

GAETANO INSOLERA

QUALCHE RIFLESSIONE E UNA DOMANDA
SULLA LEGALITÀ PENALE
NELL'“EPOCA DEI GIUDICI”

SOMMARIO: 1. Una nuova deontologia giudiziaria. – 2. Legittimazione del giudice e legalità materiale. – 3. Il potere giudiziario come componente del sistema di governo. – 4. Le fonti sovranazionali. – 5. La Corte costituzionale, severo custode della Legge fondamentale. – 6. Il quesito di un gatto.

1. *Una nuova deontologia giudiziaria*

Nel capitolo dedicato a “Quali giudici per quali diritti?”, la relazione annuale del Presidente della Corte d’Appello di Milano Giovanni Canzio¹ si è soffermata su indipendenza, autonomia, libertà di giudizio e imparzialità come “pre-condizioni indispensabili del giudicare. E però, contro ogni esasperato soggettivismo, opacità, abuso di zone d’ombra, sovraesposizione mediatica, per la legittimazione del giudice nella società moderna – come si è efficacemente affermato – *terzo non basta!*”.

Si è così ripresa una importante sollecitazione al dibattito² sulla odierna legittimazione del giudice penale, che ha aperto la relazione ad alcune riflessioni su ruolo e responsabilità del potere giudiziario, inedite nel contesto consueto delle relazioni ufficiali di inaugurazione dell’anno giudiziario.

Rigorosa fedeltà al principio di legalità a cui accompagnare una cultura professionale adeguata alla complessità dei fenomeni economici e sociali, sui quali la magistratura è chiamata ad intervenire; necessità di rivisitare il modello burocratico e i meccanismi concorsuali di reclutamento, aggiornando, accanto alle conoscenze tecnico-giuridiche, quelle delle scienze sociali; rivedere, in termine di rigore e imparzialità, i criteri di selezione, da parte del CSM, dei capi degli uffici individuati anche in ragioni di capacità di governo delle strutture; previsione di canali istituzionali fra Magistratura e professioni forensi, capaci di produrre un’omogeneità culturale dei professionisti del diritto, rafforzando l’indipendenza di fatto dei giu-

¹ In *penalecontemporaneo*. It 27 gennaio 2013.

² F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 259 s.

dici; una deontologia professionale³ che si esprima con doti di equilibrio, sobrietà e riservatezza anche sul piano dei rapporti con i "media" e con la politica e nel rispetto e lealtà nei confronti delle altre istituzioni.

«...coniugandosi potere e responsabilità, l'indipendenza dei giudici sarà vista come la garanzia fondamentale dei cittadini per l'applicazione imparziale e uniforme della legge nello Stato di diritto, sì da scongiurare il rischio che la crescita esponenziale del ruolo di supplenza della magistratura nella governance, all'incrocio fra politica economia e diritto, ne sposti l'asse della legittimazione sul terreno – improprio e infido – delle pratiche del consenso sociale e popolare».

2. Legittimazione del giudice e legalità materiale

La questione della legittimazione del giudice, a cui si riferiscono le coraggiose parole del Presidente della Corte d'Appello di Milano, si colloca in un contesto dominato dalla crisi della legalità nella sua storica definizione giuspositivistica. Sono sempre più incalzanti le voci che ne rielaborano i contenuti, assegnando un ruolo cooperatorio, "concorrenziale" all'interpretazione giurisprudenziale. Alla legalità formale se ne vuole contrapporre ormai una *materiale*, sorretta soprattutto da un dialogo diretto stabilitosi con le fonti giurisprudenziali sovranazionali, che consentirebbe di raggiungere livelli garantistici "per certi aspetti più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione": che ingloba sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale "riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo." «"una relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio culturale, non emerge unicamente dall'analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa"».

Ruolo creativo della interpretazione, quindi, purché non si varchi la "linea di rottura del dato positivo"⁴.

È questa fisionomia del potere giudiziario, non più raccontata e teorizzata da fascinosi, accattivanti e *soidisant*, interpreti del postmoderno, ma fatta proprio anche

³ Interessanti le *Nuove massime di deontologia giudiziaria* (inedite) espone da Luigi Ferrajoli, nella relazione tenuta al XIX congresso di Magistratura democratica, svoltosi a Roma dal'1 al 3 febbraio 2013. Su di esse tornerò. Il testo è di prossima pubblicazione su *Jus17@unibo.it* e su *Questione giustizia*.

