

CONFRONTO DI IDEE

AGOSTINO DE CARO

Esigenza di trasparenza della magistratura e principio di legalità

Lo scritto analizza la crisi della legalità non solo "morale" o "ontologica", ma anche istituzionale che sta colpendo il nostro Paese e si interroga sul ruolo che deve svolgere l'organo giudicante in questo difficile contesto.

Need for transparency in the judiciary e principle of legality

Paper analyzes the crisis of legality, not only "moral" or "ontological", but also institutional, which is affecting our country and questions the role that the judging body must play in this difficult context.

Negli ultimi giorni abbiamo tutti assistito, con profondo smarrimento, al rincorrersi di notizie di cronaca, rimbalzate con prepotenza sui media, relative alle procedure di nomina dei vertici di alcuni uffici giudiziari intrecciate a rapporti poco trasparenti di qualche membro del CSM e taluni politici. Il fatto, grave in sé, è stato definito in modo magistrale da Giuseppe Riccio come la notte della Repubblica¹.

Vorrei prendere spunto da questa vicenda e dalle autorevolissime riflessioni di Giuseppe Riccio e di Alfredo Gaito² per contribuire, se possibile, al dibattito e portarlo oltre la cronaca.

Essa, infatti, esemplifica, ma non esaurisce una profonda crisi della giustizia e della legalità. La opacità o almeno la poca chiarezza nella nomina dei responsabili degli uffici giudiziari (basta pensare alla abitudine non proprio trasparente delle c.d. nomine a pacchetto) è cosa antica. I fatti di cronaca odierni vanno molto oltre e dimostrano come sia urgente e indifferibile una maggiore trasparenza nella gestione dell'intera macchina giudiziaria.

Questi episodi (sui quali, nello specifico di eventuali responsabilità soggettive, mi asterrò dallo sviluppare considerazioni per mancanza di informazioni sufficienti e per la ferma volontà di non coltivare l'insana abitudine di commentare le continue intercettazioni divulgate senza ritegno e, forse, anche in modo non completamente legale) intensificano alcuni interrogativi perché coinvolgono ulteriormente la trasparenza di uno dei poli della legalità.

Cerco di spiegarmi meglio.

Le vicende di cronaca si affiancano - anche se sembrano altra cosa - alla sempre maggiore sciatteria dei prodotti legislativi. Il combinato disposto inci-

¹ RICCIO, "La notte della Repubblica", in questa Rivista.

² GAITO, *La crisi della giustizia penale e le remore a riformare l'Ordinamento Giudiziario*, su questa Rivista.

de non poco sulla giustizia penale e sollecita una riflessione più ampia sulla crisi della legalità che sta attanagliando il nostro Paese. Non è tanto un problema di liceità di certi comportamenti – da avvocato penalista sono abituato ad attendere l'esito dei processi, prima di avventurarmi in giudizi sommari e superficiali – ma, piuttosto, di quali criticità soffre la nostra legalità penale e di come gli eventi appena richiamati ne accentuano le trame poco lineari.

Crisi della legalità non solo “morale” o “ontologica” (sulla quale ognuno, se lo ritiene, esprime un proprio giudizio), ma istituzionale, nel senso che essa coinvolge i luoghi di produzione del diritto e si traduce, per un verso, in un inquinamento dei livelli minimi di purezza delle “fonti” del diritto e, per altro verso, nella mancanza di trasparenza degli ambiti deputati a crearle o a contribuire in modo sensibile a delinearne i contorni.

La crisi della legalità riguarda, innanzitutto, il prodotto legislativo formale. Sono più d'una le legislazioni che hanno avuto inizio con votazioni effettuate nella vigenza di leggi elettorali successivamente dichiarate, totalmente o parzialmente, incostituzionali. E ciò al netto di un'ulteriore rilevante criticità. I legislatori sono, da anni, scelti dai partiti e imposti al popolo sovrano: da lungo, troppo tempo, l'esercizio virtuoso della democratica individuazione del singolo parlamentare è opzione negata.

A questo primo evidente *vulnus*, si deve aggiungere una seconda riflessione fondata su una semplice constatazione: molte leggi sono espressione di proposte del governo, approvate con il ricorso al voto di fiducia, sostanzialmente senza dibattito e senza alcun approfondimento³.

