

Recensione

di GIANDOMENICO SALCUNI

ALMERIGHI, MANNA (a cura di), *I poteri dello Stato e la Costituzione* (Roma, Aracne, 2011, pp. 191).

Il titolo del volume ha un fascino particolare per il giurista, ma l'espressione ha un *quid pluris* di suadente specie per il penalista. Il diritto è, tra le tante definizioni, anche uno strumento per vincolare, procedimentalizzare i poteri dello Stato, di modo che questi non diventino abusi, arbitri e, quindi, lo Stato non si trasformi in un Leviatano. Per il penalista, formatosi alla luce dei principi illuministici, questa asserzione è fortemente sentita, tanto è vero che ognuno di noi ha nel suo cuore un posto dedicato ai principi di garanzia. Ci si riferisce a quella parte iniziale di qualsiasi manuale che insegna all'apprendista giurista che lo Stato, il Legislatore, non è onnipotente, ma è altresì imbrigliato dal diritto, non solo penale (riserva di legge, irretroattività, colpevolezza ecc.), ma soprattutto costituzionale. La Costituzione delinea il volto del diritto, sia esso civile, penale o amministrativo. Tutto lo scibile giuridico potrebbe essere definito come diritto costituzionale applicato.

Questo quadro idilliaco nel quale tutti, non solo i giudici, sono soggetti alla legge (*a fortiori* alla legge costituzionale), nell'età *post-moderna* e *post-democratica* viene sempre più "imbrattato" da grossolane pennellate di un legislatore ordinario privo di razionalità. Al penalista contemporaneo balzano subito alla mente le numerose leggi *ad personam* che violano apertamente il carattere generale ed astratto delle legge, ma, soprattutto, il principio di uguaglianza (dei cittadini dinanzi alla legge). Non possono sottacersi, sempre in quest'ottica, tutti quei provvedimenti demagogici, emergenziali, simbolici, a danno dei soggetti più deboli, degli emarginati, delle classi sociali più svantaggiate, che non servono a tutelare beni giuridici (come pure la Costituzione ci insegna), ma a supplire, attenuare, lenire i sempre più frequenti bisogni emotivi di sicurezza e di pena. Una "società insicura" quella *post-moderna* che mostra noia e sfiducia nei confronti del legislatore parlamentare e che favorisce, quindi, l'emersione di nuovi soggetti della politica: gli "uomini del fare" che sopperiscono ad un vuoto di politica. Il Governo negli ultimi anni ha assunto una funzione centrale nel settore penalistico, ma non solo. Complice una legge elettorale che attenua

l'autonomia dei rappresentanti in Parlamento e che fa sì che quest'ultimo si appiattisca sulle decisioni della compagine governativa, l'iniziativa legislativa si è *de facto* (a Costituzione invariata) spostata dal Parlamento al Governo. Ciò potrebbe anche non destare clamore, dato che questo fenomeno non è solo nostrano ma è dibattuto anche, ad esempio, in Germania. Le ricadute di questo passaggio di funzioni, in Italia, non possono però essere sottaciute. L'imbarbarimento della legislazione penale è stato già richiamato con riferimento alle leggi *ad personam*, l'ultima in ordine di tempo è il c.d. lodo Alfano, ma anche le riforme ordite, pur se non propriamente *ad personam*, evidenziano come chi detiene *de facto* il potere legislativo voglia, senza una modifica costituzionale, mutare l'ordinamento. Il primo esempio che viene in mente è quello relativo al processo o alla prescrizione breve, istituti che, sotto le mentite spoglie di un ossequio al principio costituzionale della durata ragionevole dei processi (art. 111 Cost.), nascondono verità inconfessabili e violazioni aperte del diritto di difesa (art. 24 Cost.), dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e del principio di uguaglianza (art. 3). Il legislatore dovrebbe avere il coraggio, per rendere la durata dei processi ragionevole, di riforme organiche, quali la depenalizzazione dei reati minori (ad es., le violazioni penali al codice della strada), l'uso di sanzioni penali non detentive (in materia urbanistica, per esempio, è illogico che la demolizione del manufatto non estingua il reato; in materia ambientale la bonifica dei siti inquinati ecc.), la razionalizzazione dei mezzi di impugnazione.

