

NOTE MINIME SU POLITICA CRIMINALE E CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ *

Fausto Giunta



SOMMARIO 1. A mo' di premessa. — 2. Il controllo delle leggi tra legittimità e merito politico-criminale. — 3. A proposito dell'impermeabilità della Consulta dalla politica. — 4. La stagione berlusconiana: la Consulta come contropotere? — 5. La cogestione penale. — 6. Il ritorno all'autoritarismo di marca legislativa.

1. A mo' di premessa

La matrice politica del diritto penale è da tempo riconosciuta; e non è certo smentita dalle fattispecie incriminatrici che presentano significative coincidenze con i precetti morali (il divieto di uccidere, solo per fare un esempio scontato). L'indipendenza tra il piano dell'etica e quello del bene sociale non esclude la loro occasionale convergenza. Si tratta per l'appunto di eccezioni. In termini generali il diritto penale resta l'incarnazione, a fini garantistici, di una scelta politico-criminale, che sia moralmente condivisibile o meno.

A partire dal processo di codificazione che ha interessato l'Europa continentale all'incirca negli ultimi due secoli, il principale artefice della politica criminale è il legislatore, al quale la modernità ha affidato il monopolio della produzione penale in ragione della sua investitura elettorale. Si dirà che è poca cosa, perché la legittimazione democratica diretta non assicura la qualità della legislazione penale. Rinunciarvi, però, equivarrebbe a consegnare un diritto autoritario per antonomasia, qual è lo *ius puniendi*, in mani del tutto tecnocratiche e poco propense al confronto con il corpo sociale, che regredirebbe di conseguenza al ruolo di mero suddito. Da qui l'importanza storica e istituzionale del principio della riserva di legge, notoriamente centrale nei sistemi di *civil law* e da noi

* È il testo rivisto e aggiornato della relazione tenuta al convegno “*Anatomia del potere giudiziario: la giustizia costituzionale*”, organizzato dal Centro Studi giuridici e sociali “Aldo Marongiu” dell'Unione delle Camere Penali Italiane, svoltosi a Bologna il 22 giugno 2018, che confluirà nella raccolta dei relativi “Atti”.

affermato dall'art. 25, comma 2, Cost. Si tratta di un fondamentale cardine dell'ordinamento, che, sebbene risenta negativamente delle attuali carenze progettuali della politica, non ha ancora trovato un equivalente funzionale. Ne discende la perdurante validità della sua idea di fondo: riservare la scelta politico-criminale a procedure il più possibile democratiche.

Il giudice – sempre secondo l'assetto costituzionale vigente – è tenuto invece a rispettare l'opzione politico-criminale per come essa è formulata nell'enunciato normativo. Per la nostra tradizione culturale il diritto penale è innanzitutto testo da interpretarsi con massima fedeltà al segno linguistico e ai suoi significati.

2. Il controllo delle leggi tra legittimità e merito politico-criminale

Come noto, la Corte costituzionale è una giurisdizione del tutto particolare già a partire dal suo oggetto, che è costituito dalle leggi. La Consulta è il solo organo che può censurare la scelta politica del legislatore, non sotto il profilo del merito – che è giuridicamente insindacabile – bensì in termini di legittimità, ossia per violazione della Costituzione, quale fonte gerarchicamente sovraordinata ed apicale.

Quale garante della Costituzione, la Consulta opera, anche in materia penale, un costante bilanciamento tra la componente politica del diritto e il diritto come limite invalicabile della politica criminale. Detto in altre parole: nel farsi diritto ordinario, la scelta politica non può derogare alle norme costituzionali, quale che sia il loro contenuto dispositivo: il funzionamento delle istituzioni o l'affermazione di valori supremi.

A quest'ultimo proposito, va ricordato che, quando non sono “di funzionamento”, le norme costituzionali hanno una dimensione assiologica che eccede sovente il loro involucro linguistico-formale. Ciò le distingue dalle disposizioni penali, segnatamente da quelle incriminatrici, che sono regole di condotta e richiedono un elevato standard di compiutezza e precisione espressiva. D'altro canto, diverso deve essere nei due casi l'approccio interpretativo. Le norme penali ordinarie vanno lette alla luce dei principi costituzionali, e non viceversa. Esse, però, non possono interpretarsi come fossero norme costituzionali, ossia consentendo al giudice il bilanciamento degli interessi in gioco, alla ricerca di un punto di equilibrio ritenuto ottimale, se del caso diverso da quello prescelto dal legislatore e fissato nell'enunciato normativo.