Ho già avuto modo di esprimere un concetto che coinvolge lo stesso tema. Il livello del prodotto legislativo è, per un verso, la conseguenza della precaria sintassi giuridica utilizzata e, per altro verso, del modo singolare con il quale vengono confezionate le leggi (anche quelle delicate come le norme penali o processuali). Sul piano del metodo, ad esempio, “è veramente difficile comprendere e giustificare il mancato coinvolgimento preventivo dell'accademia, dell'avvocatura e della magistratura nell'individuazione delle modifiche proposte e spesso approvate attraverso il voto di fiducia⁴, senza, cioè, consentire al Parlamento un sereno e proficuo dibattito e senza, soprattutto, valutare gli interventi sul testo suggeriti, peraltro, da tutti i protagonisti del dibattito scien-

³ Due esempi sono eloquenti e lasciano intravedere un metodo generalizzato e non limitato ai soli interventi in ambito penale. Mi riferisco al c.d. decreto sicurezza ma anche alla legge di bilancio, approvate con la fiducia; l'ultima, in verità, è stata approvata senza consentire al parlamento non solo di approfondire ma anche di conoscere il testo, presentato dal governo (attraverso un maxiemendamento) solo qualche ora prima della sua approvazione.

tifico. O, ancor peggio, utilizzare la mera finzione di un coinvolgimento attraverso audizioni o pareri puntualmente disattesi”⁵. E molto di frequente vengono disattesi perché ignorati, o volutamente pretermessi, i saperi condivisi nelle comunità scientifiche di riferimento.

Le due considerazioni mettono a dura prova il concetto stesso di “primato della legge scritta”, nella misura in cui la legge non è più (o non lo è pienamente) l’espressione della sovranità popolare e non è (più) quella virtuosa mediazione frutto del dibattito e degli approfondimenti parlamentari che ne rappresentano, nelle democrazie moderne, il DNA.

Al contrario. È sempre più il rozzo prodotto di una maggioranza che segue, incapace di una propria autonomia, gli ordini del leader e, soprattutto, ignora completamente le conoscenze scientifiche condivise di una determinata materia. Le disposizioni vengono spesso elaborate secondo le esigenze elettorali o seguendo le necessità del grande padre “sondaggio”.

Parlare oggi di primato della legge scritta e di legalità in *the books* significa anche confrontarsi con questi elementi. Insomma, sembra andare crisi la catena che collega il prodotto legislativo alla sovranità popolare, espressa mediante la rappresentanza parlamentare eletta con metodo autenticamente democratico.

La crisi della legalità formale è stata ampiamente esplorata da autorevolissimi giuristi⁶.

È convinzione diffusa che accanto alla legalità in *the books* esista una legalità *in action* o fattuale affidata alla giurisprudenza, il c.d. diritto vivente, che, attraverso l’attività di interpretazione, condiziona i contenuti della disposizione e ne orienta gli sviluppi. Per una parte autorevolissima della dottrina l’interpretazione deve avere una funzione creativa del diritto e una capacità di coniare nuove disposizioni o significati di disposizioni legislative completamente nuovi⁷.

Al valore formale del diritto scritto (la legge) si affianca, a dire il vero con sempre maggiore invadenza, l’interpretazione della disposizione e la sua vocazione a elaborare significati normativi assolutamente differenti dal suo con-

⁵ DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l’attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2, 2019, 281 ss.

⁶ Per tutti, AA.VV., *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di Kostoris, Bologna 2016; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, *Dir. pen. cont., Rivista Trimestrale*, 3, 2016, 13 ss. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont., Rivista Trimestrale*, 3, 2016, 11; TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 11 ss.

⁷ Sulla funzione “inventiva” e creativa cfr. il notevole contributo di GROSSI, *Ordine, compattezza, complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Napoli, 2012.

tenuto e quindi nuovi in senso stretto. Il dato è indiscutibile, ma non per questo espressione di una corretta evoluzione dei tempi. Anzi, la mia idea è che l'interpretazione non possa andare oltre il dato legislativo, pur potendone estrarre da esso i significati più reconditi.

