

CIRO SANTORIELLO

**Caso Sea Watch ovvero la truffa delle etichette: è
“politica” la decisione
che non si condivide (o che non si comprende) ...**

Il contributo non esamina direttamente il merito dei provvedimenti giurisdizionali che hanno definito la vicenda Sea Watch, ma prende in esame la natura delle censure che sono state mosse a tali decisioni, evidenziando come la critica secondo cui si tratterebbe di pronunce "politiche" o "viziate da pregiudizi ideologici" sia decisamente fuori luogo. Secondo l'autore, infatti, tanto il giudice agrigentino quanto la Cassazione - pervenendo a soluzioni che poi possono essere condivise o meno - hanno operato pienamente nei limiti del loro potere, interpretando le norme incriminatrici richiamate nei confronti della comandante della Sea Watch secondo le prescrizioni ed i principi della Costituzione e delle Carte sovranazionali, come impone l'esercizio dell'attività giurisdizionale".

Sea Watch case or the fraud of the labels: the decision is "political" that you don't share (or don't understand)

The contribution does not directly examine the merit of the jurisdictional measures that defined the Sea Watch affair; but examines the nature of the complaints that were made against these decisions, highlighting how the criticism according to which it was "political" or "flawed" pronouncements ideological bias "is definitely out of place. According to the author, in fact, both the Agrigento judge and the Cassation - reaching solutions that can then be shared or not - have operated fully within the limits of their power, interpreting the incriminating rules referred to the commander of the Sea Watch according to the prescriptions and the principles of the Constitution and supranational charters, as required by the exercise of jurisdiction".

1. Sarebbe consolante sostenere che gli scontri e le polemiche fra politica e magistratura sono una costante immancabile delle moderne democrazie e quindi quella italiana, che da tempo conosce e vive questo problema, non farebbe eccezione. E invece il nostro paese costituisce eccome un'eccezione nel quadro storico attuale: la dimensione e la durata del contrasto fra questi due ordini di potere nel corso di questi ultimi (ma "nemmeno tanto ultimi", come vedremo) anni sono senza precedenti ed in nessun modo equiparabili a quanto, fisiologicamente, è dato riscontrare in altri paesi occidentali. Ed oggi, dopo le vicende della nave Sea Watch, questa constatazione pare avere una nuova conferma.

2. La distanza conflittuale fra politica e magistratura in Italia ha origini lontane.

Non è questa la sede per approfondire il tema¹, ma in via di estrema sintesi

¹ In proposito, BRUTI LIBERATI, Magistratura e società nell'Italia repubblicana, II ed., Roma - Bari 2008; ID., La magistratura nell'attuazione della Costituzione agli anni novanta, in Storia dell'Italia re-

può fondatamente sostenersi, come si legge in diversi studi sulla storia della magistratura, che la frattura fra questi due soggetti risale alla fine degli anni sessanta, quando il potere giudiziario finalmente prese atto delle conseguenze che per il nostro ordinamento giuridico derivavano dalla entrata in vigore della Costituzione, evento che ha rappresentato – tanto per i valori che la Carta propugnava, così radicalmente diversi, non solo da quelli fatti propri dal regime fascista, ma anche dalla visione dello Stato propria dell’800, quanto per la novità costituita da un testo normativo sovraordinato alla legge ed in grado di vincolare anche il Parlamento, organo fino ad allora considerato come assolutamente sovrano – un vero e proprio punto di svolta nella storia della magistratura italiana².

La Costituzione era stata approvata nel 1948 dopo quasi due anni di intenso e proficuo lavoro dell’Assemblea costituente, ma il sopravvenire della guerra fredda, la rottura dell’unità antifascista che ne era derivata, le asprezze dello scontro politico e sociale del dopoguerra ne avevano di fatto per intere parti praticamente sospeso l’attuazione. Rispetto allo spirito se non anche alla lettera della Costituzione, “il mondo dei tribunali era rimasto inerte, quando non si era rivelato addirittura ostile ai valori costituzionali, come del resto era accaduto più in generale nell’amministrazione stessa dello Stato repubblicano, nei ministeri e nei grandi enti di Stato”³: i principi richiamati nei primi articoli della Carta fondamentale non avevano plasmato lo Stato ed una indiscutibile forte continuità aveva contrassegnato la transizione dalla dittatura alla democrazia, tanto nella legislazione (rimasta, a cominciare dai codici, e in particolare da quelli penale e di procedura penale, la stessa del periodo fascista) che nella magistratura, nel cui ambito continuava ad esercitare un assoluto predominio – anche a scapito della Corte costituzionale, operativa soltanto nel

pubblicana, III, *L’Italia nella crisi mondiale. L’ultimo ventennio*, t. 1, Istituzioni, politiche, culture, pt. II, a cura di BARBAGALLO, TORINO 1997, 159; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in ID., *Legge, Diritto, Giustizia*, Torino, 1998; MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012; MELIS, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Quest. Giust.*, 4, 2019, 120.

² MELIS, *Le correnti nella magistratura*, cit., 120.

Si veda anche VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Annali dell’Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 2013, 371, che insiste per individuare nella Costituzione e nella sua rigidità, con la previsione di principi assolutamente immutabili, un salto di paradigma fondamentale non solo per la magistratura, ma per tutta la cultura giuridica italiana, che iniziava a comprendere come il momento legislativo – espressione principe dell’attività politica – non esaurisse l’esperienza normativa, che vedeva nella giurisdizione un altro fondamentale tassello per la sua costruzione. Dello stesso autore, per un approfondimento dei temi da ultimo accennati, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 2015, 131

³ MELIS, *Le correnti nella magistratura*, cit., 120.

