

Giovanni Fiandaca*

*Uso “alternativo” del diritto, principio di legalità
e poteri della giurisdizione nell’ambito della giustizia penale*

1. Premesse

La locuzione “uso alternativo del diritto”, considerata nella sua genesi e nel contesto del convegno catanese del maggio 1972, ha avuto come orizzonte privilegiato di riferimento il diritto privato, il diritto dell’economia e il diritto del lavoro e sindacale. Questa prevalente angolazione disciplinare derivava, com’è noto, dal fatto che la locuzione predetta fu escogitata in seno a un gruppo di agguerriti studiosi e docenti di diritto privato, di orientamento marxista o comunque politicamente progressista, accomunati dall’interesse a discutere e verificare se, e fino a che punto, gli strumenti giuridici in particolare dell’autonomia privata propri del diritto borghese potessero essere utilizzati in vista dell’emancipazione delle classi lavoratrici e dei soggetti socialmente più deboli. Conseguentemente, assumeva un ruolo centrale l’obiettivo di mettere a fuoco la funzione politica dello stesso diritto civile e delle discipline connesse, nonché gli stretti rapporti tra politica, economia, diritto e società.

Ma non è vero che il settore della giustizia penale sia stato del tutto trascurato. Se tra i partecipanti al convegno non figurava alcun esponente della dottrina penalistica accademica, era stata invece opportunamente programmata la partecipazione di non pochi magistrati “di sinistra”, in quel tempo impegnati in una vivace e articolata discussione (nell’ambito di nuove riviste come, ad esempio, l’emblematica *Quale giustizia* nata nel 1970) sulla politicità del diritto e sulla possibilità di interpretarlo e applicarlo in chiave antiborghese; e, tra questi esponenti della magistratura progressista, alcuni come ad esempio Domenico Pulitanò e Luigi Ferrajoli erano tutt’altro che disinteressati a porre in evidenza le implicazioni politiche del diritto penale e a contestarne l’ispirazione di fondo autoritaria e conservatrice, predominante specie in quell’epoca (non a caso, Pulitanò sarebbe successivamente diventato professore di diritto penale tra i più valorosi e Ferrajoli, passato anch’egli all’insegnamento universitario, da valentissimo filosofo del diritto avrebbe rivolto una costante attenzione teorica alle questioni inerenti al garantismo penale). Ma, a prescindere dal ridotto spazio occupato nel convegno catanese, la prospettiva di un possibile uso alternativo della stessa giustizia penale, mentre esulava allora dagli interessi speculativi dei penalisti accademici,

* giovanni.fiandaca@unipa.it, Emerito nell’Università di Palermo.

era in realtà – proprio a partire dai primi anni '70 del Novecento – oggetto di dibattito politico-culturale nei settori appunto più all'avanguardia della magistratura; e non mancano neppure esempi di concreta prassi giudiziaria politicamente dissonante dalla conservatrice giurisprudenza penale predominante. Ne daremo qualche riscontro nel prosieguo di queste pagine.

2. Il 'penale' nel convegno catanese

Ancorché del tutto minoritario, come accennato, il 'penale' non ha mancato di essere in qualche misura rappresentato pure all'interno della discussione convegnistica catanese. Alludo, in primo luogo, ad un sintetico ma denso intervento di Domenico Pulitanò, allora giovane magistrato, il quale si preoccupava di illustrare la posizione di *Magistratura democratica* (d'ora in avanti, MD), di cui era esponente, sulla giurisprudenza alternativa: ponendo invero l'accento, più che sugli aspetti astrattamente teorici e metodologici (a suo giudizio, meno decisivi), sul profilo ritenuto politicamente essenziale, vale a dire quello del confronto tra i rispettivi contenuti concreti delle decisioni dei magistrati democratici e dei provvedimenti dei magistrati tradizionalisti. Ciò a cominciare dall'individuazione dei valori di riferimento nelle scelte interpretative, da ricercare nella cornice costituzionale piuttosto che nel diritto positivo preesistente e da porre alla base di percorsi argomentativi trasparenti e quanto più possibile controllabili. Ma nell'additare un orientamento ermeneutico-ricostruttivo costituzionalmente orientato – ecco il punto che merita di essere sottolineato – Pulitanò tendeva, nel contempo, a fugare il sospetto di voler proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegalitaria (come temuto da alcuni critici delle posizioni di MD): egli, piuttosto, manifestava in proposito la convinzione che un uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese non fosse legittimamente praticabile sempre, ma soltanto nei casi in cui gli spazi lasciati aperti dal legislatore consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali. Così opinando, egli mostrava da un lato di rifiutare un certo ideologismo estremistico presente nelle ali politicamente più radicali di MD; e, dall'altro, di rimanere legato – da magistrato esperto in particolare di discipline penalistiche – ai valori garantistici sottostanti al principio di legalità penale (principio che, com'è noto, ha in materia di delitti e pene una valenza rafforzata rispetto ad altri settori dell'ordinamento)¹.

