

TRE PASSI NEL DELIRIO *

Lorenzo Zilletti



SOMMARIO 1. Introduzione. — 2. *Brave new world*: la distopia pos-moderna. — 3. L'innominabile attuale. — 4. I cantori della mezza messa. — 5. Repubblica monarchica di preti. — 6. Memoria contro oblio: due imprese.

*È morto anche l'Illuminismo, caro signore. Le do questa notizia.
E poi, mi scusi, che cos'è l'Illuminismo? Una marca di abat-jour?*
[G. PAPI, *Il censimento dei radical chic*, Milano, 2019, p. 23].

1. Introduzione

Diretta ai penalisti, risale all'anno 2018 l'appassionata esortazione di Gaetano Insolera¹ a varcare i cancelli del giardino curato da mr Chauncey. E, abbandonate le controversie filosofico-semiologiche sui limiti della legge e dell'interpretazione giudiziale, ad occuparsi di democrazia e sue transizioni. A cogliere la cifra politica di dinamiche solo apparentemente tecniche – i modi di intendere la legalità – ma che, in effetti, investono l'assetto istituzionale del rapporto tra i poteri dello Stato.

Le righe che seguono, intendono continuare – pur con passo infinitamente più incerto – il cammino allora tracciato, fotografando – col metodo dell'istantanea – le sopravvenienze di maggior impatto.

2. *Brave new world*²: la distopia pos-moderna

Pur esterne ai *criminalia*, voci autorevolissime perseverano ad invocarne il definitivo avvento, consapevoli del loro protagonismo nella sapiente posa delle fondamenta. La sua consolidazione dovrebbe inverarsi a Costituzione immutata. Anzi, col prodigio di un *trompe l'oeil*, proprio in forza di essa: espressione del pos-

* Il testo è destinato al volume “*Diritto penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*”.

¹ G. INSOLERA, *Oltre il giardino*, in *Indice penale*, 2018, p. 1 s., ora ripubblicato in G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, p. 123 s.

² È il titolo del noto romanzo che Aldous Huxley pubblicò nel 1932.

moderno, specchio di un universo complesso ove al pluralismo sociale fa *pendant* un pluralismo di fonti giuridiche non gerarchicamente ordinate, la Carta limiterebbe l'onnipotenza del legislatore, restituendo all'interpretazione un ruolo attivo e propulsivo nel processo di adeguamento del diritto. Il ceto giurisprudenziale (sapienziale e giudiziale) riacquisterebbe peso determinante nella produzione giuridica, definendo, ordinando e categorizzando principi che, proprio in virtù della loro generalità ed indeterminatezza, garantirebbero quel grado elevato di elasticità di cui l'ordinamento abbisogna. Tale riappropriazione di ruolo, sarebbe stata assecondata dall'esistenza in sé di un 'tribunale' costituzionale e dal successivo ampliamento della platea di artefici del giudizio di costituzionalità, grazie al conio del canone dell'interpretazione conforme.

Un panorama mutevole di fonti plurali e de-tipicizzate, insomma, capaci di condurre al primato del diritto, secondo una continentalizzazione del sintagma anglosassone *Rule of Law*, già sperimentata con successo nell'Europa delle Corti di giustizia.

Per la materializzazione finale di questo prode mondo nuovo, occorre però *sbarazzarsi* di qualche ingombrante pietra d'inciampo, tuttora capace di affascinare una pigra schiera di veteroilluministi liberali: separazione dei poteri e principio di legalità, assurti variabilmente in un crescendo denigratorio a *degnità ridotte a luoghi comuni, fossili settecenteschi, decrepiti e inutili ritornelli, riduzionista assolutismo giuridico, fossili lontani, ingombro, nozione stonata*.

Né può mancare l'orgogliosa esibizione di ostracismo verso la politica: *il diritto è cosa da giuristi*, recita ossessivamente il *claim* con cui si rivendica la superiorità del prodotto giuridico sapienziale. Per quanto rappresentativo, il potere politico *crea* il diritto dall'alto, reclamandone obbedienza dai destinatari. Al contrario, il sapiente lo *inventa*, umilmente guardando *al basso* e *in basso*, così procurandone l'osservanza dei consociati.

