

Fausto Giunta

Ghiribizzi penalistici per colpevoli

Legalità, "malalegalità", dintorni

Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Il volume è pubblicato con un contributo
del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze*

© Copyright 2019

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675713-5

A chi mi insegna

INDICE

PREFAZIONE	15
CAPITOLO PRIMO	
LA GIUSTIZIA PENALE: UN TRAGUARDO AMBIZIOSO	19
1. L'azzardo necessario	19
2. Simmetrie difficili: la retribuzione	20
3. La prevenzione e il miraggio del riscontro empirico	21
CAPITOLO SECONDO	
DIVIETI E REATI	23
1. Libertà di agire e divieti	23
2. La "norma generale di libertà"	24
3. Il reato come divieto e la frammentarietà del diritto penale	25
4. La "determinatezza" quale condizione della "frammentarietà"	25
5. La concezione esemplificativa del reato e il divieto di analogia	26
6. Conoscenza e prevedibilità del diritto	29
7. Reato e fattispecie penale	30
8. I divieti globali	31
CAPITOLO TERZO	
L'ALTRO PIANETA: LE C.D. CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'ANTIGIURIDICITÀ	33
1. Il ceppo delle scriminanti: consenso, esercizio di un diritto, adempimento di un dovere	33
2. L'ambito problematico della giustificazione. La legittima difesa	35
3. Gli obiettivi (perlopiù mancati) delle recenti riforme	36
4. Lo stato di necessità	38
5. L'uso legittimo delle armi	39
6. Riflessi sistematici	40
7. L'estensione analogica delle cause di esclusione dell'antigiuridicità	40
CAPITOLO QUARTO	
TIPOLOGIE DEI DIVIETI PENALI	43
1. La varietà dei divieti	43
2. La forma	43
3. I divieti silenziosi	45
4. I divieti impliciti. Quello che le norme non dicono	46
5. Le conseguenze	47

8 *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*

6. Funzioni della pena	48
7. Il reato come condotta	49
8. Funzione orientativa e standard di precisione del divieto	49
CAPITOLO QUINTO	
LA PREESISTENZA DEL DIVIETO PENALE	51
1. Diritto penale e diritto processuale penale	51
2. Il primato del diritto penale sostanziale	52
3. La legge penale	52
4. Legiferare e giudicare	53
5. L'insularità del diritto penale	54
CAPITOLO SESTO	
TUTELA PENALE E GARANTISMO	57
1. La funzione di tutela	57
2. Il garantismo: l'altra faccia del diritto penale	58
3. Oggettivismo e soggettivismo garantistico	59
4. L'ago della bilancia tra tutela e garanzie	60
5. Garantismo e politica criminale	61
6. <i>Logos e pathos nel e del punire</i>	61
CAPITOLO SETTIMO	
PUNIZIONE E DIRITTO PUNITIVO	63
1. La categoria della punizione	63
2. Punizione e vendetta	64
3. Il diritto punitivo	64
CAPITOLO OTTAVO	
REATI E PENE	67
1. Criteri di identificazione	67
2. Le altre conseguenze afflittive del reato	68
3. I correttivi sostanziali	69
4. Esempificazioni	70
5. La nozione di pena secondo la giurisprudenza Cedu	70
CAPITOLO NONO	
LA NORMA PENALE	73
1. Il carattere strumentale della norma penale	73
2. Campo di materia e tipo di disciplina	73
3. Il carattere non esclusivo della disciplina penale	74
4. L'irrilevanza della <i>sedes materiae</i>	75
5. Il processo come scenario necessario della norma penale	76
6. Il criterio della funzione	77

CAPITOLO DECIMO

IL “DIRITTO” REGOLATORE DEL “PENALE”	79
1. L’espressione “diritto penale”	79
2. “Diritto” e “penale”	80
3. La funzione di disciplina della parte generale	81
4. La funzione incriminatrice della parte speciale	82
5. Grammatica e vocabolario del diritto penale	83

CAPITOLO UNDICESIMO

LA «GIUSTIZIA PENALE LIBERALE»	85
1. L’apparente contraddittorietà del “penale liberale”	85
2. L’eccezionalità del “penale”	86
3. Diritti e poteri della vittima. La prospettiva della giustizia riparativa	87
4. Il garantismo nell’epoca del diritto penale euro-vittimocentrico	88
5. Liberale, non ottocentesco	89

CAPITOLO DODICESIMO

AFFIDARSI AL LINGUAGGIO DIFFIDANDO DELLE PAROLE	91
1. La legalità come linguaggio del diritto penale	91
2. Regole di condotta e regole di giudizio	92
3. Giano rovesciato	93
4. Giungere a Venezia	94
5. La scrittura del diritto penale	94
6. Meglio della memoria	95
7. Meglio della sola oralità	96
8. La scrittura e il silenzio	97
9. L’autarchia espressiva della legalità in quanto scrittura	98

CAPITOLO TREDICESIMO

TESTUALITÀ E LEGALITÀ	101
1. <i>Nullum crimen e dura lex</i> : i termini di un’alterità	101
2. Due legalità?	102
3. La specificità penalistica	103
4. La sostanza della forma	104
5. Legalità penale e democrazia partecipativa	105
6. La crisi della legge	106
7. L’inadempimento del legislatore	107

CAPITOLO QUATTORDICESIMO

IL MISTERO DELL’INTERPRETAZIONE	109
1. Quando le leggi non sono più giovani	109
2. Riflessi in materia di riserva di legge	110
3. La vivificazione di Lazzaro	111
4. La riscrittura delle norme	113

10 *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*

- 5. L'interpretazione è uguale per tutti? 114
- 6. Risultati restrittivi ed estensivi 115
- 7. Nel *flou* dipinto di *flou* 116

CAPITOLO QUINDICESIMO

OFFENSIVITÀ E SUSSIDIARIETÀ NELLO SPECCHIO DELL'INTERPRETAZIONE	119
1. Offensività e sussidiarietà come criteri di politica criminale	119
2. L'impiego ermeneutico del principio di offensività	120
3. La sussidiarietà dalle mani del legislatore a quelle del giudice	121
4. Applicazioni della "vittimo-dogmatica" in materia di truffa e rifiuto di atti di ufficio	122
5. La violenza innocua, il <i>dolus bonus</i> e le falsità di bilancio irrilevanti	123
6. Per una rilettura della frode in commercio	124
7. La funzione delimitativa della "concorrenza sleale" nei delitti contro l'industria	126
8. L'interpretazione secondo sussidiarietà nel diritto penale societario	126
9. Il diniego della tutela sanzionatoria amministrativa. A proposito dei campi elettromagnetici	128
10. Sussidiarietà e criteri di imputazione	129

CAPITOLO SEDICESIMO

IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE	131
1. Poteri legittimati e procedure legittimanti	131
2. La crisi della politica criminale parlamentare	132
3. Le tecnocrazie penalistiche emergenti	133
4. Il protagonismo giudiziario	134
5. Nuovi scenari	135
6. Parole d'ordine	136
7. Verso un temibile epilogo?	137

CAPITOLO DICIASSETTESIMO

DOTTRINA E MAGISTRATURA COME ELITE?	141
1. Le elite	141
2. Le elite politiche	141
3. La dottrina	142
4. La giurisdizione	143
5. La comunicazione delle elite	143
6. Nuove forme di esternazione	144

CAPITOLO DICIOTTESIMO

IL BUROCRATE CREATIVO	147
1. Il giudice che cambia	147
2. Il diritto penale giurisprudenziale	148
3. La (im)prevedibilità del diritto	149

4. <i>Ius facere e ius dicere</i>	150
5. Il giudice: l'altra faccia del diritto	151
CAPITOLO DICIANNOVESIMO	
TERZO NON BASTA	153
1. Soggezione alla legge e obbligo di motivazione	153
2. Libertà di giudizio e imparzialità	154
3. Legalità sostanziale e processuale	155
4. La latitudine del vincolo di soggezione	156
CAPITOLO VENTESIMO	
LA CRISI DELLA LEGALITÀ E I SUOI COSTI	157
1. La degradazione della legalità	157
2. Implicazioni	158
3. Il formalismo legalistico	158
CAPITOLO VENTUNESIMO	
AL CAPEZZALE DEL DIRITTO PENALE MODERNO (E NELLA CULLA, ANCORA VUOTA, DEL SUO EREDE)	161
1. Transizioni penalistiche	161
2. Dall'assolutismo giuridico all'assolutismo giudiziario	162
3. La crisi del diritto penale legislativo	163
4. Il nuovo potere "nullo"	163
5. Il <i>civil-common law</i>	164
6. Il nuovo mito della conoscibilità del diritto	165
7. Una magra consolazione	166
CAPITOLO VENTIDUESIMO	
L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE	167
1. Diritto penale e diritto dell'Unione europea	167
2. L'influenza indiretta: integrazione e disapplicazione	167
3. Il caso del "novellame"	168
4. La nozione di rifiuto	169
5. La vicenda "Taricco"	170
6. Notazioni a margine	173
CAPITOLO VENTITRESIMO	
L'ETÀ DELLA CRISI. QUALE DIRITTO PENALE?	175
1. Un'epoca di grandi cambiamenti	175
2. Gli anni '80	175
3. Gli anni '90	176
4. Il pluralismo delle fonti e l'acrofobia ermeneutica della giurisprudenza	177
5. Ancora sul principio di necessaria lesività del reato	178
6. La colpevolezza	179

7. La rivalutazione delle fattispecie e delle interpretazioni illiberali 180
 8. Le prospettive dischiuse dalla crisi del diritto penale 181

CAPITOLO VENTQUATTRESIMO

GIUSTIZIA PENALE E GIUSTIZIA CIVILE 183

1. Metafore 183
 2. “Civile” e “penale” 184
 3. Settori di intervento e modelli di disciplina 185
 4. Indipendenza e dipendenza dal processo 186
 5. L’influenza del diritto civile nell’interpretazione della fattispecie penale 188
 6. Verso il chiasmo funzionale? La prevenzione del *civile* e la riparazione nel *penale* 189
 7. Trasformazione “continentale” dell’illecito penale? 190

CAPITOLO VENTICINQUESIMO

LA FORMAZIONE EMPIRICA DEL PENALISTA

E I TIROCINI PRESSO GLI UFFICI GIUDIZIARI 193

1. Il diritto e il giurista 193
 2. La formazione *post lauream* 193
 3. Il reclutamento concorsuale dei magistrati 196
 4. I tirocini 197
 5. Futuribili 197

CAPITOLO VENTISEIESIMO

“DIMMI CHE GIUDICE HAI, TI DIRÒ CHE DIRITTO AVRAI”.

LA RISCOPERTA DI UN’OVVIETÀ? 201

1. La giuristocrazia 201
 2. Il sentimento punitivo del processo 202
 3. Il giudice di scopo 203
 4. Il giudice empatico 205
 5. La garanzia vale meno ma conta più della giustizia 206

CAPITOLO VENTISETTESIMO

POLITICA CRIMINALE E CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ 207

1. A mo’ di premessa 207
 2. Il controllo delle leggi tra legittimità e merito politico-criminale 208
 3. A proposito dell’impermeabilità della Consulta alla politica 209
 4. La stagione berlusconiana: la Consulta come contropotere? 210
 5. La gestione penale 211
 6. Il ritorno all’autoritarismo di marca legislativa 212

CAPITOLO VENTOTTESIMO

LA DEONTOLOGIA DEL PENALISTA 213

1. Empiria e deontologia 213
 2. Per una deontologia condivisa 215

3. La deontologia come autocontrollo modale	216
4. Il pubblico ministero e l'abuso del processo	217
5. La deontologia del difensore	218
6. La deontologia del consulente tecnico e del perito	220
7. La deontologia del giudicante	221
8. La deontologia del foro	222
CAPITOLO VENTINOVESIMO	
COLPEVOLE PER <i>IGNORANTIA LEGIS</i> INESCUSABILE (ANCHE SE ECCELLENTE IN DIRITTO)	223
1. Il dovere di conoscenza	223
2. Nel dubbio, astieniti	225
3. Il dovere di diligenza dell'ordinamento virtuoso	227
CAPITOLO TRENTESIMO	
IL MITO DELLA PENA CERTA NELL'EPOCA DEL DIRITTO INCERTO	229
1. La ricorrente invocazione della certezza della pena	229
2. I diversi significati della "pena certa"	231
3. La certezza della pena in chiave populista	233
CAPITOLO TRENTUNESIMO	
TRA CAMBIAMENTI E SMARRIMENTI. UN BILANCIO PROVVISORIO	235
1. Il diritto cambia	235
2. Verso un mutamento del paradigma penalistico?	236
3. Il diritto "veloce"	237
4. Tu vuo' fa' l'americano	238
5. Giudice e legislatore	238
6. Ti sei potuto difendere	240
7. Toghe pulite. La caduta degli dei	242

PREFAZIONE

Come suggerisce il titolo, al fondo di questo libriccino (nel quale convogliano alcune riflessioni già edite e altre estemporanee) sta un'idea non certo nuova, che vive nell'attuale frangente storico giorni difficili: il diritto penale è in senso tanto descrittivo, quanto prescrittivo, un irrinunciabile strumento di tutela sociale, ma soprattutto costituisce lo statuto garantistico del colpevole, quale suo principale protagonista. Tutti i reati hanno un reo, solo alcuni vittime in carne e ossa.