In coerenza con le suddette premesse, egli faceva una emblematica esemplificazione di un possibile uso alternativo richiamando la problematica dei reati di opinione, e argomentava secondo le seguenti cadenze: “Qui la tradizione con cui ci scontriamo è quella della dittatura, del codice Rocco sopravvissuto, della dife-

1 L'intervento di Domenico Pulitanò riassunto nel testo è pubblicato col titolo *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, p. 61 ss.

sa a oltranza del prestigio delle istituzioni, dell'ordine pubblico come ordine di regime, ecc. [...]. Contro questa tradizione tuttora viva i magistrati democratici fanno appello al principio della libertà di pensiero, codificato dalla Costituzione; cioè a un principio illuministico, che come principio generale di libertà è di volta in volta strumento di tutela e di lotta delle classi sociali in ascesa contro l'establishment, e oggi, pertanto, un valore da realizzare nell'interesse del movimento dei lavoratori"². A ben vedere, in un approccio come questo non venivano proposte soluzioni ermeneutiche ancorate a valori alternativi a quelli propri della democrazia borghese; più limitatamente, veniva valorizzata la dimensione potenzialmente universalistica delle libertà fondamentali di matrice illuministica, a vantaggio delle minoranze e delle classi subalterne.

Riferimenti espliciti all'esigenza di compiere scelte interpretative politicamente non neutrali, volte a far prevalere i principi costituzionali di libertà rispetto alle norme repressive dei codici fascisti si rinvencono altresì nelle prese di posizione convegnistiche di Luigi Ferrajoli, il quale sembrava peraltro manifestare una maggiore radicalità oppositiva rispetto a Pulitanò: sottolineando la inconciliabilità delle diverse anime politiche compresenti in una Costituzione compromissoria come quella italiana, egli tendeva a enfatizzare il richiamo a quelle sole parti del testo costituzionale suscettibili di essere utilizzate in funzione alternativa agli orientamenti giurisprudenziali conservatori³. Nonostante questa apparente maggiore radicalità, anche Ferrajoli si preoccupava tuttavia di ammonire circa la ineludibile necessità di agire, in quanto giudici, in ogni caso "all'interno della legalità: il rifiuto o la svalutazione della Costituzione sarebbe una fuga in avanti che non gioverebbe né punto né poco alle possibilità di sviluppo di una giurisprudenza alternativa"⁴. Si trattava, beninteso, di dichiarazioni di principio a livello di generali enunciazioni programmatiche: non è da escludere – come appresso accenneremo – che la legalità penale venisse poi di fatto elusa o aggirata, in alcuni casi, da concrete decisioni giudiziali di giudici-interpreti di orientamento alternativo.

Non spetta a chi scrive stilare un bilancio complessivo degli esiti del convegno catanese, non ultimo proprio perché il diritto penale vi ha rivestito un ruolo marginale. Per quello che può valere, mi limito a rilevare che mentre alcune delle relazioni principali (soprattutto di matrice accademica) apparivano maggiormente interessate a ricercare impostazioni teoriche innovative, idonee a concettualizzare e giustificare un possibile uso di classe del diritto borghese, peraltro senza che dalla discussione collettiva si riuscisse alla fine a rinvenire elementi di sufficiente convergenza indispensabili in vista dell'ambizioso obiettivo teorico perseguito⁵, i magistrati di MD presenti tendevano invece (comprensibilmente!) ad attribuire minore rilievo agli aspetti teorici. Considerati, detti aspetti, astratti se non

2 Ivi, p. 63.

3 L. Ferrajoli, *Replica*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *op. cit.*, p. 287 ss.

4 Ivi, p. 288.

5 Per un bilancio sostanzialmente consonante quasi a ridosso del convegno catanese cfr. G. Cotturri, "Uso alternativo del diritto", in *Quale giustizia*, n. 21-22/1973, p. 367 ss.

debitamente correlati in sede di indagine ai profili storico-politici connessi alle situazioni socio-economiche reali e, di conseguenza, alle concrete possibilità di adozione e sviluppo di orientamenti giurisprudenziali funzionali all'emancipazione delle classi subalterne⁶.

