

Gaetano Insolera*

Il percorso nella giustizia penale

1. Il mio incontro con ‘L’uso alternativo del diritto’

Questo incontro ha una cifra che definirei storiografica, di storia delle idee per come rese manifeste (e affermatesi) in un determinato contesto temporale, per coglierne se, e quanto di permanente di quelle idee, rintracciamo nel presente.

Muovo dalla data che costituisce il punto di partenza nella prima parte del tragitto tracciato dal titolo del convegno.

È nella primavera del 1972 che si svolse, in questa stessa Università, il convegno su *L’uso alternativo del diritto*.

In quell’anno stavo lavorando alla mia tesi di laurea, la discussi nell’A.A. 1972-73, dedicata al pensiero del penalista Giuseppe Maggiore, pensiero culminato nello ‘scandaloso’ articolo del 1939, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*¹: anche se in modo contraddittorio e contrastato anche dai più osservanti penalisti fascisti, approdava all’applicazione analogica della legge penale imitando la riforma nazista del §2 del Codice penale.

Nello sfogliare quelle pagine, per la prima volta dopo più di cinquanta anni, mi sono reso conto di una qualche loro utilità – una coincidenza averle ritrovate? – rispetto alle riflessioni suscitate dall’odierno incontro.

In quelle pagine ho rivisto quanto radicalismo ideologico poteva esprimere un ventenne nel pieno dell’esperienza di quegli anni di rivolta studentesca, di rottura, e di utopie, ‘contro’ la cultura politica delle élites ancora dominanti nel primo periodo repubblicano.

Contemporaneamente, però, lo sguardo rivolto al diritto penale, e orientato dalla lezione di Franco Bricola e della sua giovane scuola, costituiva un forte contrappeso in nome dello statuto liberale impresso dalle regole costituzionali allo *ius puniendi* e, nella parte istituzionale, dalla divisione dei poteri in democrazia.

* insolera@virgilio.it; gaetano.insolera@unibo.it, Professore Ordinario di Diritto Penale

1 G. Maggiore, “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, 140ss.

2. Il convegno del 1972

Difficile sintetizzare i contenuti dello storico convegno di cinquanta anni fa: anche in considerazione della eterogeneità delle posizioni che vi emersero sulla proposta teorica avanzata da Magistratura democratica²: anche volendo prescindere dalle letture radicalmente critiche, il dibattito si caratterizzò per la diversità delle posizioni.

Tema ricorrente quello del confronto tra scienza giuridica e analisi marxista del diritto e del rapporto tra pratica politica e giurisdizione.

Mi sembra che il primo aspetto maggiormente risenta di approcci filosofici che più esprimevano quel contesto storico e che meno si prestino all'idea di rintracciare un lascito utile nella lettura di ciò che oggi intendiamo per 'diritto vivente'.

Un collegamento difficilmente contestabile si rintraccia invece a proposito del tema dell'interpretazione giudiziale della legge, come "*risorsa evolutiva*"³: una critica condivisa, pur nella diversità degli approcci e delle soluzioni, era rivolta contro l'idea della astratta neutralità delle regole giuridiche, da intendersi piuttosto come prodotto artificiale, espressivo di una determinata struttura sociale di classe. Una critica al diritto della borghesia, dell'economia capitalistica e del suo dominio politico.

Il potere giudiziario, liberato da vincoli gerarchici e dalla cultura conservatrice mutuata dalla mancata soluzione di continuità dalle ideologie del tecnicismo legalistico ereditato dalla prima parte del '900, con una vera indipendenza e autonomia, nel momento interpretativo, poteva aprire varchi cominciando dal superamento della accezione meramente formale del principio di eguaglianza ricavabile dal I comma dell'art. 3 Cost., così trovando la strada per mutamenti propiziati da principi/scopo rinvenibili nell'impianto della Legge fondamentale⁴.

3. Cosa rimane oggi di quelle idee

Mi sembra che quest'ultimo sia il principale lascito del convegno del 1972, colto da alcune letture recenti che hanno percorso l'itinerario storiografico di cui discutiamo oggi.