Il diritto penale è un insieme di precetti, espressi in forma di divieti e presidiati da sanzioni punitive. Il suo funzionamento è sottoposto a regole precise e rigorose, ispirate al rispetto della persona e alla razionalità del sistema. Della loro osservanza sono chiamati a rendere conto artefici, compartecipi ed esecutori dell'apparato punitivo.

Tutto ciò sfugge, talvolta, non solo all'uomo comune, quando commenta, con comprensibile coinvolgimento emotivo, la cronaca nera e giudiziaria in genere, ma anche all'addetto ai lavori. La sua formazione dovrebbe impedirglielo. Non sempre accade. La cultura delle garanzie ha una storia antica, fatta di nobili insegnamenti e di cedimenti quotidiani.

Eppure la civiltà di un popolo emerge con particolare immediatezza dal *suo* diritto penale, dal modo in cui le istituzioni governano, utilizzandola correttamente e nella misura indispensabile, la connotata brutalità della macchina repressiva.

A differenza di altri settori del sapere giuridico, il diritto penale è materia di (e per) tutti; non solo perché tutti vi siamo soggetti. Ciascuno di noi, che ne sia consapevole o meno, ha una sua "teoria del reato e della pena", embrionale o sviluppata che sia; ha anche le sue convinzioni politico-criminali.

Trovare spazio per una riflessione specialistica al di fuori del circuito accademico non è facile. Il diritto penale dei giuristi e quello dell'opinione pubblica ricapitolano le stesse fondamentali temi-

che, ma sembrano volersi evitare accuratamente. Invece, il giurista, dotato di conoscenze tecniche, e il c.d. uomo della strada, portatore di esigenze ed empatie (perlopiù instabili e mutevoli), dovrebbero proficuamente dialogare, scambiandosi le rispettive visioni.

Sebbene queste pagine traggano alimento dal dibattito interno alla prima genia, la loro attenzione si rivolge alla seconda, oggi preda di preoccupanti deliqui giustizialisti, che enfatizzano l'efficacia salvifica della punizione, anche a dispetto dei fatti (la costante crescita del "penale", sotto gli occhi di tutti, non ha prodotto maggiore etica pubblica). Le riflessioni qui raccolte, senza pretesa di ordine e sistematicità, ambiscono a riequilibrare il comune immaginario penalistico, valorizzando un modello di razionalità contenitiva, che aiuti a recuperare il senso del limite, in mancanza del quale l'immoralità necessaria della giustizia penale si rivela un'immoralità inutile e perfino dannosa.

Chi si accosta al diritto penale non deve considerarlo la panacea di tutte le patologie sociali, ma il male minore: il rimedio riservato alle tensioni più gravi, al fine di scongiurarne le pulsioni degenerative e favorire, per converso, il mantenimento di una convivenza pacifica. Per dirlo con le parole di un antico e saggio brocardo: *ne cives ad arma ruant*. La giustizia penale serve a evitare che i cittadini gestiscano da soli i conflitti sociali. Lo Stato confida di saperlo fare meglio, ossia in modo adeguato e imparziale, ma soprattutto rispettoso della dignità dell'eventuale vittima e dell'immane reo.

Il cittadino, quando si trova nella scomoda veste dell'imputato e, a maggior ragione, quando è colpevole, deve avvertire il giudice non come antagonista, ma come alternativa certamente preferibile al furore incontrollato della piazza. Spetta al giudice e alla cultura giuridica che lo anima riuscire a trasmettere questo senso di rassicurazione, messo bene in luce da Francesco Carrara, faro della criminalistica ottocentesca: "Il magistero penale è dedicato a proteggere la libertà individuale" (*Programma del corso di diritto criminale*, I, Prolegomeni, Lucca, 1871, p. 24). Come dire che il giudice è il garante del garantismo. Deve amare la libertà, anche quella dei colpevoli, e smentire, con *logos* ed *ethos*, il rischio del condizionamento esistenziale colto da Dante Troisi, coscienza autocritica della magistratura dell'ultimo dopoguerra: "Tra tutti gli uomini, noi sia-

mo i meno liberi e perciò odiamo la libertà degli altri” (*Diario di un giudice*, Torino, 1962, p. 140). Oggi, fortunatamente, non sono pochi i giudici, e i magistrati in genere, che amano la libertà altrui al pari della propria. Nonostante il loro encomiabile impegno, il sistema repressivo rimane eccessivo e inumano. Di ciò, però, non tutti sono consapevoli, come conferma la costante invocazione di pene più severe, prontamente assecondata da una politica sanzionatoria umorale.

Il diritto penale non è erogazione di irrogazioni, non è macelleria punitiva; aspira a essere personalismo costituzionale applicato.

Area di Servizio Serravalle Nord
Ferragosto 2019

LA GIUSTIZIA PENALE: UN TRAGUARDO AMBIZIOSO

SOMMARIO: 1. L'azzardo necessario. – 2. Simmetrie difficili; la retribuzione. – 3. La prevenzione e il miraggio del riscontro empirico.

1. *L'azzardo necessario*

Nelle sale del casinò il denaro è un protagonista discreto; non circola nella sua ora sonante, ora consunta, divisa da lavoro. Monete e banconote, maneggiate da un'incalcolabile moltitudine di anonimi, subiscono un immediato travestimento. Non è una bisca. I giocatori osservano il *dress code* e usano le *fiches*, simboli plastificati dei valori che prendono posto con discrezione sul panno verde. *Est modus in rebus*. Poco conta che il nodo della cravatta sia lindo e ben stretto oppure bisunto e ciondolante; che le scaramanzie dei giocatori siano sempre le stesse; che le *fiches* passino anch'esse, come tutto, di mano in mano. Il rischio di una vincita effimera e di una perdita rovinosa, inguardabile nella sua nuda casualità, reclama una certa pudicizia e si ammanta di forme compassate. Pure la giacca presa a noleggio dall'ospite occasionale fa la sua parte nel tempio ovattato dell'azzardo.

La giustizia penale non è un casinò, ma ha i suoi azzardi e le sue liturgie. Benché la posta in gioco sia alta, se ne parla nella misura strettamente necessaria. Al casinò si vince e, più facilmente, si perde; lo stesso accade nei tribunali, con le stesse probabilità. Al casinò vince per lo più il banco; nel mondo della giustizia perde anche quello. La coreografia giudiziaria si aggiorna, senza rinunciare a un certo tono: un tempo era gradito l'abito scuro; la toga rimane obbligatoria. Il livello di decoro cambia da foro a foro, da una persona all'altra. Vi sono toghe sartoriali indossate con la dovuta compostezza, altre precariamente appoggiate sulle spalle come un drappo cencioso; e tutte sospettate di "dar canzone e pasto agli ignoranti/Che tengono più valente e più saputo/Questo di quel, secondo ch'egli arà/Una toga di rascia o di velluto" (Galileo Galilei, *Capitolo contro il portar la toga*, v. 273 s.).

2. *Simmetrie difficili: la retribuzione*

I conti del casinò tornano sempre; quelli della giustizia penale non tornano per definizione, e se ciò accade, lo si deve a una finzione, piccola o grande che sia. Il valore delle *fiches*, per quanto convenzionale, è reale; quello delle categorie penalistiche passa per l'interpretazione dei mali, vissuti e ancora da vivere. La memoria del male patito si proietta su quello da infliggere. Il futuro prende le misure al passato per eguagliarlo; operazione impossibile tra entità non contestuali.

Da qui l'insanabile incommensurabilità degli elementi che si vorrebbero collegare, primi tra tutti reato e pena. Il fatto illecito ha la sua unicità e irripetibilità; la reclusione è una sanzione di durata.

Il diritto penale proietta il fatto illecito, come un tatuaggio sociale, nell'immortalità di un presente storico che accompagnerà per sempre il condannato; le componenti pulviscolari della vita trascorsa durante l'esecuzione penale, a fronte del loro imprescindibile valore esistenziale, non presentano un'autonoma rilevanza giuridica.

I reati possono essere molto diversi tra loro; il contenuto afflittivo del carcere, per quanto modulabile, presenta una nota identitaria: una incorporea sospensione dei diritti che si materializza nel controllo totalizzante del corpo del condannato. Questi i termini dell'odierna utopia del pudore giudiziario (Michel Foucault, *Sorvegliare e punire*, 1975, trad. it., Torino, 1976, p. 14 s.).

Dalla viva voce di chi, innocente, ha sperimentato il carcere: "Insieme ai detenuti pagano anche i loro familiari. Accanto alle pene ufficiali se ne contano troppe di ufficiose, al punto che al concetto di privazione della libertà andrebbe sostituito quello di privazione *delle libertà*" (Mario Rossetti, con Sergio Luciano, *Io non avevo l'avvocato*, Milano, 2015, p. 39).

Solo la legge del taglione, immediatamente eseguita, parrebbe assicurare una qualche equivalenza tra reato e pena, ma al prezzo dell'equiparazione tra Stato e reo (il male inflitto dal giudice sarebbe identico a quello per cui si punisce) e con il rischio dell'ingiustizia (se la pena tardiva è iniqua di per sé, quella tempestiva potrebbe esserlo per la sommarietà del giudizio). Di mezzo c'è il tempo necessario per la scoperta e l'accertamento del reato, che cambia contesti

sociali e persone, annacqua la percezione del fatto e il ricordo dei testimoni; favorendo la cicatrizzazione spontanea del conflitto, frustra la funzione punitiva.

Anche la retribuzione perfetta (la fucilazione del reo confessso che ha ucciso con un'arma da fuoco) risulterebbe iniqua per il colpevole. La consapevolezza della morte imminente vanifica il dono di Prometeo, che ce ne spense la vista. L'attesa dell'esecuzione è motivo di sofferenza aggiuntiva e, specie se lunga, risulta una pena ben più severa della stessa morte: come infliggere due volte la morte a chi ha ucciso una volta sola (Albert Camus, *La ghigliottina. Riflessioni sulla pena di morte*, 1957, trad. it., Milano, 2018, p. 53-55 e p. 61).

In breve: l'esatta correlazione tra reato e pena è un'aspirazione metafisica, perché presuppone colpevolezze evidenti e una umanità immobile, al pari del suo contesto sociale. La concezione retributiva allinea reato e pena lungo un orizzonte atemporale, una sorta di buco nero giuridico nel quale azione e reazione possono finalmente combaciare. Ma nella realtà è diverso; il trascorrere delle cose deforma l'ambita simmetria compensativa, rendendola illusoria.

3. La prevenzione e il miraggio del riscontro empirico

Il quadro si complica con le impostazioni ispirate all'idea dello scopo, che attribuiscono al diritto penale finalità di prevenzione generale e speciale. La pena da valore diventa funzione, si trasforma da significato finale a mezzo, nella consapevolezza del suo essere arma a doppio taglio che tutela i beni giuridici attraverso la loro stessa lesione. "Solo la pena necessaria è giusta" (Franz von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, 1882, trad. it., Milano, 1962, p. 46). Nella nuova prospettiva la sanzione è chiamata a dimostrare l'utilità dei suoi servizi, la prevalenza dei benefici offerti sui costi prodotti. L'approccio diventa empirico, ma l'efficacia dello strumento non è facilmente misurabile. La deterrenza può essere supposta. Per questa ragione il discorso si sviluppa sul piano della plausibilità e della verosimiglianza. Ne esce una scienza zoppa, l'unica possibile.

La logica della prevenzione è connaturata alla secolarizzazione della giustizia. Si allenta la soggezione del diritto penale alla legge morale. La politica criminale è la nuova protagonista, sebbene la

fedele nella politica sociale oggi declina. Nasce una nuova parola d'ordine: il diritto penale come tutela. Gli strumenti, però, sono sempre gli stessi, divieti e afflizioni, i mali minori da maneggiare con professionalità. Per il boia cambia poco: continua a sognare i complimenti del condannato per la qualità dell'esecuzione (Stanislaw Jerzy Lec, *Pensieri spettinati*, 1957, trad. it., Milano, 2017, p. 76).