La estrema difficoltà di fondare il rispetto della norma conosciuta dalla giurisprudenza da parte dei cittadini, deve essere arginata dai concetti di certezza e di prevedibilità del diritto vivente, espressi soprattutto dalla Corte EDU e diretti a salvaguardare un minimo di legalità dalle aggressioni continue delle invenzioni giurisprudenziali.

Qualunque sia la soluzione scelta, un dato è indiscutibile: la giurisprudenza ha una funzione catalizzante e inevitabilmente influisce sul significato delle disposizioni, spesso coniano plurimi orientamenti che lasciano smarrito il cittadino. In verità, spesso lasciano smarriti anche gli addetti ai lavori più avveduti.

La prevedibilità delle decisioni è, infatti, merce rara e diventa sempre più difficile da trovare.

La contrapposizione tra legge scritta e interpretazione creatrice ha da tempo introdotto il tema della giurisprudenza come fonte del diritto. Il tema è complesso e sarà oggetto di un diverso approfondimento. In questa sede, senza entrare nel dibattito sulla legittimazione della giurisprudenza a produrre disposizioni attraverso la creazione del diritto equivalente a quello scritto, mi limito a prendere atto della indubbia pluralità delle fonti di produzione del diritto: almeno nella prassi consolidata, la giurisprudenza interna spesso crea fattispecie prima sconosciute all'ordinamento e orienta la politica penale; quella europea, addirittura avalla e legittima fattispecie di dichiarata creazione giurisprudenziale (mi riferisco all'ipotesi di concorso esterno in associazione di stampo mafiosa).

Rimanendo all'esperienza interna, va soprattutto rimarcata la tendenza della giurisprudenza, attraverso l'esercizio della giurisdizione, ad orientare, in modo non sempre chiaramente intellegibile, la politica penale che, invece, dovrebbe essere di esclusiva pertinenza dei poteri legislativo ed esecutivo.

La recente lettura di un documento del UCI⁸ mi suggerisce una considerazione sulla propensione della Corte di farsi carico, in particolare, della politica processuale. Il documento è stato redatto dai direttori dell'osservatorio sulla Corte di cassazione e presentato nel giugno del 2019, all'Open Day dell'Unione camere penali italiane. L'interessantissimo contenuto disvela, tra l'altro, un

⁸ *Considerazione sui numeri della Cassazione*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it.

dato che mi sembra inquietante: il 70,01 % dei procedimenti penali celebrati avanti alla Corte di legittimità è stato concluso con una sentenza di inammissibilità. Un numero così alto di inammissibilità ha un suono davvero sinistro. Al netto della dubbia legittimità di utilizzare l'istituto per non prendere atto del decorso della prescrizione, la enorme percentuale di inammissibilità (con relativa sanzione da devolvere alla cassa delle ammende) induce a sospettare seriamente che l'istituto venga utilizzato anche per scoraggiare le impugnazioni, spesso attraverso formule vaghe e di difficile prevedibilità. Mi riferisco, per un verso, alla famigerata "manifesta infondatezza" i cui tratti tipici sono davvero impalpabili e, per altro verso, al continuo trincerarsi dietro la "natura di merito" delle censure proposte.

La manifesta infondatezza rappresenta una oggettiva irrazionalità all'interno del sistema processuale penale. Non è, infatti, ben definita la categoria, posta come un *tertium genus* tra infondatezza e fondatezza quasi che fosse un'entità autonoma e non una valutazione del tutto omologa a quella di infondatezza, ma con conseguenze disastrose sotto il profilo degli effetti concreti.

Diciamo la verità. A tantissimi Avvocati, anche molto esperti e con una indubbia capacità di misurarsi con la redazione dei ricorsi per cassazione, è capitato di incrociare (e subire) decine e decine di decisioni di inammissibilità incomprensibili e soprattutto imprevedibili. Questo è, forse, l'aspetto più problematico: la prevedibilità di una decisione. È veramente difficile, e non è mai prevedibile, comprendere fino in fondo la differenza tra infondatezza e manifesta infondatezza della questione proposta. È affidata all'idea personale del giudice (quale? il collegio o il relatore più il presidente?) o è rintracciabile da dati oggettivi e quindi prevedibili? Francamente credo che prevalga la prima opzione.