Non si esimono da critiche anche le riforme in tema di processo penale: come affidare la ricerca della notizia di reato alla polizia giudiziaria, anziché al PM. In astratto, l'idea non è di per sé criticabile, dato che si verte in un territorio di confine tra attività amministrativa di prevenzione (propria della polizia) ed attività giudiziaria, propria del PM. Solo che, nel disegno di riforma del c.p.p., la notizia di reato, cui la ricerca spetterebbe alla PG, è quella formalizzata in un atto tipico (denuncia, querela, ecc.), sicché alla PG

viene trasferita un'attività non di prevenzione, ma di repressione, cioè una fase giudiziaria che spetterebbe, per Costituzione, al PM. La logica di un simile mutamento è presto detta. Per la criminalità comune, organizzata, da strada, violenta, la *notitia criminis* viene, nella stragrande maggioranza dei casi, veicolata attraverso atti tipici. Non così però per i reati legati alla sicurezza sui luoghi di lavoro, alla criminalità ambientale, a quella amministrativa, settori in cui difficilmente la *notitia criminis* viene appresa attraverso un atto tipico. Se poi si riflette come la PG sia soggetta all'esecutivo, mentre il PM è autonomo ed indipendente, è chiaro il disegno ordito e cioè quello di far venir meno *de facto* l'autonomia e l'indipendenza per i pubblici ministeri. È bene ribadirlo, tutto ciò a Costituzione invariata. Non si possono però non nutrire dubbi sulle riforme a "Costituzione invariata", perché se il costituente ha "blindato" la riforma di determinati principi della Carta, lo ha fatto proprio perché ha ritenuto legittimo il mutamento ma ha, altresì, preteso la discussione e il consenso più ampio possibile. L'autonomia e l'indipendenza della magistratura, così pure, *mutatis mutandis*, l'autonomia e l'indipendenza dell'Università, non sono privilegi delle "caste" di turno, ma architravi portanti dello Stato liberaldemocratico. Ciò non significa che non si debba riformare o che non si possa riformare, ma bisognerà capire, discutere e votare sul modo in cui riformare. Si discute spesso di separazione delle carriere e di riforma del CSM, ma, in realtà, dietro questi paraventi, si cela spesso l'obiettivo di ridurre l'autonomia dei magistrati. La separazione delle carriere non è un tabù, la Costituzione non la vieta, la Corte costituzionale l'ha però tratteggiata, lumeggiata, ma tenendo fermo un unico organismo di controllo e non un duplice CSM (Corte cost., 07/02/2000, n. 37, *Dir. pen. proc.*, 2000, 3, 349). Si ribatte che il CSM è dominato dalle correnti, specie nella sezione disciplinare, il che renderebbe effimero il suo potere-dovere di autocontrollo. Se ciò fosse del tutto vero, non possiamo infatti negarlo radicalmente, non sarebbe comunque necessitata la conseguenza di sdoppiare il CSM. La divisione non esclude, infatti, la possibilità di correnti al suo interno. Tante proposte sono state fatte, una tra tut-

te, quella di affidare la sezione disciplinare ad una "rosa di esperti" da ricercare sempre all'interno dei magistrati. Tutte riforme semplici, veloci, perché realizzabili con legge ordinaria, che implementano il valore del principio costituzionale, anziché svuotarlo.