Così quando oggi si propone la funzione del giurista interprete nel ricordare il processo applicativo alla concretezza della esperienza sociale. Con un congedo ormai diffuso dall'ortodossia marxista, si rinvengono margini di manovra nell'ispirazione di una parte del pensiero giuridico cattolico e antilluminista. La teoria dell'Uso alternativo del diritto come procedimento applicativo in favore delle classi subalterne, nello spirito della Costituzione, capace di demistificare i miti della giustizia borghese sarebbe stata la levatrice di una oggi ormai acquisita

2 Efficace la sintesi in M. Barcellona, *Giudici politica democrazia*, Castelvevchi, Roma, 2023.

3 Ibidem, p. 52.

4 È un racconto che troviamo nei primi tre capitoli del volume di E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

‘giurisdizionalizzazione’ del diritto. La si vorrebbe una conquista: la decisione del giudizio, come discorso persuasivo non vincolato al testo. Superfluo il riferimento alla particolarità degli interessi in gioco dell’utopistico ‘Uso alternativo’, ciò che si richiede all’“uomo di diritto è una lettura attenta della dinamica sociale così come vive nella sua esistenza giuridica il comune cittadino, sia esso ricco o povero, potente o inerme, dotto o ignorante”⁵. Lo definirei un realismo magico, che mi riporta al giovanile, inquietante, incontro con il Maggiore del 1939. Ovvero, nel contesto di un’originaria idea marxista di uso alternativo del diritto, alla tenebrosa figura di Vysinskij⁶.

Certo meno dirimenti le letture che si sono concentrate, dopo una ricostruzione storica degli avvenimenti del ’72, sul loro significato in relazione all’attualità del “diritto vivente”, con le sue ricadute sulle istituzioni politiche⁷.

Così si è detto dell’“Uso alternativo del diritto” come una rivoluzione professionale della giovane magistratura, con un forte richiamo alla Costituzione che avrebbe dovuto scongiurare il rischio di una rottura antilegataria: questo anche alla luce della giurisprudenza che quella esperienza produsse.

Lo sguardo si è posato sul momento iniziale del tragitto: la proposta teorica di un gruppo di magistrati.

Una ‘rivoluzione’ dell’etica professionale contro ossificazioni dell’assetto tradizionale.

Se un interesse ricostruttivo può rivolgersi alla pluralità degli approcci che emersero, oggi si può vedere in quella esperienza principalmente un capitolo di storia della magistratura italiana: un agire ‘iconoclasta’ e antiautoritario, verso i totem della magistratura conservatrice. Non un’eresia.

Dopo gli anni ’70 il contesto subisce progressivi grandi cambiamenti della situazione politico-sociale, con l’affermazione di forze di centro-destra e del populismo: senza immaginare un decadimento etico della magistratura, delle sue aggregazioni, rispetto a un’età dell’oro perduta, bisognerebbe considerare ancora vivo il lascito dell’esperienza di cinquanta anni fa.

In particolare il tema dell’eguaglianza davanti alla legge penale, contro i privilegi dei potenti, sarebbe ormai patrimonio di larga parte della magistratura come ‘eguaglianza livellatrice’.

5 N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *iustitiaugci.org* 3 marzo 2019, che richiama testualmente P. Grossi.

6 Alla sua contrapposizione alle tesi di Krylenko e in difesa del principio *nullum crimen sine lege*: il suo abbandono avrebbe aperto le porte al più sfrenato diletantismo, alla più sciocca “creazione del diritto”. Meglio era l’elencazione esauriente di previsioni legali con la utile e ragionevole applicazione dell’analogia. Così U. Cerroni, *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori riuniti, Roma, 1969, 162ss. che chiosa come l’insolubile problema dell’elencazione esauriente delle previsioni legali, era solo spostato “esso si riapriva proprio attorno alla portata, ai criteri e alle conseguenze che il principio può avere nel diritto penale”.

7 N. Rossi, *Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell’oggi*, in *www.questionegiustizia.com*. Il testo riprende i contenuti dell’intervento svolto il 24 marzo 2023 all’Università La Sapienza di Roma nell’ambito del convegno: *L'uso alternativo del diritto. Il convegno catanese cinquant'anni dopo*.

