

Il giudice e la cultura del limite.

Il limite della legge*

Editoriale

Relazione, riveduta, al Convegno
“Il giudice e la cultura del limite” nell’ambito
dell’inaugurazione dell’anno giudiziario dei penalisti italiani.
Matera 10-11 febbraio 2017.

GAETANO INSOLERA

SOMMARIO: 1. L’argomento. – 2. Un dibattito ininterrotto e irrisolto? – 3. La giustizia penale in Italia.

1. L’argomento.

Una premessa. Non dubito del fatto che gli organizzatori di questo incontro, nella scelta dell’argomento, abbiano pensato ai limiti dell’apporto del giudice nel passaggio dalla regola al giudizio: abbiano pensato al percorso che il nostro ordinamento traccia e impone affinché non si consenta all’interprete di tralignare dalla soggezione alla legge, di creare la regola.

Tema centrale dell’intervento non potrà quindi che essere quello del limite dell’interpretazione giudiziale.

Ma la peculiarità del contesto attuale mi porta a considerare quanto quel limite debba essere pensato anche con riferimento all’attività del PM.

La concentrazione dell’impatto punitivo per i fondamentali diritti civili compromessi dal diritto penale, si manifesta potente già nel corso di indagini preliminari di durata indeterminata. Quindi anche in questa fase occorre pensare, rivendicare, con forza, il rafforzamento e la effettività di limiti: limiti ai tempi delle indagini preliminari, controlli giurisdizionali effettivi non solo sul supporto indiziario delle misure cautelari, delle intercettazioni, degli atti a sorpresa, ma anche sulle ipotesi interpretative che ne determinano l’attuazione e la richiesta, controllo quest’ultimo che deve essere penetrante anche nell’udienza preliminare.

Osservazioni che si ambientano nel contesto di grandi tabù e di grandi totem: separazione delle carriere, da una parte, cultura della giurisdizione, obbligatorietà dell'azione penale dall'altra.

Quindi un fremito di compiacimento, e di speranza, ci ha colto per le parole del mio odierno interlocutore, il Presidente Canzio: pronunciate nella veste del suo ufficio e nella massima sede in cui si celebra l'annuale cerimonia de *le compte de justice*. Peccato che l'occasione sia stata disertata per protesta dal sindacato che raccoglie la maggior parte dei Magistrati e che ha fatto sentire una musica assai diversa con le parole del suo loquace e unanimistico presidente!

Compiacimento e speranza per le parole del Primo presidente: troppo lunghe le indagini preliminari, prevalere del "rito mediatico", spiccata autoreferenzialità dei PM, necessità di "finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini, piuttosto che prevedere interventi di tipo gerarchico o disciplinare"¹. E io ho pensato alle SS.UU che, per ben due volte, hanno proposto solo quei rimedi a proposito del controllo sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato. Un nodo cruciale questo.

Con franchezza, ed è questa proprio questione di interpretazione delle leggi, non sono d'accordo, quando si è apprezzata la nomofilachia delle SS.UU. nella decisione sul cd. *trojan horse*. E questo non tanto nella parte che ha risvegliato l'indignazione dei processualisti [dopo i fervori antiberlusconiani non mi sembra che sia più accaduto!], ma per aver consolidato l'iscrizione dell'art. 416 c.p. tra i reati di criminalità organizzata: non poteva essere ignorato l'uso strumentale di quella incriminazione, ormai invalso a livello di imputazione provvisoria nelle indagini preliminari in caso di concorso di persone nel reato (un altro limite travolto: quello con il concorso nel reato continuato). Le prestazioni probatorie perdurano anche in caso di caduta di quell'ipotesi (per i reati scopo), ma quella decisione contrasta proprio con i gli allarmi che ho richiamato (processo mediatico, coazione nelle indagini troppo lunghe, effettività di controlli giurisdizionali²).

2. Un dibattito ininterrotto e irrisolto?

In un recente, importante, contributo di un costituzionalista dedicato al tema dell'interpretazione e alla sua conformità a Costituzione si muove da una constatazione: l'imperativismo e il positivismo, coniugandosi, avevano assegnato all'attività giurisdizionale una funzione di mero accertamento: essendo la norma concepita come comando sanzionato, al giudice non spettava che prenderne atto, osservandola e trasformarla "da comando

¹ Ha ragione però Giorgio Spangher che ci ha ricordato come queste finestre già esistono: sono le prassi dominanti che le tengono di fatto chiuse... forse in nome dello sbrigativo affidamento nei confronti del collega di Procura!

