

L'UGUAGLIANZA ATTRAVERSO LA LEGGE, ALLA LUCE DEI RAPPORTI TRA POTERI

di Giovannangelo De Francesco

1. Nelle attuali discussioni dedicate a garantismo, costituzionalismo e diritto penale liberale, non sempre figura come argomento primario di riflessione il principio di uguaglianza. Principio che, riferito al diritto penale, non si esaurisce nel sottolineare – come oggi si è soliti fare con particolare insistenza – l'importanza crescente, ai più svariati livelli, del criterio di proporzione, nonostante quest'ultimo ne rappresenti senza dubbio un corollario ineludibile. L'uguaglianza postula anzitutto un modello di produzione del diritto legittimato dalla sua attitudine ad evitare che le esigenze della nostra disciplina vengano fronteggiate mediante interventi di carattere episodico, per quanto diffusi e reiterati nel tempo: interventi, in effetti, che, anche laddove meritino apprezzamento quanto a scopi perseguiti e risultati ottenuti, non promettono in misura sufficiente di assicurare le 'condizioni di base', per così dire, per coltivare un disegno politico funzionale all'insieme.

Anche tutto il dibattere in merito al ruolo della giurisdizione – compresa quella costituzionale – nel nostro settore disciplinare non può far velo, ci sembra, ad un dato, la cui rilevanza sembra andare oltre le diverse scuole di pensiero. Vale a dire: la 'lotta per il diritto' rischia di rivelarsi frammentaria e disorganica ove non venga associata al presupposto di una legge conforme alle aspettative di tutti e ciascuno i membri della comunità. Certo: nessuno può negare che le 'accuse' rivolte all'odierno legislatore si rivelino ampiamente giustificate; ma il problema è appunto quello di decidere se impegnarsi strenuamente in una riattivazione del suo ruolo, o di dare invece la precedenza ai percorsi della giurisdizione, in modo da promuovere un'evoluzione del diritto per il tramite di una valutazione condotta caso per caso.

Autorevoli opinioni hanno introdotto il sintagma della "giuridicità debole" per indicare il fenomeno ormai imponente di soluzioni normative 'derogatorie', tali da presentarsi come una sorta di folta "fungaia" votata ad espandersi in ispregio dell'uguaglianza (Padovani). A ciò dovendosi aggiungere, peraltro (come emerge dal pensiero dello stesso Autore citato), che, pur quando non si tratti di scelte criticabili nel contenuto – mirando esse alla salvaguardia di importanti garanzie – è difficile

negare come anche il potenziamento della giurisdizione si presti a veicolare dissonanze e squilibri più o meno accentuati, il cui superamento grazie all'affermarsi (in tempi ragionevoli) di una tendenza uniforme sarebbe altrettanto miracoloso, se è concessa la metafora, dello scorrere di un fiume ormai essiccato alla sorgente grazie all'acqua versata da alcune botti provenienti da villaggi della zona.

2. Le spinte particolaristiche – siano esse favorite da una normazione ‘colpevolmente’ ispirata a logiche settoriali, siano esse il prodotto di una costellazione di iniziative in sede giudiziaria – sono e restano un fattore di crisi dei fondamenti autentici del paradigma dell'uguaglianza e della sua missione di garantire coesione e affidabilità presso l'insieme dei consociati. E non è privo di significato, d'altronde, il rilevare come anche in sede di Unione europea si vada consolidando la tendenza ad apprestare strumenti efficaci di carattere ‘legislativo’. Un simile riscontro fa apparire quanto meno eccessiva la convinzione secondo la quale sarebbe proprio la legge, in quanto espressione intrinseca della ‘statualità’ del diritto, ad infrenare un ulteriore sviluppo in senso universale o comunque sovranazionale delle scelte e delle strategie da perseguire. E' una convinzione, per giunta, non priva di ambiguità, laddove si consideri ch'essa proviene non di rado da chi, nel mentre si duole del c.d. *deficit* democratico dell'Unione, mostra al contempo insofferenza per quanti non reclamino un ‘cambio di passo’ verso un diverso ordine di ‘fonti’ rispetto a quella rappresentativa. Ed invero, quel *deficit* democratico esigerebbe di venire appunto superato potenziando il momento normativo della produzione del diritto.