⁴ SS.UU. n. 18288 del 2012. Sul tema dei rapporti tra le Corti rinvio al mio, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2351 ss.

dalla massima istanza giurisdizionale, ad imporre una riflessione su ciò che debba innervare, legittimandola, la “nuova” figura di giudice penale.

Breve, è conciliabile questa realtà con requisiti di legittimazione che si sono costruiti sulla ben diversa narrativa giuspositivistica, sulla separazione dei poteri, sulla soggezione del giudice alla legge, sulla modernità, insomma?

Viene così in primo piano un elenco di fattori che non si può fingere di ignorare se si vuole seriamente immaginare una “nuova” legittimazione.

Come vedremo, se ciò invece avviene, se li si ignora, gli scenari sono diversi: in gioco non vi è solo la, non certo nuova⁵, ricerca del punto di equilibrio tra disposizione e norma, dei limiti del percorso interpretativo di concretizzazione della legge, in un campo, quello penale, dominato da principi garantistici inviolabili⁶.

La partita diventa direttamente politica. Nei fatti, in termini di “costituzione materiale”, la posta è una diversa definizione delle attribuzioni di potere.

Un “nuova” legittimazione si deve infatti confrontare: con i criteri di formazione e reclutamento basati su prove tecniche. Per decidere in base ad una legalità materiale può bastare la legittimazione di un funzionario pubblico? Con l’assenza di un serio reclutamento dalle altre professioni giuridico-forensi e una formazione gelosamente autogestita: quanti rischi questo comporta in termini di autarchica unilateralità del contributo espresso nell’individuazione dei contenuti della norma? Con la sdegnata sordità dell’attuale sistema a qualsiasi effettiva ipotesi di responsabilità professionale: ciò è conciliabile con un giudice che pretende di uscire dai confini della stretta osservanza legalistica? È possibile porre dei limiti, e come, alla discrezionalità interpretativa?

Ancora, quanto è determinante l’irrisolta questione della mancata separazione tra requirenti e giudicanti? Al peso assolutamente preponderante ormai assunto, in

⁵ Ricorda recentemente M. Gallo che «l’andamento degli studi giuridici ci si rivela (...) come quello di un pendolo oscillante tra due poli: l’esegesi, ad una estremità; la dommatica, all’altra: con un’oscillazione più accentuata verso la regola in giorni di sicuro, largamente e abbastanza tranquillamente accettato potere centrale; verso il concetto, quando il potere si scioglie in tanti rivoli e fa capo ad entità orizzontali, che gettano un’ombra sul territorio, verticali, che si propagano quali esponenti di una classe, corporazione o setta”: il superamento di questo pendolarismo risiede in una metodologia che fonda esegesi e concetti (*Prove d’autore*, in *Crit. Dir.*, n. 1/2009).

⁶ Interessanti le osservazioni di D. PULITANÒ, *Riflessioni sul caso ILVA*, di prossima pubblicazione in *Jus17@unibo.it* e le sue conclusioni: «Questi richiami non intendono affatto essere una critica verso la gestione giudiziaria del caso ILVA, sul cui merito ritengo doveroso non entrare. Si legano ad una riflessione d’ordine generale: i problemi di fondo della giurisdizione (della sua conformazione, del suo funzionamento, del suo rapporto con la politica) hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia ed istituzione di potere. Fuori del paradigma del suo giudizio cognitivo su fatti avvenuti, retto dal principio dell’oltre il ragionevole dubbio, il profilo delle garanzie è più debole, e meno controllabile il potere. I problemi specifici del caso ILVA si collocano in questo campo aperto».

termini di penalità effettiva, personale e reale, esercitata nelle indagini preliminari⁷, corrisponde l'incedere di una giurisprudenza erosiva della legalità processuale⁸.

Ognuno degli aspetti richiamati implica questioni di ordine costituzionale. Essi sono infatti comunque riferibili all'affermarsi di una volontà politica forte e precisa. Se il potere giudiziario, nella sua autonomia e indipendenza, fa sempre più parte del sistema di governo⁹, ognuno di quei temi implica una ridefinizione nella attribuzione dei poteri dello Stato.

3. *Il potere giudiziario come componente del sistema di governo*

Il potere giudiziario non può che essere una componente del sistema di governo: anche nell'ambito di una rigida soggezione alla legge¹⁰.

È in queste coordinate – che *tendenzialmente* dovrebbero collocare il potere giudiziario in una prospettiva se non omogenea, comunque coerente, non conflittuale, con legislativo ed esecutivo – che si coglie la specialità della situazione italiana.