CAPITOLO SECONDO
DIVIETI E REATI

SOMMARIO: 1. Libertà di agire e divieti. – 2. La “norma generale di libertà”. – 3. Il reato come divieto e la frammentarietà del diritto penale. – 4. La “determinatezza” quale condizione della “frammentarietà”. – 5. La concezione esemplificativa del reato e il divieto di analogia. – 6. Conoscenza e prevedibilità del diritto. – 7. Reato e fattispecie penale. – 8. I divieti globali.

1. *Libertà di agire e divieti*

I sistemi penali non nascono dal nulla; hanno una storia, talvolta anche una logica e una ideologia.

Per un principio di matrice liberale, condivisibile e largamente condiviso, ciò che non è vietato è consentito. Da questa premessa – che funge da norma di chiusura, perché disciplina quanto non espressamente previsto – discende che negli ordinamenti, come il nostro, fondati sul primato della libertà, i divieti, pur essendo socialmente necessari, hanno carattere di eccezione. Alla base del sistema, dunque, sta una “norma generale esclusiva”, intesa nel suo significato “forte” (secondo la terminologia di Riccardo Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2006, p. 179-180): le condotte non vietate non sono tollerate, bensì pienamente permesse.

Costituendo i divieti delle deroghe alla “regola” della libertà, la loro espressa previsione si rende indispensabile.

Inoltre, l'imposizione del divieto deve essere giustificata, mentre lo stesso non vale per la libertà di agire, che è un diritto a-causale, nel senso che risultano irrilevanti le motivazioni sottese al suo concreto esercizio. Con altre parole: la libertà di sedersi sulla panchina di un giardino pubblico è assicurata con pari pienezza indipendentemente dalla circostanza che chi si siede sia affaticato, voglia leggere il giornale, si prefigga di oziare o altro; ossia dalla meritevolezza degli scopi individuali.

Breve: la completezza del sistema punitivo, ossia la sua non integrabilità in via interpretativa, è una scelta ideologica, che diventa principio regolativo; il non vietato non può che ricadere nell'ambito irriducibile della liceità.

2. La “norma generale di libertà”

Le obiezioni che solitamente si muovono alla teoria della “norma generale di libertà” sono condizionate dall'angolo visuale prescelto, perlopiù quello della codificazione civile. Si contesta, in particolare, che la mancanza di una specifica norma possa portare il giudice a respingere la pretesa attorea. Questo epilogo – si precisa – produrrebbe un salto deontico inaccettabile, perché ciò che non è vietato diventerebbe tutelato contro chiunque voglia impedirlo. Si aggiunge che “se si fosse coerenti sarebbe impossibile condannare non solo nell'ipotesi di completa mancanza di norme su quel caso, ma anche nell'ipotesi di oscurità”, là dove – si conclude con un realismo che non può certo assurgere ad argomento – “(m)olte volte si condanna introducendo una chiarezza artificiosa” (Luigi Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, p. 46).

Orbene, nella materia penale l'epilogo paventato è del tutto fisiologico: in mancanza di un divieto esplicito, il giudice deve disattendere l'eventuale richiesta punitiva dell'accusa, senza che ciò appaia in alcun modo disfunzionale. La libertà gode, infatti, della massima tutela (anche penale) sotto il profilo sia fisico, che morale. Le condanne artificialmente chiare non sono accettabili; né tanto meno lo diventano in presenza di oscurità normativa.

Da qui la conclusione che la norma generale esclusiva, quand'anche priva di valore assoluto, opera appieno nel nostro settore, *sub specie* di “norma penale esclusiva” (Francesca Poggi, *Concetti teorici fondamentali*, Pisa, 2013, p. 229). Essa esprime la completezza regolativa dell'ordinamento penale, ossia la sua necessaria incompletezza precettiva.

3. *Il reato come divieto e la frammentarietà del diritto penale*

I reati sono una speciale tipologia di divieti, la cui violazione è ritenuta particolarmente grave a causa dell'offesa che essi arrecano ai singoli cittadini o alla collettività. Per questa ragione la loro previsione è presidiata da sanzioni molto incisive.

Per l'ideologia penalistica affermatasi con la modernità il catalogo dei reati deve essere necessariamente chiuso e tassativo. La sua principale peculiarità risiede nella frammentarietà, ossia nella discontinuità dell'area della illiceità.

La frammentarietà non costituisce un principio autonomo rispetto a quello di legalità; è, bensì, un carattere del diritto penale (Domenico Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2017, p. 127 s.), la diretta implicazione della sua natura eccezionale. L'intervento punitivo è legittimo solo se proporzionato alle esigenze di tutela e strettamente necessario. Vale a dire che il fatto elevato a reato deve essere meritevole di pena e non altrimenti impedibile con pari efficacia.

4. *La “determinatezza” quale condizione della “frammentarietà”*

La frammentarietà del diritto penale presuppone, a sua volta, la determinatezza delle singole previsioni di reato, ossia la precisione dei segni linguistici utilizzati, l'intelligibilità dei significati desumibili e la certezza dei confini applicativi di ciascun reato. Questa concezione della determinatezza, quale principio intimamente garantista (Francesco C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 170 s.), è accolta dalla nostra Costituzione e professata dalla dottrina unanime, ma derogata non di rado dalla giurisprudenza e da una parte della stessa dottrina, quando dalle enunciazioni di principio si passa all'interpretazione di singole figure di reato (non è facile resistere al fascino discreto che esercita la trasgressione dei principi garantistici; il panpenalismo fa chic).

La norma penale indeterminata è incostituzionale, anche se sono poche le pronunce della Consulta in tal senso (e non certo perché siano rare le figure di reato affette da genericità). D'altro canto, il

controllo di costituzionalità può riguardare solo l'indeterminatezza degli enunciati normativi, non anche le applicazioni concrete che ne conseguono. Assicurare la nomofilachia, ossia l'uniformità dell'interpretazione, è compito della Corte di cassazione, quale giurisdizione c.d. suprema.

A rigore il difetto di determinatezza, in quanto genetico, è irreparabile in via interpretativa. Tuttavia, secondo la giurisprudenza costituzionale, il c.d. diritto vivente può sanare il vizio di indeterminatezza (Elio Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, p. 138 s.). Perché il miracolo si compia è sufficiente che il circuito giudiziario distilli un'interpretazione stabile, quale che sia. L'importante – questo il senso del discorso – è che una qualche certezza sia raggiunta. Così facendo, però, la scelta ideologica ed epistemologica dei Costituenti viene di fatto elusa, sebbene per il “nobile” fine di non lasciare privi di tutela i singoli cittadini e la collettività impersonalmente intesa. Per evitare questo scenario, ritenuto insopportabile, si sacrifica il principio costituzionale della riserva di legge, che prevede il monopolio normativo penale a favore del legislatore (quello segnalato – sia consentita la telegrafica digressione – non è il solo caso in cui la determinatezza prevale sulla riserva di legge. Le previsioni di reato c.d. in bianco, destinate a essere etero-integrate da fonti subordinate, costituiscono sovente l'alternativa a elementi di fattispecie generici, ossia altrimenti rimessi alla discrezionalità del giudice).

5. *La concezione esemplificativa del reato e il divieto di analogia*

Sostando ancora sul piano dei principi, al modello di diritto penale sopra tratteggiato si contrappone la concezione esemplificativa del reato, caratterizzata da una indeterminatezza normativa deliberatamente prodotta dal legislatore, al fine precipuo di consentire al giudice l'integrazione delle ipotesi di reato da sottoporre a pena.

Questo obiettivo può essere perseguito attraverso tre tecniche normative affini, ma dotate di una diversa portata applicativa.

La prima consiste nella descrizione linguistica di singole figure di reato in termini generici. Ne consegue l'invito al riempimento giudiziale degli elementi non definiti.

La seconda tecnica utilizza espressioni che estendono esplicitamente l'area della illiceità a casi "simili", "analoghi" o "altri" rispetto a quelli tipizzati. L'integrazione creativa della norma risulta maggiore nei casi di elencazioni eterogenee (si pensi all'art. 434 c.p. che equipara al "crollo di una costruzione" un qualunque "altro disastro").

La terza tecnica normativa si realizza attraverso la previsione di una clausola generale che demanda al giudice la punizione di fatti non espressamente previsti come reato, nondimeno ritenuti meritevoli di pena a giudizio dello stesso giudicante secondo parametri di valore elastici e non meglio formalizzati (così Pietro Nuvolone, *La riforma del § 2 del codice penale germanico*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1968, p. 12).

Quest'ultimo modello, che nel secolo scorso è stato accolto dalle legislazioni penali di regimi dittatoriali tra loro ideologicamente antitetici, è oggi fermamente rifiutato; le prime due tecniche sono invece praticate, anche sotto mentite spoglie, nelle più avanzate democrazie che professano il carattere legalitario dell'intervento punitivo.

Le cadute di tipizzazione sono più o meno sfacciate, ma il risultato in fondo non cambia: solo per dare concretezza al discorso, si pensi all'insostenibile genericità dei nuovi eco-delitti, previsti nel Titolo VI-*bis* c.p., che si affidano al sano sentimento ambientale dell'interprete. La loro evidentissima indeterminatezza – che, ad oggi, non risulta essere stata 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. Lo stesso deve dirsi in relazione ai reati colposi ascritti a titolo di colpa generica, almeno per come quest'ultima viene comunemente intesa: *nomina sunt consequentia rerum*.

L'elencazione potrebbe continuare. Importa rilevare, piuttosto, che nei casi sopra considerati, in misura maggiore o minore, la nozione di reato rimane "aperta". La norma penale generica, quale che sia la sua scaturigine tecnica, presenta la stessa caratteristica: la portata del divieto non è conoscibile *ex ante* dal cittadino, perché la sua definizione è opera del giudicante *ex post*.

Lo stesso accade in presenza di enunciati determinati interpretati analogicamente. Vi è chi esclude che l'analogia abbia una spiccata vocazione al relativismo creativo (Giuseppe Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1552 s.). Ciò non basta però a negare un'indiscutibile conseguenza pratica: l'approdo applicativo non è deducibile dal cittadino al momento della condotta.

Ricapitolando: *ex ante* è possibile solo la conoscenza dell'enunciato normativo. L'esito della sua interpretazione, come tutto ciò che appartiene al futuro, non può andare oltre la previsione. Conseguentemente, le carenze descrittive precludono il pieno riconoscimento del divieto; per parte sua, l'eccessiva libertà interpretativa ne ostacola la prevedibilità. Entrambi i fenomeni consentono che il divieto sia riempito dal giudice.

Né varrebbe replicare che l'esito dell'interpretazione, una volta conosciuto dalla collettività, costituisce, per il futuro, un nuovo *a priori*. Resta l'ingiustizia del caso singolo e lo spazio di cui l'interprete si è impossessato a danno della testualità (Luciano Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo*, in *Riv. it. dir. peroc. pen.*, 2016, p. 1668 s.). Un risultato, questo, niente affatto neutro nel campo del diritto penale, perché favorisce la concentrazione nelle mani della giurisdizione dei poteri propri del giudice e di quelli del legislatore, con sommo pericolo per i diritti del cittadino, che si trova esposto a un'azione repressiva eccedente rispetto a quella espressamente autorizzata dal divieto.

Da qui, la saggezza dei Costituenti che hanno assoggettato il diritto penale ad un importante principio, caduto oggi in disgrazia, per via della c.d. crisi della politica e l'avvento del diritto giudiziario (nazionale e sovranazionale): il riferimento è al summenzionato cardine della riserva di legge. Nel confermare la tradizione culturale ispirata alla separazione dei poteri, la Costituzione ha fatto proprio il principio *nullum crimen sine lege*, che intende contenere gli spazi della giurisdizione, esaltati invece dal diverso modello *nullum crimen sine iure sacerdotum*.

Ciò spiega le ragioni di sistema per cui l'enunciato normativo con funzione incriminatrice deve essere linguisticamente preciso; sono le medesime in base alle quali l'analogia, che è un canone ermeneu-

tico valido per l'intero ordinamento, è esclusa nella materia penale in modo espresso dall'art. 14 disp. gen. ed implicitamente dagli artt. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost. Si tratta di presidiare il carattere puntiforme del diritto penale, che verrebbe altrimenti nullificato.

6. *Conoscenza e prevedibilità del diritto*

L'enunciato normativo formulato in modo determinato, associato al divieto della sua estensione oltre i casi formalmente contemplati, mette in comunicazione biunivoca l'imposizione del precetto, da un lato, e dall'altro i suoi destinatari, ossia tanto coloro che devono osservarlo, quanto l'autorità preposta alla repressione delle violazioni.