E, ancor più nettamente, qual è la distinzione tra merito e legittimità se si discute di motivazione? È così palese o è anch'essa affidata all'idea che il giudice (con gli stessi interrogativi) ha del fatto oggetto del processo? Il merito ha una differenza oggettiva con la legittimità, ma non è da essa del tutto sganciato. Non esiste questione di legittimità che non abbia nei fatti del processo le sue radici e che si intrecci con essi. Mi rendo conto che la Corte di cassazione sconta ancora la mai sopita disputa tra due anime e non è ben chiara la risposta all'interrogativo di fondo sulla funzione del giudizio di legittimità: deve, cioè, prevalere la ricerca della migliore interpretazione astratta del dato normativo, quella più aderente alla *voluntas legis* ed in questa prospettiva salvaguardare lo *jus constitutionis*? oppure si devono risolvere le questioni secondo la giustizia del caso concreto, e, in quest'ottica, tutelare lo *jus litigato-*

ris?⁹ Ciò nonostante, ancora una volta ci troviamo al cospetto di valutazioni assolutamente imprevedibili, frutto di scelte personali, e alla creazione di interpretazioni senza alcun aggancio normativo certo.

Altri esempi sono offerti dalla recente legge 103 del 2017 (c.d. legge Orlando). Da essi traspare evidente la volontà della giurisprudenza di orientare la politica legislativa: intendo riferirmi alle modifiche dell'istituto della specificità dei motivi di appello e della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel caso di appello del pubblico ministero nei confronti di una sentenza di assoluzione⁹.

Sono esempi eloquenti. Entrambe le mutazioni normative sono state precedute da sentenze delle Sezioni unite che le hanno anticipate o suggerite¹⁰. Sono esempi nei quali le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno assunto un ruolo di guida politica, di frontiera dell'interpretazione fonte del diritto¹¹, ponendo al legislatore un prodotto da seguire. E il fatto che il legislatore è intervenuto con una legge poco dopo significa che l'interpretazione mancava di riferimenti normativi certi. La considerazione prescinde ovviamente dal giudizio sulle due sentenze e mira solo a mettere in luce quello che, a parer mio, è l'esercizio in concreto di una funzione creatrice del diritto processuale da parte del giudice di legittimità.

Se le cose stanno in questo modo e si vuole riconoscere, pur con mille distinguo, alla giurisprudenza un ruolo di fonte del diritto, dobbiamo pretendere nella magistratura quella trasparenza e quella disponibilità al controllo da parte dell'opinione pubblica che non sempre è presente.

A questa considerazione si dovrebbero anche aggiungere temi preesistenti - come quello dell'effettività della collegialità nei giudizi di legittimità -, ma poco affrontati, forse perché ritenuti appartenenti al deterioro mondo delle prassi e quindi estranei al dibattito "colto" dell'accademia.

⁹ Su questi due istituti cfr. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Bene e Marandola, cit., 243 ss.; CAPRARO, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *La riforma Orlando*, a cura di Scalfati, cit., 208; DE CARO, voce *Impugnazioni (nuova disciplina)*, in *Dig. Mat pen.*, appendice di aggiornamento, 2018; CERESA CASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. Pen. cont.*, n. 3/2017, 168; SCACCIANOCE, *La riforma "Orlando" e le semplificazioni del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, in *questa Rivista*, 2017, 7 e 8.

¹⁰ Sono la sentenza Cass., Sez. un., 22 febbraio 2017, Gattelli in *questa Rivista*, per quanto riguarda la specificità dei motivi di appello e le sentenze Cass. Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa Rivista*, 2016, n. 2 e a Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *questa Rivista*, 2017, n. 2 per quanto riguarda la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello.

¹¹ DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni Unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *questa Rivista*.

Per affrontare, in estrema sintesi, il problema prendo spunto dall'interrogativo di Gaetano Insolera - ma *chi sono i giudici che dovrebbero interpretare i diritti?* - e ne aggiungo un altro: qual è la loro legittimazione?