Sarebbe riscontrabile, invece, nella componente della magistratura di orientamento democratico anche l'intento di realizzare un' 'eguaglianza emancipatrice' per attribuire, e questo anche nel processo penale, ai soggetti svantaggiati lo stesso livello di garanzie riconosciuto ai soggetti economicamente e culturalmente forti.

Si ripresenta la necessità di decisioni assunte da magistrati che non siano meri burocrati esecutori e che assolvano un ruolo di garanzia nei molteplici campi oggi posti dalla tutela anche dei diritti individuali di ogni minoranza sottoprotetta.

Dall'interno dell'interno della magistratura provengono anche voci diverse e meno "autoindulgenti"⁸.

Si dice di una decostruzione in atto del disegno costituzionale della magistratura, disegno che è stato solo un bel sogno, nonostante una realizzazione per alcuni aspetti quasi raggiunta.

La decostruzione è avvenuta attraverso "progressivi slittamenti di senso".

A causa di fattori interni, individuati nella crisi della soggezione del giudice alla legge. Protagonista di questa crisi il bilanciamento dei valori in conflitto operato dall'interprete giudiziario oltre il testo, in base alla sua "precomprensione (convinzioni personali da varia natura)" ritenuta più giusta nel caso concreto. L'autore si chiede se ciò sia un fantasma del c.d. 'diritto libero', utilizzato in epoca nazista – ancora Maggiore! – certo ora con nobili fini sociali del giudice: la tutela di diritti costituzionalmente garantiti e con il plauso di parte della cultura giuridica.

Un processo che però andrebbe a minare autonomia e indipendenza del giudice, che si vorrebbe invece soggetto alla legge: un giudice inebriato da una libertà di ruolo, perde la radice costituzionale della sua legittimazione.

Connessa la crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale con la convinzione diffusa, quanto fondata, che il principio costituzionale sia, di fatto, divenuta un mero simulacro di scelte selettive incontrollate delle singole Procure.

Tra i fattori esterni, la esasperata personalizzazione delle funzioni, in particolare di quelle del PM, ritenuta conseguenza indesiderata, ma inevitabile, del processo accusatorio e del suo aspetto agonistico, che favorisce l'exasperarsi della sua mediatizzazione.

Se ci si pone in una prospettiva esterna a quello che abbiamo detto essere il fulcro della esperienza del '72 – una proposta interna al corpo giudiziario sul ruolo della magistratura – lo sguardo si spinge sulla crisi delle liberal-democrazie occidentali e della ripartizione di poteri nella loro fisionomia costituzionale: un tema oggi più che mai all'ordine del giorno internazionale e dominante nel discorso pubblico⁹.

8 T. Epidendio, *La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura*, in www.giustiziainsieme.it, 24 maggio 2022.

9 Crisi di recente descritta da C. Galli, *Democrazia, ultimo atto?*, Einaudi, Torino, 2023. In una bibliografia ormai amplissima mi limito a richiamare L. Violante, *Democrazia senza memoria*, Einaudi, Torino, 2017.

E allora, forse, valgono recenti considerazioni interlocutorie di un organizzatore di questo convegno: la “nuova” politica e le sue forme di esercizio del potere, comunque sempre espresse da *élites*, sempre in nome del popolo, *of course*, può essere contrastata solo da un’altra politica che abbia la forza per contenere l’influenza di “chi può di più”, restituendo dignità ed efficacia alla democrazia espressa dal parlamentarismo realmente rappresentativo.

“Verso tutto il nuovo di questo tempo, la giurisdizione non ha nulla da opporre” (non ha una forza politica).

“Può darsi che neanche la politica basti. Ma una società che immagini di sostituirla, anche in parte, con la giurisdizione, è una società cui, tutto sommato, sta bene che il mondo vada come vada”¹⁰.

4. Una prima conclusione interlocutoria

Qualche considerazione di sintesi sul tragitto desunto dal titolo scelto per questo convegno.

– Nella proposta dell’“Uso alternativo del diritto” prevalente fu il confronto con un’analisi marxista, in modo coerente con lo spirito del tempo.