È una vicenda storica che ci riporta al lungo tramonto della prima Repubblica, alla crisi dei partiti fondatori che si espresse anzitutto, nei loro requisiti identitari nell'esperienza del compromesso storico, sostituendo alla responsabilità delle scelte politiche, la frammentazione delle risposte nei capillari della giurisdizione.

Una maniera, di tutte le parti democraticamente rappresentate, per smarcarsi, per deresponsabilizzarsi. In un gioco perverso: l'illusoria convinzione di rilegittimare la classe politica non compromettendola con decisioni che potessero diminuirne il consenso elettorale, ha alimentato ogni malinteso sui concetti di indipendenza esterna ed interna del potere giudiziario. Alla sua fisiologica frammentazione ha corrisposto un progressivo allentamento dei fondamentali dello Stato di diritto, a

⁷ G. INSOLERA, *Il processo lungo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 913 ss.

⁸ Penso, ad esempio, alla sindacabilità degli "abusi" del diritto di difesa (SS.UU. Sent. n. 155 del 2011) e, più in generale, alla costante limitazione delle invalidità processuali.

⁹ «I tribunali, da organi collocati alla periferia del sistema politico-istituzionale, incaricati di marginali vicende del crimine, sono diventati protagonisti di decisioni che riguardano la vita del Paese, dove configgono interessi fondamentali...»: così, di recente, L. VIOLANTE, *A proposito del caso dell'ILVA. Sequestri e garanzie, Codice da rivedere*, in *Corriere della sera*, 2 febbraio 2013, 52.

¹⁰ «L'uniformità della giurisprudenza sarà tanto maggiore quanto più convergenti risulteranno le concezioni assiologiche diffuse in un determinato contesto storico-sociale». «All'interno, invece di una società ideologicamente disomogenea, articolata e complessa, pervasa da un policentrismo quasi conflittuale dei rapporti di potere, esasperata e lacerata da continue tensioni, l'opinione consolidata sarà l'eccezione, mentre l'opinione più o meno controversa, all'interno di un ventaglio, molto ampio di opinioni, sarà la regola». «La relativa omogeneità della prassi decisionale è da ricondursi infine, alle condizioni di tipo strutturale, situazionale e personale (estrazione sociale dei giudici, loro formazione culturale, loro impegno politico o volontà di potere, ecc.) piuttosto che alla capacità orientativa offerta dalle metodologie giuridiche accademiche», G. ORRÙ, *Richterrecht*, Milano, 1985, 66-67.

cominciare dalla divisione dei poteri. Il risultato ce lo mostrano infine le cronache odierne. Sono singole decisioni, il più delle volte strategie di singole Procure della Repubblica, che affrontano i grandi temi bioetici, che gestiscono dirompenti crisi aziendali e ambientali, che provvedono alla bonifica di un personale politico-amministrativo degradato. Fino al contrasto con la massima istituzione repubblicana, alla base del quale si coglie l'idea che solo il controllo giudiziario possa convalidare le strategie di contrasto, anche quelle contro le più gravi minacce messe in atto nei confronti della Repubblica¹¹.

È diffusa l'opinione secondo la quale il fenomeno della cd. supplenza giudiziaria non sia nuovo, ma, soprattutto nello scorcio dell'ultimo ventennio, si è assistito a mutamenti straordinari.

L'affermarsi di una "cultura dei diritti" ha trovato nelle giurisdizioni-fonti sovranazionali un potente combustibile e ha visto, in tutti i contesti nazionali, come attore principale, il potere giudiziario, con il suo controllo diffuso. Nella speciale realtà italiana quest'ultimo ha costituito inoltre un contrappeso nei confronti di una classe di governanti non più prodotta da élites credibili, responsabili e vocate alla legalità¹².

Il potere giudiziario, dotato di caratura istituzionale e finalità pubblica, con il suo controllo capillarizzato e anarchico [il termine è forte, ma non insensato ai tempi del diritto mite e dell'interpretazione onnivora], ancora una volta interverrebbe in modo supplente nei confronti dell'irresponsabile vacuità degli attori politici, conclamata nell'attuale stasi febbrile e di fronte al blocco dello sviluppo del paese.

È questa una chiave esplicativa – nell'emergenza, fisiologica supplenza giudiziaria: contro terrorismo, mafia, corruzione politica amministrativa, criminalità economica – che, nello sfacelo della seconda Repubblica, non coglie, tuttavia, come l'operato del potere giudiziario si presentati progressivamente in veste inedita.