L'esito interpretativo vede accrescere la sua prevedibilità nella misura in cui l'attribuzione di senso, da parte del giudicante, si mantiene nell'ambito dei significati nucleari comunemente riconosciuti allo specifico discorso giuridico contenuto nell'enunciato normativo. Da qui l'accostamento, da noi non più sostenuto, tra divieto di analogia *in malam partem* e divieto di interpretazione estensiva (v. per esempio Luigi Majno, *Codice penale italiano*, Verona, 1902, p. 8), tuttora contemplato invece dal codice penale francese, che, all'art. 111-4, positivizza, non senza suscitare critiche, il principio della stretta interpretazione (Francesco Palazzo, Michele Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 126 s.).

La progressiva modificazione dei significati (il linguaggio è notoriamente un fenomeno dinamico) non comporta strappi nell'evoluzione delle interpretazioni, essendo l'una lo specchio dell'altra. L'autentica evoluzione ermeneutica non procede per salti, ossia per ingiustizie sostanziali. Per converso, il mutamento dell'interpretazione dopo il fatto, se sfavorevole al reo, viola il principio di irretroattività proprio del diritto penale, al pari del mutamento dell'area semantica del divieto successivamente alla sua trasgressione. Quest'ultimo fenomeno è precluso, come noto, dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, che non opera, invece, nei confronti degli esiti dell'interpretazione.

La fattispecie incriminatrice, quale sinonimo di narrazione verbale del fatto di reato, favorisce, nei suoi destinatari, la conoscenza

del divieto sanzionato penalmente e la prevedibilità delle sue applicazioni. Non è il solo strumento di cui dispone a tal fine il nostro ordinamento. È tuttavia il meno impreciso, nonostante gli attacchi sferrati dall'anti-letteralismo radicale (così, Tecla Mazzaresse, *Interpretazione letterale*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000, p. 109 s.). Per questa ragione, la determinatezza della fattispecie deve essere direttamente proporzionale all'incisività della sanzione prevista per la sua violazione. La prevedibilità del diritto non sarà mai assoluta, ma potrà risultare accettabile nella misura in cui risulterà agganciata all'evoluzione del linguaggio, con la quale siamo abituati a convivere.

La determinatezza è funzionale, dunque, alla conoscibilità del divieto e al giudizio di colpevolezza. Per converso, l'indeterminatezza segna la violazione del dovere di diligenza gravante sull'ordinamento giuridico, che, quando vieta, deve (pre)occuparsi di rendere manifesti l'esistenza e l'ambito del divieto. Si tratta – se la si prende sul serio – di un'obbligazione di risultato.

7. *Reato e fattispecie penale*

Nell'attuale momento storico le punizioni penali incidono sulla libertà personale.

Ciò fa emergere un'altra linea di tensione tra diritto penale e diritti di libertà. Per coglierla bisogna guardare non più al divieto come limite all'autodeterminazione comportamentale in sé considerato, ma alla conseguenza della sua violazione, vale a dire all'applicazione della pena. Finché quest'ultima sarà principalmente detentiva (anche se in modo indiretto, perché è tale la sanzione di risulta nel caso di insuccesso delle pene non carcerarie), il sistema penale continuerà ad impattare, in ultima istanza, sulla libertà personale dell'autore del reato, comprimendola al momento dell'esecuzione della risposta sanzionatoria.

I reati sono le infrazioni dei divieti previsti dalla legge penale. Il termine reato indica, pertanto, con un'innocua ambivalenza di significato, sia la norma che pone il divieto, sia il fatto storico che lo costituisce.

Anche l'espressione fattispecie penale (o incriminatrice) presen-

ta lo stesso, per quanto minimo, inconveniente. Al fine di ovviarvi, si è soliti aggettivare la fattispecie come “astratta” o “concreta”, a seconda che si faccia riferimento alla sua previsione da parte dell’ordinamento o al fatto storico che la integra.

Nel gergo dei penalisti reato e fattispecie incriminatrice sono spesso usati come sinonimi.

8. I divieti globali

Definire il divieto come compressione di una preesistente libertà di agire può apparire in taluni casi una forzatura. Si pensi, per l’appunto, a divieti penali come l’omicidio. Sarebbe come dire che la previsione legislativa di questa fattispecie incriminatrice deroghi alla libertà di uccidere.

Affermare un siffatto *a priori* equivarrebbe a intendere la libertà compressa dal divieto in senso puramente meccanicistico, come esangue e poco significativa capacità di movimento corporeo. Aderendo a una concezione valoriale della libertà, deve riconoscersi, invece, che il divieto di uccidere non deroga ad alcuna libertà originaria. Questo spiega la sua formulazione in termini causalmente orientati, ossia la tipizzazione del fatto in base all’efficienza della condotta a provocare l’evento, con la conseguente e indistinta elevazione a reato di tutte le modalità della condotta, nessuna delle quali è consentita. Si tratta di una tecnica normativa del tutto particolare, perché, nella gran parte dei casi, il reato è un illecito caratterizzato invece da singole e specifiche modalità di lesione.

I divieti globali fanno eccezione all’eccezionalità del divieto, perché esprimono, sul piano formale, la prevalenza della tutela sulla libertà di agire e, sul piano sostanziale, la preminenza di taluni beni giuridici, ritenuti irrinunciabili.

Pertanto, nell’ambito dei divieti globali il rapporto tra regola ed eccezione si inverte: la libertà di agire riconquista i suoi spazi dall’esterno del divieto, ossia *sub specie* di cause di esclusione dell’anti-giuridicità, quali controtipi facoltizzanti.

SOMMARIO: 1. Il ceppo delle scriminanti: consenso, esercizio di un diritto, adempimento di un dovere. – 2. L'ambito problematico della giustificazione. La legittima difesa. – 3. Gli obiettivi (perlopiù mancati) delle recenti riforme. – 4. Lo stato di necessità. – 5. L'uso legittimo delle armi. – 6. Riflessi sistematici. – 7. L'estensione analogica delle cause di esclusione dell'antigiuridicità.

1. *Il ceppo delle scriminanti: consenso, esercizio di un diritto, adempimento di un dovere*

Al pari dei reati, anche le c.d. cause di esclusione dell'antigiuridicità sono previste in numero chiuso, essendo oramai superata la tesi delle c.d. scriminanti tacite (ammesse, per esempio, in via residuale da Pietro Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 119 s.) o non codificate (così Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 314).

Alcune cause di esclusione dell'antigiuridicità sono speciali, perché concernono singole figure di reato (si pensi alla reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, ai sensi dell'art. 393-bis c.p.). Altre ipotesi sono comuni, perché operano, tendenzialmente, rispetto a tutti gli illeciti penali. Per questa ragione sono previste nella parte generale del codice penale. Solitamente si fa riferimento al blocco delle disposizioni comprese tra l'art. 50 e l'art. 54.

A differenza delle previsioni di reato, che operano sempre come regole di condotta, il funzionamento delle cause di esclusione dell'antigiuridicità non è unitario.

Bisogna distinguere, infatti, a seconda che la causa di esclusione dell'antigiuridicità renda l'agire lecito *ab origine*, cioè sulla base di un parametro normativo rilevabile fin dal momento della condotta, oppure giustifichi il fatto di reato *ex post*, vale a dire all'esito della sua valutazione giudiziale in concreto.

Con riguardo al primo fenomeno, ossia alla legittimazione radicale rilevabile *ex ante*, si pensi alla condotta conforme all'esercizio di un diritto o addirittura imposta da altra norma dell'ordinamento. Per il principio di non contraddizione, nei casi di esercizio del diritto o adempimento del dovere (art. 51 c.p.), la violazione del divieto penale è apparente, in quanto le eccezioni ai divieti introducono altrettante espansioni contestuali di libertà o di doverosità (quale *species* dell'agire lecito). Analoghi rilievi valgono per il consenso dell'avente diritto dei beni disponibili, nella misura della loro disponibilità (art. 50 c.p.): la lesione del bene giuridico, così legittimata, non costituisce reato.

Queste cause di esclusione dell'antigiuridicità costituiscono, dunque, limiti negativi dell'illecito penale, in quanto contribuiscono a descriverlo chiarendo ciò che non costituisce reato. Si può parlare al riguardo di scriminanti, perché la loro presenza esclude la conformità del fatto storico alla fattispecie incriminatrice. Il contrasto tra norme vede prevalere quella permissiva o obbligatoria, a seconda dei casi. L'effetto della liceità è pieno e non richiede ulteriori condizioni, trattandosi di una libertà di azione direttamente riconosciuta all'agente, che per così dire neutralizza il divieto. Si pensi al proprietario del fondo che taglia le radici provenienti dal terreno del confinante. All'evidenza, questa condotta non costituisce danneggiamento, nemmeno in ipotesi. Lo stesso vale per il pubblico ufficiale che esegue un arresto; egli non commette certo un sequestro di persona. Non solo: il proprietario del terreno confinante e il soggetto che subisce l'arresto non sono facoltizzati a impedire la condotta scriminata. *Mutatis mutandis* deve dirsi per il consenso dell'avente diritto: si pensi al proprietario di un vecchio mobile che autorizza un terzo a distruggerlo per farne legna da ardere.

Le cause di esclusione dell'antigiuridicità del secondo tipo, invece, sono incentrate su un bilanciamento degli interessi demandato al giudice in concreto. In particolare, esse presentano, tra i requisiti costitutivi, il giudizio di proporzione tra la condotta di reato e il pregiudizio che altrimenti ne risentirebbe l'agente (o in taluni casi anche un terzo). Dette previsioni non costituiscono elementi negativi del fatto, né regole di condotta, perché, dipendendo dall'esito del giudizio di valore che effettuerà il giudice *a posteriori* (tale è la

verifica della proporzione), non sono compiutamente preventivabili *ex ante*. Il parametro di giudizio è fortemente condizionato dalla situazione di fatto.

2. *L'ambito problematico della giustificazione.* *La legittima difesa*

Si faccia il caso della legittima difesa: l'uccisione dell'aggressore resta un fatto di omicidio, che non viene punito quando, all'esito del bilanciamento tra i beni aggrediti e quelli colpiti dalla reazione difensiva, questi ultimi risultano, tenuto conto delle altre condizioni di legge, soccombenti o equivalenti per valore. L'aggredito che si difende non potrà avere la certezza che il suo comportamento sarà giustificato. Per il cittadino la regola di condotta resta il divieto e la fuga come prima scelta. Ma non è tutto: la reazione dell'aggredito sproporzionata per eccesso, non essendo legittima, rileva come un'autonoma aggressione e può giustificare, a sua volta, se inevitabile altrimenti, la reazione dell'originario aggressore divenuto aggredito, ai sensi della stessa causa di giustificazione, ossia nei limiti della proporzione tra i beni in gioco.

Proprio la configurazione della legittima difesa quale regola di giudizio è all'origine della prassi giudiziaria che, con certa frequenza, riporta i casi di reazione difensiva nell'ambito dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p. Ciò significa che per i nostri giudici solo in casi rari la difesa è legittima; per converso, al di fuori di quest'ambito ristretto, all'aggredito viene perlopiù riconosciuto di avere ecceduto colposamente, con un abbattimento della pena entro il raggio di azione della sospensione condizionale (art. 163 seg. c.p.).

Non è la sede per una digressione sulla solidità del principale parametro utilizzato a tal fine, ossia il comportamento che avrebbe tenuto nella situazione concreta l'aggredito-modello (non solo abile nel dosare la sua reazione difensiva, ma anche capace di non cedere alla concitazione e di mantenere una lucida freddezza nei momenti più critici). Al riguardo è sufficiente rilevare che la figura dell'aggredito-modello, essendo incarnazione del senno di poi, opera di fatto *ex post* alla stregua di una regola di giudizio cui non corrisponde una speculare modalità di condotta riconoscibile *ex ante*.

Va riconosciuto, invece, che per questa via si consegue l'apprezzabile risultato compromissorio di riaffermare in linea di principio l'illegittimità della difesa lesiva e i diritti della persona dell'aggressore, senza incrudelire sull'aggregato che si è difeso.

Sennonché, esistono soggetti particolarmente esposti al rischio di aggressione per via dell'attività svolta (che li mette a contatto con denaro contante o altri valori), dell'ubicazione isolata delle loro abitazioni, e via discorrendo. Le compagnie di assicurazione rifiutano talvolta il rinnovo della polizza a causa dell'elevato indice di rischio. Si tratta di persone che non possono permettersi di subire altre aggressioni. D'altro canto, per i pluriaggregati, che hanno già ottenuto la sospensione condizionale per un pregresso eccesso colposo, le chance che il beneficio venga iterato si riducono sensibilmente.