3. Uno sguardo agli orientamenti penalistici alternativi della magistratura 'di sinistra'

A prescindere e al di là del convegno catanese, il diritto penale ha avuto nel periodo considerato uno spazio non secondario – più in generale – nei dibattiti e nella prassi applicativa dei magistrati 'di sinistra' o politicamente progressisti. Al centro delle discussioni, delle riflessioni e delle questioni affrontate nei dibattiti e nei provvedimenti giudiziari dei magistrati non conservatori sono rinvenibili aspetti tematici e problematici pur sempre coinvolgenti – non diversamente da quanto accadeva negli ambiti extrapenalistici dell'ordinamento – la politicità del diritto e la non neutralità della stessa interpretazione penalistica, influenzabile anch'essa sia da ideologie a monte sia da giudizi di valore extranormativi e da 'precomprensioni' di vario genere, che affondano a loro volta le radici nel ceto sociale di provenienza, nelle preferenze culturali e persino nella sensibilità personale dei singoli interpreti. Solo che in campo penale – è appena il caso di esplicitarlo e ribadirlo – locuzioni come "uso alternativo del diritto" o "giurisprudenza alternativa" presentavano (e continuano a presentare) un tasso di più marcata problematicità e ambiguità. Ciò per l'evidente ragione che il vincolo del giudice alla legge scritta è (almeno teoricamente) inderogabile in forza del ruolo rafforzato rivestito dal principio penalistico di legalità come riserve di legge: per cui il grado di manipolabilità delle formule legislative dovrebbe, già in partenza, risultare molto più basso che in altri settori – e ciò pur ammettendo, fuori da vecchie ipocrisie vetero-positivistiche – che lo stesso principio di legalità, ragionevolmente e realisticamente inteso, non preclude spazi di discrezionalità valutativa più o meno ampia anche in sede di interpretazione delle fattispecie incriminatrici. Certo, il vero problema che si poneva allora, e torna periodicamente a riproporsi, riguarda la possibile individuazione di un chiaro e univoco discrimine tra interpretazioni legittime e illegittime, in quanto compatibili o incompatibili con i principi di riserva di legge e divisione dei poteri: un problema, questo, di sempre meno agevole soluzione che è peraltro andato acuendosi nel corso degli ultimi decenni, considerato il crescente peso che il cosiddetto diritto giurisprudenziale è andato progressivamente acquisendo anche in ambito penalistico, con una corrispondente più accentuata attitudine *lato sensu* 'creativa' di pubblici ministeri e giudici⁷.

6 Cfr. in questo senso, ad esempio, l'intervento di F. Governatori, *Orientamenti della giurisprudenza, riviste giuridiche e mezzi di comunicazione*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *op. cit.*, p. 51 ss.

7 Per rilievi più dettagliati rinvio a G. Fiandaca, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica. Un confronto con Domenico Pulitanò*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 80 ss.

Quanto alle tendenze di fondo dei magistrati politicamente schierati a sinistra, così come a partire dai primi anni '70 del Novecento andavano emergendo – sia nei dibattiti in riviste come la citata *Quale giustizia*, sia in decisioni giudiziarie che vi venivano riportate – ribadirei in sintesi uno sguardo d'insieme che ebbi occasione di delineare ormai non poco tempo fa⁸.

Premesso che si tratta di tendenze non facilmente ricomponibili in un quadro unitario, ci si imbatte talvolta in interventi polemici a caldo, volti a giustificare l'attivismo di "giudici d'assalto" in processi di notevole rilievo politico a carico di personaggi appartenenti a gruppi sociali dominanti⁹. Talatra, si cerca di accreditare – sia pure senza adeguato approfondimento – un ruolo dello stesso diritto penale nella prospettiva di trasformazione sociale ed emancipazione delle classi subalterne ritenuta imposta dalla Carta costituzionale: in questa ottica di diritto penale 'propulsivo' o 'promozionale', l'accento viene spesso posto sull'esigenza di rafforzare la tutela degli interessi collettivi o diffusi¹⁰. Com'è agevole notare, si tratta di prese di posizione che, per quanto frammentarie, convergono nel sottintendere una concezione del diritto penale quale strumento politicamente orientato a promuovere cambiamenti sociali, o anche a realizzare in qualche modo funzioni di cosiddetta supplenza nei confronti di un potere politico-amministrativo non di rado inefficiente o latitante¹¹. In questo orizzonte di finalizzazione politica, il ruolo attribuito al penale sembra risentire del modo di valutare il rapporto e le dinamiche contingenti tra i poteri istituzionali: muovendo cioè da una interpretazione in chiave conflittuale delle relazioni intercorrenti tra il sottosistema giudiziario e il sistema politico, specie i magistrati aderenti a MD giungono tendenzialmente a ritenere che il principale compito della giustizia penale consista nell'assicurare un controllo di legalità sull'operato dei pubblici poteri e nel fronteggiare le forme di criminalità del potere (illeciti tipici dei 'colletti bianchi', corruzione politico-amministrativa, criminalità organizzata).