Con un percorso esaminato in altre occasioni, l'attenzione deve anzitutto concentrarsi sulla magistratura requirente e su ciò che avviene nelle indagini preliminari. Mi sembra difficilmente confutabile che il baricentro non solo del processo, ma anche della punizione *effettiva* si sia infine collocato in quella fase¹³.

Nell'operato del potere giudiziario non mi pare proprio che oggi si possa più cogliere una prevalenza di magistrati che orientino la loro azione verso prospettive finalistiche influenzate da valori e idee guida coerenti con le ideologie – con diverse inflessioni, progressiste o conservatrici – rinvenibili nei partiti o in altre aggrega-

¹¹ Ci parla L. Ferrajoli del protagonismo, della supplenza e del settarismo di taluni magistrati messo in scena dai media dapprima, nello svolgimento del loro ruolo di pubblici ministeri, e poi nella campagna politica nella quale si sono gettati.

¹² C. GALLI, *I riluttanti. Le élites italiane di fronte alla responsabilità*, Bari, 2012.

¹³ G. INSOLERA, *Il processo lungo*, cit.

zioni. Ciò che si caratterizzò, anche per quello che concerne taluni settori della magistratura, come ruolo egemonico dei partiti usciti dalla guerra. Questo, quanto meno, in una lunga fase della prima Repubblica¹⁴.

Una realtà, quella, – penso in particolare ai “progressisti” – che molto contribuì allo svecchiamento del sistema di giustizia e ad un suo adeguamento ai principi costituzionali, ma nella quale non mancarono forzature. Esse tuttavia, da un lato, erano compensate da una sostanziale tenuta della legalità penale: l’affermarsi di criteri di interpretazione teleologici, si misurava costantemente con la resistenza di una cetto politico legittimato [ed una Corte costituzionale], pronti a difendere le rispettive attribuzioni di potere. Dall’altro, vi era una decifrabilità dell’impegno sociale e politico dei magistrati – penso alle polemiche ricorrenti attorno alla legittimità della loro iscrizione ai partiti – che consentiva un trasparente dibattito sulle loro decisioni. Dibattito che, in qualche caso, accompagnava il loro ingresso in Parlamento.

Non è più questo lo scenario attuale. La fine dei partiti storici, il degrado nell’ultimo scorcio della prima Repubblica e nella seconda, non ci insegnano un ritorno di élites provenienti anche dal potere giudiziario che si rapportano con la politica¹⁵.

È il potere giudiziario che direttamente fa azione politica mettendo in campo un formidabile armamentario di strumenti invasivi e coercitivi delle libertà individuali¹⁶.

La attuale drammaticità della crisi economica e l’incertezza delle prospettive future, potrebbero rendere in qualche modo accettabile, ancora una volta in nome della emergenza, questo inedito riparto dei poteri?

Prendo ancora spunto dal *pamphlet* di Carlo Galli, vi è anzitutto il problema della responsabilità delle élites.

A proposito della magistratura non si tratta però del rifiuto di un’assunzione di responsabilità, ma del contrario: dell’assunzione di poteri, nei fatti sovraordinati e capaci di tenere perennemente in scacco gli altri attori, a cui corrisponde un per-

¹⁴ Sul deteriorarsi di quel sistema, ancora le parole di Galli: «...la centralità dei partiti – di per sé ovvia in una democrazia... – degenerò in partitocrazia, consociazione, corruzione».

¹⁵ «Oggi l’immagine della magistratura presso il grande pubblico rischia di identificarsi con quella di tre pubblici ministeri divenuti noti per le loro inchieste, i quali hanno dato vita a una lista elettorale capeggiata da uno di loro, promossa da un altro con il contributo del partito personale del terzo». Ancora L. FERRAJOLI.

¹⁶ Riprendendo l’immagine medievale di una società tripartita, con la quale esordisce il citato *pamphlet* di C. Galli, l’estraneità al potere economico e a quello religioso, potrebbe far pensare al monopolio della forza appartenente all’ordine dei *bellatores*. Assai efficaci le parole L. Ferrajoli: la prima regola di deontologia giudiziaria democratica «*La consapevolezza del carattere ‘terribile’ e ‘odioso’ del potere giudiziario*». «*Odioso perché, diversamente da qualunque altro pubblico poter – legislativo, politico o amministrativo – è un potere dell’uomo sull’uomo, che decide della libertà ed è perciò in grado di rovinare la vita delle persone sulle quali è esercitato*». E la sesta regola, il rispetto di tutte la parti in causa, compreso l’imputato, sia esso soggetto debole o forte: «...*se nel momento del reato il soggetto debole è la parte offesa, nel momento del processo il soggetto debole è sempre l’imputato e i suoi diritti e le sue garanzie sono altrettante leggi del più debole*».

vicace rifiuto di qualsiasi forma di controllo e di stigmatizzazione che non provengano dal proprio ordine. All'azione politica non corrisponde alcun contrappeso o verifica. È un potere irresponsabile.