Nel *brave new world* non proliferano, tuttavia, *doctores* altrettanto autorevoli di quelli dello *ius commune* medioevale e anche quelle storiche università hanno irrimediabilmente perduto di prestigio. Il pos-moderno sembra implicitamente prenderne atto e affida il tesoro di tecniche collaudate da esperienze bimillinarie alle mani dei giudici, unica fonte ritenuta capace di garantire una presenza attiva nella trincea dell'esperienza³.

³ Sono i convincimenti di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020. In corsivo, riporto alla lettera la terminologia utilizzata dall'Autore.

Tanto fideismo nelle magnifiche sorti e progressive del diritto giurisprudenziale, ha un isolato, microscopico sussulto: è riposta in appena tre righe di nota, la considerazione per cui «*la necessità di una disciplina legislativa si impone per quei settori dell'ordine giuridico dove sono in gioco problemi di sicurezza pubblica [sic], per esempio nel campo del 'penale' ...*»; ma si tratta di un'ombra da scacciare, rapida e passeggera: «*...anche se da qualche autorevole esponente della riflessione penalistica italiana si ha una decisa problematizzazione di quello che fino a ieri era un principio indiscutibile*»⁴.

Reboante, si abbatte anche sui criminalisti l'invocazione a lasciarsi alle spalle la legalità, piuttosto che il giardino.

3. L'innominabile attuale

Tanta insistenza⁵, ci dice che la distopia pos-moderna, già proliferata nel sistema, vuole fagocitarlo e così definitivamente trasfigurare il nostro ordinamento costituzionale in un assolutismo giudiziario, ove un'aristocrazia di giuristi si pone quale diretta interprete del sociale «*senza il vincolo o oltre il filtro della norma giuridica*»⁶. Il fenomeno della giurisdizionalizzazione della politica che, sul termine del ventesimo secolo, ha interessato quasi tutte le democrazie occidentali, da noi per *surplus* sta incidendo anche «*sulle caratteristiche concrete della forma di governo*»⁷.

Sulla specificità del 'caso Italia', grava il modo che segnò la fine della cd. prima repubblica: la degenerazione del sistema dei partiti (culminata nell'occupazione di ogni interstizio della vita pubblica, nella metodica lottizzazione degli apparati amministrativi ed economici, nel ricorso abituale a forme di finanziamento illecito della propria attività) non contrastata nelle urne, bensì nei palazzi di giustizia. Una società civile incapace di esprimere democraticamente la volontà di cambiamento,

⁴ La nota compare a p. 112 di quel volume. Per un'idea complessiva del pensiero del presidente emerito della Corte costituzionale, circa il rapporto tra legalità e diritto penale, v. P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quaderni fiorentini*, xxxv, t. 2, 2006, p. 1043 s.

⁵ Il superamento della legalità è una costante del nostro principale studioso del diritto medioevale: v. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017 e l'articolata bibliografia dei suoi lavori *ivi* pubblicata.

⁶ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, p. 134.

⁷ La diagnosi è di L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, (a cura di C. GUARNIERI-G. INSOLERA-L. ZILLETTI), Roma, 2016, p. 25.

forse perché specchio fedele di quei politici ai cui arresti esultava e brindava alla stregua di un meno cruento ma quotidiano ‘piazzale Loreto’, affidò il lavacro alla magistratura. Investita della missione salvifica, questa non si contenne alle doverose e necessarie iniziative giudiziarie, ma inseguì perniciosi obiettivi: fondare la propria legittimazione non più sulla legge, infido prodotto del parlamentarismo corrotto, bensì direttamente sul consenso sociale; elevarsi ad artefice delle scelte di politica criminale; autoproclamarsi potere dei più buoni⁸.

I colpi rapidi del *Pool* senza macchia né paura, incensato dai *media* e acclamato da un popolo che surrogava con i fax le schede elettorali, incantarono anche una parte considerevole dell’accademia: quella che frequentava i giardini delle aule universitarie e dei convegni, senza aver mai messo piede nei gironi – già allora infernali – delle carceri.