– La ipotizzata spinta emancipatoria della ‘nuova’ magistratura si mosse contro l’affermazione conservatrice della neutralità del diritto e della giurisdizione.

– L’oggetto prevalente dell’idea era costituito dal diritto privato e dagli assetti di un’economia capitalistica, con un’attenzione particolare al diritto del lavoro e alle relazioni industriali.

– Carente o marginale la riflessione sulla specialità del diritto penale con riguardo ai diritti messi in gioco da quel tipo di coercizione dello Stato. Ciò se si eccettua la presenza dei temi concernenti la repressione dei diritti sindacali, di manifestazione del pensiero ecc.: breve quelli riconducibili al conflitto sociale in essere.

– Il messaggio è rivolto anzitutto al corpo giudiziario, si è detto, ma anche al legislatore e al confronto tra i partiti rispetto a vuoti di tutela in quei settori e in quello di interessi diffusi. I tempi sono quelli dell’avanzata elettorale del PCI, ma pure della crescita della critica di movimenti extraparlamentari, fino alla stagione della violenza, fino al terrorismo. E delle leggi eccezionali e del loro espandersi e radicarsi nel sistema.

È questo il contesto degli anni ’70 – da piazza Fontana al sequestro e all’assassinio di Aldo Moro – in cui collocare l’esperienza di cui parliamo.

Stiamo ragionando di giustizia penale e ‘Uso alternativo del diritto’: mi sembra che in quella occasione una grande assente sia stata la riflessione sul processo penale e sulla necessità di abbandonare il modello inquisitorio, forse il lascito più connotato dell’autoritarismo fascista, tanto elogiato dal Manzini processualista contro il codice liberale del 1913. E dire che era già in essere l’impegno della migliore cultura giuridica e, con timidezza, della Corte costituzionale su alcune questioni, ma

occorrerà attendere gli anni '80 per i correttivi portati dall'idea del c.d. garantismo inquisitorio, fino alla riforma in chiave accusatoria del 1989.

5. Due capitoli della storia del potere giudiziario

L'Uso alternativo del diritto e la teoria del 'diritto vivente' sono quindi, anzitutto, due capitoli diversi della storia del potere giudiziario nel nostro paese e del suo porsi nei confronti degli altri poteri dello Stato.

Ogni storia narrata è dotata di speciale capacità persuasiva, fino a "governare il mondo"¹¹. Ciò vale anche per questa storia: accanto a narrazioni agiografiche, proviamo a proporre, solo per tesi, un altro racconto a proposito dell'affermarsi della teoria del 'diritto vivente'.

La fase della c.d. prima Repubblica si chiude con nuovo codice di procedura accusatorio, il lascito forse più significativo della cultura giuridica garantista di quel periodo.

In breve tempo si colsero i prodromi del suo fallimento. A ciò contribuì in modo decisivo il maggioritario schieramento della Magistratura: al diluvio di questioni di incostituzionalità contribuì il suo rifiuto di percorrere la via di un'interpretazione coerente con i principi che ne avevano ispirato l'impianto. La Corte, d'altra parte, giocò 'di sponda' cominciando con le famigerate sentenze del 1992¹² e proseguendo, in quel decennio, nella demolizione del principio fondamentale di separatezza delle fasi.

Ancora, già a partire dagli anni '80 la Magistratura si era schierata compatta contro qualsiasi ipotesi di riforma dell'ordinamento giudiziario volta a marcare la distinzione tra funzione giudicante e inquirente: assistemmo così al paradosso della gelosa conservazione di un ordinamento giudiziario pensato per un processo che contemporaneamente si voleva cambiato radicalmente quanto alle garanzie del cittadino.

Un tabù restò quello del reclutamento, della formazione e, in definitiva, della legittimazione: nonostante l'adozione dell'accusatorio, il modello burocratico di reclutamento indifferenziato quanto alle funzioni, trovò difensori che vi colsero, quasi con orgoglio nazionalistico rispetto al mondo anglosassone, la migliore garanzia da una 'contaminazione' della politica. Quanto alla responsabilità, sufficiente la sottoposizione dei provvedimenti alla critica della opinione pubblica¹³.