A tale riguardo, peraltro, non è certo nuova l'obiezione (di matrice ‘sovranista’, ma che offre il destro per andare al nocciolo del problema) secondo la quale l'Unione europea non potrebbe pretendere di emanare ‘dall'alto’ normative vincolanti “su cui i Parlamenti non hanno votato”. La risposta, in realtà, dovrebbe essere nel senso di promuovere una più intensa cooperazione sul piano normativo tra Stati ed Unione: si da favorire, in altri termini, un incremento delle potestà normative (in una col ‘tasso di democraticità’) di quest'ultima, assicurando al contempo un dialogo fecondo (del resto già in parte propiziato dalla c.d. fase ascendente della partecipazione alle politiche europee) con le istanze nazionali, in vista di una ‘omogeneizzazione’ delle scelte sempre più incisiva e qualificante.

Si potrebbe dire che lo scenario preferibile è quello – non tanto e non solo dell'‘interlegalità’, per dirla con la prospettiva elaborata in un recente e suggestivo affresco dottrinale - quanto, soprattutto, quello di una confluenza delle istanze legali in un

disegno comune, di una 'legalità interrelata', per così dire, nella quale, cioè, la dimensione europea, senza escludere l'importanza del filtro giudiziario, venga anzitutto a poggiare su di una base normativa di legittimazione sufficientemente condivisa, all'insegna di processi democratici di interlocuzione e di formazione del consenso.

3. Abbiamo parlato di legittimazione. A partire dalla metà del Novecento, il tema prevalente è stato quello della legittimazione riferita al contenuto delle incriminazioni, alle garanzie che queste devono incorporare, al controllo costituzionale della salvaguardia dei principi che governano il nostro ramo disciplinare. Si trattava di liberare il sistema da incrostazioni autoritarie, di 'umanizzare' le risposte al reato, di promuovere interpretazioni conformi alle esigenze emergenti, di adeguare la normazione a nuove ideologie sociali bilanciando tra loro 'funzionalismo' e rispetto dei diritti fondamentali.

Nel frattempo, tuttavia, l'universo normativo si è andato sempre più decomponendo, frastagliando, parcellizzando. Non poco ha contribuito a tale sviluppo la logica del 'contingente' affermatasi grazie al preminente scopo 'elettorale' della decisione politica; con la conseguenza, tuttavia, che la 'fretta nel provvedere' ha privato il prodotto normativo di quel poco che ancora restava – per dirla con Gabrio Forti – di una 'cura delle norme' consentanea agli scopi. E su questa strada si è assistito, altresì, a quel triste (o tristo) fenomeno – così acutamente segnalato dal compianto Filippo Sgubbi – consistente nello sfigurare la legge trasmutandola in un 'prodotto semilavorato', ossia tecnicamente ancora informe, in quanto destinato a fare spazio ad una miriade di successivi interventi (integrativi, correttivi, sostitutivi, e spesse volte aggiuntivi) con il rischio di generare, insieme ad ulteriori effetti distorsivi, anche vistose – e talora 'odiose' - 'flessioni' del canone dell' uguaglianza più o meno 'casualmente' indotte dallo svilimento della stessa funzione unificante propria della legge.

In un quadro del genere, si è andata delineando, come già può desumersi da quanto precede, una singolare 'inversione' di prospettive: mentre la legge è venuta sempre più a registrare le influenze mutevoli di obiettivi di corto respiro, si è arrivati a scorgere nel 'diritto giurisprudenziale' l'occasione per promuovere l' affermarsi di un più maturo e consapevole *jus non scriptum*, anche in funzione del governo di quelle istanze 'multilivello' altrimenti destinate a non ricevere la dovuta considerazione. Ne è derivata, tra l'altro, una riflessione particolarmente sofferta e 'laboriosa' circa i

percorsi più adeguati ad assicurare la ‘stabilizzazione’ del c.d. ‘precedente’ giurisprudenziale, sia pure con la riserva di ‘adattare’ l’esperienza propria della *common law* alla fisionomia e alle tradizioni del nostro ordinamento al fine di scongiurare resistenze o ‘reazioni di rigetto’ contrarie alle attese.