Ancora, merita di essere richiamata una prassi giudiziaria 'alternativa', in particolare di alcuni giudici di sinistra radicale e di dichiarata ispirazione marxista (facenti parte dei nuclei originari di MD), incline per pregiudiziale convinzione ideologica a condannare al minimo della pena autori di delitti contro il patrimonio appartenenti alle aree della povertà e dell'emarginazione sociale, partendo appunto dal presupposto giustificativo del carattere classista e discriminatorio del diritto penale positivo¹².

8 Mi riferisco in particolare al mio scritto "Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina", in *Questione giustizia*, n. 1/1991, p. 14 ss.. In particolare v. p. 27 ss.

9 Ad esempio, M. Ramat, "I pretori d'assalto", in *Quale giustizia*, n. 23-24/1973, p. 601 ss.

10 A titolo esemplificativo, si veda l'intervento redazionale "Inquinamenti: pesci grossi e pesci piccoli", in *Quale giustizia*, n. 20/1973, p. 238 ss.

11 Per rilievi critici in proposito cfr. D. Pulitanò, "Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato", in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1983, p. 93 ss.

12 Questo orientamento ideologicamente clemenzialista è ben descritto nel libro autobiografico del noto giudice di Magistratura Democratica, F. Misiani (in collaborazione con C. Bonini), *La toga rossa. Storia di un giudice*, Tropea, Milano, 1998.

Fin qui si è, invero, fatto riferimento a tendenze di fondo non esenti da possibili rilievi critici in varie direzioni. Cominciando dalla prassi clemenzialistica da ultimo menzionata, certo è che una scelta pregiudiziale di sanzionare con i minimi edittali per pregiudizio ideologico sollevava allora (e solleverebbe oggi) seri problemi di compatibilità con la logica penalistica sottostante alla commisurazione giudiziale della pena: in base alla quale ciò che (almeno in linea di principio) soprattutto rileva – al di là della eventuale condizione di emarginazione sociale dell'autore di reato – è l'esigenza di individualizzare la risposta punitiva sulla base di una valutazione complessiva della personalità del reo, da compiere alla prevalente stregua della finalità rieducativa preveduta dall'art. 27, comma 3, della Costituzione.

Non solo. A giudizio di chi scrive, abbastanza discutibile è anche la pretesa di attribuire al diritto penale la funzione di contribuire all'evoluzione o al miglioramento della vita sociale attraverso la promozione di nuovi valori (specie a carattere collettivo) o di modelli di comportamento ispirati a una più elevata etica pubblica. Assegnare ad esso un compito più promozionale o propulsivo che conservativo di valori o standard di condotta già socialmente acquisiti, a ben vedere, crea il rischio di assecondare forme di pedagogia statale autoritaria proprio in considerazione del fatto che la coercizione penale costituisce lo strumento più intollerante, invasivo e perciò illiberale di cui un ordinamento giuridico dispone. Analoghe e più accentuate riserve critiche riguardano la tentazione – diffusasi peraltro nei decenni successivi anche al di là della sinistra giudiziaria strettamente intesa – di utilizzare la giustizia penale come mezzo di rinnovamento politico e di moralizzazione pubblica; tentazione, questa, sfociata infine in forme anche estremiste di un populismo giudiziario, alla cui stregua il magistrato (specie d'accusa) pretenderebbe di assumere il ruolo di più autentico rappresentante e interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (in particolare, del popolo delle persone oneste), fungendo da attore politico-mediatico-giudiziario ad un tempo, al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza o di aperto conflitto con il potere politico ufficiale¹³. È forse azzardato ipotizzare, oggi, che alcuni germi del sopravvenuto e deprecabile fenomeno del populismo giudiziario abbiano potuto avere come iniziale terreno di coltura l'orientamento politico-culturale antagonista di MD e, più in generale, delle correnti politicamente progressiste della magistratura?

Enfatizzare, inoltre, l'idoneità pragmatica della giustizia penale a esercitare un controllo di legalità ad ampio raggio sull'esercizio dei poteri pubblici, nonché a contrastare efficacemente forme di grave criminalità collettiva od organizzata (corruzione diffusa, mafie ecc.) – oltre a sopravvalutare le capacità di prestazione del sottosistema penale e giudiziario – fomenta la tendenza opportunistica del sistema politico a deresponsabilizzarsi col delegare alla magistratura funzioni di lotta alla grande criminalità sistemica, la cui prevenzione richiederebbe invece più radicali ed impegnativi interventi a monte, in chiave di risanamento economico-sociale e

13 Per rilievi più articolati rinvio a G. Fiandaca, "Populismo penale e populismo giudiziario", in *Criminalia. Annuario di scienze criminali*, 2013, p. 95 ss.

di azioni riformistiche in varie direzioni. Per di più, un'attività giudiziaria concepita soprattutto come lotta contro fenomeni generali, piuttosto che in termini di repressione di singoli reati, comporta inevitabilmente rischi di iper-repressivismo con conseguente prevalenza accordata alla funzione coercitiva rispetto all'osservanza delle garanzie individuali¹⁴.