3. A proposito dell'impermeabilità della Consulta dalla politica

L'intensa attività della Consulta e segnatamente le dinamiche della camera di consiglio sono avvolte da un'aneddotica ufficiosa, alimentata anche da alcuni giudici costituzionali, i quali, finito il mandato, pur senza rinunciare al consueto aplomb istituzionale, si concedono qualche compassata esternazione. Da qui un ricco compendio narrativo di quanto accadrebbe nell'Olimpo del diritto. Si tratta di testimonianze che sembrano opportunamente edulcorate e talvolta francamente irrealistiche, se non addirittura mitologiche, in quanto intente ad alimentare un immaginario giuridico dove, quasi per magia, si stemperano le asperità dell'inevitabile contrapposizione tra gli argomenti e le soluzioni in campo.

Uno dei capitoli più interessanti di questa letteratura si occupa di tracciare, a fronte della stretta complementarietà tra i due organi, una netta distinzione tra il *modus operandi* del Parlamento e quello della Corte costituzionale: a differenza del mondo della politica, che è retto dal principio della maggioranza quale criterio di deliberazione, il "pianeta diritto" sarebbe governato dal metodo dialogico. La Consulta, quale massimo tempio del diritto, si mostrerebbe refrattaria alla logica dell'alzata di mano e punterebbe a soluzioni largamente condivise, se non unanimi. Si può credere o meno a questa rappresentazione, che, se veritiera, non sarebbe per ciò stesso rassicurante (a che vale l'unanimità ottenuta attraverso l'assedio argomentativo dei dissenzienti fino alla loro capitolazione per sfinimento?). Quel che più importa è il senso di questa narrazione: ossia rimarcare che, nel giudicare la legittimità della scelta politica, la Corte non fa politica. Questa conclusione è certamente auspicabile, anche se il suo supporto argomentativo resta inverosimile.

La natura squisitamente giuridica dell'attività della Consulta sarebbe assicurata inoltre dai requisiti di professionalità richiesti ai giudici costituzionali, i quali, ai sensi dell'art. 135 Cost., devono avere una formazione necessariamente tecnica. L'accesso a tale funzione è riservato infatti a professori universitari in materie giuridiche, magistrati e avvocati (categoria, quest'ultima, storicamente poco presente se si eccettuano i giudici di estrazione forense e accademica al tempo stesso). L'indipendenza della Consulta dalla politica discenderebbe, soprattutto, dal modello di reclutamento dei giudici costituzionali: solo un terzo di essi è di nomina parlamentare. Senonché, le logiche correntizie (e in definitiva politiche) che attraversano la nostra magistratura, non sono affatto ininfluenti quando si tratta di scegliere i giudici costituzionali di sua spettanza.

Più impermeabile alla politica è certamente il potere di nomina presidenziale, non privo tuttavia di inconvenienti collaterali, in quanto consente al Presidente della Repubblica di selezionare i giudici competenti a giudicarlo per i reati di altro tradimento e attentato alla Costituzione.

Insomma, anche sul piano della investitura dei giudici costituzionali la politica dice la sua.

4. La stagione berlusconiana: la Consulta come contropotere?

Senza con ciò smentire quanto rilevato sopra, bisogna riconoscere che, con una giurisprudenza tendenzialmente costante e coerente, la Corte costituzionale ha resistito a talune sollecitazioni revanscistiche dei giudici remittenti, guardandosi bene dall'abbandonare il piano della legittimità, di sua stretta competenza, per approdare a un sindacato del merito politico-criminale, che invece le è estraneo, anche in presenza di scelte legislative massimamente opinabili (per fare un esempio, si pensi alla riforma eccessivamente contenitiva del falso in bilancio ad opera del d. lgs. n. 61 del 2002). Per il vero non è mancato qualche supremo scivolone (si pensi alla sentenza n. 394 del 2006, in materia di falsi elettorali). Si tratta, però, di rare eccezioni che, per il resto, confermano la linea della non ingerenza in una materia – la politica criminale – soggetta a riserva di legge. Il notorio *self restraint* della Consulta ha saputo scontentare aspettative che, se soddisfatte, avrebbero compromesso gli equilibri costituzionali.