Ancora, si è sostenuto, nel deserto delle élites responsabili: ritorno di quelle portatrici di conoscenze, di sapere tecnico. Sono indispensabili nella transizione¹⁷.

Vale questo per il nostro attuale potere giudiziario?

È una strana chimera quella che osserviamo: una tecnocrazia selezionata ancora, apparentemente, secondo un modello burocratico e giuspositivista.

Nei fatti formata, reclutata e gelosamente addestrata nelle forme di una legge che si vuole però "molle cera nelle mani dei giudici": diritto vivente, dialogo diretto con le giurisdizioni-fonti sovranazionali e con le istanze sociali, messa ai margini delle interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale. Testa e corpo di leone corrispondono a principi di cui si rivendica l'intangibilità ad ogni piè sospinto: artt. 101 e 112 Cost. Ma quale significato possono avere quei principi senza la legge?

Ecco l'immagine della chimera. Il suo corpo rivela altri componenti che non rimandano alla forza della legge e non ne esprimono la capacità di legittimazione.

È un paradosso identificare nel potere giudiziario una élite tecnica nel momento in cui si vogliono mollare tutti gli ormeggi che lo subordinavano al legislatore.

Ma l'attuale estrema debolezza di quest'ultimo ci mostra invece una equiparazione tra la guida tecnica accettata sui temi economici e quella riconosciuta, o subita, dando voce decisiva ai magistrati associati o singoli sui provvedimenti portati dal governo in tema di giustizia.

Un potere diffuso ma coeso, che, se trova dei limiti, sono quelli che si autoimpone. Così quando si tratta di contenere una frammentazione capricciosa dell'azione politica dei singoli magistrati si richiamano all'ordine interpretativo delle Sezioni unite¹⁸ e si vuole ibridare il sistema, espandendo gli effetti del precedente.

4. *Le fonti sovranazionali*

Nel definirsi di questo scenario un ruolo importante viene svolto dagli spazi "di libertà" offerti dall'affermarsi di un dialogo diretto tra potere giudiziario e giurisprudenza-fonte sovranazionale.

È mia opinione che questa tendenza contempra un ridimensionamento del ruolo della Corte costituzionale.

Ancora le SS.UU n. 18288/2010: la Consulta, nel definire l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinuncia "ad imporre la propria libertà interpretativa [e]

¹⁷ C. GALLI, *op. cit. passim*.

¹⁸ Su questo aspetto rimando ancora al mio, *Luci ed ombre, cit.*

ritenenosi vincolata all'esegesi dei giudici ordinari" (il diritto vivente). L'affermazione si allinea alla posizione assunta dalle SS.UU. con la sentenza 31 marzo-17 maggio 2004 (Pezzella): tra più opzioni esegetiche il giudice non è condizionato da quella portata dalla decisione interpretativa della Corte, ma deve comunque adottarne una costituzionalmente orientata.

Conclusione forse condivisibile in termini formali, ma che cela alcune insidie: priva infatti le decisioni interpretative di quel valore persuasivo che gli è proprio – esse esprimono comunque il risultato a cui è giunto l'organo a cui è istituzionalmente affidata la custodia e l'interpretazione della nostra Costituzione – e, soprattutto, può fornire al giudice ordinario un comodo *escamotage*, di fronte al consolidarsi di un *diritto vivente* in contrasto con il percorso tracciato dal giudice delle leggi, per sottrarsi alla richiesta di una "doppia pronuncia" di costituzionalità. E questo attraverso una autoreferenziale asseverazione di conformità alla Costituzione della sua lettura.

Ancora: come si concilia la svalutazione delle letture costituzionalmente conformi prodotte dalla Corte, con le conclusioni che obbligano ad una interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, quindi, alla giurisprudenza – "fonte" di Strasburgo?

La struttura del giudizio della CorteEDU – un sindacato riguardante il rispetto della Convenzione da parte dello Stato chiamato in giudizio nella concretezza del singolo caso – è assai distante dalle coordinate di un giudizio di legittimità costituzionale¹⁹.