La medaglia ha, tuttavia, un rovescio. È anche vero cioè che nell'esperienza complessiva della magistratura di orientamento progressista, e degli stessi aderenti a MD, emerge una ulteriore rappresentazione del penale, non soltanto a mio avviso più in linea con i principi di fondo che dovrebbero presiedere all'esercizio del potere punitivo in una democrazia costituzionale. Alludo cioè alla presenza di una seconda anima, divenuta col tempo però tendenzialmente minoritaria, contraddistinta questa volta da una sensibilità squisitamente liberal-garantistica. Come sopra accennato, questa sensibilità si è manifestata sin dalle iniziali prese di posizione dei magistrati democratici e si è espressa al meglio nella denuncia e nella contestazione sia delle deformazioni autoritarie della giurisprudenza conservatrice, sia delle norme sostanziali e processuali più repressive contenute nella legislazione ereditata dal regime fascista. Questo forte contributo allo svecchiamento dei codici, tramite la valorizzazione dei principi costituzionali, rappresenta il frutto meno ambiguo di un approccio penalistico concepito e praticato all'insegna dell' "alternatività" rispetto agli orientamenti conservatori e illiberali in precedenza predominanti.

Tra i lasciti positivi della migliore giurisprudenza alternativa rientra, senza dubbio, anche il contributo fornito ad una più aggiornata e più matura comprensione delle caratteristiche dell'attività interpretativa, e delle ragioni per le quali pure in diritto penale l'interpretazione normativa non può essere realisticamente immunizzata da componenti volontaristiche e politico-valutative latamente intese¹⁵.

4. Brevi riferimenti a prospettive penalistiche e criminologiche politicamente alternative, da sinistra, nell'orizzonte della dottrina accademica

Nonostante non coinvolti e dunque assenti nel convegno catanese del maggio '72, ci sono stati studiosi accademici di discipline penalistiche inclini, in quello stesso frangente storico, a indagare i temi della penalità e i fenomeni criminali da una prospettiva politica di sinistra condizionata anche da dichiarate premesse marxiste. In realtà, si è trattato di un gruppo molto minoritario di esponenti dottrinali, concentrati in particolare all'università di Bologna, le cui figure principali

14 Per riferimenti esemplificativi a criticabili torsioni degli strumenti d'indagine e repressivi verificatesi nell'ambito della cosiddetta "rivoluzione giudiziaria" milanese dei primi anni Novanta dello scorso secolo cfr. G. Fiandaca, "Mani pulite trenta anni dopo: un'impresa giudiziaria straordinaria, ma non esemplare", in *Giustiziatinsieme.it.*, 16 febbraio 2022.

15 Nell'ambito della rinnovata riflessione sull'attività interpretativa sviluppata nei primi anni '70 del Novecento, di cui troviamo riscontro nelle più significative riviste magistratuali dell'epoca, merita a tutt'oggi di essere richiamato N. Bobbio, "Quale giustizia, quale legge, quale giudice", in *Quale giustizia*, n. 8/1971, p. 268 ss.

corrispondono ai nomi di Franco Bricola e Alessandro Baratta: due studiosi divenuti meritatamente celebri (e purtroppo, entrambi prematuramente scomparsi), che diedero insieme vita alla innovativa rivista *La questione criminale* (1975-1981). In approssimativa sintesi, le novità più rilevanti nel dibattito aperto nel contesto di allora erano costituite dal guardare ai temi e problemi della giustizia penale in un'ottica non solo normativistica, ma anche attenta alle dimensioni empiriche e ai condizionamenti economico-sociali. Analizzando i fattori socialmente discriminatori che rendono il diritto penale un diritto di classe e, altresì, mettendo allo scoperto i presupposti ideologici e gli approcci tutt'altro che politicamente neutrali della criminologia tradizionale.