1956 - la Corte di cassazione, i cui componenti erano tutti giudici anziani, già in carriera nel periodo fascista e che negli arresti giurisprudenziali esprimevano il loro pensiero conservatore⁴.

Questo atteggiamento culturale a sua volta presupponeva e si fondava (ma potremmo dire mascherava la sua indubbia caratura politica sottostante, perché, come si dirà, di scelta politica si trattava) su una concezione del magistrato quale “soggetto senza corpo ed emozioni”⁵, che da un lato doveva essere refrattario alle influenze esterne ed immune dalle passioni inquinanti della politica e dall’altro doveva garantire e testimoniare questo suo atteggiamento facendosi interprete di una applicazione meccanica e priva di ogni discrezionalità della lettera delle legge: nessuno spazio vi era e nessuna legittimazione veniva riconosciuta al giudice che ritenesse di dover assumere un ruolo di mediazione tra la norma e la realtà in mutamento.

3. Cambiano i tempi - la legge perde il suo presunto carattere sacrale di atto espressione della volontà generale e viene vista quale risultato di molteplici compromessi ed accomodamenti fra i diversi interessi che trovano ascolto dalla politica (con conseguente sacrificio di quanti i loro interessi non vedevano invece rappresentati...) -, cambiano gli uomini (entra in magistratura una nuova generazione di giudici, più giovani, la cui carriera inizia dopo la fine della guerra e che sono cresciuti nel clima nuovo della democrazia repubblicana: sono i “pretori d’assalto” cui si deve tanto del conflitto fra politica e magistratura in Italia⁶) - e cambia, e non poteva essere altrimenti, anche la concezione del giudice, non più mera bocca della legge, ma soggetto che contribuisce, applicandolo ed interpretandolo, al farsi continuo e dinamico del diritto⁷.

La nuova figura di magistrato viene proposta, per la prima volta, al XII congresso dell’ANM a Gardone⁸ quando si afferma che il giudice “non può essere un perfetto robot, produttore di perfetti sillogismi giuridici; è necessaria-

⁴ Per un tale ricostruzione, con riferimento a scritti dell’epoca, CALAMANDREI, *Polizia e magistratura. Introduzione a un’inchiesta*, in *Il Ponte*, VIII, 1952, n. 1, 90; BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Bari, 1962.

⁵ Si pensi al libro di RAFFAELLI, *Il sacerdote di Temi*, del 1945.

⁶ Su questa fase, comunque importantissima a prescindere dal giudizio che se ve voglia dare, si vedano le stupende pagine di TROISI, *Diario di un giudice*, recentemente ripubblicato per i tipi di Sellerio. Si veda anche SARACENI, *Un secolo e poco più*, sempre di Sellerio, 2019.

⁷ VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 371; BARTOLI, *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema Penale*, 3/2020, 143

⁸ Parla, con riferimento a tale congresso, di “punto di non ritorno”, BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall’attuazione della Costituzione*, cit., 159.

mente una travagliata coscienza umana, che si consuma nello sforzo di individuare la norma nel rispetto delle fonti, ma anche e soprattutto di renderla compatibile con il suo sentimento della giustizia, che si identifica con tutto il suo io ... l'indirizzo politico del giudice entra necessariamente e utilmente, come componente biologica, nella sua attività giurisdizionale”⁹.

Con una tale immagine di giudice la politica è inevitabilmente destinata a scontrarsi. A prescindere da accadimenti e circostanze propri di particolari periodi della storia italiana - in cui i magistrati hanno acquisito una legittimazione morale ulteriore a quella spettantegli come componenti dell'ordine giudiziario (si pensi ai giudici vittime della violenza terroristica e delle organizzazioni criminali, quest'ultimo fenomeno proprio solo ed esclusivamente del nostro paese), ovvero hanno finito per delegittimare fortemente la politica ed i suoi rappresentanti (chiaro il riferimento al 1992 ed agli anni di Tangentopoli), su cui è più corretto discutano gli storici e non un giurista come chi scrive¹⁰, a nostro parere il fulcro del contrasto politica - magistratura è proprio questo: la funzione giudiziaria va intesa e esercitata come attività, descrittiva e veritativa, di quello che è il prodotto tipico dell'azione della politica, ovvero della legge espressione della volontà parlamentare a sua volta inevitabile riflesso della politica *in action* o invece il magistrato - come ritiene ormai da tempo praticamente la totalità del corpo giudiziario - deve “smettere di essere indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese e deve dirigere la sua attività, costruttiva e valutativa, per assicurare un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla

⁹ MARANINI su *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, relazione al XII congresso dell'A.N.M.. Dello stesso si veda (a cura di MARANINI), *Magistrati o funzionari? Atti del Symposium 'Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura'*, Milano 1962.

¹⁰ Le riflessioni che potrebbero farsi in proposito con riferimento ai diversi episodi richiamati nel testo sono molteplici.

Per esemplificare: il fenomeno del terrorismo non è stato solo italiano, ma perché solo nel nostro paese ne è derivata l'attribuzione di una particolare forza morale in capo al giudice?, con la possibile replica a tale critica che in Italia il prezzo di vite umane fra i giudici è stato particolarmente alto.