È questo un racconto idealistico, che si rafforzerà sempre più negli anni a seguire, salvo qualche recentissimo ripensamento: sarà l'involucro teorico (il più presenta-

11 Dal quale muove il recente lavoro di J. Gottschall, *Il lato oscuro delle storie*, Bollati Boringhieri, Torino, 2022.

12 Allora, P. Ferrua, *Studi sul processo penale. II. Anamorfofi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, 157 ss.

13 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1998: sulla irrimediabile e inevitabile carenza di legittimazione della funzione giudiziaria, 556-557. Su responsabilità e rapporto con la politica, 607 ss.

bile?), dello spostamento verso il giudiziario di poteri effettivi (e irresponsabili), via via sottratti al processo decisionale democratico descritto dalla Costituzione vigente.

Sul principio di determinatezza e tassatività, fatta eccezione per la storica sentenza n. 96/1981, assai riservata fu la giurisprudenza costituzionale, facendo tuttalpiù ricorso al principio in sede di *obiter dicta* argomentativi. Oggi si riflette se rappresenti un auspicabile *revirement* la sentenza n. 98/21.

Chiusa anche la stagione delle sentenze interpretative e della loro capacità di orientare i giudici – si data la svolta alla sentenza n. 356/96 – con quella che si è definita una “*polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge*”¹⁴.

Da non trascurare poi l'enigmatica sentenza “Pezzella” delle Sezioni unite del 2004¹⁵, che autorizza il più ‘piccolo’ dei giudici ad individuare interpretazioni costituzionalmente conformi ulteriori e diverse rispetto alle decisioni interpretative fornite dalla Corte, destinate all'estinzione. Prodrumi dell'affermarsi di quel criterio generalizzato di interpretazione conforme che mette i valori e i diritti e i loro bilanciamenti nelle mani del singolo interprete giudiziario.

Si ufficializza così il nuovo idolo: il diritto vivente. Il prodotto finito in tutti i dettagli, in *outsourcing* nei laboratori delle giurisdizioni, in attesa del marchio della Cassazione, possibilmente a Sezioni unite¹⁶, con un ruolo assai importante svolto dagli studi condotti dall'ufficio del massimario.

Il dialogo è spesso con le fonti sovranazionali, ma, soprattutto, con sentimenti e pulsioni rappresentate dai media. Il giudice *vox populi*, che spesso esprimerà anche quella “*società giudiziaria*”¹⁷, che vede ogni soluzione nella punizione e nel suo costante incremento. Posizione antagonista nei confronti della demonizzata ‘società politica’ che, invece, in nome della mediazione tra interessi, della “*prudenza*”¹⁸ legislativa, deve anche sacrificare valori e diritti: sono ‘inciuci della casta’.

Non stupisca la condanna al pubblico ludibrio di chi commette ‘il reato di assoluzione’¹⁹ o all'emarginazione corporativa di quei magistrati che ancora si “trastullano” con l'art. 12 delle preleggi.

Il giudice interprete del testo si distingue da tutti coloro che esercitano quell'attività in altre discipline del sapere. Questo ci impone di respingere quelle suggestioni molto *a la page*, filosofiche, semeiotiche, psicologiche etc. che si sono annidate nella mente di qualche penalista. Quei penalisti che G. Marinucci chiamava gli spensierati teorici dell'interpretazione²⁰.

14 M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2016, 468.

15 SS.UU. 31 marzo-7 maggio 2004, RV 227523.

16 SS.UU. 21 gennaio-31 maggio 2010, n. 18288, Beschi.

17 Cfr. 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*, C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), Carocci, Roma, 2016, 32 ss.

18 È virtù della legislazione secondo A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Giuffrè, Milano 2016, che si contrappone alle intuizioni, alle empatie del giudice (*op. cit.*, 336 ss.)

19 Faccio mia una divertente provocazione di Vincenzo Zeno Zencovich.

20 G. Marinucci, “L' analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie

La determinazione delle linee di confine tra il lecito e l'illecito penale è un esercizio proprio della sovranità della politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il bastone del comando dalla politica alla tecnocrazia dei giuristi, privi di responsabilità politica. Nell'assenza di confini certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto, operandone invece una mediazione politica²¹.