² In altre occasioni ho richiamato l'effetto strumentale di questo *escamotage* delle Procure, per il fortissimo rafforzamento mediatico dell'accusa quando, anche per reati scopo di scarso impatto sanzionatorio o di oscura decifrabilità per la opinione pubblica si fa scendere in campo l'art. 416 c.p. G. INSOLERA, *Le irresistibili fortune della vecchia associazione per delinquere*, in *Per un manifesto del neo illuminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2016, 271 ss.

astratto in comando concreto³”. Come è noto questi propositi non hanno mai trovato una realizzazione effettiva [in termini di unicità della possibile lettura dei testi]: a ciò ha corrisposto la lettura critica del positivismo giuridico come dover essere essenzialmente autoritario. Una lettura semplificatrice, sovente caricaturale e, a sua volta, intrisa di ideologismi.

Un dibattito ininterrotto e, apparentemente, irrisolto quello sull’operazione intellettuale consistente nel passaggio dalla Legge ai contenuti del suo momento applicativo, sull’interpretazione e i suoi limiti. Si può convenire con l’affermazione dominante che inquadra il tema nella cornice del binomio disposizione/norma; regola/giudizio⁴. Ma il dibattito, la bibliografia e le teorie sono un mare sconfinato⁵.

Riprendo alcune condivisibili tesi del contributo di M. Luciani sulle quali riflettere.

2.1. Nel diritto, e, aggiungo, in quello penale in massimo grado e in modo speciale, vi è una connessione strettissima tra interpretazione e potere dell’uomo sull’uomo.

Questo distingue il nostro interprete [il giudice] 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, quasi sempre lontano dai luoghi dove si esercita l’*“arte abyecto”* della giustizia penale⁶. Quei penalisti che G. Marinucci chiamava gli spensierati teorici dell’interpretazione⁷.

2.2. “La politica è allo stesso tempo principio ordinatore e materia regolata. Rientra nei suoi poteri, anzi nella sua sovranità, definire i confini tra ordinamento politico e giurisdizione⁸. Concetto richiamato con chiarezza da Biagio Di Giovanni anche in questa sede. Nelle democrazie contemporanee ordinamento politico e ordinamento giuridico sono confinanti; ad ogni arretramento dell’uno corrisponde un avanzamento dell’altro. L’ordinamento giuridico è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico. L’ordinamento politico è titolare del potere di delimitare i confini del giuridico attraverso la determinazione delle fattispecie rilevanti per il diritto e delle regole di funzionamento. La determinazione delle linee di confine 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

³ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, 392.

⁴ Richiamo il titolo di un recente, acuto, *pamphlet* di M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016.

⁵ Il tentativo di una sinossi nella prima parte del citato recente lavoro di M. Luciani e in V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013.

⁶ Un ricordo di un compiantissimo amico e disincantato penalista: M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, AD.HOC, Buenos Aires, 2006.

⁷ G. MARINUCCI, *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1255.

⁸ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, 203 ss. Richiamato da L. VIOLANTE, *La crisi del giudice bocca della legge e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di Guarnieri-Insolera-Zilletti, Roma, 2016, 22.

certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto, operandone invece una mediazione politica”⁹.

2.3. La questione sta e cade sulla individuazione dei confini e, quindi, dei **limiti** delle interpretazioni giudiziali¹⁰.

Il diritto, come atto di volontà politicamente legittimato [il paradigma resta quello hobbesiano¹¹] 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*.

Iuris dictio è un'attività di ascrizione di significato agli enunciati in cui si risolve l'esercizio della prima.

Il testo, e, anzitutto, l'interpretazione letterale va dunque ricollocata al posto primario che le compete in base all'art. 12, 1° comma delle disposizioni sulla legge in generale [in penale da leggersi insieme all'art. 14], seguita dagli altri criteri dettati da quella norma: strumentazione logica e giuridica e obbligatoria, niente affatto primitiva, *demodée*, abrogata tacitamente, incostituzionale addirittura, e che deve segnare il *limes*¹². Molti gli inganni che cela l'“oggettivazione” dell'intenzione legislativa, concetto che avulso da quella soggettiva consente facilmente di sostituire gli scopi dell'interprete a quelli del legislatore. Ma su questo torneremo nelle conclusioni. Un limite, un metodo previsto dalla legge c'è: non è certo la *Justice machines* raccontata di Jaque Charpentier¹³, ma costituisce un limite, un confine tra due territori che contrassegna il nostro Stato costituzionale di diritto.