Ciò ha indotto il nostro legislatore a delineare, con gli interventi riformatori del 2006 (l. n. 59) e del 2019 (l. n. 36), un'ipotesi speciale di legittima difesa domiciliare (concetto esteso ai luoghi dove si svolge un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale), che è andata incontro a severe critiche (Giovanni Flora, *La difesa è "sempre legittima"?*, in *disCrimen*, 11.6.2019, p. 4 s.). La novità consiste, almeno negli intendimenti, nell'introduzione di una presunzione di proporzione in presenza di un'intrusione che avviene con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, sempre che l'uso difensivo dell'arma o di altro mezzo idoneo miri alla tutela dell'incolumità o dei beni contro l'azione dell'intruso, quando questi non desiste e manifesta anzi propositi aggressivi. Il legislatore del 2019, nell'integrare la riforma del 2006, ha aggiunto, tra l'altro, un'ipotesi, anch'essa presunta, di eccesso colposo, qualificata come causa di non punibilità, destinata a operare nei casi in cui l'azione difensiva eccedente avviene per la salvaguardia dell'incolumità (propria o altrui) in condizioni tali da ostacolare la difesa ovvero in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo.

3. *Gli obiettivi (perlopiù mancati) delle recenti riforme*

Parte della dottrina ha colto nelle recenti riforme il segno di una nuova ideologia della legittima difesa, ispirata alla privatizzazione della giustizia penale, al fai da te punitivo, posto che la pena – con-

sistente nella reazione – sarebbe applicata direttamente dall'agredito. Com'è stato detto, “Il populismo è una politica antisistema e antielite che contrappone al mondo dei virtuosi – bottegai, piccoli imprenditori e artigiani purificati dalla alacrità del lavoro – i corrotti e gli inetti che rappresentano il cuore della classe politica e del ceto dei burocrati della pubblica amministrazione. Da qui la declinazione della dicotomia noi/loro in chiave di opposizione tra gli onesti che rischiano ogni giorno di esse vittime di un delitto e i delinquenti che turbano la serenità del vivere quotidiano nella pace delle abitazioni e dei luoghi di lavoro” (Ennio Amodio, *A furor di popolo*, Roma, 2019, p. VIII).

La critica presuppone che sia corretta l'anzidetta lettura della riforma, la quale tuttavia non è l'unica possibile. In effetti, se non ci si fa condizionare dalle visioni politiche delle forze parlamentari che hanno varato la riscrittura dell'art. 52 c.p., le modifiche normative intervenute consentono anche un diverso e meno spinto inquadramento complessivo delle riforme. L'intento di fondo – scongiurare in capo all'agredito una sorta di dovere di subire – accomuna il perseguimento di due più specifici obiettivi.

Il primo riguarda la valorizzazione presuntiva di certe situazioni di pericolo legate al luogo che costituisce lo scenario dell'aggressione. In un ambiente chiuso (a maggior ragione se isolato) le possibilità di intervento della forza pubblica si riducono considerevolmente. Si aggiunga che la fuga, quale condotta salvifica da privilegiarsi, è meno agevole da un luogo chiuso, specie quando i presenti aggrediti siano più di uno e non tutti atletici (si pensi a una famiglia con figli piccoli e anziani).

Il secondo obiettivo maldestramente perseguito dai recenti interventi di riforma è quello di trasformare, limitatamente ad alcuni contesti problematici, la legittima difesa da regola di giudizio giustificante in regola di condotta scriminante.

Il risultato, però, non può dirsi conseguito, perché la presunzione di proporzione, che dovrebbe tracciare le coordinate della condotta difensiva lecita *ex ante*, assume un raggio di operatività troppo ampio e indistinto, seppure con riguardo all'ambito delle offese ai beni della vita e dell'integrità fisica (a rigore la norma finirebbe per scriminare anche la reazione mortale in presenza di un'aggressione

di minima rilevanza). Per evitare una siffatta slabbratura, l'orientamento maggioritario persiste nel ritenere che l'art. 52 c.p. ruoti tuttora sul requisito della proporzione tra i beni in conflitto. Una diversa conclusione sarebbe sostenibile solo ove la legittimità della difesa fosse delineata come una fattispecie permissiva *ex ante*, ossia ancorata legislativamente all'equivalenza (ossia ancora alla proporzione) tra la pericolosità in concreto dell'aggressione e quella della reazione difensiva, quali valutazioni affidate entrambe alla prognosi postuma. Ma non è questa la scelta che è stata effettuata. La norma non dice che, quando l'aggressione mette in pericolo la vita e l'incolumità dell'agredito, è legittima la reazione difensiva che crea un pericolo equivalente per l'aggressore. La presunzione di proporzione del vigente art. 52 c.p. riguarda pur sempre il piano dell'offesa, con il risultato, inoltre, di apparire inverosimile e finanche illogica.

Per questa ragione la riforma si avvia ad essere disattesa; si tratta di un epilogo che segna il fallimento del legislatore, che non ha saputo calibrare la scelta politico-criminale, e l'autarchia dell'interprete, che ha cercato di porre rimedio all'insipienza della riforma.

4. *Lo stato di necessità*

Lo stesso deve dirsi, secondo l'orientamento prevalente, per lo stato di necessità, anch'esso legislativamente imperniato sul requisito della proporzione e tuttora formulato nei termini in cui ebbe a concepirlo il codice Rocco.

Che l'art 54 c.p. non delinei una regola di condotta è sostenuto *a fortiori* da chi ne afferma la natura, non già di causa di giustificazione, secondo l'orientamento maggioritario (per tutti, Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2017, p. 259), ma di scusante, ossia di istituto che esclude la colpevolezza (sulla compresenza di entrambe le prospettive nell'art. 54 c.p., Tullio Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 214).

Alla base di quest'ultimo inquadramento sta, da un lato, il principio di indifferenza dell'offesa, quale (cinico e amorale) fondamento giustificativo dell'istituto e, dall'altro, l'obbligo di indennizzo previsto, a carico dell'autore dell'azione necessitata, dall'art. 2054 c.c., quale residuo di responsabilità estraneo alla disciplina generale

delle cause di esclusione dell'antigiuridicità, che rendono il fatto lecito per l'intero ordinamento.

5. *L'uso legittimo delle armi*

Un discorso a parte merita l'uso legittimo delle armi e, più in generale, di ogni altro mezzo di coazione fisica (art. 53 c.p.), in relazione al quale il requisito della proporzione, pur non essendo legislativamente previsto, viene introdotto in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, che, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del rapporto tra preminenza dell'autorità dello Stato e beni della persona, finisce per assimilare l'istituto in questione al modello delle cause di giustificazione in senso stretto (Gianfranco Martiello, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica*, Pisa, 2019, p. 223 s.).

A quest'ultimo proposito, però, non è priva di rilievo la circostanza che la proporzione operi qui come limite e non come fondamento giustificativo. Si assume, cioè, una prospettiva di valutazione *ex ante*, supportata dalla constatazione che l'esercizio della coercizione fisica è oggi perlopiù regolata da precisi protocolli aventi funzione cautelare (si pensi alle procedure di "ammanettamento" dettate dalla circolare dell'Arma dei Carabinieri 30 gennaio 2014), che delimitano un'area di rischio consentito, valutabile *ex ante*. Il problema si sposta, allora, dall'esecuzione dell'attività coercitiva alla verifica dei suoi presupposti di necessità, che non potrà essere rimessa a una valutazione postuma interamente giudiziale, ma andrà effettuata anch'essa *ex ante* in considerazione delle circostanze di fatto quali appaiono all'operatore della forza pubblica. Il discorso si stringe intorno al nucleo massimamente problematico dell'uso delle armi in senso stretto, che non risulterà legittimo se inadeguato alla situazione concreta su cui si interviene, che deve essere, non soltanto realmente necessitante, ma anche non gestibile con mezzi di intervento meno pericolosi; e sempre che l'uso delle armi non lasci prevedere effetti eccessivamente sproporzionati rispetto alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

6. *Riflessi sistematici*

Da quanto precede discende che, dal punto di vista della loro rilevanza nella sistematica del reato, le cause di esclusione della illecita si sottraggono a una collocazione unitaria, richiedendo una trattazione opportunamente differenziata.

Risultano insoddisfacenti, dunque, le due opposte impostazioni che si contendono il campo, accomunate dall'essere unilaterali seppure per ragioni diverse.

Il riferimento è, da un lato, alla sistematica bipartita (che distingue tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo, considerando le ipotesi in questione componenti negative del primo), dall'altro, a quella tripartita (che racchiude le cause di giustificazione nell'apposita categoria dell'antigiuridicità, collocata tra il fatto tipico e la colpevolezza).

In realtà, l'articolazione del reato non può essere né bina, né trina, ma l'una e l'altra a seconda della natura delle cause di esclusione della illiceità, ossia bina, quando la tipicità è esclusa dalla presenza di elementi negativi del fatto, e trina quando la liceità discende da regole di giudizio ancorate al requisito della proporzione valutabile *ex post*.

7. *L'estensione analogica delle cause di esclusione dell'antigiuridicità*

Secondo l'orientamento prevalente, a differenza dei reati, le cause di esclusione della illiceità possono interpretarsi analogicamente.

Questa conclusione viene desunta, per un verso, dal loro effetto favorevole al reo, per l'altro dalla loro ritenuta natura non penale.

Il primo argomento non è probante, come dimostra l'insegnamento predominante che esclude l'applicazione analogica delle cause di non punibilità, anch'esse favorevoli.

Il secondo argomento pecca invece per assolutezza. Come si è detto, esistono cause di esclusione della illiceità che operano come elementi negativi della fattispecie incriminatrice. La loro funzione tipizzante è penale a tutti gli effetti.

Appare preferibile, allora, una diversa impostazione della que-

stione, che valorizzi la summenzionata distinzione delle cause di esclusione della illiceità, a seconda che operino come regole di condotta o come mere regole di giudizio.

Nel primo caso, ossia con riguardo agli elementi negativi del fatto, la loro natura di regole di condotta è incompatibile con la creatività insita nell'interpretazione analogica. Si potrebbe replicare che esse operano pur sempre in via di eccezione rispetto al carattere già eccezionale del reato. Come tali, i limiti negativi ripristinano il principio di libertà, che, essendo *norma agendi*, è suscettibile di analogia *in bonam partem*. Si tratta, tuttavia, di argomenti che lasciano il tempo che trovano. Assorbente è il rilievo che tali scriminanti (consenso dell'avente diritto, esercizio di un diritto, adempimento di un dovere) sono previste legislativamente già nella loro massima portata (Ferrando Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 77); ne consegue l'impossibilità logica di ogni ulteriore espansione applicativa. Lo stesso va detto per l'uso legittimo delle armi, ove lo si ritenga ancorato a un'area di rischio consentito individuabile *ex ante*, in quanto ritagliato sul rispetto di specifiche procedure, insuscettibili di analogia nella misura della loro tassatività ed esaustività.

Nel secondo caso, ossia in relazione alle cause di giustificazione incentrate sul giudizio di proporzione, l'estensione analogica è compatibile con la loro natura di regole di giudizio. Si pensi, per esempio, alla legittima difesa anticipata, ossia a situazioni in cui il pericolo per il bene esposto a lesione non è attuale, come richiesto dall'art. 52 c.p., bensì futuro. Lo stesso deve dirsi dello stato di necessità, indipendentemente dalla natura che si ritenga di attribuirgli. Ciò porta a legittimarne in linea di principio l'applicazione analogica.

Questa conclusione, però, non vale per le medesime cause di giustificazione quando accedono a reati espressione di divieti globali, perché in tal caso esse introducono un'eccezione a una regola espressa da un divieto che non ha natura derogatrice di una libertà originaria. Trova applicazione, allora, la regola generale della stretta interpretazione delle norme eccezionali (art. 14 disp. prel.) e la logica di sistema per la quale l'analogia non è ammessa quando la scriminante toglie spazio operativo a un divieto globale.

SOMMARIO: 1. La varietà dei divieti. – 2. La forma. – 3. I divieti silenziosi. – 4. I divieti impliciti. Quello che le norme non dicono. – 5. Le conseguenze. – 6. Funzioni della pena. – 7. Il reato come condotta. – 8. Funzione orientativa e standard di precisione del divieto.

1. *La varietà dei divieti*

La realtà di tutti i giorni conosce una grande varietà di divieti. Questi ultimi possono distinguersi, infatti, in base al contenuto pre-cettivo, alle conseguenze della loro inosservanza e alle tecniche di formulazione.

A ben vedere l'ordine di trattazione di tali profili merita di essere invertito, perché l'aspetto formale dei divieti è il loro biglietto da visita ("solo i superficiali non giudicano dalle apparenze", insegnava Oscar Wilde); il presidio sanzionatorio, esprimendo una realistica sfiducia nella loro osservanza spontanea, è lo strumento utilizzato per assicurarne l'effettività; il comportamento interdetto costituisce l'essenza funzionale del divieto, il punto di irradiazione della sua *ratio legis*. Ciò rende praticabile, all'occorrenza, un'interpretazione teleologica del divieto, che ne valorizzi la sostanza regolativa senza sopravanzare, tuttavia, il confine massimo della sua delimitazione testuale, posta a presidio del principio di libertà. Ne consegue che la portata del divieto può essere più ristretta rispetto alla massima estensione consentita dal suo involucro semantico; non può accadere il contrario. Per il diritto penale liberale l'interprete può allentare il vincolo testuale solo *in bonam partem*.