La vicenda di *Tangentopoli* aprì spazi impensabili a quelle componenti del Giudiziario, non sappiamo se numericamente maggioritarie al suo interno ma certamente più visibili e influenti, che già ben prima di Mani pulite vagheggiavano di ‘governare’ il paese con i ferri del penale. Il fine purificatore giustificava sbrigative disapplicazioni del codice processuale e interpretazioni spensierate del diritto sostanziale.

Indietro non si è più tornati: a dispetto dell’architettura costituzionale, è la giurisdizione a imporre divieti, estendendo l’area di quelli previsti dai testi normativi. La ‘nuova’ politica non ha osato contrastare la deriva, vuoi perché incapace di recuperare credibilità sul piano etico, vuoi perché persuasa dell’opportunità di assecondare le spinte rancorose della neonata «*società giudiziaria*»⁹, sino al punto di agevolarne la presa del timone.

Il governo del ‘penale’ è stato, di fatto, subappaltato alle procure della repubblica, *in primis*, ai giudici, poi. Legiferando, l’appaltante sforna di proposito fattispecie indeterminate, destinate ad essere riempite di contenuti in fase applicativa, dall’interpretazione giurisprudenziale. Basso, il rischio di declaratorie di

⁸ Di «*slittamento nella cultura professionale dei magistrati*» provocato dalla «*convincione di aver ricevuto una missione di pulizia morale del paese*» parla L. VIOLANTE, *La crisi*, cit., p. 28. Per constatare gli effetti concreti di quell’autoproclamazione, v. la parte III di L. ZILLETTI, *Il potere dei più buoni e altre sconvenienze*, Milano, 2020, p. 69 s.

⁹ Così battezzata e descritta in scopi, funzionamento e composizione, ancora da L. VIOLANTE, *La crisi*, cit., p. 32.

incostituzionalità: quale magistrato si lagnerebbe della mancanza di limiti alla sua libera gestione del conflitto sociale?¹⁰

Sul piano speculativo, l'incoscienza o la complicità dei *laudatores* di neocostituzionalismo, formante giurisprudenziale, interpretazione creativa, legalità sostanziale europea e prevedibilità hanno fornito la linfa ideologica funzionale a trasformare il giudiziario in un «potere-non potere; potere *per quanto riguarda le prerogative*, non potere *per quanto riguarda i limiti e le responsabilità proprie del potere nello Stato democratico*»: mai stata bocca della legge, la magistratura è diventata «*bocca di se stessa*»¹¹.

Dovendo selezionare un'immagine di quella bocca, successiva al 2018, l'obiettivo inquadra SU, 30 maggio-10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami¹², in tema di mutamento del giudice e deliberazione della sentenza. La scelta non è fortuita: dalla foto risalteranno, nitidi, tutti i tratti essenziali dell'innominabile attuale.

Il massimo consenso della Corte di legittimità era stato sollecitato a risolvere le seguenti questioni di diritto: I) *se si possa dire rispettato il principio di unicità del giudice di cui all'art. 525, co. 2, c.p.p. quando l'organo decidente abbia assunto una prova già ammessa da un primo giudice poi mutato*; II) *se la mancata rinnovazione probatoria a seguito di modificazione del collegio giudicante possa essere giustificata solo da una rinuncia univoca delle parti, ovvero se sia sufficiente che queste non si oppongano*.

Un perimetro ermeneutico, dunque, ben delineato dinanzi a un testo legislativo che presidia con nullità assoluta speciale (*rara avis*) la triade 'immediatezza-concentrazione-oralità': un pilastro del Codice, verrebbe da dire a chi l'accusatorio lo coltiva davvero nel cuore, oltre che esibirlo sulle labbra¹³. E a chi pensa che la valutazione di attendibilità di una dichiarazione orale (testimonianza o esame) debba fondarsi non soltanto sul suo contenuto verbale, ma altresì sulle

¹⁰ Specifiche riflessioni di F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, cit., p. 164 e 211.

¹¹ L. VIOLANTE, *La crisi*, cit., p. 24.

¹² Una puntuale ricostruzione del dibattito attorno a questa sentenza, si deve a M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di corte costituzionale, sezioni unite e corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sistema penale*, 4, 2020, p. 41 s.

