

CONFRONTO DI IDEE

DAVID BRUNELLI

Giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio

Collegare la tensione, se non il conflitto, tra politica e magistratura al tema della crisi della legge come strumento di produzione giuridica corrisponde ad uno scenario ricorrente che investe ora anche il terreno ipersensibile del diritto penale, da due secoli abbarbicato al mito della legalità in funzione della garanzia dei cittadini.

La narrazione che ne fanno i filosofi e gli storici del diritto - come noto - è quella dell'ormai incontrastato predominio dei principi sulle regole, del tramonto definitivo della "fattispecie legale" come contenitore astratto della realtà concreta, che lascia spazio alla moltitudine delle fonti e dei criteri "interpretativi" a disposizione del giudice.

La legalità è scalzata dalla "prevedibilità", la disposizione dalla "norma", la democrazia fa sempre più a meno delle forme e pretende di attingere alla sostanza del consenso sociale, se non del sentimento popolare.

Tematiche, queste, descritte in lungo e in largo, con accenti critici, apocalittici financo, o, al contrario, con soave compiacimento e non celato senso di liberazione.

Del resto, l'illusione del giudice bocca della legge e automatico applicatore di leggi chiare frutto di limpide scelte democratiche si è sciolta in un lampo come neve al sole, lasciando rapidamente il campo alla realistica presa d'atto che quel giudice inevitabilmente porta con sé nella camera di consiglio il suo bagaglio di "precomprensione", termine *à la page* che racchiude anche fattori meno nobili quali il pregiudizio morale, i sentimenti di amore-odio, di simpatia-rancore, l'inquietudine e l'opportunismo: insomma l'universo che lo connota come essere umano.

E altrettanto rapidamente è crollata la convinzione di poter escludere tutto ciò, o quantomeno di poterlo fortemente comprimere, attraverso la forza cogente della regola e il meccanismo di sussunzione della realtà dentro la fattispecie legale.

In effetti, la materia penalistica è quella che più ha provato a mantenere in vita quelle illusioni ed è ora quella che maggiormente sembra soffrire del trionfo delle disillusioni. La platea degli studiosi che vi si cimentano è ancora fortemente divisa tra i "nostalgici" e gli "innovatori", tra chi vorrebbe tornare

in dietro con il calendario, vagheggiando di fasti di un tempo passato nel quale la legge era un fortino inespugnabile, e chi, invece, guarda con speranza ai nuovi equilibri, affidando al giudice, insieme con la bilancia della giustizia, quella che direttamente pondera i principi dell'ordinamento e i diritti dei consociati; tra chi rivendica la tradizione continentale del *civil law* e vuole proteggere le sue frontiere e chi descrive con enfasi l'irrefrenabile circolarità dei modelli, foriera di reciproche commistioni benefiche sino ad un processo di ibridazione, propugnando un fulgido futuro in cui neppure ci si ricorderà dell'antica bipartizione tra il *civil* e il *common*.

Dicevo che lo scenario è ricorrente perché risulta agevole e naturale ambientare nel dibattito "culturale" di fondo le quotidiane polemiche tra una nuova generazione politica che pretende di riappropriarsi delle chiavi della regolazione dei conflitti sociali e un potere giudiziario che, dopo aver convertito la perenne "supplenza" nella "stabilità" del ruolo di primo arbitrio, guarda con diffidenza ai potenziali usurpatori.

Non è certo una novità dell'ultima ora il fenomeno della "resistenza" giurisprudenziale alle novelle legislative introdotte proprio per "correggere" determinati orientamenti politicamente non condivisi: negli ultimi venticinque anni basta andare dalla prima giurisprudenza sorta all'indomani della riscrittura della fattispecie dell'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), totalmente insensibile alla selezione normativa introdotta per porre barriere al sindacato del giudice penale sull'agire amministrativo, sino alla recente "trovata" delle Sezioni unite in materia di colpa medica, per la quale risorge in via "preterlegale" la punibilità della colpa grave per imperizia pur nel rispetto della linee-guida, che invano per iscritto il legislatore aveva escluso (art. 590 *sexies*, co. 2, c.p.).

Né mancano interventi della magistratura in settori politicamente "qualificati" e sensibili, in sostituzione di scelte legislative o a correzione totale o parziale di esse, laddove occorre soppesare a fondo interessi ed esigenze in obiettivo conflitto tra loro e gestire con equilibrio soluzioni eticamente e socialmente accettabili, anche sulla scorta della maggiore condivisione possibile: per tutti, basti pensare ai temi della bioetica e del rapporto tra ambiente-salute e attività produttiva, nei quali i percorsi di politica e magistratura non sempre si sono allineati, determinando tensioni palpabili se non veri e propri contrasti.

È invece più recente e anche più preoccupante un fenomeno che chiamerei del "tifo da stadio", dove il livello e i toni della polemica, la profondità dell'approccio, i contenuti delle argomentazioni, più che adeguarsi alla delica-

tezza e alla complessità delle questioni, sono talmente condizionati da pregiudizi, da apriorismi concettuali, da scelte di “campo” irrazionali (cioè prive di base razionale, ma guidate da “antipatia”-“simpatia”), che le soluzioni contrapposte risultano “gridate” all’avversario, se non addirittura espresse per mero gusto di contrapposizione.

Un siffatto scadimento del dibattito, forse innescato da interventi più risoluti da parte del legislatore e di una c.d. classe politica sospinta da uno sbandierato mandato popolare, rischia di riflettersi anche nei contenuti delle sentenze, esasperando la fisiologica “precomprensione” sino a trasformarla in potenziale obnubilamento.