Infine uno *slogan* ricorrente: è un limite fragile anche sul versante del divieto di analogia. In realtà ogni applicazione a singoli casi concreti, sempre diversi, implica operazioni analogiche. Vero!

A contendersi il campo stanno l'argomento *a contrario* e il criterio della *ratio legis*¹⁴: il primo dà conto della cifra politica del penale, il secondo ci sospinge verso il criterio della

⁹ L. VIOLANTE, *Ibidem*.

¹⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*, 226.

¹¹ Lo ricorda D. PULITANO, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 642 ss.

¹² Diffusamente M. LUCIANI, *op. cit.*, 434. Sul vincolo al testo, nell'interpretazione, con fermezza, D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 28 ss. Ho notato che questa premessa si riscontra anche nei principali manuali.

Vero è tuttavia che in qualche caso mi sembra che si dicano cose diverse quando l'interlocuzione non sia didattica. Una sintesi delle varie opinioni sulla lettera della legge in V. VELLUZZI, *op. cit.*, 57 ss.

¹³ Raccomando la lettura dello spassoso *Racconto di fantascienza giudiziaria*, scoperto e pubblicato con quel titolo da Liberilibri (Macerata), nel 2015. La novella di Charpentier - Batonnier di Parigi negli anni della occupazione e in viso al regime di Vichy per la sua difesa dell'indipendenza del foro, così da costringerlo alla clandestinità per sfuggire alla Gestapo-mi ha fatto venire in mente tante soluzioni efficientistiche proposte per superare la crisi della giustizia penale

¹⁴ V. VELLUZZI, *op. cit.*, 76 ss.

intenzione legislativa. Questi sono gli strumenti con i quali individuare il confine tra regola e giudizio¹⁵.

2.4. 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’”¹⁶.

2.5. 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 comunità¹⁷.

La trasformazione della Costituzione da tavola delle regole a officina (“deposito”¹⁸) di valori alimenta un’ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata attraverso 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 ordinaria¹⁹.

2.6. Ancora il testo, a proposito dell’interpretazione e del limite che incontra la giurisprudenza fonte sovranazionale: è freschissimo l’eco dell’ordinanza della Corte sul caso “Taricco” nella quale leggo, accanto alla definizione precisa, di “controlimiti” e della loro cifra politica forte, la rivendicazione alle Corti nazionali della lettura esclusiva dei principi espressi dalla Legge fondamentale. In attesa della decisione della CGUE, lo ammetto: forse mi ero sbagliato²⁰!

3. La giustizia penale in Italia.

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.

¹⁵ Per l’esame di alcuni casi assunti in chiave problematica gli interventi nella rubrica *Opinioni a confronto*, a cura di F. Giunta, in *Criminalia*, 2010.

¹⁶ M. LUCIANI, *op. cit.*, 418.

¹⁷ *Ibidem*, 441.

¹⁸ Così ad esempio, V. ONIDA, *Le radici della giustizia costituzionale*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Modena 2012, richiamato da A. BARBERA, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano 2016, 323 ss. e, *passim*, per una critica di questa tendenza.

¹⁹ Rinvio a G. INSOLERA, *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, di imminente pubblicazione in *Riv. It. dir. proc. pen.*

²⁰ Mi riferisco alle conclusioni in *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. Paonessa, L. Zilletti, Pacini, Pisa, 139 ss. Questo volume raccoglie gli atti di un importante confronto aperto con lungimirante tempestività all’indomani della sentenza Taricco per iniziativa del Centro di studi giuridico-sociali “Marongiu” dell’Unione camere penali italiani. Ed è significativo come gli spunti critici emersi in quella sede siano stati recepiti da un inedito ampio fronte che ha raccolto la migliore letteratura penalistica e costituzionalista. Nella difesa delle istituzioni e del riparto costituzionale dei poteri gli avvocati italiani hanno rappresentato l’avanguardia: un fatto che dispiacerà a chi con metodo ne diffama il ruolo.