Se anche in questo ultimo non si riescono ad isolare in modo ermetico le linee interpretative del dato normativo, dalle connotazioni del caso che dà origine alla questione²⁰, nel primo, alla base del giudizio della Corte stanno una pluralità di formanti che hanno cooperato alla violazione del diritto convenzionale. Tra di essi il dato normativo può addirittura svolgere un ruolo ingannevole, di solo apparente conformità, vanificata dalle concrete modalità operazionali realizzate nell'ordinamento *sub judice*.

Ebbene, ciò implica (o dovrebbe implicare), una strutturale difficoltà e, quindi, prudenza, nella definizione di linee capaci di obbligare un percorso di interpretazione conforme²¹.

¹⁹ Molto chiaramente G. DE VERO - G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino 2007, 5 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 22 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Jus17@unibo.it*, 2009, 57 ss. Di recente la questione è affrontata in ogni aspetto problematico da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2013.

²⁰ Fino alla posizione che nega l'appartenenza dei bilanciamenti degli interessi ad opera della Corte costituzionale all'interpretazione (R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 133 ss.)

²¹ «Il ruolo della Corte, interprete della Convenzione, non consiste solo nel risolvere la controversia (...) ma anche, e in ogni caso nell'enunciare *erga omnes*, la interpretazione (e dunque il con-

Ma questo rilievo fa parte della complessa opera di tessitura di un ordito assai complesso che consegue alla ibridazione di ordinamenti, mentalità e tradizioni molto distanti. Con ciò occorrerà sempre più cimentarsi: una costante opera di traslitterazione tra alfabeti diversi.

Torniamo così ai dubbi espressi in precedenza: la svalutazione delle indicazioni esegetiche della Corte costituzionale, a favore invece di una diretta ricezione di quelle – lo si è detto, di incerta distillazione – provenienti da quella sovranazionale, sospinge ai margini la Consulta.

L'idea che prende corpo è quella di un dialogo interpretativo diretto tra giurisdizione ordinaria e sovranazionale nel quale il dato positivo, la regola normativa e la sua stretta esegesi, vedono progressivamente ridotto il loro spazio. E con essi, è giocoforza, quello della Corte costituzionale nel suo ruolo di giudice di legittimità delle leggi. È forse questa una conseguenza inevitabile della assegnazione al legislatore e ai giudici di un ruolo paritario nella produzione delle norme penali. Teorie della interpretazione, fatte proprie in modo esplicito dalle Sezioni unite, con l'indugiato richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo. Che, tuttavia, esclude la Corte costituzionale dalla relazione di tipo concorrenziale tra potere giudiziario e potere legislativo, nella individuazione del significato della norma in un determinato contesto storico culturale. A questa soluzione penso che spinga una prevalenza assegnata al volto politico dell'organo di giustizia costituzionale, alla estraneità della sua speciale funzione giurisdizionale al corpo che si esprime nel potere giudiziario, in definitiva alla sua natura di istituzione "non maggioritaria, ma non troppo"²².

In conclusione: l'incertezza che affetta in modo inevitabile un sistema reticolare di fonti²³ può costituire una *chance* per un regolamento di conti tra potere giudiziario e legislativo. Ed è questo, almeno da venti anni, il *climax* del discorso che connota la specialità del caso italiano.

tenuto attuale) delle previsioni convenzionali. Tale caratteristica si manifesta particolarmente nelle sentenze che la Corte pronuncia, talora anche quando sia venuto meno il concreto interesse del singolo ricorrente, al solo scopo di enunciare, nell'interesse del sistema, il contenuto degli obblighi che vincolano gli Stati», V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 58. Ma siamo sempre nell'ambito dell'interpretazione della Convenzione e dei Protocolli, senza con ciò allineare l'operato dalla Corte ad un giudizio di legittimità ("convenzionale") degli ordinamenti nazionali.

²² Secondo l'icastica definizione di P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008, 251 ss. Sul tema, diffusamente, 177ss.

²³ "È famosissimo il fatto che a un certo punto, dove spiega come è organizzato il sistema ateniese, Pericle fa la distinzione fra leggi scritte e leggi non scritte; è un luogo che appassiona sempre moltissimo; tutti pensano subito ad Antigone, si commuovono, – e va bene –, anche se poi la legge scritta è garanzia di eguaglianza, mentre la legge non scritta è appannaggio delle caste sacerdotali. Bisognerebbe stare un po' attenti ad inneggiare tanto alle leggi non scritte, con tutto il rispetto per Antigone, ben inteso". Un invito di Luciano Canfora (*La democrazia di Pericle* in AA.VV. *I volti del potere*, Bari 2010, 18) che, come penalista, a proposito di un diritto distillato da un reticolo di fonti, mi sento proprio di accogliere!

