

# Giustizialismo e garantismo; legalità e giustizia.

## Il costo di distinzioni "insostenibili"

ALESSIO LANZI

1. La "questione" della giustizia penale è ormai diventata di dominio pubblico. Non passa giorno che i mezzi di informazione non si soffermino su procedimenti penali, indagini, intercettazioni che coinvolgono personaggi pubblici di spicco, in modo tale che tutto ciò viene seguito da parte dell'opinione pubblica con curiosità e accanimento.

In un tale bailamme mediatico, sia gli opinionisti che i destinatari dell'informazione si stupiscono della complessità e farraginosità dei procedimenti; della enorme e pervicace diffusione della illegalità, delle sacche di impunità, e in un tale contesto si creano schiere di quanti vorrebbero una giustizia spicciola e veloce contrapposte a quelli che sottolineano sempre il ricorso alle "garanzie", legali e costituzionali; così come vaste compagini, in nome di una idea di legalità intesa unicamente come sinonimo di tutto ciò che non è illecito, auspicano una giustizia che con qualsivoglia mezzo penetri nelle sacche dell'illecito e lo annienti con decisione.

In un tale scenario, gli operatori della giustizia (che poi non sono altro che coloro che "tecnicamente" percepiscono il *significato* effettivo di quanto è sotteso al *significante* che lo rappresenta con terminologie convenzionali) cercano talvolta di mettere in fila e in ordine i concetti, ma vengono per lo più travolti dalla montante "vulgata".

E così si parla di "giustizialismo" in contrapposizione al "garantismo"; mentre non si coglie l'indissolubile connessione che esiste fra "legalità" e "giustizia": così che può ben dirsi che la "giustizia" non esiste se non vi è il rispetto della "legalità" (quella prevista dalla Costituzione).

A fronte di ciò, e a scampo di equivoci, è dunque bene fare chiarezza sui concetti - base di tali contrapposizioni che troppo spesso vengono equivocati.

2. Orbene, il termine “giustizialismo” nasce in politica. Infatti è il nome del movimento fondato in Argentina dal generale Juan Domingo Peron nella prima metà del secolo scorso, e in esso si sono riconosciuti tutti i successivi schieramenti politici argentini improntati al populismo, al nazionalismo, al militarismo, al controllo dell’economia da parte dello Stato.

Nell’attuale nostro linguaggio, di matrice giornalistica, è divenuto sinonimo di una giustizia rapida, sommaria, eventualmente esemplare.

Per contrastare un tale auspicio, si è soliti fare ricorso ai principi sottesi al “garantismo”, vale a dire il rispetto delle garanzie costituzionali e giuridiche (sostanziali e processuali) per evitare gli abusi del potere (specie quello giudiziario) e *garantire* i diritti del singolo.

Ora, è chiaro che così impostata la contrapposizione, un “sereno” operatore del diritto non potrebbe che essere favorevole al c.d. garantismo, nella prospettiva di tutelare l’individuo nei confronti degli abusi di una amministrazione della c.d. giustizia incentrata sulla sommarietà a scapito dei diritti dei consociati.

Peraltro, proprio recentemente, si è voluta tentare una rivalutazione dello stesso concetto di “giustizialismo”, auspicandolo vincente per assicurare una giustizia effettiva e realistica che superi gli intoppi e le trappole che il potere politico, e gli avvocati, si ritiene pongano alle attività della magistratura (si veda ARDITA – DAVIGO, *Giustizialisti*, Ed. Paper First, 2017).

Tale contesto costituisce poi il presupposto nel ritenere che la “legalità” si sostanzi unicamente nella drastica e dura lotta alla violazione delle regole (e dunque alla criminalità), consentendosi così di affermare che vi sarebbe attuazione della “giustizia” qualora vi sia un procedimento in seguito al quale quella legalità trionfa e il crimine viene annientato; il tutto grazie a procedure rapide ed efficaci, effettivamente idonee a scovare gli illeciti e a reprimerli; e così, in pratica, facendo trionfare il giustizialismo.