Ancora, il contrasto alla criminalità organizzata è stato condotto principalmente dalla magistratura e dalle forze dell'ordine, ma poi potrebbe sostenersi che i giudici hanno in proposito equivocato il loro ruolo, conducendo, come si suol dire, una “lotta al fenomeno”, travolgendo forze politiche sulla base di accuse inerenti fattispecie criminose, come il concorso esterno in associazione mafiosa, di dubbia determinatezza e tassatività.

Ancora, con riferimento al momento ed alle vicende storiche a più alto tasso di polemica: che giudizio dare di Tangentopoli? È stata la distruzione di un sistema democratico per via giudiziaria o la magistratura giudici non ha fatto altro che intervenire (sicuramente sulla base di una spinta popolare/populistica che fino ad allora era mancata) in relazione a fenomeni criminali di indiscutibile spessore? Ed il risultato di tale azione giudiziaria quale è stato? Le molte condanne sono comparabili a quanti sono stati riconosciuti innocenti dopo calvari durati molti anni?

Costituzione, al suo indirizzo politico”¹¹?

4. La vicenda Sea Watch è plastico esempio di quanto asseriamo.

A fronte di ben due decreti-legge che si assumevano violati dalla comandante della nave Sea Watch¹², la stessa veniva arrestata in flagranza per i reati di cui agli artt. 1110 Cod. Nav. e 337 c.p., ma il giudice di merito prima e la Cassazione dopo, con grande scandalo, hanno ritenuto insussistenti le condizioni (*sub specie* di mancanza degli elementi di reità e di ricorrenza delle ipotesi delittuose contestate) per procedere alla convalida della misura precautelare adottata. In particolare, il diniego di conferma dell’arresto da parte del giudice delle indagini preliminari di Agrigento viene motivato, per quanto di interesse ai nostri fini, con due argomentazioni che ben evidenziano di quale discrezionalità interpretativa il giudice ritenga di disporre nella ricostruzione della fattispecie incriminatrice: infatti, da un lato nel decreto di rigetto della richiesta di convalida viene enucleato l’obbligo giuridico in capo alle autorità statali di soccorre e fornire prima assistenza allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato, desumendo tale principio “da un articolato *framework* normativo nazionale e sovranazionale”¹³, e dall’altro, nel valutare l’antigiuridicità della condotta tenuta dall’indagata, viene richiamata la scriminante di cui all’art. 51 c.p. sostenendosi che l’arrestato avrebbe adempiuto al dovere di soccorso in mare dei naufraghi, dovere che “non si esaurisce nella presa a bordo [degli stessi], ma nella loro conduzione fino a porto sicuro”.

Esponendo in maniera più completa la motivazione del provvedimento del GIP (condivisa dalla Cassazione): il quadro normativo non impediva né vietava affatto il soccorso in mare dei naufraghi ed il loro trasporto nel cd. porto sicuro (correttamente individuato dall’indagata in Lampedusa, ma questo è un profilo di fatto su cui si può soprassedere in questa sede) e ciò in quanto la costruzione della norma – intesa quale comando da applicare nella vicenda in esame¹⁴ – disciplinante la materia del soccorso in mare non doveva avvenire

¹¹ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti, XII Congresso Nazionale ANM*, Gardone 25-28 settembre 1965, Roma 1966, 310

¹² In questa sede si prescinde da una analitica ricostruzione della vicenda, vividamente ripercorsa in MORSELLI, *La natura di nave da guerra della motovedetta V.808 al vaglio della Cassazione (a proposito dell’arresto non convalidato di Carola Rackete)*, in *questa Rivista*, 1, 2020; BISCEGLIA, *Non esistono fatti ma solo interpretazioni*, *ivi*; VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo del caso Sea Watch3*, in *Criminalia*, 2020.

¹³ BISCEGLIA, *Non esistono fatti*, cit., 3.

¹⁴ Quasi superfluo il riferimento, fra i tanti che si possono citare in questa sede, a CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, Milano 1964, 195. In breve, la disposizione giuridica è

mediante un riferimento alle sole disposizioni presenti nei d.l. n. 113 del 2018 e 53 del 2019 ma sulla base di una pluralità di fonti normative da individuarsi negli accordi internazionali in vigore in Italia quali l'art. 98 della Convenzione sul diritto del mare di Montego Bay, nonché in disposizioni facenti parte a pieno titolo dell'ordinamento italiano come gli artt. 1158 e 490 cod. nav. che sanzionano il mancato rispetto dei doveri di soccorso e assistenza. Come si legge nel provvedimento impugnato in Cassazione (e dalla Corte confermato), «in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di “porti chiusi” o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministro dell'Interno che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave Sea Watch 3, nel mare territoriale nazionale... [stante il fatto che] gli accordi internazionali in vigore in Italia... assumono, in base al principio fondamentale *pacta sunt servanda*, un carattere di sovraordinazione rispetto alla disciplina interna ai sensi dell'art. 117 Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitabile nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».