Il quadro non è però solo a "tinte fosche", la realtà italiana è problematica ma ci sono all'orizzonte delle possibili vie d'uscita da questa agonia post-democratica. Bisogna prendere atto, quando si dibatte sui poteri dello Stato, che quest'ultimo è un concetto a "geometria variabile" i cui confini non sono più così ben definiti. Quanta parte di scelte di politica del diritto, di politica (addirittura) criminale non sono più ad appannaggio del Parlamento o del Governo nazionale. Settori come il diritto commerciale, il diritto privato, il diritto amministrativo, addirittura il refrattario diritto penale, sono permeati da una normativa europea che modifica interi assetti dell'ordinamento. Il governo, con il discutibile strumento della c.d. legge comunitaria, è costretto ad adeguarsi di anno in anno alle, a volte ipertrofiche, istanze di modifica o di intervento derivanti dall'Unione. La democraticità delle scelte è rispettata? Oppure, l'Europa è il colpo di grazia inferto all'iniziativa legislativa parlamentare? Facile pensare al troppo spesso sbandierato *deficit democratico* dell'Europa, ma, anche in sede europea vi può essere un conflitto di poteri. Emblematiche sono le più recenti sentenze della Corte di Giustizia che risolvevano controversie tra Consiglio e Commissione e che hanno *de facto* statuito, prima del Trattato di Lisbona, una "limitata" competenza penale dell'UE. Già prima del Trattato di Lisbona, il *deficit democratico* delle istituzioni europee si era fortemente attenuato con la procedura di co-decisione (oggi procedura legislativa ordinaria). Non è ben chiaro se si sia attenuato il nostro *standard* di democraticità delle decisioni "parlamentari" o sia aumentato quello europeo. Probabilmente la verità sta nel mezzo. Un dato è certo e su ciò andrebbe riflettuto: la procedura legislativa ordinaria vede un dialogo tra tutti gli attori europei. L'iniziativa legislativa solo formalmente spetta alla Commissione (l'equivalente del nostro Governo), dato che nella realtà è sempre

più condivisa anche con gli altri soggetti istituzionali. In sede europea si è assistito al superamento della rigida divisione dei poteri, in favore di una condivisione degli stessi, il che provoca un maggior tasso di democraticità e di giustiziabilità delle scelte politiche. La democraticità è dovuta non solo al consenso politico (non è una democrazia diretta o fondata solo sul consenso), ma al consenso derivante dalla logica argomentativa con cui vengono discusse e approvate le "leggi europee". Queste ultime, a differenza di quanto accade in Italia, sono motivate e la motivazione è sindacabile innanzi alla Corte di Giustizia. Il livello di democraticità di simili scelte è, spiace dirlo, maggiore del nostro. In Italia le scelte sono prese solo formalmente nel Parlamento, solo formalmente nel Consiglio dei Ministri, ma sostanzialmente fuori dalle mura istituzionali, nelle segreterie di partito, negli incontri di coalizione e, comunque, senza un vero confronto dialogico con le forze politiche in campo. L'uso eccessivo della fiducia provoca poi il fallimento di ogni tentativo di democrazia deliberativa fondata sull'agire comunicativo. Non così in Europa dove si è, al contrario, instaurato una forma democratica basata sul consenso dialogico e su procedure legislative che tentano di favorire la formazione di questo consenso. L'assenza di un consenso dialogico tra i vari attori istituzionali, tra cui v'è da includere anche la magistratura, provoca, in Italia, una serie di disequilibri. Questo perché se, da una parte, a livello nazionale questo conflitto tra poteri (in specie legislativo *vs.* giudiziario) provoca anche una reazione della magistratura che passa attraverso la forzatura del dato legislativo, nel più classico dei fenomeni di supplenza giudiziaria, per raggiungere scopi di tutela dell'ordinamento a scapito delle esigenze di garanzia; dall'altra, a livello sovranazionale (Unione europea, ma, soprattutto, CEDU) si inizia ad affermare una giurisprudenza delle garanzie i cui principi sono giustiziabili in vari modi anche nell'ordinamento interno. Di ciò non può che avvantaggiarsi il cittadino europeo.

Il superamento della divisione rigida dei poteri non è condiviso da tutti, d'altronde "si sa quel che si lascia e non si sa quel che si trova". Il problema è che in Italia stiamo vivendo una fase di transi-

zione che, da una parte, ci conduce all'attenuazione, fino a quasi il superamento, delle garanzie presenti nell'ordinamento, dall'altra, non abbiamo ancora metabolizzato questo mutamento per cui non si è tuttora in grado di recepire dall'esterno garanzie diverse, ma comunque efficaci per la tenuta del sistema democratico. In questa fase di transizione bisogna guardare, non con riverenza, ma con attenzione, all'Europa e, come ogni buon attore, entrare nel ruolo assegnatogli dal costituzionalismo multilivello. Ci sembra che in un mondo sempre più globalizzato e complesso leggere la *post-modernità* con le categorie ottocentesche sia infatti soltanto un atteggiamento *démodé*.