¹³ Impossibile non rapire la fascinosa immagine di Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia, resa immortale da M. NOBILI, "L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore" in *Critica del diritto*, 4/5, 1992, p. 11 (poi ripubblicato – con altro titolo – nel suo *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 68 s.).

modalità espressive (tono della voce, pause, incertezze, mimica facciale, gesti corporei, ecc.) che l'accompagnano.

Le Sezioni Unite, tuttavia, non si limitano a rispondere ai due quesiti deferiti con l'ordinanza di rimessione dalla sesta sezione penale¹⁴, ma colgono la palla al balzo per 'inventare'¹⁵ le condizioni a cui sarebbe subordinato il diritto alla rinnovazione della prova testimoniale, dinanzi al giudice mutato: a) tale diritto competerà solo alla parte che ne abbia chiesto l'ammissione; b) dovranno essere indicate le specifiche circostanze che rendono necessaria la rinnovazione della testimonianza, al fine di evitare che questa si risolva nella mera ripetizione di quanto già deposto .

Di quelle condizioni, «*non vi è traccia nella legge*»¹⁶: eludendo l'art. 111 comma 1 Cost., si comprime così per via giudiziaria il diritto delle parti, cui i codificatori non avevano posto limiti.

Come osservato dalla Giunta UCPI, nel valutare gli effetti della decisione, «*le parti non potranno chiedere la rinnovazione delle prove dichiarative, già assunte, solo ed esclusivamente perché è mutato il Giudice, [...] l'istanza, se così formulata, sarà respinta perché superflua ex art. 190 c.p.p. atteso che le dichiarazioni sono già in atti; con buona pace del legislatore che ha previsto per la violazione del principio di immediatezza la nullità insanabile della sentenza. Il secondo comma dell'art. 525 c.p.p. è di fatto abrogato, potendo spiegare effetti solo in rare e residuali ipotesi*».

La critica degli avvocati penalisti coglie ancora nel segno quando denuncia l'artificioso cortocircuito argomentativo attorno all'art. 511 comma 2 c.p.p., laddove è stabilito che «*la lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo*»: applicare detta previsione anche se l'esame è mancato perché ritenuto superfluo ex art. 190 c.p.p.,

¹⁴ Ecco quelle risposte: «*L'art. 525 c.p.p. prescrive che il giudice decidente sia lo stesso che ha assunto ed ammesso la prova; restano salvi i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice sostituito se non espressamente modificati o revocati/ In caso di rinnovazione del dibattimento, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile*».

¹⁵ Verbo impiegato à la manière di Paolo Grossi.

¹⁶ La constatazione, secca, è di P. FERRUA, *Indipendenza e imparzialità*, in www.la-legislazionepenale.eu, 19 ottobre 2020, p. 67.

dal giudice mutato, implica autorizzare quest'ultimo a sottrarsi proprio all'obbligo che il legislatore volle presidiare con la nullità assoluta.¹⁷

Quando si tratta di indebolire le garanzie, il diritto giudiziario immancabilmente cerca copertura in Europa¹⁸. La sentenza (o legge?) Bajrami non fa eccezione e attinge a piene mani alla giurisprudenza di Strasburgo, che nega il carattere assoluto del diritto alla nuova audizione dei testimoni dinanzi al giudice mutato: nessun contrasto con l'art. 6 CEDU è ravvisabile quando l'imputato abbia beneficiato di strumenti procedurali idonei a controbilanciare la mancata rinnovazione della prova testimoniale e nel complesso sufficienti a garantire l'equità del processo.

Se i principi non entusiasmano, consegnando al solito presunto buon senso ed equilibrio del magistrato le sorti di una garanzia, ancor più deprimente è la casistica (citata dalle Sezioni Unite) sul legittimo diniego della rinnovazione: *imputet sibi* chi non avesse indicato in ordine a quali decisivi elementi fattuali la nuova audizione del testimone dinanzi al nuovo giudice, della quale si lamentava l'omissione, avrebbe potuto rivelarsi utile nella prospettiva difensiva (Corte EDU, Terza sezione, 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*); irrilevante il cambiamento di giudice, allorché concerna un solo componente di collegio e il sopravvenuto abbia comunque avuto modo di leggere le dichiarazioni del teste (Corte EDU, Terza sezione, 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania* e Seconda sezione, 6 dicembre 2016, *Skaro c. Croazia*).