Come si vede, l'approccio della giurisprudenza alla vicenda in esame è stato un diretto precipitato della nuova figura di giudice che abbiamo visto affacciarsi sul finire degli anni Sessanta, contestualmente al maturare della consapevolezza dei valori espressi nella Costituzione. Abbandonato il principio (ideale ma di fatto mai realmente concretatosi¹⁵) della assoluta supremazia del legislatore rispetto al giudice con conseguente totale primato della lettera e del testo della legge sull'attività interpretativa del magistrato, cui, quale automa, era attribuito (e veniva rinchiuso nel) il compito di “applicare (ribaltare) direttamente al caso concreto la legge astratta in quanto tale [dovendosi] incentrare l'attività interpretativa su criteri ermeneutici nella sostanza linguistici”¹⁶, il giudice agrigentino ritiene che suo compito sia quello di rinvenire, fra le parole del legislatore, quella norma che si presenti nel caso di specie come maggiormente conforme ai valori espressi dalla Costituzione¹⁷, ricavando dalla

l'enunciato facente parte del discorso del legislatore, mentre per norma si intende il significato, attribuito in sede di interpretazione, a questi enunciati: TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 9.

¹⁵ “L'unico principio costituzionale di cui, di fatto, è pressoché impossibile assicurare l'osservanza, nella concreta esperienza del diritto, è proprio il principio di legalità”, CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, Roma - Bari 2002, 227.

¹⁶ BARTOLI, *Le garanzie della “nuova” legalità*, cit., 143.

¹⁷ Senza pretesa di completezza, MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008;

formula linguistica un significato che va ben oltre da quello “fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” ed operando, se necessario (come appunto verificatosi nel caso *Sea Watch*), anche una articolata ricostruzione dell’intero quadro normativo nel cui ambito la singola disposizione, in prima battuta l’unica rilevante per il caso da decidere, si presenta come un tassello (e a volte nemmeno il più importante) della prescrizione finale da applicare alla fattispecie concreta.

Le due decisioni (ed in particolare il provvedimento di merito) sono state oggetto di aspre critiche – che, ad onor del vero, fino ad oggi non ci risultano provengano da fonti particolarmente qualificate¹⁸ ma solo da *mass-media* privi di competenza giuridica o da appartenenti a forze politiche che avevano fortemente propugnato l’approvazione dei decreti-legge asseritamente non osservati dall’indagata e dai giudici. A prescindere dal merito delle stesse, quello che rileva in questa sede è che le censure mosse ad entrambe le pronunce riguardano la loro mancata legittimazione democratica nel senso che, secondo i critici, il giudice per sue proprie ragioni ideologiche e *latu sensu* politiche aveva scelto deliberatamente di decidere in senso difforme da quello che gli imponeva il testo normativo, chiaro e inequivocabile nel suo significato, e quindi in modo contrario alla volontà popolare come espressa e formalizzata nei due decreti legge di cui si è detto. Detto in maniera sbrigativa – peraltro in modo conforme al livello di profondità culturale delle critiche fino ad ora lette – “se un giudice non è d’accordo con la politica in materia di immigrazione del Governo italiano, legittimamente eletto dai cittadini, si presenti in politica e si faccia eleggere e poi, dal Parlamento, cambi le leggi, ma fino a quando è giudice e non legislatore, osservi scupolosamente le norme”.

5. Ed allora? Se è innegabile l’esistenza in Italia di un forte contrasto fra magistratura e politica e pure si concorda con la nostra ricostruzione in ordine al fondamento ed alle ragioni più profonde di questo conflitto, quali conclusioni trarre? E’ preferibile ritornare ad una concezione del giudice quale mero esecutore di una *voluntas legis* facilmente ricavabile dalla lettera del dettato legislativo, chiara e leggibile senza alcun equivoco o invece è il caso di prendere

VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011; SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell’interpretazione conforme*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 2012, 24, 37; LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano 2016, 391.

¹⁸ Fanno eccezione le critiche, che pur non condividiamo, di VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo del caso Sea Watch3*, in *Criminalia*, 2020.

atto del ruolo costruttivo del giudice il quale, in collaborazione con altri organi giurisdizionali (potremmo forse dire con altri “momenti” giurisdizionali che attraversano la vita concreta di un ordinamento giuridico) come la Corte costituzionale o i giudici sovranazionali, diventa “protagonista della legalità”¹⁹, la quale legalità viene ad essere prodotta tanto dalla giurisprudenza che dal potere legislativo²⁰? E poi, per tornare alla vicenda da cui originano queste riflessioni, la decisione del giudice delle indagini preliminari prima e della Cassazione poi sulla condotta della comandante della nave Sea Watch sono condivisibili, sono corrette o no?

All’ultima domanda non risponderemo. Ciò che intendiamo fare è dare alcune indicazioni generali e di metodo alla luce delle quali poi chi vuole potrà valutare le decisioni del GIP e della Cassazione, fornendo delle stesse un giudizio che sarà sempre opinabile ma che avrà comunque un contenuto - differentemente dalle reazioni fino ad ora osservate, più degne di un clima da stadio che di una collettività democratica - idoneo ad instaurare un confronto pacato pur fra soggetti portatori di istanze e di ideologie (perché della propria ideologia, della propria *Weltanschauung*, nel giudicare - e nel redigere - un provvedimento giudiziario non ci si può liberare....) diverse.

