

FAUSTO GIUNTA

AL CAPEZZALE DEL DIRITTO PENALE MODERNO  
(E NELLA CULLA, ANCORA VUOTA, DEL SUO EREDE)

1. Negli ultimi anni al diritto penale moderno sono stati dedicati epicedi talvolta accorati, talaltra liberatori, dando per stilato il certificato di morte del caro estinto. Nel reparto di ostetricia c'è fervida attesa, ma per l'anagrafe siamo ancora a "nascite zero". Succede nelle epoche di passaggio: il vecchio perde velocemente la sua vitalità; il nuovo – ammesso che sia stato concepito – è solo un embrione.

Lo studioso che si trova a vivere questo frangente della storia del pensiero giuridico, non privo di contrasti, si impegna a decifrare il futuro. Per il cittadino è diverso, perché l'incerta identità del nostro odierno diritto penale non è foriera di mitezza punitiva, né porta con sé equivalenti garantistici in grado di sostituire la funzione contenitiva dello *ius puniendi*, tradizionalmente attribuita, oltre che ai principi sostanziali di offensività e colpevolezza, anche al formalismo linguistico di cui è intessuto il principio di legalità.

Nelle fasi di transizione, come in quelle culturalmente stabili, il diritto penale rimane irriducibilmente autoritario e per definizione coercitivo. Attualmente il pendolo oscilla a favore di un rinnovato fondamentalismo punitivo, che ripudia la laicità del reato, cucendo la pelle dell'illecito sullo scheletro del giudizio morale. I segnali sono molteplici e non vanno sottovalutati. Nel mondo del diritto, segnatamente in quello del diritto penale, le opinioni, anche solo le vociferazioni, contano molto. Come la diffusa convinzione che una banca stia per fallire, anche se florida, può spingere i clienti a ritirare i depositi, causandone davvero il fallimento, così voci diffuse, accreditate o meno, argomentate o no, possono determinare nel campo penale la svalutazione dei principi di garanzia. E a pieno titolo, perché il diritto penale ambisce alla razionalità, ma coltiva in sé irrisolte, e forse irrisolvibili, pulsioni populistiche.

2. Certamente non mancano le novità. L'universo penalistico della prima modernità ruotava intorno alla figura del legislatore. Oggi, quel posto è stato occupato dal giurista decidente – il giudice – le cui virtù sono non di rado decantate da una comunità di aspiranti comprimari plaudenti: la dottrina. Anche l'universo penalistico della tarda modernità resta, però, tolemaico: l'assolutismo giuridico è stato sostituito dall'assolutismo giudiziario; il solipsismo di un'assemblea parla-

mentare da quello di un tribunale, talvolta collegiale, più spesso monocratico. Con una non secondaria differenza: il legislatore, nel ridurre il molteplice (le forze politiche) a unità (la legge come prodotto), mostra un *ego* impersonale (la volontà della maggioranza), che manca al giudiziario, anch'esso impersonale, ma soprattutto perché frammentato al suo interno. Il tramonto dell'ideale egualitario della soggezione alla legge, a favore del primato della giurisdizione, segna il passaggio (complice l'accresciuta complessità del sistema delle fonti) dal monismo ordinamentale al big bang regolativo, ossia al politeismo giuridico. Il sistema multilivello non è una composta lasagna normativa, ma somiglia a un pasticcio di ingredienti, che fa dell'informe la sua peculiarità. Anche il controllo critico della dottrina è annebbiato, perché le grammatiche disponibili non assicurano esiti conformativi. Reti e labirinti, quali metafore dell'incertezza regolativa, fanno vittime quotidianamente: il giudice è disorientato, il cittadino in gabbia.

Nondimeno il nuovo scenario ha i suoi estimatori.

3. Un punto di osservazione privilegiato dello stato dell'arte è rappresentato dal dibattito sulla funzione legittimante e garantistica della riserva di legge; il principio è passato, nell'arco di pochi lustri, dalla dignità di corollario irrinunciabile a fossile penalistico, un anacronismo dal quale la Costituzione materiale si sta finalmente liberando attraverso la sua progressiva e sempre più marcata relativizzazione.