5. La Corte costituzionale, severo custode della Legge fondamentale

In questo quadro – di ridefinizione materiale dell’equilibrio costituzionale dei poteri – assume un grande significato la Sent. n. 230 della Corte costituzionale: ciò avviene per la sua esplicita *cifra politica*.

In questo senso, forse, decisione “storica”, che va ben oltre il conosciuto, e più ristretto, ambito del regolamento di confini tra potere giudiziario e legislativo e condensa nella sua motivazione più di un’affermazione a cui è possibile attribuire un valore direttamente politico: si tratta di prese di posizione chiarificatrici, probabilmente influenzate anche da avvenimenti concomitanti alla questione decisa, che suonano come moniti che, in difesa della Costituzione, vengono pronunciati dai suoi custodi contro l’affermarsi di elementi di “costituzione materiale” in contrasto con la Legge fondamentale²⁴.

Di recente, analizzando il percorso storico dei rapporti tra giurisdizione ordinaria, nella espressione più autorevole della Corte di cassazione, e Corte costituzionale, si è proposta una chiave di lettura che, al periodico riproporsi di “guerre tra corti”, vedrebbe succedere l’affermarsi di una interdipendenza reciproca capace di evolversi in una condivisione fraterna dei medesimi obiettivi, nell’ambito di un unico “grande potere giudiziario”²⁵.

Si tratta di una tesi a cui occorre accompagnare alcuni chiarimenti.

Anzitutto la ciclicità delle tendenze rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, espressione della sua connotazione anfibia di organo giurisdizionale e politico, non consente di consegnare al passato vicende caratterizzate da accesi conflitti, ovvero da allineamenti illiberali che imposero addirittura interventi di riforma costituzionale.

Ed è ancora questa connotazione a sottolineare il significato di decisioni, come quella in esame, nelle quali sul dialogo con le tendenze che si fanno strada nella giurisprudenza ordinaria, prevale la volontà politica di riaffermare i fondamenti del nostro ordine costituzionale.

Breve, un unico grande potere giudiziario può esprimere il progressivo definirsi di regole che coordinino le due diverse funzioni in una logica che contempli gli interventi della Corte in termini di stretta necessità: e questo ha significato, dalla sent. n. 356/96, l’imposizione della preventiva ricerca di un’interpretazione conforme, con l’affidamento anche alla magistratura ordinaria di un ortopedico sindacato diffuso di legittimità. Nella stessa direzione, di affinamento del nostro sistema di giustizia costituzionale, il riconoscimento del concetto di “diritto vivente”.

²⁴ Sulla Sent. n. 230/2012 si veda V. MANES, *Prometeo alla Consulta, gli ostacoli costituzionali all’equiparazione tra ‘diritto giurisprudenziale’ e ‘legge’*, di imminente pubblicazione in *Giur. Cost.*

²⁵ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Bari, 2012.

Ma l'*interpretazione costituzionalmente conforme* può anche produrre, come si è visto, una marginalizzazione della Corte costituzionale, che sperimentiamo in tante vicende nelle quali le motivazioni rinvenibili nelle decisioni interpretative di rigetto sono *littera morta*, per la giurisprudenza ordinaria.

Nella Sent. n. 230/2012, la Corte procede attraverso un serrato succedersi di argomentazioni che contrastano le tesi del giudice *a quo*, volte a chiarire i limiti che circoscrivono il potere giudiziario.

Sul dialogo con la giurisprudenza/fonte della Corte-Edu: la norma convenzionale si pone comunque a livello *sub costituzionale*, cede in caso di conflitto con previsioni della Costituzione e alla Corte nazionale resta sempre la spettanza di individuare un "margine di apprezzamento e di adeguamento" che tenga conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi.

È in base a questo chiarimento nei confronti di letture troppo disinvolute delle sentenze n. 248 e 249/2007 [e della stessa giurisprudenza della Corte-Edu, posto che in realtà, secondo la Corte, difetterebbe anche "la norma convenzionalmente interposta" ricavabile dalla giurisprudenza di Strasburgo] che la Corte costituzionale, da un lato, prende atto della evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo verso una nozione di legalità sostanziale che tenga conto, anche negli ordinamenti di *civil law*, del rilevante apporto della giurisprudenza nell'individuazione dell'esatta portata del diritto penale. Dall'altro, però, conferma, con decisione, la prevalenza della nozione costituzionale interna di legalità, più ampia di quella dell'art. 7 CEDU in quanto comprensiva della riserva di legge espressa dall'art. 25, 2° comma Cost. È significativo inoltre come la Corte, nel fare ciò, richiami la fondamentale sent. n. 487 del 1989: una decisione – in tema di competenza regionale in materia penale – nella quale venne diffusamente ricostruito – in tempi assai diversi, più di venti anni fa – l'insuperabile fondamento politico sul quale si fonda, nella nostra democrazia costituzionale, il principio di riserva di legge.