Se Bricola nel ruolo prevalente di giurista era interessato soprattutto a rinnovare la teoria generale del reato riformulandola su basi costituzionali¹⁶, e nel contempo era sensibile alla prospettiva di riconcepire il diritto penale fuori dai condizionamenti di classe¹⁷, è però stato in particolare Baratta a muovere critiche radicali all'ideologia della difesa sociale di origine borghese e a cercare di delineare un approccio socio-criminologico con matrici marxiste alternativo rispetto alla criminologia tradizionalmente predominante: additando come obiettivi principali “costruire una teoria materialistica (economico-politica) della devianza, dei comportamenti socialmente negativi e della criminalizzazione, ed elaborare le linee di una politica criminale alternativa, di una politica delle classi subalterne nel settore della devianza”; solo partendo dall'interesse di queste ultime sarebbe stato possibile prima comprendere le funzioni esercitate dal diritto penale per la conservazione e riproduzione dei rapporti sociali di diseguaglianza tipici del sistema capitalistico, e pensare poi una politica criminale alternativa basata meno sulla repressione penale e in misura assai maggiore sulla trasformazione sociale e istituzionale e sull'attività di prevenzione¹⁸.

A ben vedere, un approccio teorico come quello fin qui accennato di Baratta si caratterizzava più come un abbozzo di indicazioni teoriche e strategiche da sviluppare e approfondire, che come lo sbocco di una teorizzazione compiuta e definita. In ogni caso, la tensione politico-ideologica, che tendeva verosimilmente a prevalere rispetto all'elaborazione scientifica, era tale da postulare mutamenti di tipo rivoluzionario quali precondizioni strutturali del nuovo diritto penale vagheggiato. Mentre la storia successiva da allora ad oggi, come sappiamo, si è dispiegata lungo direzioni tutt'altro che compatibili con gli orientamenti di fondo di un pensiero criminologico critico e alternativo in senso barattiano.

16 F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. it.*, XIV, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss. Per una recente rilettura critica della teorizzazione bricoliana sia consentito rinviare a G. Fiandaca, “Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal codice penale Rocco a oggi”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4/2023, p. 1291 ss.; cfr. altresì M. Donini, “La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola”, in *Lo Stato*, n. 18/2022, p. 359 ss.

17 F. Bricola, “Intervento al dibattito su: Per una politica criminale del movimento operaio”, in *La quest. crim.*, 1975, p. 485.

18 A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 199 ss.

5. Rilievi su principio di legalità penale e potere interpretativo del giudice nella realtà contemporanea

È stato ben rilevato che i giuristi e i giudici impegnati nel tentativo di concepire e attuare usi alternativi del diritto, operavano in sintonia con processi sociali di crescita democratica ed emancipazione che cinquant'anni fa erano realmente in atto nel nostro paese, e di cui essi si sentivano parte e al tempo stesso promotori. Si trattava dunque di un contesto di riferimento assai diverso da quello odierno, connotato invece da una società frammentata, atomizzata, priva di valori comuni e divisa in gruppi di interessi in conflitto tra loro; in questo complesso (se non caotico) scenario la stessa Costituzione ha non da ora smarrito la funzione di indicare direzioni evolutive univoche¹⁹.

L'accentuato pluralismo di oggi, che si atteggia – non ultimo – a pluralismo politico-culturale, non risparmia gli stessi giuristi e giudici. Ciò comporta un accrescimento di profili problematici e di ragioni di possibile tensione conflittuale nel definire gli spazi e delimitare i confini della discrezionalità politico-valutativa spettante al potere giudiziario: nella sopravvenuta mancanza (o insufficienza) di forme di sostanziale copertura legittimatrice derivante da processi collettivi di mutamento di cui può sentirsi parte e interprete, il giudice rischia infatti di orientare la incomprimibile dimensione politica dell'attività interpretativa soprattutto in base alle soggettive preferenze politico-ideologiche e alla personale sensibilità culturale. Fino a che punto è legittimo far prevalere il soggettivismo interpretativo senza sfociare in un vero e proprio libertinaggio ermeneutico? L'interrogativo solleva problemi più spinosi e dubbi più tormentosi proprio nell'ambito del diritto penale, in cui – è superfluo ribadirlo – il principio di legalità come riserva di legge ha (almeno in linea teorica o di principio) una vincolatività ben maggiore che in altri settori ordinamentali.

Non essendo questa la sede per ricostruire un quadro dettagliato degli orientamenti in tema di interpretazione penalistica che attualmente si contendono il campo, sia consentito limitarsi soltanto ad alcune notazioni. Non senza premettere, però, che il tema dell'interpretazione giuridica è assurdo di recente a oggetto anche di attenzione pubblica – divenendo esso stesso parte del persistente conflitto nostrano tra politica e giustizia – a causa delle polemiche esplose in occasione di alcuni provvedimenti giudiziari risultati sgraditi all'attuale maggioranza di destra-centro, con la conseguenza che i magistrati coinvolti sono stati accusati di decisioni scorrette in punto di diritto per presunto pregiudizio politico-ideologico. Ricontrando i sintomi di una linea di tendenza politico-governativa a vincolare la magistratura agli orientamenti della maggioranza, riducendo dunque i confini entro cui la giurisdizione può legittimamente interpretare e applicare le disposizioni normative, non a caso l'Associazione nazionale magistrati ha incentrato il suo ultimo congresso (tenutosi a Palermo nei giorni 10-12 maggio 2024) proprio su inter-