Indubbiamente alla radice di questo fenomeno c'è la comprensibile disaffezione per una legislazione penale non sempre tempestiva nell'assecondare i bisogni di tutela e sovente carente sotto il profilo della tecnica normativa. Si aggiunga pure – a oltre vent'anni da Tangentopoli – la persistente crisi di credibilità etica che affligge la classe politica, rispetto alla quale la giurisdizione ha assunto il ruolo di tutore, andando oltre il riscontro delle responsabilità individuali e privilegiando un pervasivo controllo di legalità a tutto campo.

Ma il nodo centrale è un altro e più significativo: si sta allentando la stretta connessione tra libertà individuali e diritti di partecipazione alle decisioni politiche, che ha caratterizzato lo sviluppo delle democrazie moderne fondate sulla separazione dei poteri. Il cittadino europeo è oggi sempre più un consumatore di libertà, che non contribuisce a costruire e a delimitare, nemmeno indirettamente. Il nuovo patto sociale promette più spazi di realizzazione individuale (soprattutto consumistica) e prevede meno potere decisionale in relazione alle scelte democratiche, incluse quelle che attengono alla politica criminale, in passato esercitate attraverso la rappresentanza parlamentare. Soffia un vento di avversione nei confronti della politica che non si presenti come espressione di tecnocrazia.

Da qui la perdita di centralità della riserva di legge, quale risvolto di una crisi di sistema; e a seguire la progressiva intrusione tra i produttori privilegiati del di-

ritto (anche penale) dei poteri governativi, nazionali o sovranazionali, e dell'ordine giudiziario, che il diritto penale di derivazione illuministica ambiva a tenere fuori dalla stanza dei bottoni. L'assetto istituzionale lasciatoci dalla prima modernità non è stato superato, ma ribaltato: la forza plebea della politica cede il passo a una giustizia penale elitaria, fortemente intrisa di valutazioni politico-criminali co-prodotte dallo stesso applicatore. Il potere nullo – un tempo il *giudiziario*, secondo l'insegnamento di Montesquieu – sembra essere oggi il *legislativo*. Non a caso la recente legislazione penale si caratterizza per la crescita delle norme che amplificano la libertà valutativa del giudice: sotto forma ora di discrezionalità espressa, ora di ri-definizione ermeneutica di fattispecie incriminatrici nate volutamente lasche. È l'epoca della cogestione: cade la segregazione tra scelta politica e applicazione giudiziaria, tra *ius facere* e *ius dicere*, in nome di una alleanza tra politica governativa e giurisdizione, tra politiche di matrice tecnocratica e tecnocrazie inevitabilmente politicizzate. La separazione dei poteri lascia il posto alla loro concentrazione, in nome di una più efficace *governance* sociale. L'indeterminatezza del tipo delittuoso, un tempo considerata un difetto esiziale del prodotto normativo, è oggi consapevolmente perseguita, in nome della formazione progressiva delle fattispecie incriminatrici. Queste ultime presentano ambiti di imprecisione destinati *ab origine* ad essere colmati nella fase applicativa, oltre che dalla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, com'è fisiologico che sia in modesta misura, dalle tempestive relazioni del Massimario della Corte di Cassazione, che operano come battistrada ermeneutici.

4. Alla giurisdizione non basta produrre i criteri sostanziali del giudizio di responsabilità. All'occorrenza vuole essere libera di derogare al suo stesso prodotto normativo, a seconda dei casi (vi sono sentenze di segno opposto pronunciate dalla medesima sezione della Corte di cassazione nella stessa udienza e con la stessa composizione). La giurisdizione si sente padrona della regola e dell'eccezione, con buona pace del tentativo di trapiantare da noi il principio dello *stare decisis*. Se non è l'avvento del diritto libero, è la libertà dal diritto come limite e criterio orientativo del giudizio. Il diritto giurisprudenziale dovrebbe essere pur sempre dialogico, aperto al confronto con il segno linguistico e soggetto all'effettivo vaglio critico dell'elaborazione dottrinale; il nuovo diritto è autarchicamente giudiziario.