6. Il primo punto da sottolineare è che è implausibile (diremmo antistorico) sostenere che, per contrastare la temuta “egemonia del potere giudiziario sulla produzione del diritto”²¹, sarebbe necessario consentire - e quindi qualificare come corretta - solo quella interpretazione giurisdizionale che appaia e che si svolga in assoluto rispetto della lettera della legge. Secondo quanti sostengono questa posizione, pur non potendosi negare che l’attività di interpretazione e applicazione rechi margini inevitabili di discrezionalità nel determinare il significato degli enunciati²², comunque bisognerebbe impedire ogni

¹⁹ BELFIORE, *Giurisprudenze costituzionali e “diritto penale europeo”*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano 2006, 41, che richiama il ruolo che la Corte costituzionale riconosce alla fonte giurisprudenziale di precisare i confini semantici della norma incriminatrice, contribuendo così, in collaborazione appunto con la finta legislativa, a rendere effettivo il principio di stretta legalità.

²⁰ Se non addirittura più dalla giurisprudenza che dal legislatore, come sostenuto, con riferimento all’azione amministrativa, da MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna 2008, in particolare pag. 14.

²¹ NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in *questa Rivista*, 2017, 421.

²² Affermare ciò significherebbe di fatto negare l’evoluzione del pensiero giuridico quanto meno dell’ultimo ventennio, basti pensare agli studi di TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano 1980, 341; GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano 1993, 379; BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990, 306.

forma di evasione dai limiti contenitivi del dettato normativo²³: per quanto polisensa ed aperta possa essere la formulazione linguistica della singola disposizione presa in considerazione, la stessa consentirebbe di riferire a quest'ultima un significato, non univoco ma comunque delimitato in maniera intellegibile e comunicabile dalle stesse "regole semantiche e sintattiche della lingua nella quale è formulato lo stesso enunciato oggetto di interpretazione"²⁴.

Solo il rispetto della lettera della legge ed il conseguente confinamento del giudice ad un ruolo di mero, seppur autorevole, "dichiarante ufficiale" del comando espresso nella stessa consentirebbe di tutelare, mediante la prevenzione della "crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, [il fondamentale valore rappresentato] dall'equilibrio dei rapporti tra i poteri"²⁵ dello Stato. La legge è l'atto tipico della volontà politica e l'ossequio del giudice alla lettera della stessa – o meglio alla norma che dalle sue parole scaturisce in modo fluido ed inequivoco – rappresenta il giusto riconoscimento dell'attribuzione monopolistica al legislatore (e quindi al Parlamento e quindi alla politica che nelle Camere si esprime) del potere di produzione del diritto, in specie del diritto penale: è il disegno costituzionale che lo impone, laddove la Carta colloca la sovranità in capo al popolo la cui volontà, espressa nei modi e nei limiti di cui all'art. 1 Cost., si manifesta nel contenuto normativo presente negli atti, di provenienza *latu sensu* politica, di cui agli artt. 72 ss. della stessa Costituzione.

"Posto come principio supremo l'autorità dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza. Certezza del diritto vuol dire innanzitutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi dell'autorità dello Stato, la quale non può esprimersi che o attraverso la norma giuridica o attraverso il legale funzionamento di istituzioni da esso regolate". Parole aderenti e ben espressive dell'orientamento ora esposto: che la citazione non sia attualissima (si tratta di un lavoro di PETROCELLI del 1941²⁶ ...) non è colpa nostra.

²³ NEGRI, *Splendori e miserie*, 422; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto* (2007), in *Id.*, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 15.

²⁴ VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia*, 2008, 2, 41. Nello stesso senso DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 14.

²⁵ FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *www.questionegiustizia.it*. Nello stesso senso CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 87; FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in DOLCINI E PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 239.

²⁶ PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 20.

7.1. Ci sarebbe molto da dire su questa ricostruzione. Certo essa non convince o comunque non è più attuale per due considerazioni di carattere generale ed alla luce di consolidate acquisizioni in tema di teoria dell'interpretazione. Con riferimento alle affermazioni, espresse da quanti vogliono arrestare il pericoloso declino verso una democrazia giudiziaria, va detto che il mito del primato della legge quale espressione della volontà generale - "termine medio fra il soggetto ed il potere, traducendo la razionale di volontà di quest'ultimo nei diritti naturalmente spettanti al primo"²⁷ - ha già da tempo perso di credibilità. Il crollo dello Stato liberale ottocentesco tipicamente "monoclasse"²⁸, che faceva propria la celebre formula rousseauviana²⁹, e l'affermarsi delle nuove democrazie del novecento hanno fatto emergere quello che qualcuno ha denominato "il volto oscuro della legalità"³⁰ ovvero la consapevolezza che il soggetto unico di diritto, presupposto dalla codificazione napoleonica, non era affatto quel soggetto generale ed astratto promesso dalla rivoluzione francese, ma aveva l'abito "che ha sempre indossato, di un soggetto particolare e concreto, l'uomo borghese, o, per essere più precisi, il maschio possidente, adulto e sano di mente"³¹.

A queste criticità la nostra Costituzione aveva cercato (riuscendosi, almeno sul piano normativo) di rimediare ricercando quel ben noto carattere di compromesso fra la protezione dei diritti di libertà, propri dello Stato liberale, ed il riconoscimento e la promozione dei cd. diritti sociali, nonché mediante un equilibrato assetto dei poteri ed un articolato funzionamento delle funzioni legislative e di governo. Proprio tale equilibrio però in Italia è venuto, recentemente, a spezzarsi giacché l'affermarsi di "una concezione giacobina (in salsa neoconservatrice) del principio maggioritario [ha finito] per spezzare il nesso ideale fra volontà della maggioranza e ragione discorsiva, facendo della legge puramente e semplicemente, *quod principi placuit*"³²; è accaduto così che la strumentalizzazione del principio di legalità ad opera di una sola parte

²⁷ COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Costa e Zolo, Milano, 2002, 97.