Riconosciamolo apertamente: l'insieme di queste decisioni è la cartina di tornasole della scarsa propensione per l'accusatorio dei giudici europei e italiani. Essi non soltanto attribuiscono un peso relativo al diritto delle parti alla rinnovazione istruttoria, ma – peggio – disconoscono la superiore capacità epistemica dell'assunzione 'diretta' della prova per la corretta ricostruzione dei fatti¹⁹.

Il tutto, a casa nostra, chiudendo gli occhi sulle ragioni che determinano, abitualmente, l'avvicendamento (talora davvero spropositato) di magistrati: tranne isolate iatture e rari eventi calamitosi, i giudici – costituzionalmente inamovibili –

¹⁷ «Il Giudice, così interpretando, finisce con il dichiarare superflua non la ripetizione della prova ma la stessa norma che gliela impone». Cfr. la versione integrale del documento della Giunta UCPI, datato 17 ottobre 2019, in www.camerepenali.it.

¹⁸ Sulla logica *fuzzy* del pregiudizio effettivo seguita dalla Corte EDU ed importata in Italia, cfr. O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo* (2017), ora ripubblicato nel suo *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 107 s.

¹⁹ Come stigmatizzato da P. FERRUA, *Tramonto dell'immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale*, nell'intervista a più voci proposta da www.giustiziainsieme.it, 28 ottobre 2019.

mutano perché spontaneamente traslati ad altre sedi o funzioni. Nel bilanciamento, i valori del processo accusatorio soccombono di fronte a pur legittime aspirazioni di carriera²⁰.

La sentenza Bajrami segna, insomma, un'altra tappa paradigmatica del percorso da tempo avviato dalla giurisprudenza inteso al superamento di ogni distinguo tra giuris-dizione e legis-lazione²¹. Percorso incoraggiato, con autolesionismo, dalla legge n. 103/2017 e il suo *stare decisis ex art. 618 comma 1 bis c.p.p.*: affievolito, ma fortemente voluto da un'accorta *élite* di magistrati, ben consapevole dell'urto con l'assetto ordinamentale vigente di un'autarchica nomopoiesi giudiziaria.

Indirizzando lo sguardo verso gli scaffali alti della letteratura penalistica, l'obiettivo è calamitato da un'opera, smilza per dimensioni ma infinitamente densa nei contenuti. La mano trema, nel fotografare *Il diritto penale totale*: l'atmosfera plumbea, che regna in quelle pagine, si somma all'insopportabile perdita del suo artefice. Filippo Sgubbi non oziava nel giardino e, del mondo esterno, riusciva a percepire oltre ai tratti ben definiti e più prossimi anche le ombre, appena affacciate all'orizzonte: spazio e tempo della vita individuale e sociale pervasi dall'intervento punitivo, a causa della convinzione generalizzata secondo cui il diritto penale costituirebbe il rimedio giuridico per ogni ingiustizia e male sociale; esautorazione della legge, come fonte per quell'intervento, a vantaggio di una *materia* penale, facilmente plasmabile, affidata – in una pluralità di variabili della stessa specie – a diritto vivente, approdo giurisprudenziale stabile, diritto consolidato, prevedibilità o predittività della decisione; etica pubblica trasformata in diritto penale; santificazione della vittima, le cui pretese assurgono a fonte di definizione dei precetti e, trascendendo l'ambito risarcitorio, puntano a determinare la pena e le sue modalità di esecuzione; discriminazioni, reali o avvertite, elevate a illecito penale con onere probatorio ribaltato sul preteso colpevole; condotte improprie (sessualmente, amministrativamente,

²⁰Un bilanciamento consacrato, anticipatamente, dalla sentenza battistrada n. 132/2019 della Corte costituzionale: cfr. L. ZILLETTI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *Archivio penale*, 2 (web), 2019.