Nell'attuale situazione spirituale della scienza penalistica non mancano sforzi di razionalizzazione. Tramontato l'approccio dogmatico di matrice concettuale, che presuppone e persegue la coerenza sistemica dell'ordinamento, lo sguardo si rivolge all'esperienza giuridica anglo-americana, da cui si pilucca solo quel che serve a legittimare la creatività decisionale del giudice, ma elevando a tabù una riflessione sul sostrato di quella libertà: separazione delle carriere e sistemi di

controllo sull'operato della pubblica accusa, giuria popolare e unanimità del verdetto di colpevolezza, solo per citare alcuni aspetti caratterizzanti di quel sistema giuridico. Ne esce un eclettico *civil-common law*, che, in nome della contaminazione culturale indotta dalla globalizzazione, mutua dall'esperienza angloamericana unicamente ciò che piace, lasciando nell'ombra i meccanismi di bilanciamento tra giustizia penale e potere politico, che influenzano il reclutamento dei giudici. Eppure si tratta di un tema assolutamente centrale che andrebbe affrontato *ex professo*. Il giuspositivismo, separando norma e giurista, aveva finito per spersonalizzare il diritto. A fronte di ciò, bisognerebbe prendere atto che il tipo di formazione e selezione degli operatori del diritto contribuisce in modo determinante a connotare l'ordinamento giuridico.

5. Tramontata di fatto la *ratio* legittimante della riserva di legge, come si diceva, il principio di legalità penale vede scemare anche la sua originaria funzione garantistica di limite invalicabile per la giurisdizione. La crisi della determinatezza formale, intesa quale perimetrazione semantica della fattispecie incriminatrice, spinge a ravvisare i nuovi argini del potere punitivo nella prevedibilità degli esiti del giudizio, quale quintessenza di un modello alternativo di legalità penale sostanziale di marca CEDU. Sennonché, tra i due sistemi di delimitazione dello *ius terribile* non vi è equivalenza in termini di efficacia garantistica. Il rapporto tra il segno e suo significato trova nel linguaggio un fattore regolativo dell'interpretazione suscettibile di un più analitico controllo critico. La prevedibilità del giudizio di illiceità, specie nell'epoca del diritto incerto, appare piuttosto una chimera. Il perno della teoria del reato – ammesso che nell'odierno diritto penale policentrico abbia ancora senso un ordine generale della disciplina penale – finisce per diventare il giudizio di colpevolezza, mentre regredisce l'importanza del momento oggettivo, costituito dalla legalità formale, ossia da un giudizio non ancora condizionato da valutazioni di tipo personalistico. Quand'è che l'ingresso nell'area del penalmente rilevante cessa di essere prevedibile per il cittadino? La domanda, oggi, risulta veramente impegnativa e la risposta ardua. È forte l'impressione che si debba concludere in *dubio pro culpa*. La qual cosa, nell'epoca del diritto incerto, equivale a imporre un parossistico *self restraint* comportamentale. Il cittadino sa – e se non sa dovrebbe sapere – di muoversi su un'immensa lastra di ghiaccio sottile, troppo sottile, pronta a rompersi sotto le sue suole. Poco importa se l'ordinamento non è in grado di tracciare percorsi sicuri. Il nuovo assetto del rapporto tra autorità e cittadino vuole che il rischio dell'incertezza del diritto venga rovesciato sul secondo, sul quale, nei frequenti casi di dubbio, grava una generale e prudenziale regola dell'astensione. Questa esasperata accortezza è la sua nuova garanzia.

6. L'accezione formale della legalità (formale – sia chiaro – solo in *bonam partem*, perché suscettibile di correzione sulla base della concreta offensività del reato) non è solo il primo capitolo dei manuali di diritto penale; essa resta, anche se ferita mortalmente, la base funzionale del nostro diritto penale. La sua crisi culturale e operativa non può marginalizzarsi, né può minimizzarsi la portata delle sue conseguenze. L'attuale diritto penale è diventato un settore dell'ordinamento che semina sofferenze sovente senza criteri coerenti: un caos penalistico governato da una tecnocrazia legislativa priva di tecnica, in definitiva da una burocrazia giudiziaria creativa.

In questo difficile contesto, contrassegnato dalla sconfitta della politica e dall'incapacità della tecnica, è giusto che al diritto penale incerto corrisponda una pena certa e per di più severa? O sarebbe più dignitoso ispirarsi all'adagio "poca ratio, poca pena"? Il sistema è ricco di disfunzioni funzionali allo scopo. Basti pensare agli antichi nemici della prevenzione generale. Il riferimento è ad alcuni istituti quali la prescrizione, l'amnistia, l'indulto, la sospensione della pena, le attenuanti generiche, ecc. Come noto, essi hanno conosciuto anche un uso indulgenziale e lenitivo: consentire al cittadino malcapitato di piangere con un occhio solo.