19 N. Rossi, "Dalla giurisprudenza alternativa alle problematiche dell'oggi", in *Questione giustizia*, 14 aprile 2023.

pretazione e imparzialità: con l'intento di promuovere una discussione tendente, appunto, a sollecitare rinnovate riflessioni sul potere interpretativo dei giudici nel contesto attuale; ma nel contempo con la volontà – come si legge nella relazione introduttiva di Giuseppe Santalucia, (al momento in cui si scrive) Presidente in carica dell'ANM – di ricercare un confronto e di evitare una contrapposizione preconcepita con la politica, così fugando “fantasmi di un passato che non vogliamo ritorni ad inquinare il discorso sulla giustizia”. Pur con una tale prudenza di approccio, la relazione introduttiva contesta con chiarezza la risorgente tentazione politica di mortificare il giudice-interprete nel ruolo di una sorta di servo del sovrano politico, cioè di fedele e passivo interprete della lettera delle leggi scritte: rivendicando con fermezza la conquista storico-culturale raggiunta dalla magistratura italiana sin dal celebre congresso associativo nazionale di Gardone (1965), in cui si riconobbe unitariamente il dovere dei magistrati di interpretare le leggi in conformità alla Costituzione, con applicazione diretta – ove possibile – dei principi costituzionali, e dunque senza un necessario ricorso alla Consulta. Nel lungo tempo che ci separa da allora ad oggi, gli spazi di manovra dell'interprete sono andati invero progressivamente aumentando a causa, rispettivamente, del sovrapporsi del costituzionalismo europeo al costituzionalismo domestico e della accresciuta difficoltà delle maggioranze politiche di formulare – per dirlo con le parole di Santalucia – “prescrizioni sufficientemente univoche in ragione del tributo pagato a logiche compromissorie conseguenti alla carenza di omogeneità nelle scelte di valore e conseguentemente nelle visioni programmatiche”. Tutto vero. È anche vero però che, letta con attenzione nel suo insieme, la citata relazione si limita a difendere gli spazi di potere interpretativo finora utilizzati dalla giurisdizione, respingendo la figura del giudice burocrate privo di idee e di passioni ma senza apportare contributi di reale novità, tanto meno in tema interpretazione penalistica (anzi ribadendo, con citazione di giurisprudenza anche recente, il carattere dichiarativo dell'interpretazione giudiziaria, che si limiterebbe a portare alla luce un significato precettivo già interamente contenuto nel testo normativo, nel rispetto dei limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato legislativo). Né mi sembra che novità di rilievo siano, al riguardo, affiorate nell'ambito del successivo dibattito congressuale.

Orbene, la mia complessiva impressione è che la magistratura non solo manifesti in atto un atteggiamento di comprensibile cautela nel continuare comunque a rivendicare adeguati spazi di potere interpretativo, ma riveli anche una capacità di riflessione ed elaborazione culturale ben più modesta rispetto agli anni in cui si apriva e ferveva il confronto dialettico tra magistrati novatori e magistrati conservatori; ciò anche a causa – è da supporre – del progressivo impoverimento culturale dei gruppi associativi (incluso quello di MD) e della loro prevalente trasformazione in strutture di potere corporativo.

Se guardiamo a questo punto all'orizzonte accademico, e consideriamo più in particolare il tema dell'interpretazione penalistica, il quadro di riferimento appare sotto certi aspetti più articolato e complesso che in passato. Per un verso, tende ancor oggi a predominare tra i penalisti universitari l'adesione (più genericamente ideologica, che tecnicamente motivata) a una teoria conoscitivo-dichiarativa dell'interpretazione, depurata da momenti di politicità e valutatività,