2. *La forma*

Se è vero che "disancorarsi dalla forma è semplicemente illusorio" (Marcello Gallo, *Moralità*, Napoli, 2011, p. 109), è indubbio

che i divieti non sono sempre chiari e precisi. In questi casi non è agevole auscultare il cuore pulsante della forma, quale rivestimento della sostanza regolativa.

A fronte di precetti determinati (si pensi all'ordinanza del sindaco che, per ridurre l'inquinamento dell'aria, sospende la circolazione stradale in certi giorni e in certe fasce orarie), ve ne sono altri molto generici e generali (come quello che recita: "Gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia (...) salvaguardata la sicurezza stradale").

Nel primo caso il bilanciamento tra le ragioni del divieto – riprendendo l'esempio dell'ordinanza comunale, l'ambiente e la salute pubblica – e la libertà che esso viene a comprimere – il diritto di circolazione – è risolto in astratto, ossia una volta per tutte negli stessi termini, con la conseguenza che la circolazione dei mezzi interessati dal divieto subisce una temporanea restrizione in quanto interesse ritenuto soccombente dalla norma. Qui la regola di condotta, rivolta al destinatario del divieto, e la regola di giudizio, rivolta all'autorità preposta alla rilevazione dell'inosservanza, tendono a convergere in termini di accettabile equilibrio funzionale.

Nel secondo caso il bilanciamento dei valori in gioco richiede una specificazione che può avvenire solo in concreto, ossia di volta in volta, da parte di un soggetto regolatore, che preciserà l'estensione del divieto e la contrazione del diritto di libertà (si pensi all'intervento del vigile urbano che regola il transito delle automobili in prossimità di un incrocio dove il semaforo è temporaneamente guasto).

Quando questa attività viene svolta prima della condotta inosservante, l'esito del bilanciamento, seppure in concreto, può essere formalizzato con precisione anche elevata (si pensi al vigile urbano che con una gestualità univoca o con l'uso del fischietto intima l'alt agli automobilisti prossimi all'incrocio al fine di consentire ai pedoni l'attraversamento della strada). Ne beneficerà il destinatario del divieto, poiché quest'ultimo si paleserà con chiarezza. Quando il punto di equilibrio tra divieto e libertà viene ricercato *ex post*, la nettezza (eventuale) del discrimine tra l'area del vietato e quella del consentito, giungendo tardiva, non avrà nessun valore regolativo per chi ha già agito. Essa ha mancato l'obiettivo funzionale dell'orientamento comportamentale. Nella migliore delle ipotesi, la pre-

cisazione dell'ambito operativo del divieto varrà, se ad essi nota, per i terzi che non hanno ancora agito.

L'interpretazione del divieto penale da parte del giudice ben difficilmente assicura, per i futuri comportamenti, uno standard di precisione elevato, per la ragione che il carattere argomentativo delle motivazioni delle sentenze è lontano dalla sinteticità precettiva di una disposizione correttamente enunciata.

A questo inconveniente sopperisce l'opera di "massimazione" delle sentenze, vale a dire la loro riformulazione in termini di principio. Anche qui, però, non si può enfatizzare il risultato, non solo perché, a differenza dei precetti, le massime non sono pensate per il cittadino, bensì per l'operatore del diritto, ma soprattutto per la ragione assorbente che la massima può chiarire e non sostituire l'enunciato normativo. Quand'anche si abbandonasse il modello della massima-principio a favore della massima-fattispecie, resterebbe l'inconveniente di una informazione eccessivamente casistica. La massima nulla può dire in relazione ai casi non affrontati, che rimarrebbero oggetto di una impossibile precognizione analogica. A ciò si aggiunga che il grado di fedeltà informativa dell'attività di "massimazione" non è sempre elevato (Dario Micheletti, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia* 2012, p. 619 s., e anche in *disCrimen*). Ma questo è un altro discorso.

3. I divieti silenziosi

L'esistenza di divieti inespresi o taciti fa parte della comune esperienza. Il bambino che viene punito dalla mamma per aver disegnato un cavallo sulla parete del salotto di casa non avrà il coraggio di obiettare che nessuno glielo aveva espressamente vietato. Se ardisse a farlo, la mamma replicherebbe, verosimilmente, che avrebbe dovuto capirlo da solo.

Nel mondo del diritto penale, però, l'autore di un reato non subisce una semplice ramanzina, ma una pena, ossia la più severa reazione dell'ordinamento. Pertanto, è bene che la pena segua a divieti espressi, perché quelli impliciti o taciti assai facilmente possono rivelarsi la plastica facciale dei precetti inesistenti. A tacer altro, il giudice penale non è la mamma, che magari finisce per affezionarsi all'affresco del

suo piccolo artista. Il *favor libertatis* impone la precisa delimitazione dei divieti penali, ossia la loro definizione linguistica, in ogni caso, anche quando l'esistenza del divieto può apparire scontata.

Il linguaggio – si potrà obiettare – non è sempre preciso, anzi è polisenso. È anche vero però che esso non sempre è equivoco, almeno nella misura in cui consente di riconoscere significati certamente arbitrari (sullo zoccolo duro di questo realismo negativo, v. Umberto Eco, *Ci sono cose che non si possono dire*, in *Alfabeta2*, 2012, p. 12). Considerarlo tale per definizione è una mistificazione, che finisce per disconoscere perfino la funzione comunicativa. Nel diritto penale, il linguaggio, a partire da quello legislativo, non è solo scorza formale: i suoi significati costituiscono sostanza garantistica, delimitando il raggio di azione della pena.

Sarebbe buona regola, pertanto, che gli enunciati normativi gravidi di conseguenze sfavorevoli venissero sottoposti, prima della loro ufficializzazione, ad attenta revisione linguistica. Come dire che l'abito fa il monaco, se è il monaco a indossarlo. La necessaria complementarità tra sostanza e forma richiede il valore della prima e l'appropriatezza della seconda.

4. *I divieti impliciti. Quello che le norme non dicono*

Una sottocategoria particolarmente problematica è quella dei divieti impliciti, in quanto potenzialmente compresi dalla formulazione espressa del divieto, che tuttavia non li precisa formalmente.

Il cartello “in questo negozio è vietato introdurre cani” sembrerebbe estendere l'interdizione anche ad animali più grandi e pericolosi del cane, come l'orso (Luigi Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, p. 95). Nell'esclusione del “meno” rientra quella del “più”.

La struttura analogica di una siffatta disposizione è tuttavia evidente, perché il divieto suona in realtà come se fosse formulato in questi termini: “è vietato introdurre animali che, come il cane di media taglia o più del cane, possono creare pericolo per persone e cose”. Così inteso il divieto, se ne potrà negare la violazione nel caso, per esempio, dell'introduzione di un leone in gabbia o di un cane pechinese di piccola taglia tenuto in braccio dal proprietario.

Senonché anche la finalità del divieto non è chiara. La sua interpretazione cambierebbe se il divieto fosse sorretto da ragioni igieniche o anche solo dal fine di evitare disturbo alle persone; nel qual caso però non si spiegherebbe la sua limitazione ai cani.

In breve, i divieti impliciti sono assai meno evidenti di quanto possa apparire. Se quello sopra esemplificato fosse un divieto sanzionato penalmente, si tratterebbe di un reato la cui (in)determinatezza andrebbe censurata, perché la portata del divieto rimarrebbe imprecisata. In breve: l'interprete parlerebbe al posto del divieto.

Per quanto frequente, il divieto esemplificato (e con esso anche quello più generale "vietato introdurre animali", che imporrebbe l'imbarazzante esclusione del cliente pulcioso) trasmette un messaggio di massima, che non va preso troppo sul serio, perché fortunatamente non sanzionato e concernente interessi disponibili. Se alla porta di una costosa boutique si affacciasse Crudelia De Mon, con inesauribili carte di credito, verosimilmente il commesso farebbe entrare anche i suoi dalmata.

5. Le conseguenze

A garanzia della loro serietà, i divieti possono essere accompagnati da una o più sanzioni per il caso della loro inosservanza. Ciò accade assai di frequente, ma non sempre.

Pertanto, la previsione della sanzione non è una condizione necessaria della positività del divieto, ma semmai della sua efficacia. Si pensi al divieto sociale unanimemente condiviso (durante una funzione religiosa il pubblico non deve rumoreggiare) o posto da un'autorità morale che gli assicuri la necessaria forza persuasiva (il genitore che con il solo sguardo intimativo distoglie il proprio bambino dal toccare gli oggetti esposti in un grande magazzino). Quand'anche si volesse intravedere in questi casi una sanzione implicita (la reazione stigmatizzante dei presenti o del genitore), essa sarebbe comunque inespressa e indeterminata, ossia del tutto generica e non prevedibile nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quantum*.

Indubbiamente, però, la funzione orientativa del comportamento, svolta dal divieto, è accresciuta dalla sanzione, che opera come fattore di motivazione, al pari del suo opposto simmetrico, il pre-

mio, quale incentivo per le condotte positivamente valutate.

La sanzione, ossia la conseguenza sfavorevole riconnessa a certi comportamenti, può perseguire l'orientamento delle condotte o influenzarla solo di fatto e in via eventuale, a seconda che l'afflizione del destinatario sia lo scopo ultimo e precipuo della sanzione oppure un effetto eventuale, occasionale e collaterale. Solo nel primo caso la sanzione può definirsi punitiva.

6. *Funzioni della pena*

Come si è anticipato, la funzione preventiva della pena è una delle basi teoriche del diritto penale, la sua giustificazione oggi prevalente (Cap. I, § 3). Una diversa impostazione è quella retributiva, che attribuisce alla pena principalmente funzioni di giustizia (Cap. I, § 2). Al pari della morale, anche il diritto penale si incardinerebbe sulla distinzione tra bene e male, pur mantenendo, quale disciplina sociale, un'orbita più ristretta rispetto al giudizio morale, in quanto circoscritta ai comportamenti nocivi del vivere comune.

La funzione retributiva della pena ha un fondamento assiologico collegato alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto illecito. Essa non è misurabile in termini di efficacia, risultando quest'ultima assorbita dal valore preponderante della pena come significato (Günther Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *ZStW*, 1995, (107), p. 844 s.). Da qui la conclusione che il diritto penale non avrebbe bisogno di una giustificazione empirica, alla quale aspira invece la concezione preventiva della pena, proiettata verso l'utile sociale.

A sua volta, però, giustificazione empirica non significa misurabilità scientifica. La prima si basa sulla massima di esperienza secondo cui la prospettazione dell'afflizione condiziona il comportamento (c.d. deterrenza). La spiegazione scientifica della prevenzione, invece, presuppone – secondo il noto insegnamento di Karl Popper – la falsificabilità dell'ipotesi di partenza; che è ancora il ventre molle del diritto penale, al punto che non è mancato chi ha concluso, drasticamente, che “con la pena, il logos del diritto è abbandonato in ogni caso” (Klaus Lüderssen, *L'irrazionale nel diritto penale, in Logos dell'essere, logos della norma*, Bari, 1999, p. 1151).

7. Il reato come condotta

Il contenuto dei divieti, e dunque anche dei reati, per quanto vario, consiste sempre in una condotta. Talune fattispecie richiedono anche il verificarsi di un evento, quale conseguenza dell'azione.

In una accezione normativa, legata esclusivamente al parametro della doverosità, il divieto può consistere in un'omissione, nel qual caso il contenuto precettivo si rovescia nell'obbligo di agire. Il divieto suona come una doppia negazione: è vietato il non fare una certa cosa, con la conseguenza di rendere doveroso l'agire. Si parla a questo proposito di reati omissivi.

Nei divieti penali che si sono chiamati globali (Cap. II, § 8) l'obbligo di agire (solitamente volto a impedire il verificarsi di un evento) rende manifesto che non esiste in origine alcuna libertà compressa, al punto che l'ordinamento rafforza il divieto globale con un dovere impeditivo degli eventi lesivi corrispondenti a quelli che il divieto mira a evitare.

Tornando a una visione generale degli illeciti omissivi, l'imposizione di un'azione incide sul diritto di libertà più del divieto di agire; mentre quest'ultimo consente tutte le infinite condotte diverse da quella vietata, l'imposizione della condotta attiva si pone in alternativa ad ogni altra contestuale opzione comportamentale.