E tuttavia, conviene subito osservare come la strada intrapresa sia apparsa ben presto tutt’altro che agevole da percorrere. Come dimostrano, in primo luogo, le titubanze e i contrasti che ne hanno segnato il cammino: da chi ha paventato uno ‘strapotere’ della Corte di cassazione, a chi ha avvertito che non si tratterebbe di promuovere una ‘cultura del precedente’, quanto piuttosto una “cultura della giurisdizione” ispirata a misura e *self restraint* nel prevenire i conflitti, da chi ha suggerito un miglioramento dell’attività di ‘massimazione’ delle sentenze a chi ha ipotizzato un nuovo sistema di rilevazione degli indirizzi giurisprudenziali, rivolto ad una selezione dei precedenti circoscritta a quelli suscettibili di “generalizzazione”; né è mancato chi, molto autorevolmente (Lupo), ha giudicato le proposte ispirate al vincolo del precedente “non necessarie e pericolose”: con ciò lasciando filtrare, in ultima analisi, la convinzione secondo la quale le stesse prerogative del potere giudiziario, malgrado le contrarie apparenze, risulterebbero svuotate ed indebolite, laddove esso venisse sottoposto a vincoli gerarchici diversi dalla legge.

4. ‘La lingua batte dove il dente duole’. La pretesa di incidere, in maniera più o meno esplicita e dichiarata, sulla relazione tra i poteri esibisce dei lati oscuri che non possono non suscitare riserve presso gli spiriti più sensibili e culturalmente evoluti. E non è un caso che, nell’ultimo suo scritto, lo stesso Filippo Sgubbi (e non solo Lui) abbia posto in risalto un’ulteriore e preoccupante deriva di un siffatto modo di procedere. Perché deve essere chiaro che il peso dell’ ‘archetipo’ che si vorrebbe abbandonare rischia sovente di materializzarsi (quasi in forma inconscia o latente) in altre forme, ma questa volta con ben maggiori inconvenienti rispetto a quelli (se ve ne erano) attribuiti al modello originario. Vogliamo qui alludere all’affacciarsi sul proscenio del fenomeno dell’Intelligenza Artificiale, e soprattutto al potenziamento degli ‘algoritmi’. Osserva Sgubbi: “il sistema che produce l’algoritmo assume la funzione di fonte anche in materia penale. Produce le norme con la peculiarità della segretezza propria dell’algoritmo, della sua formazione ed elaborazione e della sua applicazione”, non senza porre a rischio la tenuta dello stesso “principio di uguaglianza”.

Una sorta di ‘norma interposta’, verrebbe da dire, è andata profilandosi tra la legge e il giudice: la quale, stando agli auspici, dovrebbe concorrere ad un’ulteriore

legittimazione dello stesso diritto giurisprudenziale, guidandone gli sviluppi nel segno di una maggiore coerenza e 'prevedibilità'. Una norma, tuttavia, di cui non sono in pochi (compresi coloro che non ne escludono l'utilità) a lamentare la scarsa 'trasparenza' quanto ai processi interni di calcolo e di 'combinazione' dei dati dai quali giungerà a scaturire il 'prodotto finale': e che rievoca, da questo punto di vista, i timori e le preoccupazioni a suo tempo manifestate rispetto all'accertamento della causalità, una volta che quest'ultima è venuta ad estendersi a giudizi di tipo probabilistico non sempre supportati da 'leggi scientifiche' in grado di tradursi in una 'spiegazione' del nesso di correlazione tra condotta ed evento.