Il diritto penale costituisce la palestra privilegiata per simili performance, esposto com’è alle tempeste sentimentali sulla punizione e sulla “galera”, al predominio della “pancia” sul cervello.

Penso, per esempio, alla vicenda della c.d. legittima difesa domiciliare, caratterizzata da uno sgrammaticato intervento legislativo teso a sbattere i pugni sul tavolo di un riottoso giudice («sussiste *sempre* il rapporto di proporzione»: art. 52, co. 2, c.p.) e, prima ancora, a cercare di evitare che episodi del genere gli siano portati a conoscenza («agisce *sempre* in stato di legittima difesa: art. 52, co. 4, c.p.), a cui ha replicato, come un sol uomo, un’intera classe di studiosi del diritto penale, per spiegare che si trattava di mera comunicazione politica e nulla più, perché il legislatore incontra degli ostacoli “ontologici” nel forzare il bilanciamento degli interessi e perché la realtà degli accadimenti non si lascia imbrigliare per intero dalle formule normative, per di più se malamente concepite.

Soprattutto sul fronte del diritto penale finiscono inevitabilmente per rovesciarsi le tensioni e le polemiche che alimentano la madre di tutte le battaglie politiche, quella sull’immigrazione irregolare e sugli sbarchi in Italia dei naufraghi del mare. Qui la politica si misura a colpi di “ci vedremo in Tribunale”, luogo in cui il metro politico tende pericolosamente a coincidere con quello che misura la responsabilità penale. Ad onta della “divisione” dei poteri, o, quantomeno della depoliticizzazione della giurisdizione, la correttezza dell’operato di un Ministro dell’interno che vieta gli sbarchi viene direttamente demandata al giudice penale che deve stabilire se quel divieto costituisca reato; la stessa sorte è riservata all’operato del comandante della nave che disattende gli ordini dello stesso Ministro e travolge chi si preoccupava di farli rispettare, così frapponendosi all’affermazione del diritto pieno del migrante e all’adempimento del dovere incombente sul navigante.

La partita, in effetti, si gioca “in Tribunale”. E quando la politica va in Tribu-

nale su temi così scottanti la tensione va alle stelle, il tifo si organizza, il prodotto giudiziario finito cade in pasto ai discorsi da bar.

Non è facile fronteggiare il degrado raccomandando sobrietà ai commentatori, invitandoli - come pretendeva un vecchio slogan - a tenere i fatti separati dalle opinioni, il che vorrebbe dire a interpretare la norma “obiettivamente”, senza sovvertirla, se non piace, o applicarla analogicamente, se piace a dismisura.

Simili elementari richiami non terrebbero conto dello scenario di fondo, nel quale albergano - come detto - precomprensione, indistinguibilità tra interpretazione e analogia, molteplicità-anarchia della fonti, ambiguità-pessima fattura del prodotto legislativo: fattori costanti che realisticamente innervano in pieno anche la giustizia penale e che impediscono di “prendere sul serio” qualunque pretesa di ortodosso distinguo, qualunque tentativo di collocare in ambiente sterile e tecnico-giuridico una controversia interpretativa o, peggio ancora, una soluzione giudiziaria ad altissima tensione politica.

Né, per converso, sono destinati ad essere ascoltate, o comunque sono credibili, le invocazioni a tener la politica fuori dal Tribunale, scansando la giustizia penale dall’agone, a distinguere i canoni della moralità pubblica da quelli della penale responsabilità, evitando che sia il diritto penale a tracciare la strada, strutturalmente e funzionalmente inadatto come è a indirizzare i comportamenti dei cittadini e le scelte strategiche della politica.

Sappiamo benissimo che il diritto penale arriva “per ultimo”, che adotta una visione necessariamente parziale e deformata della realtà, la frammenta e la spezzetta a suo uso e consumo. Ma sappiamo anche bene che nessun ordigno, discorso, ragionamento ha una presa simbolica paragonabile a quella di cui è circondata la pena, una analoga fascinazione nel pubblico; il che significa che oggi - ma forse anche ieri - nessuno studioso e nessun commentatore si potrebbe permettere il gesto carrariano di “deporre la penna” senza trattare dei delitti a sfondo politico, o di annotare una sentenza politicamente esposta, temendo di inquinare altrimenti la purezza del “giure penale” da lui professato.

Si va *à la guerre comme à la guerre*, tutti inconsapevolmente e inevitabilmente arruolati; e ognuno - sentenza, commento, opinione - sarà valutato e apprezzato per i contenuti che mette in campo, per la qualità delle argomentazioni che propone, per la capacità dimostrativa del ragionamento. Non perché alza la voce o ricorre a brillanti spot pubblicitari.

Nessuno stupore, nessun ingenuo rimpianto per un passato che non torna

(tutt'altro che fulgido!). Il diritto non sarà scienza, bensì solo tecnica, difficile attribuirgli “verità” assolute o finanche relative, meglio accontentarsi di modeste conquiste nel garantire migliori condizioni di vita alle persone; e tuttavia il suo impiego richiede destrezza e onestà intellettuale, ingegno e serietà nel ragionamento. Tutte doti non facilmente compatibili col tifo da stadio.

Il rimedio al “degrado”, dunque, non esiste. Confidiamo, una volta per tutte, nella autoregolamentazione critica, senza invocare miracoli eterodiretti o attendere invano che qualcuno ci proietti in mondi migliori di questo.

Le pagine che seguono mi sembrano animate da queste intenzioni.