²⁸ GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di SANTANIELLO, I, Padova, 1988, cap. IX.

²⁹ Secondo il filosofo francese, come è noto, la sovranità non poteva essere rappresentata, per cui la stessa andava rinvenuta nella legge in cui il popolo medesimo, promulgandola, esprime la sua volontà.

³⁰ VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 383.

³¹ VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 384 che a sua volta riprende le considerazioni di TARELLO, *A proposito del "Codè Napoleón"*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, 136.

³² PULITANO, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di INSOLERA, Bologna 2005, 128.

politica (volta a volta quella vincente), conseguente all'exasperazione del principio maggioritario di questi ultimi anni ed il contestuale venir meno della funzione legittimante delle opposizioni e delle minoranze, escluse, a differenza del passato, da un efficace ruolo nel sistema istituzionale, ha condotto a vedere "ogni legge come atto politico di parte .. come legge degli altri e non più come legge dello Stato, [determinando] la separazione fra legge, legalità e senso di cittadinanza"³³.

In tale quadro storico, la legge, non solo ha perso l'attributo di espressione di una (ormai demitizzata) volontà popolare, ma viene privata di ogni presunzione *iuris et de iure* di razionalità e ragionevolezza e facilmente viene concepita dalla collettività (o almeno da parte della stessa e cioè quella che è stata estromessa dalla sua approvazione, in virtù della nuova struttura maggioritaria della nostra democrazia) quale strumento per fini politici rispondenti ad interessi di un settore ben specifico della cittadinanza. Che la magistratura in tali circostanze acquisti una propria legittimazione, non più organo che deve limitarsi ad una risoluzione delle controversie mediante un'applicazione meccanica e irriflessiva della legge - esaurendosi la sua discrezionalità, al più, nella individuazione della disposizione normativa rilevante per il caso di specie -, ma quale garante della razionalità e giustizia della soluzione che alla vicenda ha dato il legislatore mediante la formulazione in astratto del principio legislativo (della cui conformità ai valori fondamentali dello Stato il giudice stesso fornisce argomenti giustificativi), non può sorprendere ... anche perché a tale ruolo di garante, dopo il 1948, il giudice è obbligato³⁴.

E questa considerazione introduce la seconda ragione per cui oggi ricostruire il compito del giudice quale mera applicazione di una determinata disposizione ricavabile dalle parole di una legge o atto avente forza equivalente (intendendo queste espressioni come facenti riferimento ai provvedimenti di cui agli artt. 72 ss. Cost.) è, non solo "ingenuo" a livello di teoria generale, ma

³³ BILANCIA, *La legalità: tramonto di una categoria giuspolitica*, in www.costituzionalismo.it, 2008, 3, 6. Sulla crisi della legge, si veda anche DE FIORES, *La crisi della legge. Trasformazioni dello Stato-nazione e produzione normativa*, in *Dem. dir.*, 2001, 88.

³⁴ Cfr. SANCHIS, *La teoria del diritto nei "principia iuris" di Luigi Ferrajoli*, in DE LUCIA (a cura di), *Assiomatica del diritto. Filosofia e critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano 2011, 181, secondo cui il pendolo della cultura giuridica occidentale tende oggi ad oscillare in direzione della tradizione giusfilosofica del pensiero dialettico o problematico e ad allontanarsi, invece, da quella del pensiero razionalistico o sistematico. La prima vede nel diritto, più che un universo normativo con la legge al suo vertice, un insieme di argomenti idonei ad orientare il ragionamento dei giuristi, non ritenendo possibile ricostruire l'ordine giuridico come un sistema razionale, unitario, completo e coerente, mentre la seconda tradizione vede il diritto come un ordine razionale dotato di una logica interna, suscettibile di analisi per una ricostruzione razionale e definitiva.

anche *contra ius*.

7.2. L'entrata in vigore della Costituzione ha segnato per l'Italia, come per le altre organizzazioni giuridiche occidentali, l'introduzione di un livello ulteriore di norme, le norme costituzionali, poste al di sopra del livello di cui fanno parte le leggi e la cui presenza ha favorito, anzi imposto, il riconoscimento di una centralità dell'interpretazione giudiziale. Mentre nelle concezioni giuspositivistiche tradizionali - che ignoravano la presenza in un ordinamento di un livello di norme sovraordinate rispetto alla legge ordinaria - si poneva solo un problema di validità (ma forse sarebbe meglio dire di esistenza) delle disposizioni, il quale era risolto verificando la conformità del singolo enunciato alle altre disposizioni che ne disciplinavano la creazione e l'introduzione nel sistema, oggi il giudizio sulla validità della norma presuppone un accertamento (anche) della conformità del contenuto di significato della disposizione (e quindi delle norme da essa ricavabili) rispetto ai principi costituzionali e "questo accertamento sulla conformità presuppone l'interpretazione del contenuto di significato delle disposizioni legislative in questione [ed] anche [una ulteriore interpretazione] del contenuto di significato dei principi costituzionali"³⁵. L'interpretazione dunque è componente ineludibile del potere giudiziario perché essa ha un ruolo essenziale nel(l'immane, perché imposto dalla Carta fondamentale) processo di controllo della validità materiale e contenutistica di una legge, dipendendo tale carattere della norma ordinaria dalla conformità del suo contenuto rispetto alle norme di grado superiore³⁶.