Gaetano Insolera scriveva - ben prima che emergessero i fatti cronaca dai quali ho preso spunto - che "bisogna entrare in un edificio quasi sempre inesplorato dai giuristi.....reclutamento, formazione, carriere, prodursi di *élites* e loro percorsi all'interno del corpo, stipendi, contrapposizione e influenza delle correnti nell'organo di autogoverno, rapporti con i media, non possono più essere stanze neutrali nell'epoca del diritto vivente e della creatività giurisprudenziale. Sono parte importante del contesto che produce l'interpretazione, il diritto vivente"¹².

Oggi l'interrogativo è ancora più pressante. Gli intrecci con la politica per la nomina dei capi degli uffici giudiziari dimostrano come una risposta in termini di chiarezza sia ineludibile.

Se la giurisprudenza vuole assurgere a luogo di creazione del diritto deve diventare una casa "di vetro", devono essere trasparenti le modalità di nomina, i curricula degli aspiranti, le carriere e i giudizi sull'avanzamento, gli stipendi, la formazione ecc. ecc. Questi spazi sono, oggi, preclusi e comunque inesplorati. Eppure, rappresentano le premesse per la creazione di quella trasparenza necessaria alla funzione creatrice del diritto, per attuare la forma minima di controllo pubblico sui soggetti che elaborano e producono nuovi prodotti normativi.

E più si addensano le nebbie e le opacità più una soluzione del problema diventa urgente.

In verità, il discorso dovrebbe allargarsi e puntare dritto alla legittimazione del giudice che, non dimentichiamolo, si esprime attraverso le sentenze emesse nel nome del popolo italiano. È ancora utile restare arroccati all'idea del concorso quale forma unica di legittimazione? O non è il caso di iniziare a riflettere su forme di partecipazione effettiva (diretta o mediata) del popolo all'amministrazione della giustizia? Il tema è complesso e travalica la mia specifica riflessione, ma credo debba essere presto affrontato, non fosse altro che per essere pronti a contrastare qualche soluzione legislativa pericolosa per l'indipendenza e l'imparzialità della giurisdizione imposta dal "populismo" dilagante.

Devo anche precisare, tornando alle osservazioni precedenti, che il discorso non riguarda solo la funzione giurisdizionale in senso proprio.

¹² INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in questa *Rivista*, 1, 2018, 707 e 708.

Forse il punto di maggiore criticità è rappresentato dalle modalità di nomina dei capi degli uffici requirenti.

Il procuratore della Repubblica ha una funzione essenziale ed esercita una discrezionalità enorme. Può scegliere, senza alcun limite fissato normativamente, a parità di situazioni procedurali, quali intercettazioni chiedere e quali astenersi dal richiedere, a quali richieste cautelari dare impulso e in quali procedimenti rimanere inerte. Eppure, sappiamo bene che, in questi due settori (cautele personali e reali e intercettazioni telefoniche ed ambientali), l'esercizio di una data opzione discrezionale finisce per condizionare l'esistenza stessa del futuro processo e sovente scandisce le sue sorti. Se si aggiunge che, in concreto, il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale viene violato sistematicamente dalle opzioni di ogni pubblico ministero, il quale quotidianamente sceglie le indagini, tra le tantissime allo stesso assegnate, da approfondire e le relative tempistiche, emerge un perimetro di enorme libertà di orientare i destini delle vicende processuali.

L'esercizio della discrezionalità corrisponde sempre all'esercizio di un'opzione politica. E tutte le volte che essa incide su ambiti sociali reali e diffusi, configura una scelta politica la quale richiede, come contraltare, una forma effettiva di responsabilità. Diversamente può trasformarsi in arbitrio.

Mi pare evidente come l'individuazione delle persone che eserciteranno un tale enorme potere debba essere del tutto trasparente, scandagliata in tutte le sue pieghe dai media e conosciuta nei minimi dettagli dall'opinione pubblica. Ed è l'unico modo per avere la ragionevole certezza della migliore designazione possibile in quel determinato momento.

Anche in questo caso, sia pure in una prospettiva radicalmente diversa da quella relativa alla giurisdizione, la trasparenza delle scelte si impone come unica direzione da seguire per neutralizzare le criticità che i recenti fatti di cronaca hanno evidenziato. Ed anche qui - forse con maggiore decisione - si deve porre il problema della legittimazione del potere e della necessità di separare il pubblico ministero dal giudice in modo netto.

Ma sono, questi ultimi, temi che meritano un approfondimento ulteriore.