3.1. Se l'interpretazione del diritto penale ha un rapporto stretto con il potere non si può tralasciare la crisi profonda che vive la democrazia rappresentativa scelta come forma di governo dalla nostra Costituzione. In altra occasione²¹ mi sono soffermato sul ruolo svolto, in un assetto materiale, che si presenta sempre più come democrazia del leader, da quello che è stato definito il “fattore M”²² (Media e Magistratura), questo nel rapporto con l’“antipolitica”²³. Nel dare voce assordante ad una “società giudiziaria”²⁴, animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti²⁵, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al *leader* e alla sua “recitazione”, cercando conferme in repliche pronte e dure.

Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge²⁶, determinatezza confusa con il pensiero dominante liberamente prodotto dal potere giudiziario nel dialogo diretto con tanti attori “rappresentati” dai media, anche grazie al gioco delle tre, anzi quattro, Corti²⁷.

Deludente, e guardo al mondo dei giuristi, l'esito del loro ascolto, sempre che esso avvenga²⁸.

3.2. C'è un rapporto sempre più diretto dei singoli magistrati o dell'ANM con i principali media, proponendo o applicando soluzioni politico criminali apertamente antagonistiche rispetto al testo (o alla progettazione) legislativo.

²¹ G. INSOLERA, *Qualche riflessione sul diritto penale nella democrazia del leader*, in *Indice pen.*, 2016, 379 ss.

²² M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari, 2016, 56 ss.

²³ Il concetto di antipolitica si presta ad esprimere significati diversi, via via assunti nell'evoluzione storica: ad esempio se, nel dopoguerra, Giannini giocava sulla esasperazione nei confronti della politica, riproponendo moduli tecnocratici di mera amministrazioni degli interessi dell'“uomo qualunque”, a cavaliere tra secoli XIX e XX, antipolitica si colora di una carica ostile verso il parlamentarismo dello stato liberale. Oggi esprime un ulteriore passaggio della transizione, apertasi con Tangentopoli, di delegittimazione delle istituzioni politiche di democrazia rappresentativa. Piena di spunti di riflessione l'analisi di G. Orsina che sceglie come guida l'affascinante “storia naturale della società” di E. CANETTI in *Massa e potere* (Milano, 1981). G. ORSINA, *Come nasce l'antipolitica*, in *Il Foglio*, 14 novembre 2016. Il lungo articolo è un ampio stralcio di un saggio in *Ventunesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni*, n. 39/2016. L'autore muove dal concetto di “cristalli di massa” che durevolmente e adeguandosi ai mutamenti, contribuiscono alla formazione delle masse, con ciò riproducendo la più ancestrale delle unità: la muta di caccia e quella di guerra: *Nella crisi italiana del 1992-93 hanno agito svariati, che possiamo suddividere in tre categorie. Nella prima e più importante troviamo i cristalli di natura giudiziaria. Nella seconda quelli di natura mediatica. Nella terza quelli di natura politica ... Per quello che riguarda il pool di Milano, non mi pare affatto impossibile pensarlo non soltanto come un cristallo di massa, ma più precisamente come una muta da caccia ... La risposta che nel pieno della crisi il Procuratore capo Borrelli diede ad un intervistatore – ‘quando la gente ci applaude applaude sé stessa’ – lascia ritenere se non altro che la muta di caccia avesse chiara la consapevolezza del proprio ruolo quale cristallo di massa”.*

²⁴ Efficace l'analisi di M. ANSELMINI, *Populismi e populismi*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 1 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 197 ss.

²⁵ AA.VV. *Congiure e complotti. Da Machiavelli a Beppe Grillo*, a cura di A. Campi, L. Varasano, Milano, 2016; per una rivisitazione degli “anni di piombo”, con l'intento di rivedere le ipotesi complottiste, V. SATTA, *I nemici della Repubblica*, Milano 2016, 11.

²⁶ Accanto a qualche penalista, l'irrisione viene da filosofi e “sapienti” a cui forse andrebbe applicata la massima XXII di LA ROCHEFOUCAULD (in *Massime-Memorie*, Torino, 1969): “*La filosofia trionfa facilmente dei mali passati e futuri, ma i mali presenti trionfano su di lei*”.

²⁷ Penso al “gioco” tra Corte cost. n. 49/2015 (26 marzo 2015), SS. UU. n. 31617/2015 (26 giugno 2015), CGUE, Taricco e, nella parte del morto CorteEdu, per scindere la confisca dalla sentenza di condanna e di intervenire sulla natura della prescrizione del reato.