²¹ Ragioni di spazio consentono soltanto di menzionare qualche ben noto precedente delle Sezioni Unite: 21 gennaio 2010-13 maggio 2010, n. 18288, su *overruling* giurisprudenziale e indulto; e 19 aprile 2012-12 settembre 2012, n. 34952, in tema di tentativo di rapina impropria. Per il *rewind*, su un ventennio di deriva illegalistica, rimane insuperabile il florilegio di pronunce, anche delle sezioni semplici, curato da D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 s.

imprenditorialmente, familiarmente, socialmente, ecc.) come figure sostitutive del fatto penaltipico e la cui definizione di illiceità avviene *post factum*; condotte oggettivamente neutre, la cui qualificazione come reato dipende dalla percezione dell'interlocutore; norme penali e processuali gestite dalla magistratura come fattori non soltanto di punizione, ma di governo economico-sociale, specie tramite l'esercizio di poteri cautelari; ruoli sociali autoritativi sempre equivalenti a posizioni di garanzia produttive di responsabilità; servitù dei privati verso lo Stato, materializzate in compiti di polizia (obblighi di denuncia, segnalazione, ecc.); primato del sospetto sul fatto; processo penale finalizzato alla creazione del fatto-reato e non al suo accertamento²².

È il ritratto spaventoso di una libertà diventata precaria, in cui la *jurisdictio* «*esprime la totalità del potere, di ogni potere (legislativo, amministrativo, giudiziario)*»²³. Il rapporto tra arcipelago di divieti e mare di libertà, icasticamente disegnato dalla metafora di Bettiol, patisce uno tsunami alla rovescia: è la terra che prosciuga l'acqua, facendone sopravvivere soltanto pochi, limitati specchi.

4. I cantori della mezza messa

Il nodo posto dagli artt. 25 comma 2 e 101 comma 2 Cost. è ingombrante, non si occulta agevolmente.

Circolano, fuori e dentro il giardino, parole rassicuranti, intese a sdrammatizzare diagnosi troppo severe su longevità e salute della 'più bella del mondo'.

Con enfasi, si indugia sopra presunte virtù taumaturgiche della nomofilachia, oggi rafforzata tramite la valorizzazione legislativa del precedente forgiato dalle Sezioni Unite: una giurisprudenza più stabile assicurerebbe la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, valore propagandato come di gran lunga più garantistico dell'illusoria certezza della legge. Individuabilità della regola di condotta preventiva e uniforme applicazione della legge (come garanzia di uguaglianza), troverebbero miglior tutela nel potenziamento dei *dicta* del supremo collegio.

Mettiamo da parte la perplessità che suscita il *restyling*, auspicato dai fautori della nomofilachia, per la Cassazione: questa dovrebbe trasformarsi in una corte del precedente, con funzione pubblica di garanzia dello *jus constitutionis*, e

²² F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

²³ T. PADOVANI, *Prefazione*, a *Il diritto penale totale*, cit., p. 10.

spogliarsi dei compiti da giudice di terza istanza, sensibile alla giustizia della decisione nel caso concreto. I controlli sulla motivazione delle sentenze, costituzionalmente doverosi ma già oggi marginalizzati tramite la creazione giudiziaria di requisiti di ammissibilità del ricorso non previsti dalla legge (decisività dei motivi, prove di resistenza, forza disarticolante, ecc.), ne uscirebbero rarefatti. E, secondo la via deliberatamente tracciata dal binomio SU, 27 ottobre 2016-22 febbraio 2017, n. 8825, Gattelli/art. 1 comma 55 L. n. 103/2017, attribuiti al giudizio di appello, a sua volta trasfigurato quanto a pienezza della cognizione.

A togliere ogni illusione, della nomofilachia come antidoto contro lo sbilanciamento di ruoli tra *legislatio* e *iurisdictio*, sono voci che in ogni caso ne difendono l'irrinunciabilità della funzione: alla base di quella strategia – osservano – vi è comunque il riconoscimento del ruolo predominante del diritto giurisprudenziale, che si punta ad assimilare alla legge. Senza contare – e il rilievo ci pare determinante – che la nomofilachia «è, *in linea di principio, insensibile all'esigenza di garanzia nei confronti del contenuto del dictum giudiziale*»²⁴. L'insidia maggiore viene, infine, giustamente colta nella tensione che si crea con l'asserita (e auspicabile) diffusività del potere giudiziario: la formalizzazione del vincolo del precedente «*mette su una strada potenzialmente antitetica*»²⁵.