Purtroppo, questo è, in linea di massima, lo stato della questione.

Una tale lettura e interpretazione è però fuorviante, perché assegna ai termini utilizzati (giustizia, legalità, garanzia...) una valenza unicamente strumentale ad assicurare interventi giudiziari ad ogni costo, e sembra dimenticare quali siano i pilastri e i fondamenti su cui, nel nostro assetto giuridico-costituzionale, poggiano invece i principi stessi di Giustizia, Legalità, Garanzia, fondanti lo Stato di diritto.

C’è da ritenere che la lettura distorta di questi termini abbia in realtà radici profonde, disallineate col significato costituzionale dei termini.

Ciò comporta per la collettività un costo “insostenibile”, perché conduce –lentamente ma inesorabilmente- all’instaurarsi di una struttura giuridica dello Stato diversa da quella che dovrebbe essere.

E vediamo come e perché.

3. La *Legalità*, giova ricordarlo, costituisce il fondamento stesso dello Stato previsto dalla Costituzione per quanto concerne l’Ordinamento penale e la sua applicazione.

Come tutti i termini, esso è convenzionale, ma i suoi contenuti sono, appunto, convenzionalmente e chiaramente indicati nella Legge fondamentale dello Stato.

L’articolo 25, secondo comma, della Costituzione è chiarissimo nel prevedere, in modo

inderogabile, la "riserva assoluta di legge" e l'"irretroattività" della norma penale; i suoi corollari di "determinatezza" e "tassatività" le assicurano poi un ruolo centrale in tutto ciò che concerne l'attuazione dell'Ordinamento penale.

Una tale legalità costituzionale è inoltre rafforzata dal principio di cui all'articolo 101, secondo comma, della Costituzione, dal momento che coloro che devono applicare quella Legge sono indipendenti da qualsivoglia altro potere, ma, al tempo stesso, sono soggetti proprio – e unicamente- a quella stessa Legge.

In questo modo il Sistema si autotutela, perché solo la Legge può prevedere la punizione e coloro che la applicano solo ad essa sono soggetti.

Il combinato disposto di cui agli articoli 25, secondo comma e 101, secondo comma, Cost. consente così di delimitare il perimetro normativo della discrezionalità, interpretativa e applicativa, del Giudice; che in tal modo non diviene "giudice sovrano" ma artefice della Giurisdizione nel solco dei principi normativi (si veda NUVOLONE, *Il Sistema del diritto penale*, Ed. Cedam, 1975, p. 49).

Certo tutto ciò oggi viene in qualche modo contestato, specie richiamando i contenuti della legalità espressi a livello europeo.

Infatti, agli articoli 49 della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea" e all'articolo 7 della CEDU si proclama il principio di legalità ma la relativa "riserva" non è a favore della legge ma del "diritto".

Di qui la prospettiva concreta che il "diritto", presupposto genetico della legalità, non si riduca unicamente alla previsione legislativa, ma riguardi anche altri "formanti" e fra questi, principalmente (se non solo), quello giurisprudenziale.

Questa prospettiva "europea" sembra fortificare dunque il tema ed il rilievo del c.d. "diritto vivente" e, usando una terminologia più moderna, la *law in action*.

In un tale quadro, negli ultimi tempi, si sottolinea come simili prospettive di produzione del diritto troverebbero piena attuazione nell'affermazione del principio della *nomofilassi* (o *nomofilachìa*) secondo il quale i principi espressi dalla massima giurisdizione sarebbero vincolanti e inderogabili. Ciò in linea con quanto avviene nei sistemi di *common law*, soggetti al principio dello *stare decisis*.

Un tale "sistema" trova, almeno in parte, attuazione nel nostro vigente ordinamento processuale civile, all'articolo 374, ed è stato recentemente introdotto anche nel processo penale col nuovo comma 1 bis dell'articolo 618 del codice di procedura penale, che prevede come una sezione semplice della Cassazione, che ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, debba rimettere a queste ultime la decisione del ricorso.

