

La legittimazione della giustizia penale nell'epoca del diritto tecnocratico

Opinioni

FAUSTO GIUNTA

La *legittimazione* della giustizia penale è tema perennemente attuale.

Legittimazione sta per conformazione dell'agire istituzionale a un fondamento giustificativo.

Ben più degli altri rami dell'ordinamento, il diritto penale deve fare i conti con il problema della legittimazione. La sua indiscussa necessità sociale non lo esenta da questa riflessione. È ben vero, anzi, che la storia teorica del diritto penale è, prioritariamente, storia delle condizioni culturali di accettabilità dello strumento punitivo.

Nel diritto penale giustizia ed effettività – che pure sono caratteri fondamentali e irrinunciabili – non bastano. La tutela deve giungere da poteri legittimati e attraverso procedure legittimanti. Solo per fare un esempio: la vendetta della vittima può anche risultare proporzionata all'offesa subita ed essere efficace sotto il profilo dissuasivo. Essa, però, nel nostro ordinamento difetterà sempre di qualunque legittimazione, per la condivisibile scelta del sistema di centralizzare e statalizzare l'esercizio dello *ius puniendi*.

Tutto ciò dipende dai contenuti della pena, quale categoria che tuttora incentra la sua afflittività sui beni fondamentali della persona. La pena non è solo sospensione di diritti: tocca il cittadino nel suo corpo. Per questa ragione, il diritto penale, anche dopo molti secoli, rimane *ius terribile*. La sua incidenza sul generale diritto di libertà opera ancor prima che la pena si concretizzi. Già la posizione del divieto penale è di per sé compressione della libertà di agire. Il diritto penale, dunque, è un diritto doppiamente eccezionale rispetto al principio generale di libertà: per il modo di operare dei suoi divieti, prima, e per i contenuti delle sue sanzioni, dopo.

Ciò rende ragione della irriducibile specificità penalistica: ideologica, culturale, metodologica. La qual cosa non significa ghetizzare il diritto penale e la scienza che lo studia. Il penalista è un giurista dell'ordinamento perché il diritto penale partecipa all'ordinamento nel suo complesso: si intreccia sempre più con il diritto extrapenale, mantenendo, però, uno statuto di garanzie che si può discutere nel *quomodo*, non certo nell'*an*.

Da qui il carattere apparentemente ossimorico dell'espressione "diritto penale", dove l'aggettivo "penale", all'evidenza vittimocentrico, evoca la prevenzione, ossia il bastone dell'ordinamento, mentre il sostantivo "diritto", all'evidenza reocentrico, è il condensato delle garanzie legittimanti. Ebbene, il diritto penale sfugge al rischio della contraddizione nella misura in cui riesce a condensare un ottimale punto di equilibrio tra tutela e garanzie, fermo restando che il "diritto", in questa prospettiva, è il limite invalicabile del "penale".

Qual è al riguardo l'odierna situazione spirituale della scienza penalistica? È forte l'impressione di un'eccessiva polarizzazione dell'attenzione sul "penale", sempre più – nell'uso linguistico - aggettivo sostantivato.

Ma non è tutto. Bisogna anche chiedersi chi fa il "penale" oggi? Stando ai principi costituzionali viene qui in rilievo, in particolare, il corollario più vituperato del principio di legalità, qual è il monopolio parlamentare della produzione penale. La riserva di legge rappresenta qualcosa di più di un semplice precipitato della separazione dei poteri: essa pone al centro del raggio di azione della prevenzione penale una scelta politica dei rappresentanti del popolo.

Com'è noto, con la modernità il diritto penale si secolarizza: recide le sue ascendenze teocratiche, per incarnarsi nel sociale, quale frutto di un confronto dialettico e oppositivo tra visioni politico-criminali diverse, per lo più mediabili, talvolta inevitabilmente alternative. Con l'avvento delle costituzioni rigide post-belliche, la politica criminale ha trovato i suoi limiti valoriali inderogabili nei principi costituzionali, quali antidoti contro il rischio di una dittatura della maggioranza. Ma la criminalizzazione non ha cessato di essere in essenza scelta politica, pur nel perimetro del volto costituzionale della parte generale. La *lex parlamentaria*, prodotta in origine in base a una legge elettorale proporzionale, offriva alla politica non solo il luogo del confronto, ma soprattutto una procedura legittimante, fondata sul principio della rappresentanza.

Negli ultimi lustri le cose sembrano essere cambiate. La svalutazione del principio della rappresentanza – espressione di un'epoca nella quale il cittadino vede accrescere le sue libertà di consumatore, ma non i suoi diritti di partecipazione – si riflette sul ruolo della politica parlamentare sempre più subalterna a quella governativa, a sua volta, e non di rado, intesa a conciliare il carattere verticistico della scelta con l'intonazione di fondo populistica (si pensi, per esempio, alla recente normativa in materia di omicidio stradale). Del tutto extraparlamentari sono in origine gli obblighi di penalizzazione di matrice europea. La norma penale nasce da alambicchi tecnocratici ed elitari, che si pongono al di sopra della politica quale espressione del corpo elettorale. Il parlamento, all'occorrenza spronato dal voto di fiducia, è in realtà bocca del governo o della fonte europea, ha un ruolo ratificante.