Ciò non significa che tali richieste non siano state pressanti specialmente durante la vigenza della legge elettorale ispirata al modello maggioritario. È ben vero, anzi, che, allo scopo di bilanciare il valore addizionale della “maggioranza maggioritaria”, si è chiesto alla Consulta di trasformare il suo ruolo di giudice delle leggi in quello di contropotere legislativo. Ciò è avvenuto soprattutto nella stagione dell'egemonia politica di Silvio Berlusconi, caratterizzata da un notevole attivismo legislativo nel segno di una mitigazione della tutela penale, non condivisa da parte dell'opinione pubblica e della magistratura, la quale ha incrementato le questioni di costituzionalità sia delle norme penali di favore, sia di quelle semplicemente favorevoli; questioni, entrambe, precluse proprio dalla permanente validità del principio della riserva di legge.

5. La cogestione penale

L'epoca cui si è fatto da ultimo riferimento sembra oramai lontana. Il quadro complessivo è profondamente mutato, e più di una volta.

Si possono distinguere due fasi.

La prima si riferisce alla scorsa legislatura, caratterizzata da un nuovo e inedito rapporto tra politica, *sub specie* di produzione legislativa, e giustizia penale, con riferimento particolare al ruolo delle magistrature, ordinaria e costituzionale. Il dato significativo è costituito dalla cogestione della scelta politico-criminale, perseguita attraverso il varo di fattispecie incriminatrici opportunamente indeterminate, come tali variamente integrabili in via interpretativa.

Il rischio di una incostituzionalità per violazione del principio di legalità è pressoché inesistente grazie al sapiente gioco delle parti: il giudice penale non ha interesse ad attivare un controllo di costituzionalità, che lamenti l'indeterminatezza della norma penale, ossia la mancanza di limiti alla sua libera gestione del conflitto sociale. Va tenuta presente inoltre la nota giurisprudenza della Consulta, che di fatto sterilizza il principio di precisione, nella misura in cui consente di sanare il vizio di genericità della fattispecie attraverso la stabilità di un'interpretazione quale che sia, ovvero rimettendo in subordine alla magistratura l'individuazione di quel discrimine tra lecito e illecito, che il giudice dovrebbe trovare già legislativamente tracciato e che non dovrebbe contribuire a tracciare. Si pensi agli ecodelitti, la cui evidentissima indeterminatezza – che risulti, ad oggi mai deferita al vaglio della Corte costituzionale – è una cambiale in bianco consegnata alla giurisdizione: un'inusitata concessione legislativa al giudice penale dell'inedito ruolo di coautore della politica ambientale in concreto.

Con la richiamata giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza la Consulta si è fatta artefice di una discutibile modificazione di competenze e ruoli, che vede la giurisdizione penale coinvolta nello *ius facere*, sulle asserite orme del giudice di *common law*, estraneo alla nostra tradizione e alla scelta costituzionale. Senza considerare, a tacere d'altro, che nel sistema statunitense il giudice professionale ha un'investitura politica, mentre il giudizio sul fatto compete alla giuria popolare.

Questa linea di tendenza, il cui epilogo è l'irreparabile rottura degli equilibri costituzionali, pare aver subito una battuta di arresto in occasione della oramai celeberrima vicenda Taricco. Con la sentenza n. 115 del 2018 la Consulta ha riaffermato in termini perentori alcuni fondamentali caratteri del nostro diritto

penale tra cui la testualità e la conseguente precisione linguistica degli enunciati normativi, la cui interpretazione non può essere creativa, ossia svincolata dai significati del segno, salvo che per gli effetti *in bonam partem*, i soli compatibili con la *ratio* garantistica del principio di legalità.

6. Il ritorno all'autoritarismo penale di marca legislativa

La seconda fase, che riguarda la legislatura in corso, è caratterizzata da una politica criminale che, tornata interamente nelle mani del Parlamento, persegue l'irrigidimento della risposta sanzionatoria, in termini per lo più di inusitato e irragionevole rigore. Basti pensare alle innovazioni introdotte della recente legge in materia di corruzione, significativamente denominata dagli stessi proponenti "spazzacorrotti", con dispregio della persona che delinque, degradata nominalmente e sostanzialmente a rifiuto sociale, in quanto destinataria di una risposta sanzionatoria non individualizzabile e refrattaria al principio della risocializzazione. Per non dire delle modifiche apportate alla disciplina della prescrizione, che, là dove non arriverà il furore punitivo della prevenzione generale, realizzeranno il sogno surrogatorio del processo penale eterno.

È ancora presto per fare previsioni sull'opera di resistenza culturale che si sta proponendo nel discorso pubblico. Certamente decisivo sarà il ruolo della giurisdizione e della Consulta. C'è da augurarsi che le magistrature sappiano contrastare efficacemente l'odierno imbarbarimento del diritto penale.