²⁸ Rimando a G. INSOLERA, *Dogmatica e giurisprudenza*, in *Crit. Dir.*, 2013, 246 ss.. Che dire poi dell'ascolto e dei risultati delle audizioni parlamentari?

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.

Il problema della interpretazione e dei suoi limiti mi sembra che in questo contesto debba concentrarsi specialmente sul criterio dell'intenzione legislativa: è infatti in questo antagonismo esplicito in via preventiva contro la progettazione parlamentare o giocato *ex post*, allargando in orizzonti sconfinati le praterie della interpretazione del testo o ancora giocando con gli scopi proclamati dal legislatore. Se una legge vuole colpire un certo fenomeno non può lasciarsi sfuggire questa classe di fatti. Ma è evidente che il problema si gioca tutto nel rapporto tra scopi politico criminali e mezzi per raggiungerli (il testo). Ed invece è questo il percorso seguito nelle operazioni di interpretazione "estensiva" adottate in tema di criminalità organizzata, ma anche per la criminalità economica o quella politico-amministrativa, percorso sempre pronto a spingersi su altre realtà, sulle *vedette* del momento nel consenso sociale.

La creazione giurisprudenziale si iscrive allora in un'autonoma ideologia giudiziaria²⁹, caratterizzata da un ruolo decisivo del rapporto con i media, la cui grammatica – l'interpretazione costituzionalmente conforme affidata ad ogni giudice – è in una sorta di teologia costituzionale [una quarta religione del libro?], talvolta alimentata da appartenenti alla stessa Corte costituzionale³⁰.

Su contenuti e origini di questa ideologia forse qualche spunto lo offre un recente lavoro di uno storico contemporaneo, che individua una "geniale invenzione" nella "questione morale" proposta da E. Berlinguer negli anni '80³¹, che garantì al suo partito, che versava invece in irreversibile crisi di identità, in base ad una affermata diversità etico-politica, un'eterna sopravvivenza nell'immaginario di un considerevole parte del paese.

"Fu così che in una vasta parte del Paese e dell'opinione pubblica, specialissimamente nel mondo della comunicazione e della cultura, si stabilì, travestito da 'questione morale', il moralismo³²".

²⁹ Rinvio alle mie conclusioni in *Qualche riflessione sul diritto penale nella democrazia del leader*, in *Indice penale*, 2016, 391 ss.

³⁰ Penso alle dichiarazioni del neo eletto presidente della Corte costituzionale, dell'11 aprile 2016, in occasione della relazione annuale della Corte per il 2015. In <http://www.rainews.it/dl/articoli/Corte-Costituzionale>. «La Corte costituzionale è un "organo formalmente estraneo al sistema della tripartizione dei poteri, ma sostanzialmente dotato di compiti di 'giustizia', più che solo di stretta giurisdizione, essa svolge come una funzione 'respiratoria' dell'ordinamento, indispensabile nella dimensione costituzionale della convivenza". Ha detto il presidente della Corte costituzionale. "Osservare criticamente, attraverso i casi singoli ma anche oltre la prospettiva di questi, la dinamica complessiva delle vicende relative alla giustizia nell'anno trascorso – ha continuato Grossi – può essere l'occasione per trarre indicazioni, in qualche caso, significative anche dell'andamento complessivo, delle istanze variamente prospettatesi nella cosiddetta 'sfera pubblica'. "Nella quale le contrapposte esigenze, talora intrinsecamente antagonistiche, aspirano a rendersi variamente compatibili secondo le previste procedure, sia che esse riguardino direttamente le tutele di diritti o interessi, sia anche che riguardino l'esercizio, da parte dei diversi titolari della potestà legislativa, della competenza a disciplinarli". È in quella occasione che il Presidente intervenne affermando che "fa parte della carta di identità del buon cittadino" partecipare con il voto all'imminente referendum abrogativo.

³¹ E. GALLI DELLA LOGGIA, *Credere, tradire, vivere*, Bologna, 2016, 257.

³² *Ibidem*, 304. Moralismo "che come è noto, non consiste nel denunciare il vizio, ma nel vederlo dovunque, nel sospettarlo in ogni mi-

Ed è questa l'ideologia che vediamo pervadere in filigrana nella concezione di ruolo e nel finalismo delle "politiche giudiziarie".