Nel contesto descritto sopra, è inevitabile che aumenti il peso e l'importanza dell'interpretazione (di tutti i giuristi ma per ovvie ragioni in particolare) del giudice in quanto si allarga a dismisura da un lato il settore dell'interpretazione costituzionale, intesa quale interpretazione propria delle disposizioni costituzionali, e l'interpretazione conforme a Costituzione o costituzionalmente orientata, dall'altro, intesa come attività di ermenesi delle disposizioni di legge diretta a trarre dalle stesse (non qualsivoglia norma che possa essere suggerita dalla formula lessicale che vi compare, ma solo quella) che, pur con un significato meno prossimo di altre alla lettera, risulti maggiormente conforme ai principi supremi³⁷. Dovendosi poi aggiungere, con

³⁵ VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino 2012, 7, neretto nostro.

³⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, XI ed., Roma - Bari, 1999, 97.

³⁷ Su tale metodo interpretativo, limitando le citazioni in ragione dei confini lavoro, MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011; SORRENTI, *L'interpretazione conforme a*

considerazione particolarmente aderente al caso di specie visto i richiami presenti nell'ordinanza del giudice agrigentino a Convenzioni internazionali, che nell'attuale momento storico il giudice deve interpretare la legge perché la sua validità oggi non dipende solo dalla conformità del comando che se ne può trarre alla Costituzione ma anche dal rapporto di compatibilità con molteplici fonti sovranazionali a partire da quelle comunitarie e poi da quelle, appunto, convenzionali, con particolare riguardo alle previsioni contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁸.

L'interpretazione dunque non può più essere quella semplice attività meccanica che si riteneva sufficiente perché il giudice potesse trarre dalla singola disposizione l'unico comando che nella stessa si riteneva espresso in termini inequivocabili da un legislatore fornito di propria ed autonoma volontà. Se la legge vuole essere comando, l'individuazione di tale comando non esiste prima e senza la indispensabile collaborazione del giudice, che dalle parole della legge stessa sceglie (e scegliendo crea perché non può non creare) la norma da applicare al caso da decidere.

7.3. Ma, si dirà, se ciò è vero, è altresì vero che l'attività ermeneutica del giudice deve partire sempre dal testo lessicale da interpretare. Come direbbe ECO se si parla di interpretazione è perché vi è qualcosa da interpretare e se si parla di interpretazione di un testo è il testo, e non altro, che va interpretato³⁹. Queste considerazioni sono senz'altro corrette ed infatti - come diremo nel prossimo ed ultimo paragrafo - è senz'altro possibile valutare e giudicare della correttezza di una decisione giurisdizionale, anche di quelle che hanno definito la vicenda Sea Watch. Però occorre sempre considerare che la possibilità di arginare la discrezionalità interpretativa del giudice mediante un forte ancoraggio al dato letterale della norma è spesso assai sovrastimata, potendosi sempre rinvenire nelle formule lessicali e nelle parole delle diverse previsioni una tale molteplicità di significati da rendere implausibile anche la sola ipotizzabilità di incontestate «linea di rottura» col dato positivo, ossia l'evasione dai

Costituzione, Milano, 2006. Più di recente, nel senso di negare autonomia concettuale a tale forma di interpretazione rispetto alla più generale categoria di interpretazione sistematica, LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 2012, 24, 37; LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano 2016, 391.

³⁸ Nel senso di ridimensionare il richiamo a tali fonti sovranazionali, quanto meno con riferimento al caso Sea watch, VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo del caso Sea Watch3*, in *Criminalia*, 2020.

³⁹ ECO, *I limiti dell'interpretazione*, La nave di Teseo, 2016, 12.

limiti contenitivi del medesimo”⁴⁰.

Nessuna norma può dirsi così chiara da non aver bisogno di essere interpretata per cui anche quando si è innanzi ad enunciati formulati in modo *prima facie* dettagliato e preciso vi è comunque la necessità – in ragione dei problemi di carattere semantico e sintattico cui le disposizioni di legge inevitabilmente danno luogo e che impediscono di conferire carattere logico o necessitato ad una determinata attribuzione di significato al testo normativo⁴¹ - di optare fra una gamma di alternative di significato⁴², così che la scelta della disposizione giuridica presuppone inevitabilmente l’adozione di una fra le diverse possibili interpretazioni che sempre possono darsi della espressione linguistica contenuta nella previsione prescrittiva⁴³. Non ha senso dunque parlare di una volontà del legislatore inequivocabilmente espressa nella formula linguistica che compare nella legge giacché anche coloro che sostengono doversi privilegiare la loro attribuzione di significato in quanto aderente (o comunque più aderente di altre) al significato proprio della formulazione linguistica che dà corpo alla disposizione in realtà propugnano una interpretazione del disposto normativo che è il risultato della loro adesione ad una teoria generale o ad una ideologia del diritto, la quale condiziona “la scelta dei criteri [adottati] per attribuire significati agli enunciati normativi, e quindi, in ultima analisi determina la scelta del metodo interpretativo e l’interpretazione che nel caso concreto viene data di una norma”⁴⁴.

⁴⁰ NEGRI, *Splendori e miserie*, cit., 422.

⁴¹ Sul punto, ALCHOURRON - BULYGIN, *Limiti della logica cit.*, 151; LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990; GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti giuridici*, Milano 2004; CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna 2007. Con specifico riferimento all’ambito penalistico, DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Cass. Pen.*, 2016, 3, 14.

