi federali o anche semplicemente confederali paiono, in Europa, ancora remote). Ne abbiamo bisogno perché, garantendo la Costituzione, allo stesso tempo si garantisce l'originaria decisione costituente del popolo italiano, realizzando [...] il principio democratico».

Di quella Corte che, a chi pensa di trovare nel diritto dell'Unione europea la sponda per neutralizzare principi fondamentali dell'ordinamento interno, ricorda come neppure a livello sovranazionale si possano fissare obiettivi di risultato al giudice penale.

Di quella Corte che asserisce come il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale. E che rammenta come la Costituzione repubblicana le rimetta, in via esclusiva, il compito di verificare se la normativa europea sia osservante di quei principi supremi.

Di quella Corte che difende i livelli di protezione più elevati, rispetto a quelli delle fonti europee, garantiti dal nostro ordinamento ai diritti della persona, escludendo che il processo di integrazione possa aver l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali.

Di quella Corte che esclude che sia permesso al potere giudiziario di disfarsi di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato.

Di quella Corte che sottolinea come l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* rispetto alla *praevia lex scripta*, dovendo il significato della disposizione esser individuato nell'ambito delle sole opzioni che il testo autorizza e che ogni consociato può raffigurarsi, leggendolo.

Di quella Corte che declina il principio della riserva di legge come quello che demanda il potere di normazione in materia penale al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale; e che esprime le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza.

Di quella Corte che rivendica la primazia nel caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione che quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione europea. E lo fa imponendo al giudice comune il dovere di sollevare la questione di legittimità costituzionale²⁰.

Una Corte il cui accesso è, purtroppo, sempre più inibito dagli unici titolari del

²⁰ Non si stenterà a riconoscere, nel corpo del contributo, le citazioni quasi testuali dall'ordinanza n. 24/2017 e dalle sentenze n. 115/2018, n. 230/2012 e n. 269/2017.

potere delle chiavi, quei portieri²¹ che abitano i palazzi di giustizia e che così di rado e malvolentieri spalancano il varco, specialmente quando a bussare sono fastidiosi paladini delle garanzie.

²¹ Per riprendere la nota metafora di P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, p. XIV e 38.