È chiaro che una tale forma di nomofilachìa fortifica grandemente il "peso" e l'"autorità" della *law in action* in quanto consente di "stabilizzare" il "sistema penale giurisprudenziale".

Va però sottolineata innanzitutto la profonda diversità fra il nostro ordinamento e quelli di *common law*; questi ultimi sono infatti di carattere *pragmatico-induttivo*, basandosi sul fatto concreto alla base del precedente; il nostro ordinamento, invece, è improntato al criterio *dogmatico-deduttivo*, nel quale si richiede che la fattispecie legale astratta si applichi alla fattispecie concreta in quanto sia ad essa sovrapponibile. Dunque si parte dalla norma, dalla legge, e non viceversa.

E qui torniamo al punto di partenza: nel nostro ordinamento costituzionale è sempre e solo la riserva di legge (non il precedente nomofilattico) a consentire la previsione punitiva.

E l'apparente contrasto con la legalità europea? Il tema può trovare una soluzione "sistemica" e ha del resto già avuto una soluzione di carattere giurisprudenziale/costituzionale.

Orbene, ciò che consente sempre più il rilievo del formante giurisprudenziale in una prospettiva di "giurisprudenza creativa" (sul tema di veda SPANGHER, *Giustizia e divisione dei poteri*, in Parola alla difesa – Opinioni, 2/2017, specie p. 133) è il difetto di determinatezza delle fattispecie penali previste dalle leggi emesse dal Parlamento.

Infatti un precetto indeterminato viene "lanciato" nell'oceano della *law in action* dando vita, in ipotesi, ad una nomofilachia però inaffidabile, trattandosi di disposizioni malleabili a seconda delle peculiarità del caso di specie; con la conseguenza, altrettanto probabile, della violazione dei principi della prevedibilità e accessibilità del precetto e della sanzione (in tal senso, con riferimento alla fattispecie di autoriciclaggio, si veda M. LANZI, *La difficile individuazione di limiti applicativi all'autoriciclaggio: tra il bene giuridico, il tempo, l'oggetto*, ne L'Indice Penale, 2017, p. 522); principi che *proprio* la giurisprudenza europea ha espressamente richiesto che si realizzino per il rispetto della legalità espressa dalle normative europee; si pensi, per tutte, alla decisione sul caso Contrada.

E va considerato che, purtroppo, proprio della indeterminatezza del precetto il legislatore da ultimo sta facendo grande e consapevole uso, addirittura auspicando espressamente che sia la giurisprudenza a dare compiutezza al comando sotteso alla norma penale (sul tema mi permetto rinviare al mio lavoro *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, ne L'Indice Penale, 2016, p. 679 ss.).

A riguardo l'unica soluzione dovrebbe essere quella di una declaratoria di incostituzionalità della fattispecie indeterminata.

Va anche considerato che, in ogni caso, quanto sopra detto riguarda i casi di *indeterminatezza* della fattispecie.

Non di rado, invece, il tema è relativo alle "lacune" legislative; ossia fattispecie penali che vengono in sede giurisprudenziale applicate a casi non espressamente previsti dal precetto legale; ciò evidentemente viola il principio di tassatività, e riguarda la massima espressione di quella c.d. "giurisprudenza creativa" cui sopra si è fatto cenno e che non trova una previsione costituzionale.

Ciò, per esempio, è accaduto a proposito del nuovo reato di false comunicazioni sociali, rispetto al quale le Sezioni Unite (sentenza 22474/16, Passarelli) hanno definitivamente sancito il rilievo penale anche del falso valutativo, nonostante quest'ultima tipologia di falso fosse stata eliminata nella nuova norma e si fosse così con ogni probabilità realizzato, sul punto, un caso di abolizione per discontinuità normativa.