3.3. È pensando a questo che tempo fa ci ponemmo a riflettere su alcuni quesiti³³.

Quali sono i riferimenti sociali, gli interessi che orientano le idee e le soluzioni del formante giurisprudenziale?

Già si è detto del ripetersi dell'antagonismo rispetto a proposte e soluzioni legislative. Esso si esprime anche nei confronti di interventi amministrativi e di governo dell'economia.

Quale è allora la base sociale, gli interessi che si esprimono nella azione giudiziaria?

Quali le modalità di reclutamento e di formazione di questo nuovo attore politico?

L'istanza di certezza che oggi si vuole garantita dall'intensificarsi della nomofilachia della Corte di cassazione, quanto è compatibile con la nuova attribuzione di poteri e con la sprezzante liquidazione del "giuridismo"?

Quali sono, nella realtà, le dinamiche che presiedono alle carriere o ad incarichi speciali, che governano la produzione di élite giudiziarie in funzione del definirsi in modo uniforme della nuova legalità?

Mi sembrò di cogliere qualche evidenza³⁴.

2.4. Penso che il ruolo essenziale dell'avvocatura, in questo contesto, sia quello di rivendicare il suo fondamento liberale³⁵.

Una delle debolezze, ma, forse, anche una delle ragioni che attribuiscono alla "libertà liberale" la forza di un fermento che attraversa la storia superandone i momenti più oscuri, sta nel distinguersi dalle ideologie, dalle teologie secolarizzate, nella impossibilità di auto-definirsi attraverso dogmi o dottrine autoritativi.

Più facile allora coglierne alcuni aspetti caratterizzanti che, come vedremo, si adattano all'abito del giurista e, in modo speciale, del penalista.

Il nucleo del pensiero liberale è costituito, da un lato, dalla protezione dei diritti individuali, civili e politici, dall'altro, dal delineare una organizzazione del potere capace di tutelarli e garantirli – la politica liberale come "arte architettonica" che, senza costringere la poliedrica e autonoma vita sociale, la organizza in un ordine procedurale.

nimo scostamento dal modello che si suppone essere quello della virtù. E poi nel non accettare, *ne tanto meno capire, che soprattutto in politica anche i vizi hanno delle ragioni che la ragione deve sforzarsi di capire*".

³³ È questo lo spunto di ricerca presentato in *"Anatomia del potere giudiziario"*, cit.

³⁴ L'articolo di fondo del *Foglio*, a firma del direttore, del 6 aprile 2016 (*Chi guida il partito dei giudici*) esplicitava l'ipotesi di un collegamento tra ideologia del Movimento 5 stelle e *mainstream* giudiziario. L'idea mi sembra trovi conferme nella unanime scelta del presidente dell'ANM. E nelle reiterate esternazioni del *leader* dell'ANM contro il Presidente del Consiglio, ospitate dal *Fatto quotidiano* (il 9, 11, 19 aprile). Fino all'intervista al Corriere della sera del 22 aprile 2016. Qualche anno fa le cronache politico-giudiziarie si polarizzarono su l'ennesima captazione telefonica: "Abbiamo una banca!". Oggi, apertamente, mi sembra che, da entrambe le organizzazioni interessate, si possa dire "Abbiamo un partito!". Ma, per carità, non alimentiamo la polemica tra politica e magistratura! Queste osservazioni da me già espresse in altro scritto mi sembra che abbiano trovato sempre nuove conferme nelle posizioni assunte sia a livello centrale, sia nella periferia dal sindacato dei magistrati.

³⁵ Nel senso detto in G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Indice penale*, 2017, 3 ss.

A questo contribuiscono i due fattori essenziali, che possono avvicinare pensiero liberale e democrazia [due parole che sempre più spesso vediamo porsi in antagonismo]: da un lato l'idea di istituzioni rappresentative, che sostituisce all'utopia della democrazia diretta, la libera competizione di élite davanti all'opinione pubblica, dall'altro, quella di governo costituzionale [governo limitato da una Costituzione scritta e rigida, con Leggi, frutto di procedure predeterminate]. Vaccino capace di confermare, rendendola giustiziabile, l'essenza del liberalismo, riconducibile all'individualismo e al contrattualismo: la tutela dei diritti civili dell'individuo contro gli abusi dei poteri dello Stato, delle maggioranze, dei gruppi, dei movimenti.