considerata la più coerente col principio di legalità penale e col principio della divisione dei poteri; ma, per altro verso, permane non poca incertezza circa il discrimine tra interpretazioni rispettivamente ammissibili e inammissibili (il che, ovviamente, incide negativamente sulla attitudine della dottrina accademica a controllare la legalità delle interpretazioni giurisprudenziali). Ma esiste anche un filone dottrinale minoritario, aperto alle acquisizioni delle più aggiornate teorie dell'interpretazione giuridica in sede giusfilosofica e in parte influenzato dalla filosofia ermeneutica di matrice gadameriana, disposta ad ammettere che la stessa interpretazione penalistica possa sfociare in forme di 'creatività', purché moderata o debole²⁰, da intendere nei sensi seguenti: accettare come fondata, anche in ambito penalistico, la distinzione tra *disposizione* e *norma* (nel senso che è il giudice a ricavare la norma attribuendo significato alla disposizione scritta attraverso il lavoro interpretativo); riconoscere che il giudice-interprete sceglie l'interpretazione più plausibile tra più interpretazioni possibili, e ciò sulla base di considerazioni teleologiche, di opzioni politico-criminali, di argomentazioni orientate alle conseguenze o comunque di giudizi di valore; nel valorizzare la mediazione ermeneutica tra fattispecie normativa e caso concreto, ecc. Certo, rimane anche per gli studiosi di orientamento ermeneutico la oggettiva difficoltà di distinguere la suddetta forma di creatività sul piano "semantico" da una creatività forte di natura "pragmatica", che si traduce in vera e propria produzione di nuovo diritto in violazione del principio della divisione dei poteri²¹: nella molteplice varietà dei casi concreti, il discrimine tra interpretazione di un diritto pur sempre preesistente e produzione di norme nuove può infatti non di rado rimanere problematico, fluido, incerto. D'altra parte, il problema è tutt'altro che nuovo o recente: intorno ai criteri di distinzione tra interpretazione e creazione giuridica, e circa la contraddizione tra il divieto normativo per i giudici di creare diritto e la presa d'atto realistica che essi in alcuni casi di fatto lo creano, si discute da più di duecento anni. "L'unica cosa certa, nonostante i fiumi di inchiostro corsi su questi temi, è che vi è ancora bisogno di far chiarezza": lo affermava Mauro Barberis quasi venti anni fa²². E, in effetti, gli sforzi di rendere le cose più chiare proseguono fino a oggi, pure nell'ambito del diritto penale, con la prospettazione di criteri differenziali sempre più sottili e sofisticati²³. Ma mi sia consentito manifestare alquanto scetticismo sulla possibilità di pervenire in proposito, grazie a futuri sviluppi della riflessione teorica, ad approdi dottrinali e giurisprudenziali sicuri e omogenei al punto da apparire risolutivi una volta per tutte.

20 In questo filone dottrinale rientra anche chi scrive: nell'ambito di più prese di posizione, cfr. ad esempio G. Fiandaca, "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.

21 Per la distinzione tra creatività in senso semantico e creatività in senso pragmatico si veda G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 333 ss.

22 M. Barberis, "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", in *Annuario 2004* – Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, p. 10.

23 Si veda, molto di recente, la ricca e complessa prospettazione di criteri distintivi contenuta in M. Donini, *Diritto penale*, parte gen., I, Giuffrè, Milano, 2024, p. 647 ss.

Bibliografia

- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, 1973.
- Cotturri, G., "Uso alternativo del diritto", in *Quale giustizia*, n. 21-22, 1973.
- Dodaro, G., Dova, M., Pecorella, C., Ruga Riva, C., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, 2022.
- Fiandaca, G., "Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina", in *Questione giustizia*, n. 1, 1991.
- Ramat, M., "I pretori d'assalto", in *Quale giustizia*, n. 23-24, 1973.
- Pulitanò, D., "Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato", in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1983.
- Misiani, F., *La toga rossa. Storia di un giudice*, Tropea, 1998.
- Fiandaca, G., "Populismo penale e populismo giudiziario", in *Criminalia. Annuario di scienze criminali*, 2013.
- Fiandaca, G., "Mani pulite trenta anni dopo: un'impresa giudiziaria straordinaria, ma non esemplare", in *Giustiziainsieme.it.*, 16 febbraio 2022.
- Bobbio, N., "Quale giustizia, quale legge, quale giudice", in *Quale giustizia*, n. 8, 1971.
- Bricola, F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. it.*, XIV, Utet, 1973.
- Fiandaca, G., "Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche dal codice penale Rocco a oggi", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 4, 2023.
- Donini, M., "La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola", in *Lo Stato*, n. 18, 2022.
- Bricola, F., "Intervento al dibattito su: Per una politica criminale del movimento operaio", in *La quest. crim.*, 1975.
- Baratta, A., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, 1982.
- Rossi, N., "Dalla giurisprudenza alternativa alle problematiche dell'oggi", in *Questione giustizia*, 14 aprile 2023.
- Fiandaca, G., "Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione", in *Cass. pen.*, 2005.
- Pino, G., *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, 2021.
- Barberis, M., "Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione", in *Annuario 2004 – Associazione italiana dei costituzionalisti*, Cedam.
- Donini, M., *Diritto penale*, parte gen., I, Giuffrè, 2024.