Come rimedio allo squilibrio tra giudice e legge, si affaccia anche l'idea di far leva su regole deontologiche interpretative che dovrebbero ispirare l'esercizio della giurisdizione. Tutte sagge, equilibrate e sottoscrivibili fino all'ultimo enunciato²⁶.

Quando, però, si passa ad affrontare il tema della responsabilità del giudice per l'ipotesi di loro violazione, condivisibilmente preoccupati per la tutela della sua indipendenza, non si riesce che a definirla come di tipo etico.²⁷ Torna, circolarmente, l'appello ad affidarsi al potere dei più buoni, secondo un *wishful thinking* che oblitera le dinamiche politico-sociali-istituzionali che hanno segnato l'affermazione del diritto penale totale, di cui proprio il potere giudiziario reca la maggiore responsabilità.

²⁴ F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1254-1255. L'Autore non manca di segnalare, inoltre, la complessità del percorso necessario a raggiungere la stabilizzazione del precedente. (p. 1256-1257).

²⁵ Id., p. 1272.

²⁶ Id., p. 1258 s.

²⁷ *Ibidem*.

È realistico deputare l'etica ad arginare la figura di giudice che lo scenario odierno ci offre come egemone? Quello 'politico', che «*gode a un tempo della massima autonomia e della massima creatività: può decidere i fini e stabilire i mezzi*»²⁸?

L'impressione è che coltivando il penale al chiuso del giardino, ci si limiti a cantare la mezza messa, glissando su due scabrose realtà: a) per il nostro ordinamento costituzionale «*nessun giudice, né nazionale, né sovranazionale può convertirsi in legislatore*»²⁹; b) nelle democrazie in cui il diritto giurisprudenziale conta più della legge «*i pubblici accusatori sono elettivi e i giudici nominati dal governo*»³⁰.

5. Repubblica monarchica di preti³¹

Tutti i nodi vengono al pettine, quando c'è un pettine³². La comoda ambiguità che ha propiziato lo sviluppo incontrollato del potere giudiziario, prima o poi dovrà essere risolta, se vogliamo riassumere le sembianze di una democrazia sana. È difficile, quando un potere ha occupato gli spazi lasciati vuoti da altri poteri, ricondurlo nell'alveo naturale, ma è anche un dovere di chi ha a cuore libertà e democrazia sottrarsi all'ipocrita ammirazione per le vesti di un Re inequivocabilmente nudo. Anche perché, a corte, qualcuno inizia a dubitare.

Prevale l'idea che la *common law* sia più idonea a gestire la complessità della società contemporanea? Benissimo. Adattiamo – però – Costituzione e ordinamento giudiziario, facendo sì che gli artefici della *law in action* abbiano democratica legittimazione. Subordiniamo il pubblico ministero all'esecutivo; reclutiamo politicamente i giudici; sopprimiamo le corti d'assise e istituimo vere

²⁸ Sulla differenza che intercorre tra il modello di giudice 'politico' e quello 'politicizzato', v. T. PADOVANI, *Prefazione*, cit., p.14-15.

²⁹ Chiude così una recente riflessione circa i rapporti tra diritto vigente e diritto vivente, P. FERRUA, *Il giusto processo tra governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2020, p. 13.

³⁰ Agli entusiasti del neocostituzionalismo, lo ricorda opportunamente un magistrato dall'intelligenza libera come P. BORGNA, *Tra giustizia e nuovi diritti. Il dovere dell'equilibrio, il rischio dell'ideologia*, in *Avvenire*, 21 gennaio 2016.

³¹ Devo a Maria Paoli, figlia del latinista e studioso di diritto attico Ugo Enrico (1884-1963), la conoscenza di un epigramma fulminante, dettato al padre dalla delusione per i tratti ibridi assunti dalle istituzioni del secondo dopoguerra: «*S'aspettava l'evento, tutti lieti/E venne fuori questa/Dio ci salvi/Repubblica monarchica di preti*».