⁴² TARUFFO, *Giudizio, (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma 1990, 5, secondo cui “la struttura aperta del linguaggio comune e giuridico e l’ambiguità degli enunciati normativi escludono che qualunque enunciato possa avere un solo significato”. Secondo CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro It.*, 1988, V, 484, “l’interpretazione delle norme giuridiche è un’attività ... necessariamente creativa”.

⁴³ Che qualsiasi testo sia privo di significato – almeno di un significato determinato, suscettibile di dar luogo ad una sua applicazione pratica – prima di essere sottoposto ad una forma di interpretazione è acquisizione ormai pacifica, che si deve principalmente alle riflessioni della filosofia ermeneutica: cfr. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di MARINO, Milano 2003; GADAMER, *Verità e metodo* (1986 - 1993), trad. it. DOTTORI, Bompiani, Milano 1996; ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici di Hans Georg Gadamer*, Milano 1984. Nell’ambito degli studi giuridici, di recente ma senza alcuna pretesa di completezza, FIANDACA, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova 1997; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Padova 1999; BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova 2013.

⁴⁴ TARUFFO, *Giudizio cit.*, 5, il quale sottolinea come il problema evidenziato nel testo non possa dirsi

Giudicare significa interpretare, interpretare il fatto da decidere e la legge sulla base della quale decidere (ovvero, come detto, trarre mediante l'interpretazione dalla legge conferente al caso di specie la norma da applicare al caso di specie) e nell'interpretazione "la [apparente] rigidità del significato delle parole o locuzioni contenute nelle disposizioni o comunque la rigidità del loro significato tradizionalmente accettato e spesso considerato come l'unico possibile" può legittimamente venire meno con l'eventuale mutare della sensibilità del giudicante⁴⁵.

8. Ma allora ogni provvedimento giurisdizionale è insindacabile? Se l'interpretazione è una attività così impregnata di discrezionalità, se nell'interpretazione il giudice è libero di abbandonarsi alla propria sensibilità, alla propria ideologica politica, allora non vi è alcuno spazio per una critica delle sentenze? A questo punto, potrebbe ritenersi che lo stesso compito della Cassazione sia privo di senso in quanto mancherebbero gli stessi fondamenti epistemologici per impugnare una decisione e verificarne in sede di legittimità la correttezza.

A questo punto, le pagine della rivista dedicate alla vicenda Sea Watch sarebbero inutili perché pretendono di valutare una decisione che, proprio in quanto risultato di una legittima ed ineliminabile opera di ricostruzione interpretativa da parte del giudice, non sarebbe in alcun modo sindacabile.

Non abbiamo detto questo, né è nostra intenzione affermarlo. Quello che ci preme evidenziare è che la critica ad un provvedimento giudiziario non può passare per una valutazione circa la distanza, maggiore o minore, delle sue conclusioni rispetto alla lettera della legge o - affermazione ancora più incomprensibile.... - alla volontà del legislatore. La critica di un provvedimento giudiziario passa per una analisi attenta dei suoi contenuti, per un esame delle ragioni portate a sostegno, per la presenza o meno di argomenti che impongono una lettura costituzionalmente orientata dell'espressione sintattica che compare nella disposizione e, magari, anche prendendo atto che il provvedi-

risolto nemmeno in presenza di una interpretazione prevalente o consolidata di una data previsione normativa. In tal caso, infatti, qualora il giudice recepisca tale interpretazione egli comunque fa propria una determinata opzione interpretativa, sia pur condivisa dalla maggioranza: "la scelta interpretativa è sempre alla base di qualsivoglia interpretazione, anche quando il giudice ritiene di non avere scelta". Per una radicale critica all'effettiva utilità dei metodi di interpretazione, ed in particolare modo a quello letterale, FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Atti del convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, 6 - 8 dicembre 2002, Milano 2004, 65.

⁴⁵ VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 40.

mento (nonostante le obiezioni che si intendono muovere) è stato comunque confermato dal Supremo Consesso giurisdizionale della nostra nazione, e quindi vi è una presunzione di correttezza dello stesso la quale può ben essere superata ma argomentando con particolare attenzione i punti di criticità¹⁶. Al di là della condivisibilità della soluzione cui la giurisprudenza è pervenuta nel caso *Sea Watch*, ci pare che un tale atteggiamento ponderato e competente sia mancato nella critica ai provvedimenti del giudice di Agrigento e della Cassazione. Certo, giudicare e criticare una decisione giurisdizionale è difficile e magari non è compito per tutti: sarebbe preferibile lasciarlo ai giuristi, mentre i politici (e più ancora i giornalisti e i leoni da *socia*) farebbero bene a fare propria la prudenza di Wittgnstein: “di ciò di cui non si può parlare....”

¹⁶ Altrimenti si rischia di fare la fine di un sottosegretario il quale, commentando una decisione del Tribunale di Milano che sconfessava quella che a suo avviso era una lettura assolutamente sbagliata dei giudici meneghini della riforma in tema di rogatorie internazionali, gridò “arrestateli tutti!”. Evidentemente la competenza in materia di diritto processuale penale di quel politico - che pure quella materia insegnava come ordinario in una università italiana - si rivelò pari alla sua capacità di contenenza, visto che l'interpretazione del tribunale di Milano venne confermata - e mai smentita in successive decisioni - dalla Cassazione....