La questione sta e cade sulla individuazione dei confini e, quindi, dei limiti delle interpretazioni giudiziali²².

Il diritto, come atto di volontà politicamente legittimato – il paradigma resta quello hobbesiano²³ – ha come primo destinatario il cittadino e il suo contenuto non può essere identificato a posteriori. Ha un senso quindi parlare ancora di certezza del diritto invece che di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Solo il legislatore può agire in base a valutazioni di opportunità. Solo il giudice è tenuto a motivare. Il positivismo oggi è perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio, dell'impossibilità che un testo manifesti tutte le potenzialità significanti fuori dal concreto contesto materiale: deve però restare lo stacco, netto, tra *legis latio* e *iuris dictio*. La capacità di orientamento offerta dal testo nella interpretazione della volontà legislativa opera come argine a teorizzazioni, che coinvolgono anche parte della penalistica, che arrivano alla conclusione “che fra creazione e interpretazione della norma non vi sarebbe differenza perché la seconda ‘è’ la prima”²⁴. Anche l'interpretazione della Costituzione non si differenzia da quella della legge: vi è solo una differenza di “gradazione” si è detto, visto che è alla Costituzione che compete fissare i valori di riferimento di una comunità²⁵.

La trasformazione della Costituzione da tavola delle regole a officina (“*deposito*”²⁶) di valori alimenta un'ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata attraversa e “dice” il diritto in tutte le giurisdizioni, azionando il proliferare di sempre nuovi diritti da porre sulla bilancia, che si vuole sostituita al sillogismo, ma che, necessariamente, va a detrimento di altri diritti. La questione affiora fortemente a proposito delle vicende della interpretazione costituzionalmente conforme, veicolo che può fortemente contribuire a sorreggere mistificazioni, solo apparentemente persuasive, per superare il limite da parte della magistratura ordinaria²⁷.

penale”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1255.

21 L. Violante, *op. cit.*

22 M. Luciani, *op. cit.*, p. 226.

23 Lo ricorda D. Pulitanò, “Sulla pena, fra teoria, principi e politica”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 642 ss.

24 M. Luciani, *op. cit.*, 418.

25 *Ibidem*, 441.

26 Così ad esempio, V. Onida, *Le radici della giustizia costituzionale*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, A. Vignudelli (a cura di), Mucchi, Modena, 2012, richiamato da A. Barbera, *op. cit.*, 323 ss. e, *passim*, per una critica di questa tendenza.

27 Rinvio a G. Insolera, “Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio”,

Il tema del limite non si può esaurire trascurando alcuni dati che rendono particolare la vicenda italiana a proposito del rapporto tra giudice e legge.

Se l'interpretazione nel diritto penale ha un rapporto stretto con il potere e la coercizione, non si può tralasciare la crisi profonda e ingravescente che vive la democrazia rappresentativa, scelta come forma di governo dalla nostra Costituzione.

Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge, determinatezza confusa con il pensiero dominante liberamente prodotto dal potere giudiziario nel dialogo diretto con tanti attori 'rappresentati' dai media.

C'è un rapporto sempre più diretto di singoli magistrati e dell'Associazione nazionale magistrati con i principali media, proponendo o applicando soluzioni politico criminali apertamente antagonistiche rispetto al testo o, ancor prima, alla progettazione legislativa.

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

6. Conclusioni

Concludo, tornando alla problematica specialità della giustizia penale.

È, quella attuale, una stagione sia di disincanto penalistico sia di pulsioni e imprese riformatrici del sistema.

Imprese sospinte dai tempi stretti imposti per l'ottenimento di sostegni economici dell'Unione europea.

Un clima nel quale non è mancata la riflessione sui limiti da porre all'esercizio, immorale quanto necessario²⁸, della penalità.

Il diritto contrapposto alla punizione – fenomeno quest'ultimo antropologicamente precedente all'imposizione di regole statuali al singolo – deve contrastare l'invincibile passione punitiva che può manifestarsi nel dispotismo statale, quello del Leviatano scatenato, ma che può anche in assenza dello Stato, essere sostituito dalla ferocia della gabbia di norme consuetudinarie, tradizionali, rituali²⁹.