³² L. SCIASCIA, *Nero su nero*, (1979), qui citato da *Opere (1971-1983)*, Milano, 1989, p. 629.

giurie popolari, ampliandone le competenze per materia e scindendo il giudizio su prova e pena da quello sulla responsabilità; soppiantiamo l'attuale Cassazione con una Corte suprema di matrice politica... Insomma, realizziamo l'indispensabile collegamento tra sovranità popolare e diritto giurisprudenziale³³, allontanando l'incubo di un'«*aristocrazia di guardiani*»³⁴.

Continuiamo a preferire un giudice indipendente e di formazione professionale, nel solco della tradizione di *civil law*? Allora adoperiamoci perché la legge recuperi il suo primato; perché il diritto vivente torni a «*riflettere il diritto vigente e [a] tradurne il significato nella singola controversia*», anziché ad emanciparsene sino a «*diventarne il tiranno, anzi il sicario*»³⁵.

Seguendo Paolo Ferrua, la fotocamera ferma immagini molto limpide: a) è sul principio della soggezione del giudice alla sola legge che, in un ordinamento di magistrati reclutati per concorso, si fonda la legittimazione del potere punitivo; b) indipendenza della magistratura e soggezione alla legge costituiscono un insieme solidale: barriera, la prima, contro l'invasione di legislativo ed esecutivo. La seconda, contro quella della magistratura; c) in difetto di soggezione alla legge, la garanzia di indipendenza scade a privilegio corporativo; d) cadute le immunità parlamentari, la soggezione del giudice alla legge resta l'unica garanzia; e) se l'interpretazione non incontra ragionevoli limiti nel testo della legge, nessuno può dirsi al riparo dall'arbitrio giurisdizionale³⁶.

6. Memoria contro oblio: due imprese

Un libriccino giallo senape ha visto la luce nel maggio 2019. Porta la firma dell'Unione delle Camere Penali Italiane e un titolo non casuale: *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*. Suo fine, riaffermare principi che, sebbene aggrediti nell'ultimo trentennio dai fenomeni degenerativi che hanno condotto al trionfo del populismo penale, rimangono costitutivi del nostro patto sociale. Idea portante è che diritto e processo penale rappresentino il limite alla

³³ Un insieme di proposte concrete sono elaborate nella parte finale del saggio di M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Archivio penale*, 2017, 1, p. 64 s.

³⁴ L'espressione è tolta da M. LUCIANI, Voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano, 2016, p. 434.

³⁵ P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2017, p. 1269-1270.

³⁶ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 13.

pretesa punitiva pubblica. E che liberalismo e democrazia camminino in parallelo, fondendosi attorno ad alcuni fattori essenziali: a) istituzioni rappresentative, che sostituiscano all'utopia della democrazia diretta la competizione davanti all'opinione pubblica; b) legislatore e governo limitati da una Costituzione scritta e rigida, con leggi frutto di procedure predeterminate; c) tutela e garanzia dei diritti civili dell'individuo contro gli abusi di Stato, maggioranze, gruppi. Col *Manifesto*, gli avvocati stanno lì a ricordare che la forma più grave ed invasiva di coercizione della libertà individuale può legittimarsi solo nel contesto di istituzioni non onnipotenti, che agiscono nel solco della separazione dei poteri.

Le pulsioni a cacciare nella preistoria la legalità formale e i suoi corollari andrebbero contrastate, poi, facendo scolpire in ogni aula di giustizia e di università le parole di Corte costituzionale, n. 115/2018:

...Né a tale giudice [quello penale] può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)

...nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo.

Di queste due imprese, la stesura del *Manifesto* e la difesa davanti alla Corte costituzionale nella vicenda Taricco, Gaetano Insolera è stato tra i protagonisti principali, buon testimone delle parole di Kundera, secondo cui «*la lotta dell'uomo contro il potere è la lotta della memoria contro l'oblio*»³⁷.

³⁷ M. KUNDERA, *Il libro del riso e dell'oblio*, Milano, 1980, p. 14.