Citazione assai significativa oggi: contro l'idea di introdurre elementi di costituzione materiale che ridisegnino il sistema e la divisione dei poteri.

Ancora un chiarimento, robusto e senza ambiguità, a proposito del "diritto vivente". Ai fini dell'individuazione dell'oggetto dello scrutinio di costituzionalità esso fa assumere alla Corte la disposizione censurata nel significato in cui essa vive nell'applicazione giurisprudenziale: ma il giudice remittente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi ad esso.

E le decisioni delle Sezioni unite *aspirano* ad acquisire stabilità e generale seguito. Ma si tratta di connotati solo tendenziali, non cogenti e di tipo essenzialmente "persuasivo". Non sono confondibili con la legge abrogativa o con la declaratoria di incostituzionalità: si tratta infatti di decisioni suscettibili di essere disattese in qualunque tempo e da *qualunque giudice della Repubblica*, sia pure con l'onere di

una adeguata motivazione. Come tali incapaci di travolgere il giudicato.

La Corte non manca poi di distinguere la proposta equiparazione tra *abrogatio e overruling* favorevole, dalla situazione decisa dalla già richiamata SS.UU. 18288/2010: in quel caso non era in gioco il travolgimento del giudicato, ma l'interpretazione dell'art. 666 c.p.p. in relazione a una semplice preclusione processuale.

Il riferimento potrebbe sembrare anche superfluo, considerando la gerarchia tra le due Corti: forse arbitrariamente, io gli attribuisco la volontà, resa esplicita nella motivazione della Consulta, di esprimere la mancata condivisione degli argomenti rinvenibili in quella decisione e che avevano diffusamente alimentato l'ordinanza di remissione.

Forte cifra politica della decisione, ho detto. Ben espressa quando si ipotizza una *sovversione "di sistema"* nell'ipotesi di incostituzionalità prospettata alla Corte. Da cogliere nella, per altro contraddittoria, subordinazione gerarchica del (solo) giudice dell'esecuzione al *dictum* Sezioni unite. Ma, in chiave più generale, nell'idea di ricondurre al principio della *lex mitior* il mutamento giurisprudenziale favorevole: a ciò si oppone oltre all'art. 25, 2° comma "*il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto alla legge)*".

Una decisione che è riuscita coerentemente a confrontarsi con la attuale travagliata crisi delle nostre istituzioni e che ci riconsegna il volto, che mi piace, di una Corte costituzionale severa custode della Legge fondamentale.

6. *Il quesito di un gatto*

La questione da cui abbiamo preso le mosse – la compatibilità con l'ancora vigente sistema costituzionale di un potere giudiziario che, anche attraverso la dilatazione del proprio apporto interpretativo, eserciti direttamente azione politica, a discapito degli altri poteri, scavalcandoli e confrontandosi senza mediazioni con le giurisdizioni sovranazionali e con le istanze della "società civile" – si presenta in vero complessa. L'invocazione, per altro condivisibile nell'immediato, di una nuova *deontologia giudiziaria* che, da una parte, limiti gli eccessi, dall'altra, rilegittimi l'inconfutabile aumento di peso del ruolo della giurisdizione, non mi pare sia sufficiente, se intesa a riproporre forme di autolimitazione.

Il tema è inscindibile da quello politico riguardante il riequilibrio del sistema dei poteri: e penso che la conclusione peggiore sia quella improntata al paradossale conservatorismo che abbiamo sotto gli occhi. La difesa ad oltranza di tutti i corollari della legalità penale, come declinata in Costituzione, per potere meglio aggirarli nella *Law in action*. La legalità penale sulla bocca, il governo dei giudici nel cuore.

Scrutando l'orizzonte alla ricerca di una lingua di terra che costituisca, infine, l'approdo di una transizione politica mai compiutasi nello scorcio degli ultimi venti anni, proviamo a riflettere su un interrogativo.

È pensabile che il quadro che ha sollecitato queste considerazioni, che ormai non mi sembrano più inquietudini circoscritte a quattro gatti garantisti, pigramente adagiati sul consunto sofà vetero-illuminista, possa mutare, *e in che modo*, in presenza di una politica riaccreditata da consenso e credibilità e più raziocinante sulla questione criminale?