Ma, come anticipato, il tema della coesistenza dei principi costituzionali nazionali con le manifestazioni di ricorso al formante giurisprudenziale ricavabile dal diritto dell'Unione Europea e dai suoi principi, è stato recentemente affrontato dalla nostra Corte Costituzionale (Ordinanza 24/2017 nel celebre "caso Taricco") la quale ha espressamente ritenuto che qualsivoglia regola contraria al principio di legalità in materia penale espresso dalla

Costituzione nazionale non può entrare nell'ordinamento giuridico italiano; enfatizzando, in tale prospettiva, proprio il disposto di cui all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione.

In un tale quadro, possiamo dunque ritenere che non si possa aderire ad istanze di diritto giurisprudenziale creativo che vorrebbero, in una prospettiva nomofilattica, assegnare alle Sezioni Unite della Cassazione il potere di integrare ed estendere il precetto penale oltre i limiti assegnatigli dalla legge.

E ciò in quanto questo comporterebbe il passaggio da uno Stato costituzionalmente strutturato ad un diverso sistema, dove la giurisprudenza potrebbe modificare a proprio piacimento i precetti penali varati dal Parlamento.

Certo, la realtà di quanto avviene in sede politica, con il frequente rifuggire dai doveri assunti nei confronti della collettività, potrebbe giustificare gli auspici di un intervento salvifico della giurisprudenza per dare determinatezza ed efficacia a quanto in modo approssimativo viene varato dal Parlamento.

Ma è chiaro che, a questo punto, dobbiamo misurarci coi principi, le ideologie e le categorie; e così, ad opinione di chi scrive, militare pur sempre a favore della democrazia costituzionale, di derivazione illuministica, rifuggendo da possibili derive di altro tipo che apparirebbero magari in concreto più utili ma che, in via concettuale, non si inseriscono nei solchi dello Stato di diritto quale emerge dal Sistema vigente.

4. In relazione al quadro che si è delineato, è agevole notare che uno dei principali capisaldi che si ricavano dalla struttura costituzionale dello Stato è l'assoluta connessione fra legalità e giustizia.

Solo se vi è la prima, espressa all'articolo 25, 2° comma, Cost., vi potrà essere giustizia; altrimenti vi sarà solo una regolamentazione di un caso concreto fornita da un organo amministrativo. Va infatti sottolineato che al di fuori del perimetro della legge non vi è neppure un "giudice", ma semplicemente un funzionario amministrativo dello Stato non legittimato a creare giurisprudenza, così come si ricava agevolmente dall'articolo 101, 2° comma, della Costituzione posto a garanzia, anche, dei consociati.

Se ciò è vero, va anche detto di come sia sterile il ricorso ad un concetto di "giustizialismo" contrapposto a quello di "garantismo".

Il rispetto delle leggi è appunto la *garanzia* di ogni singolo cittadino a veder rispettati da parte dello Stato i propri diritti. E ciò non solo sul versante sostanziale, ma anche su quello processuale imperniato sul "giusto processo".

Il garantismo, dunque, non può mai essere, concettualmente, d'intralcio all'affermazione della giustizia, per il semplice motivo che questa è assicurata proprio dal rispetto delle garanzie costituzionali; al di fuori delle quali, appunto, non vi è giustizia.

Il giustizialismo, pertanto, non ha ragione di esistere perché o è sinonimo di affermazione della giustizia (e allora torniamo al ragionamento sopra fatto) o è qualcosa che coincide con repressione, inquisizione, abuso e dunque non è Giustizia di stampo costituzionale.

L'attuale momento storico paga e fa pagare al Paese un enorme costo nel ritenere fra loro distinti e contrapposti i principi su cui ci siamo soffermati; e ciò in termini di certezza

del diritto, di prevedibilità e accessibilità del precetto e delle pene; di tutela dei propri diritti e delle proprie garanzie; di libertà dei singoli e delle loro iniziative economiche e produttive.

Solo il ritorno al rigoroso rispetto dei principi potrà riequilibrare una situazione confusa, allarmante e pernicioso.

In un tale scenario, il compito dell'Avvocatura e dell'Accademia (tanto per controbattere a provocatorie prese di posizione di taluno) dovrebbe dunque essere quello di generare ogni possibile sforzo per tornare al rispetto dei principi costituzionali.