Alla stessa maniera sta la necessità di sfuggire agli incantamenti delle buone intenzioni e della magia delle parole, che possono sorreggere la rottura degli equilibri che devono contenere la invincibile natura autoritaria del penale, quale tecnologia del potere che, come tale, non parla di giustizia, ciò anche in una democrazia liberale³⁰.

in *Riv. It. dir. proc. pen.* 2016, 1999ss.

28 Penso al gran libro di M. Nobile, *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, Bologna, 2009.

29 È la storia della libertà e “dei modi e delle ragioni per cui le società umane riescono o non riescono a conquistarla”, seguendo la fascinosa ricostruzione di D. Acemoglu, J. Robinson, *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Il Saggiatore, Milano 2020.

30 “È un linguaggio ben utilizzabile per formulare problemi concernenti il potere

In definitiva, il ‘diritto vivente’, frutto della cooperazione e del confronto con il sentire e le attese sociali rispetto al semilavorato legislativo, ci rimanda al concetto problematico, e non da oggi, di opinione pubblica: sulla sua sostanza e sui meccanismi sociali, economici e politici che sovrintendono alla sua formazione³¹.

Si è in proposito ipotizzata una ‘collusione distorsiva’: con il sistema penale collettore di bisogni di pena veicolati dal sistema sociale attraverso la cassa di risonanza del sistema mediatico, che, a sua volta, manipola il consenso su richiesta del sistema penale per autolegittimarsi³².

Occorre essere sempre più guardinghi sul rapporto tra giustizia e opinione pubblica, verso i media divenuti sempre più organizzatori della scala dei disvalori penali e dei connessi stereotipi di autore.

Per scongiurare che si riproponga quotidianamente, in modo esemplare, il triangolo: Sinedrio, Pilato, folla.

Bibliografia

- Acemoglu, D., Robinson, J., *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Il Saggiatore, 2020.
- Barbera, A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Giuffrè, 2016.
- Barcellona, M., *Giudici politica democrazia*, Castelvecchi, 2023.
- Bruti Liberati, E., *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, 2018.
- Cerroni, U., *Il pensiero giuridico sovietico*, Editori riuniti, 1969.
- Epidendio, T., “La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura”, in *www.giustiziainsieme.it*, 24 maggio 2022.
- Ferrajoli, L., *Diritto e ragione*, Laterza, 1998.
- Ferrua, P., *Studi sul processo penale. II. Anamorfofi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992.
- Galli, C., *Democrazia, ultimo atto?*, Einaudi, 2023.
- Gottschall, J., *Il lato oscuro delle storie*, Bollati Boringhieri, 2022.
- Insolera, G., “Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio”, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2016.
- Insolera, G., *Forca e melassa*, Mimesis, 2021
- Lipari, N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *iustitiaugci.org*, 3 marzo 2019.
- Luciani, M., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, 2016.
- Marinucci, G., “L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1255.

statuale di imporre precetti e minacciare e applicare pene”. D. Pulitanò, “Problema castigo e principio di responsabilità”, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il castigo*. Eum, Macerata, 2022, 217.

31 Qualche riferimento in G. Insolera, *Forca e melassa*, Mimesis, Milano-Udine, 2021.

32 È l'ipotesi formulata da C. E. Paliero, “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss., che in conclusione, poneva l'interrogativo “Il ‘nuovo volto’ del diritto penale: un diritto penale mass-mediatico?”.

- Nobili, M., *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, 2009.
- Vignudelli, A., *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Mucchi, 2012.
- Paliero, C. E., “La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)” in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- Pulitanò, D., “Problema castigo e principio di responsabilità”, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il castigo*. Eum, 2022.
- Pulitanò, D., “Sulla pena, fra teoria, principi e politica”, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016.
- Rossi, N., *Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell’oggi*, in www.questionegiustizia.com.
- Violante, L., *Democrazia senza memoria*, Einaudi, 2017.
- Violante, L., *La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario*, C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (a cura di), Carocci, 2016.