8. Funzione orientativa e standard di precisione del divieto

Ragioni del divieto, incisività della sanzione e tecniche di formulazione della regola sono tra di loro collegate. Le combinazioni possono essere molteplici e variegate. Secondo una visione razionale delle loro relazioni, più è importante lo scopo preventivo che il divieto persegue, ossia la ragione ultima della sua funzione di orientamento comportamentale, più la sanzione potrà essere incisiva; conseguentemente, anche la forma dovrà essere massimamente precisa e aderente al comportamento interdetto, secondo il modello della crescente progressione garantistica.

L'istanza di determinatezza del divieto, benvenuta comunque, si impone via via che aumenta l'incidenza della sanzione sulla libertà personale. Il divieto, infatti, in questi casi viene a incidere per così dire doppiamente sul diritto di libertà: prima sotto forma di regola

di condotta, poi sotto forma di conseguenza sanzionatoria.

Purtroppo, i sistemi punitivi non sono sempre razionali e coerenti, al punto che non manca parla di “disordinamento giuridico” (Ferrando Mantovani, *Stupidi si nasce o si diventa?*, Pisa, 2015, p. 157). In effetti, le risposte sanzionatorie sono talvolta sproporzionate rispetto alla gravità delle violazioni e sperequate in senso orizzontale, ossia in relazione al trattamento previsto per fatti diversi. In effetti, considerata sotto il profilo della dosimetria punitiva, la nostra legislazione penale è oramai priva di qualunque proporzione sia interna (rapporto tra fatto e pena), sia esterna (rapporto tra cornici edittali). Una ventata di risentimento repressivo ha portato all’innalzamento generalizzato e parossistico non solo del massimo edittale, ma anche nel minimo, al fine di precludere al giudice eventuali cedimenti compassionevoli. Questa tendenza, in costante crescita, ha trovato di recente ulteriore e preoccupante conferma nella l. 19 luglio 2019, n. 69 (denominata “Codice Rosso”).

Solo per fare qualche esempio, e senza contare l’incidenza delle aggravanti: il peculato e la corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio sono puniti con la reclusione fino a dieci anni; la semplice condotta di partecipazione all’associazione mafiosa è punita con la reclusione da dieci a quindici anni (per il legislatore, evidentemente, l’associato è autore di reati non provati grazie alla copertura del vincolo associativo, ragion per cui, nel dubbio, gli si addebita, presuntivamente e a forfait, una quota ideale di responsabilità, conteggiandola nella pena edittale per la partecipazione). E ancora: le lesioni personali colpose gravissime di competenza del giudice di pace sono punite con la pena pecuniaria della multa; quelle stradali, di competenza del giudice ordinario, con la reclusione fino a tre anni. Per non dire del sequestro di persona a scopo di estorsione, che è punito, nel minimo edittale, più gravemente di quanto non sia punito nel massimo edittale l’omicidio doloso. Da ultimo, va ricordata la nuova cornice sanzionatoria del delitto riformato di maltrattamenti: l’ipotesi base è punita da tre a sette anni, quella aggravata dalla morte (necessariamente non voluta) con la stessa pena, nel massimo, prevista per l’omicidio doloso (ventiquattro anni).

L’elenco potrebbe continuare, con tantissimi altri esempi e senza contare le sensibili modificazioni della cornice edittale che discendono dalla scelta dei c.d. riti semplificati.

SOMMARIO: 1. Diritto penale e diritto processuale penale. – 2. Il primato del diritto penale sostanziale. – 3. La legge penale. – 4. Legiferare e giudicare. – 5. L'insularità del diritto penale.

1. *Diritto penale e diritto processuale penale*

Con l'espressione "diritto penale" si indica la disciplina dei reati, ossia i principi e le regole che li riguardano (c.d. parte generale), oltre che il complesso delle singole figure di reato vigenti (c.d. parte speciale). Il "diritto processuale penale" comprende, invece, i principi e le regole che concernono l'accertamento dei reati e l'individuazione dei soggetti responsabili.

Questi due rami dell'ordinamento giuridico sono tra loro complementari e interconnessi: il diritto penale si occupa del reato come ente giuridico, ossia della sua struttura, desumendola dall'assetto normativo vigente, e viene denominato *sostanziale* perché dà per scontato l'avvenuto accertamento di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale; il diritto *processuale* penale si interessa degli aspetti probatori. Insieme delineano la duplice dimensione del reato: come concetto caratterizzato da elevato grado di definizione e come fatto storico, unico e irripetibile.

Avulso dal processo la previsione di reato sarebbe una monade incapace di svolgere qualsiasi funzione sociale; per converso, svincolato dai binari del diritto sostanziale, il processo perderebbe la sua strumentalità rispetto a un programma di politica criminale unitario, con il rischio di lacune di tutela o peggio di eccessi punitivi.

L'immagine reale del diritto penale si forma *nel* processo, che è il terreno dell'incertezza; prima dell'accertamento ci sono solo ipotesi di reato, che attendono la prova dei fatti. I loro protagonisti sono presunti innocenti e presunte vittime. La certezza subentra con la fine del processo. Solo allora ci saranno un innocente non più presunto o

un colpevole oltre ogni ragionevole dubbio. Il diritto penale è il diritto della reità. La sua attuazione è la finalità del processo. Tra diritto penale e processo intercorre, dunque, una reciproca strumentalità.

2. *Il primato del diritto penale sostanziale*

Il nostro sistema è imperniato sul primato del diritto penale sostanziale. Con ciò non si intende dire che esso sia più importante, ma che costituisce il *prius* logico del processo, al quale offre l'oggetto da provare. Nella nostra tradizione giuridica, il diritto sostanziale è fortemente caratterizzato e condizionato dal principio di legalità, che costituisce una categoria storica. Ordinamenti diversi e parimenti evoluti muovono da una concezione meno forte della legalità. Ne consegue un maggiore protagonismo del processo e un diverso ordinamento giudiziario. La legalità sostanziale nasce storicamente per delimitare dall'interno del sistema normativo il potere punitivo del giudice. Si può dire, pertanto, che la legalità è un criterio autoregolativo: lo strumento di delimitazione – per quanto possa sembrare ingenuo – è affidato al potere che esso stesso delimita. Negli ordinamenti caratterizzati da una legalità affievolita, la politica criminale passa nelle mani della pubblica accusa e in seconda battuta della giurisdizione che può assecondarla in chiave affittiva (come avviene perlopiù da noi da quando il principio di legalità si è infiacchito) o depotenziarne gli effetti repressivi.

Può accadere – e accade – che la pratica tradisca, dunque, la teoria e le sue idealità. Se si vogliono correggere le disinvolture della vita giudiziaria di tutti i giorni, è da una corretta teoria che bisogna partire. Lo scarto fisiologico rispetto alla pratica si riduce considerevolmente in presenza, per un verso, di teorie praticabili, ossia concepite tenendo conto della loro necessaria applicazione processuale e, per l'altro, di una empiria consapevole dell'importanza dei principi regolativi. Alla base, però, sta la scelta di modelli coerenti e trasparenti.

3. *La legge penale*

Nell'impattare negativamente sul principio di libertà, il diritto penale ambisce a essere razionale, efficace e rispettoso della perso-

na. Per ragioni funzionali, dunque, prima ancora che per esigenze di giustizia, negli ordinamenti ancorati al primato della libertà, il cittadino deve poter distinguere l'area del penalmente rilevante da quella del penalmente indifferente. La definizione del reato è coesistente all'esistenza del divieto penale. Come i divieti hanno carattere eccezionale (Cap. II, § 1), così il diritto penale è *ius exceptum*. Questo carattere è funzionale alla riaffermazione dei valori della persona che subisce la punizione. Finché la Costituzione continuerà a ruotare sul primato della persona e dei suoi beni fondamentali, e fino a quando i contenuti afflittivi della pena incideranno sui beni della persona, vita e libertà personale *in primis*, potrà parlarsi di "diritto penale della libertà" (Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2017, p. XXXIX), senza che l'espressione suoni contraddittoria. Il "diritto penale della libertà" è un piano dichiaratamente inclinato a favore dei colpevoli.

Nei sistemi di *common law* la pre-esistenza del divieto penale (rispetto alla condotta) è assicurata dal principio dello *stare decisis*, ossia dal carattere vincolante del precedente; nella nostra tradizione giuridica di *civil law* dal principio di legalità, ossia dal parametro di una legge scritta e dei suoi significati alla luce dei principi del diritto penale.

Si tratta di due diverse espressioni di una medesima istanza: assicurare che il giudizio, per sua natura successivo al fatto, si conformi a una pretesa comportamentale preesistente all'agire umano.

4. *Legiferare e giudicare*

Allo scopo di ridurre il potere del giudice penale dell'*ancien regime*, il diritto penale di matrice illuministica ha introdotto una netta distinzione tra il legiferare e il giudicare, subordinando – almeno negli intendimenti ideologici originari, recepiti dalla nostra Costituzione – il secondo al primo.

Più il nostro giudice si allontana dal testo e dai suoi significati univoci, più la sua decisione finisce per fondarsi o sull'eventuale precedente in quanto tale, ossia disgiunto dalla fedeltà al testo, o – peggio – su una libera scelta politico-criminale.

Nel primo caso sarà violato il principio, rigorosamente penalisti-

co, della riserva di legge, posto dall'art. 25, comma 2, Cost., per il quale la legge costituisce l'unica fonte del diritto penale ("nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"). La decisione giudiziale sulla base del precedente soddisfa, infatti, solo il principio della riserva di diritto (soluzione comunque estranea al nostro sistema), ricavabile dall'art. 101, comma 2, Cost. valido per gli altri rami dell'ordinamento giuridico. Secondo l'interpretazione prevalente, nell'assoggettare il giudice alla legge, l'art. 101, comma 2, Cost., usa il termine legge come sinonimo di diritto, comprensivo dell'elaborazione giurisprudenziale. Il vincolo del precedente imporrebbe, comunque, al giudice di decidere secondo un parametro preesistente che il giudicante trova e non crea.

Nel secondo caso, l'epilogo è ancora più grave e illiberale, perché il giudice imbocca la strada del diritto libero, ossia arbitrariamente creato *ex post*.

Sul piano della pre-esistenza della regola, dunque, la riserva di legge e quella di diritto si equivalgono (salvo il differente mezzo comunicativo adottato: cap. IV, § 2); non anche sotto il profilo del coefficiente di partecipazione democratica alla formazione del diritto penale. La legge, infatti, proviene da un organo – il Parlamento – caratterizzato da una legittimazione che promana direttamente dal corpo sociale, in quanto comunità degli elettori; il diritto formatosi attraverso il precedente è figlio di *sacerdotes iuris* liberi di procreare.

5. *L'insularità del diritto penale*

Nel diritto penale moderno il principio di legalità, per il quale la decisione del giudice non è libera, ma deve conformarsi a un preesistente parametro legale, presenta all'evidenza maggiore rigidità rispetto a quanto avviene in altri settori pure afferenti all'area del diritto punitivo (si pensi alle garanzie di legalità dell'illecito amministrativo punitivo o del recente illecito civile depenalizzato).

Ciò dipende dal fatto che nel campo penale il principio di legalità, affermato dall'art. 25, comma 2, Cost., ha radici più estese e profonde, che affondano nello spirito personalistico e liberale della Costituzione.

L'insularità del diritto penale – condivisa dalla dottrina unanime – è stata proposta da Ernst Beling con una celeberrima metafora mutuata, tra gli altri, da Giuseppe Bettiol (*Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, Padova, 1984, p. 112): il diritto penale è (e deve essere) un “arcipelago di divieti in un mare di libertà”.

Il principio di legalità è un cardine ideologico del sistema. Descrivere il fatto di reato significa narrarlo. La legalità è una modalità narrativa vincolante.

La tecnica descrittiva è quella consueta del diritto: la fattispecie origina da un enunciato talvolta composto di poche parole. Si pensi al delitto di omicidio: “Chiunque cagiona la morte di un uomo”. Caratteristica dell'enunciato è la sinteticità, non la brevità in se stessa, anche se di solito all'una corrisponde l'altra. Esiste una brevità espressiva “antica”, tipica di massime, aforismi, epigrammi, ecc., e una brevità moderna, come i tweet e la comunicazione internettiana in genere, perlopiù parcellizzata. Soprattutto nel diritto penale, sinteticità dell'enunciato significa compiutezza narrativa.

La fattispecie non indica solamente la finalità della tutela; cala quest'ultima all'interno del fatto narrato. La *ratio* del divieto è concentrica rispetto alla tipicità, non è ad essa esterna.

SOMMARIO: 1. La funzione di tutela. – 2. Il garantismo: l'altra faccia del diritto penale. – 3. Oggettivismo e soggettivismo garantistico. – 4. L'ago della bilancia tra tutela e garanzie. – 5. Garantismo e politica criminale. – 6. *Logos e pathos nel e del punire.*

1. *La funzione di tutela*

Per un insegnamento, anch'esso attualmente in crisi, il diritto penale tutela beni individuali o collettivi.