In questo contesto il diritto penale risulta un prodotto ambivalente, non privo di tensioni interne apparentemente contraddittorie. Per un verso, esso registra un recupero della sua dimensione morale e del ruolo di garante privilegiato dell'etica pubblica; per l'altro, ne risulta accentuata la giustificazione tecnica della disciplina penale, necessitata dalla dimensione globale dei fenomeni. Segnatamente la costruzione di un ordine giuridico europeo sembra superare l'orizzonte della politica tradizionalmente intesa, non perché la scelta po-

litico-criminale manchi del tutto, ma perché essa è divenuta competenza di sapienze apicali che operano in nome del popolo europeo, senza la partecipazione del popolo. Come non si manca di rilevare, nelle tecnocrazie la legittimazione non è una categoria politica, bensì una proprietà funzionale, misurabile attraverso i risultati che un'oligarchia direttiva, avulsa dal principio della rappresentanza democratica, riesce a raggiungere. A voler assecondare questo ragionamento, però, va anche detto che, nel caso del diritto dell'Unione europea e della sua influenza nel campo penale, il federalismo governativo d'oltralpe non assicura nemmeno un risultato regolativo che, per la sua bontà, possa convincere a tralasciare, pragmaticamente, il persistente deficit democratico delle istituzioni europee. La matrice storicamente mercantile del progetto europeo, ancora fortemente presente, mal si concilia con l'ethos del diritto penale, che rimane prioritariamente personalistico.

Vi è un altro fenomeno speculare che deve sottolinearsi: la crescita di importanza della giurisdizione e del suo ambito naturale di agibilità, il processo. L'universo giuridico tende verso la iurecrazia. Dall'assolutismo giuridico, di marca legislativa, siamo passati a un novello assolutismo giudiziario, che vede il giudice arbitro (più che prigioniero) del pluralismo delle fonti. La precomprensione orienta la scelta della fonte in vista dell'esito regolativo perseguito. Una volta fatta la scelta, la strada motivazionale si trova.

Anche la crescente creatività dell'interpretazione giudiziale è coerente con la nuova immagine del giudice facitore del diritto, che ha frantumato l'idea illuministica della sua soggezione alla legge. La legalità non è più il punto di partenza della funzione regolativa del diritto, ma l'auspicabile punto di arrivo. *Scripta volant*. La precisione del testo è sempre meno importante, come conferma la giurisprudenza costituzionale, che ammette la sanabilità di pressoché ogni tipo di indeterminatezza da parte del diritto vivente, quale che sia la soluzione ermeneutica. Al punto che la recente produzione parlamentare non teme di offrire al giudice prodotti normativi semilavorati (si pensi, per esempio, agli *ecodelitti* di recente conio legislativo). Quel che conta è la "determinabilità" giudiziale, caratteristica, almeno in astratto, di tutti gli enunciati. L'indeterminatezza, allora, da fenomeno patologico sembra incarnare una nuova fisiologia, in nome di una *governance* del "penale" in cui il legislatore maggioritario, magari orientato da fonti europee, svolge un ruolo servente rispetto al giudice-colegislatore.

In breve: sembra prevalere oggi la dimensione tecnica del diritto, sia nella fase progettuale che in quella applicativa, con il fondato sospetto, però, che essa non abbia prosciugato affatto la scelta politica, ma l'abbia opacizzata e mimetizzata, allocandola "altrove" rispetto alla centralità parlamentare che le aveva assegnato la modernità nel quadro della topografia dei poteri. La technicalità del diritto penale finisce per apparire, allora, non una caratteristica del diritto quale prodotto, ma la veste legittimante dei suoi produttori, un'asserita aristocrazia di giuristi che si pongono quali diretti interpreti del sociale, senza il vincolo o oltre il filtro della norma giuridica.

Indebolito nel suo cardine fondamentale – qual era il principio di stretta legalità, principale polmone della politica criminale e al contempo vincolo per il giudice – il diritto penale sostanziale vede regredire la sua importanza, a tutto vantaggio del c.d. potere

normativo del processo. Ma quali garanzie compensative della legalità sostanziale in crisi offre oggi il processo? Sono sufficienti i principi del giusto processo – tra cui la terzietà del giudice e il contraddittorio tra le parti – a legittimare lo svincolo della decisione da uno stringente parametro legislativo?

Gli scenari che si dischiudono devono far riflettere anche sulla cifra culturale della dimensione normativa sovranazionale, caratterizzata dalla commistione di paradigmi tra loro diversi, se non opposti: da un lato, l'ispirazione degli stati nazionali al modello prevalente del *civil law*, dall'altro, le similitudini tra il diritto europeo e il modo di funzionare del *common law*, ma senza i contrappesi istituzionali, garantistici e partecipativi, di quel sistema (investitura politica della magistratura, ruolo della giuria popolare, principio dello *stare decisis*, ecc.).

La creazione giurisprudenziale del precetto garantisce, anche in modo indiretto, il tradizionale coefficiente di coinvolgimento democratico nella scelta politico-criminale? Sul piano della colpevolezza: la fattispecie incriminatrice giurisprudenziale – espressione che, a Costituzione invariata, rimane piuttosto arida – assicura adeguati coefficienti di conoscibilità o rovescia a danno del cittadino l'incertezza del diritto, spingendolo al precauzionismo comportamentale? Non è forse vero che l'odierno universo normativo, privo di percorsi sicuri, sia costituito da sottilissime lastre di ghiaccio, pronte a cedere sotto il peso inevitabile dell'agire individuale?

Per non tralasciare i risvolti processuali: di fronte alla prospettiva – di per sé anche condivisibile – di una prescrizione che si interrompa con l'inizio del processo, quali garanzie ha il cittadino di non rimanere sotto la spada di Damocle di un giudizio senza limiti temporali? E ancora: si può – come proposto di recente – pensare a motivazioni semplificate quale rimedio con cui alleviare il sovraccarico lavorativo del giudice?

Da qui un interrogativo conclusivo: quali presidi abbiamo, vecchi o nuovi, per evitare che, con il susseguirsi di sottrazioni garantistiche e il progressivo smantellamento dell'impianto istituzionale ancorato alla separazione dei poteri, la sentenza diventi (o torni a essere) nuda decisione, mero esercizio del potere di punire?