5. In un simile contesto, peraltro, uno scenario ben più allarmante è venuto delineandosi a livello di iniziative e di progetti di riforma dell'assetto politico-costituzionale. Alludiamo all'introduzione di un 'premierato' di derivazione popolare e di una 'separazione delle carriere' all'interno della magistratura, in una con il divisato superamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Il 'precipitato' comune di questa serie di interventi consiste, come ben s'intende, in un cospicuo rafforzamento delle prerogative dell'Esecutivo. Il quale, per vero, lascia temere una sua 'invasione di campo' negli altri due ordini di poteri: la magistratura, da un lato, il Parlamento, dall'altro. Quanto alla prima, è necessario tuttavia ricordare che l'idea di un suo 'smembramento' risale a proposte già formulate anteriormente all'insediamento dell'attuale maggioranza. Ed a tale proposito, pur senza condividere gli 'attacchi' (più o meno risolti) al potere giudiziario, è impossibile negare come un'attenuazione del suo (pur talora comprensibile) protagonismo sarebbe forse servita ad arginare quella sorta di polarizzazione conflittuale tra magistratura e politica, che ha contribuito ad 'attualizzare' quell'inquietante programma.

Ma v'è di più. Si tratta di un programma che vede entrare a piedi uniti nella vita della giustizia la stessa Autorità di Governo, e che prelude ad una sostituzione surrettizia del vincolo alla legge con il sindacato ed il 'controllo' a livello politico, facendo sì, tra l'altro, che proprio quell' 'uguaglianza' eretta a base di legittimazione della fonte primaria possa venire in qualche modo aggirata mediante manovre 'selettive' effettuate nell'interesse del potere.

Il secondo profilo di cui si diceva si riannoda al primo, e ne accentua il potenziale destabilizzante. L'organo legislativo – come ammoniscono 'coloro che sanno' – vedrebbe radicalmente menomato, ove la suddetta riforma entrasse in vigore, il suo primato costituzionale, divenendo in buona parte ostaggio dei voleri dell'Esecutivo. Al

ridimensionamento (per usare un eufemismo) dei poteri e dell'autonomia della magistratura si andrebbe dunque 'associando' quello del suo 'antico' *partner*, a detrimento di entrambi. E a discapito, per di più, della stessa Corte costituzionale, la quale verrebbe espressa comunque da 'forze' variamente alterate dal 'gioco' dei nuovi assetti sul piano politico-costituzionale; non senza aggiungere che tali circostanze potrebbero rischiare di comprometterne la serenità e l'equilibrio, con la conseguenza di esporla a polemiche e atteggiamenti di censura suscettibili di minarne la credibilità.

6. Il dibattito raffinato sulla metamorfosi delle fonti, sui percorsi dell'ermeneutica, sulla posizione dei giudici comuni e della Corte costituzionale di fronte allo sviluppo di un diritto sempre meno rinserrabile nella corazza della legalità ha certo contribuito ad un accrescimento culturale di tutti gli studiosi e gli operatori del diritto. Ma è venuto forse il momento di domandarsi se l'impegno comune non debba adesso rivolgersi verso una maggiore salvaguardia di quel principio politico-giuridico – garanzia di libertà e baluardo dell'uguaglianza – che si incarna nella previsione a livello legislativo dei 'tracciati' cui ispirarsi nel compito di 'fare giustizia'. Non che un simile impegno sia cosa da poco; né esso significa trascurare le dinamiche sul piano interpretativo e applicativo (come pure il controllo degli 'organi di garanzia' sulla legge stessa) volte ad implementare gli obiettivi e a dotarli di effettività. Ed anzi, affinché l'opera non sia vana, essa non potrà prescindere dal perseguire la meta di un modo diverso di 'fare legge': come giustamente avvertono quanti si vanno prodigando per un riassetto profondo della procedura legislativa, volto a far sì che in questa possano, fra l'altro, trovare ascolto competenze ed esperienze multidisciplinari, all'insegna di una 'democrazia discorsiva' come mezzo e fine di una rinnovata modernità.