Il punto debole di questa impostazione è che essa è solo parzialmente vera.

Indubbiamente vi sono reati offensivi di entità ben definite e preesistenti alle rispettive fattispecie incriminatrici: si pensi ai beni della persona come la vita, l'integrità, la libertà, il domicilio, offesi da reati come l'omicidio, le lesioni, il sequestro di persona, la violazione di domicilio e via discorrendo. In quest'ambito è agevole constatare come il diritto penale incarni la dialettica tra due diverse e complementari espressioni della libertà: la compressione della "libertà di" esprime il costo individuale dell'oggetto della tutela, consistente nella "libertà da". In molti altri casi, invece, è davvero difficile cogliere un autentico e tangibile bene giuridico. Spesso si tratta di trasfigurazioni verbali del precetto con le quali gli interpreti si ingannano e ingannano. Alcuni beni giuridici, specie nell'ambito di quelli superindividuali, si rivelano dei miraggi. Si pensi all'ordine pubblico, che si ritiene comunemente offeso dall'associazione per delinquere. In realtà si tratta di un'entità evanescente, non perché immateriale, ma perché concettualmente sfuggente e insuscettibile di essere offesa da condotte umane. L'ordine pubblico appare più un programma, che un bene giuridico; spiega la ragione della incriminazione, ma non ne giustifica la meritevolezza di tutela, perché non è chiaro il nocciolo tutelato.

Lo stesso si potrebbe dire di molti dei fatti classificati tra i delitti contro la personalità dello Stato. Non a caso Francesco Carrara si rifiutò di trattare il reato politico (*Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1874, p. 649 s.).

Ne consegue che solo i beni giuridici culturalmente e logicamente “tangibili” consentono una verifica critica delle scelte di penalizzazione. Il bene privo di identità e di apprezzabilità vale quanto il bene inesistente, perché in entrambi i casi non è possibile giustificare la creazione legislativa di un divieto penalmente rilevante, come tale incidente su un bene primario e reale, qual è la libertà del cittadino.

Seppure la teoria del bene giuridico sia uno strumento imperfetto di legittimazione del diritto penale, essa svolge comunque una irrinunciabile funzione ideologica: contrastare la concezione del reato puramente formale, come violazione del divieto, o etica, come violazione della legge morale.

Ingenuo quanto si voglia, il principio di offensività mantiene, pertanto, un valore culturale e pedagogico insostituibile, se non come criterio descrittivo dell’esistente penalistico, almeno come direttrice auspicabile e preferenziale di politica criminale.

2. *Il garantismo: l'altra faccia del diritto penale*

Lo stretto nesso tra il diritto penale e il primato della libertà spiega il fascio di garanzie che accompagna la comminazione, prima, e l’irrogazione, poi, della pena, al fine di evitare eccessi di tutela e arbitrii punitivi.

La principale di queste garanzie è del tutto intuitiva: per poter operare, i divieti, e quindi anche le previsioni di reato, devono essere conosciuti dai loro destinatari.

Su quest’ultima condizione, necessaria per il rimprovero a titolo di colpevolezza, si avrà modo di tornare (e di mettere in luce come, a taluni fini, sia ritenuta sufficiente la conoscibilità del divieto, ossia la semplice possibilità di apprenderne l’esistenza e il contenuto).

Al momento è sufficiente rilevare come la conoscibilità del divieto non si esaurisce nella mente del trasgressore. Prima di fondare la colpevolezza soggettiva, la conoscibilità del divieto è il risvolto di

una precisa obbligazione di risultato che grava sull'ordinamento: quella di esprimere con chiarezza il divieto (Cap. II, § 1).

3. *Oggettivismo e soggettivismo garantistico*

La doverosità di questo compito rileva in termini oggettivi. Conseguentemente, ove esso non sia stato assolto, non vale porsi il problema della colpevolezza individuale, quand'anche il cittadino fosse a conoscenza del divieto che l'ordinamento non ha potuto diramare (per esempio: non potrà ritenersi colpevole il dipendente della Gazzetta ufficiale, che viola il divieto penale a lui noto e nondimeno non pubblicato per uno sciopero del Poligrafico dello Stato). Costituisce invece una garanzia soggettiva la rilevanza esimente dell'ignoranza scusabile della legge penale, da parte dell'agente concreto. Quest'ultima presuppone, infatti, che il divieto sia stato correttamente formulato e pubblicizzato.

Orbene, la precisa perimetrazione dell'area operativa del diritto penale – ossia il principio di legalità – è la garanzia fondamentale a favore dell'autore di un fatto non previsto come reato, non potendo essere la liceità della sua condotta motivo di addebito. Il principio di legalità è la base di tutte le altre garanzie, che sono pensate, invece, a favore dell'autore di un fatto tipico. Il reo, in particolare, è garantito contro l'abuso della pena. Questa affermazione suonerebbe come una contraddizione in termini se il diritto penale non fosse cultura garantistica esso stesso. Il colpevole, nelle mani dello Stato, non deve (meglio: non dovrebbe) temere eccessi persecutori a danno dei suoi beni fondamentali: vita, integrità, libertà, dignità.

Secondo parte della dottrina, oltre alla legalità, esisterebbero altre garanzie oggettive (per esempio, la durata ragionevole del processo). In realtà si tratta di interpretazioni che impoveriscono la dimensione personalistica del garantismo, valorizzando interessi carenti di un sostrato antropocentrico. Tornando alla durata ragionevole del processo, essa costituisce una garanzia soggettiva se correttamente concepita nell'interesse prioritario del soggetto sottoposto a processo penale (Ennio Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422).

Anche i beni della vittima sono oggetto di garanzia, attraverso la

previsione delle norme incriminatrici che li assumono come oggettività giuridiche. La garanzia della vittima risiede nella sua tutela dal reato. A tal fine l'ordinamento affronta i costi umani e sociali del sistema punitivo. Il garantismo a favore della vittima trova la sua principale *sedes materiae* nella parte speciale del diritto penale. La (presunta) vittima è tutelata anche sul piano processuale: si pensi all'istituto del processo a porte chiuse, quando, per la natura dei fatti da accertare, la pubblicità del dibattimento può nuocere alla sua dignità.

4. *L'ago della bilancia tra tutela e garanzie*

Il primato della persona impedisce che la tutela dei suoi beni giuridici avvenga a danno delle garanzie fondamentali tanto del presunto innocente, quanto del sicuro colpevole.

In presenza di vittime, l'antropocentrismo del diritto penale è bilaterale, perché, da un lato, il soggetto passivo beneficia della tutela, dall'altro lato, le garanzie pensate per il reo non vengono meno in nessun modo, soprattutto sul terreno del diritto sostanziale.

Può accadere invece che la funzione punitiva subisca una contrazione a causa dei diritti riconosciuti al reo. La casistica è ricca ed eterogenea: si pensi all'attenuazione del regime penitenziario in ragione del diritto alla rieducazione e alla umanizzazione della pena, che mitigano la pena riducendone l'efficacia generalpreventiva a favore di quella specialpreventiva. Poiché rieducazione e umanizzazione hanno rilevanza di principi costituzionali, su di essi non può incidere la contrarietà e il disappunto dell'eventuale vittima del reato. La richiesta di punizione fatta valere dalla persona offesa, come non può giustificare annacquamenti dello statuto garantistico del reato, sotto il profilo della sua tipicità, offensività e colpevolezza, così non può consentire incrudelimenti esecutivi finalizzati ad assecondare il senso di giustizia individuale della vittima e i suoi sentimenti eventualmente persecutori. Sarebbe come cedere al sentimento di vendetta, che può comprendersi, ma che non va assecondato.

All'irriducibilità di queste garanzie si contrappongono, tuttavia, quelle a favore della vittima, che trovano maggiore spazio nel processo penale, dove la persona offesa può esercitare il ruolo di parte con i poteri accusatori tutt'altro che secondari.

Il vittimocentrismo, oggi di moda, va ben oltre il punto di bilanciamento ottimale tra i diritti del (presunto) reo e quelli della sua (presunta) vittima. Non sono accettabili, per esempio, deroghe alle modalità di assunzione delle prove o alle regole di giudizio, per così dire, ordinarie. Può ammettersi, invece, l'adozione di modalità di ascolto della vittima che non la espongano a inutili pregiudizi. Si è già fatto l'esempio del dibattimento a porte chiuse.

Il necessario riguardo per la (presunta) vittima non può trasformarsi in una apertura di credito a suo favore. Rispetto non significa empatia, la quale, specie se proviene dal giudice, ne compromette la terzietà.

5. *Garantismo e politica criminale*

Nella storia e nella geografia dei sistemi punitivi, il garantismo, quale espressione di civiltà giuridica, si collega perlopiù al modello del diritto penale mite o buonista (così da ultimo, José Luís Díez Ripollés, *L'abuso del sistema penale*, in *Criminalia* 2018, p. 41 s., e anche in *disCrimen*, 17.12.2018). Per converso, l'affievolimento delle garanzie si accompagna all'innalzamento del suo livello di durezza. Ciò però non costituisce una regola: un diritto penale rigorista ben può essere garantista; e viceversa.

Inoltre, il garantismo, nel privilegiare la persona, nulla dice sulla qualità delle scelte politico-criminali, ossia sulla selezione dei beni tutelati, sulle tecniche normative, sull'individuazione dei destinatari dell'intervento punitivo e sul loro trattamento in una prospettiva di inclusione o piuttosto di esclusione sociale.

Un diritto penale garantista può essere discriminatorio. Per questa ragione il garantismo non è tutto. Un buon diritto penale dipende anche da una buona politica criminale.

Il garantismo, tuttavia, è una irrinunciabile base di partenza.

6. *Logos e pathos nel e del punire*

Queste premesse sono tutt'altro che velleitarie e irrealistiche.

Tali appaiono, invece, a chi non crede che anche il punire abbia

e debba mantenere un suo *logos*, senza il quale la punizione regredisce nella vendetta, il controllo sociale nella brutalità di Stato, la prevenzione dei reati nella propaganda populistica: *poenam et circenses*.

Ma la razionalità non basta. Il diritto punitivo, in quanto scienza sociale, richiede a chi lo studia sentimenti di giustizia e di rispetto per i valori della persona, prima tra tutte quella del trasgressore, che è il cliente della giustizia punitiva. La sua colpevolezza va sanzionata, ma nel rispetto della sua persona.

Poiché il diritto punitivo strumentalizza il suo destinatario a fini utilitaristici, fondamentale è il sentimento del limite (circa la funzione) e del dubbio (con riguardo ai presupposti di fatto) in chi amministra questo delicato settore della giustizia.

L'emozionalità latente, che deve accompagnare il buon penalista, non ha scadenza, cresce anzi con il tempo. Per questa ragione la visita di un istituto penitenziario dovrebbe rientrare tra le prime esperienze dello studente di giurisprudenza.

SOMMARIO: 1. La categoria della punizione. – 2. Punizione e vendetta. –
3. Il diritto punitivo.

1. *La categoria della punizione*

Il diritto penale fonda la sua identità sul concetto di punizione, il quale, tuttavia, non costituisce una categoria esclusiva del diritto penale.

Solo per fare alcuni esempi: secondo la maggioranza delle religioni, la punizione degli empi, al pari della ricompensa dei giusti, è il fine ultimo della storia; lo sport prevede un'ampia gamma di penalità per la violazione delle regole del gioco, tra cui l'ammonizione e l'espulsione del competitore scorretto; la giustizia disciplinare (in ambito lavorativo e scolastico) si attua attraverso l'irrogazione di punizioni.

Anche la psicologia e la pedagogia si occupano della punizione come strumento di condizionamento dell'agire umano. La pedagogia, in particolare, si interessa, tra l'altro, alla funzione educativa del castigo.

Nel mondo giuridico le punizioni possono avere (e per lo più hanno) natura pubblicistica, con la conseguenza di essere di regola indisponibili, ossia sottratte, salvo eccezioni (come nel caso dei reati perseguibili a querela) alla volontà del soggetto eventualmente offeso, oppure possono avere natura privata, con la conseguenza di essere disponibili (come nel caso delle pene private: si pensi alla c.d. clausola penale, cui può rinunciarsi la parte a favore della quale è prevista).

Diversi sono dunque i contesti nei quali la punizione rileva. E variegati possono essere i contenuti affittivi che essa, di volta in volta, assume.

2. *Punizione e vendetta*

La punizione si sostanzia nell'afflizione di chi la subisce per aver disatteso una determinata aspettativa di comportamento, che può essere la più diversa. Il concetto di punizione è strettamente collegato alla violazione di un dovere, anche se non tutte le violazioni di doveri sono soggette a punizione.

La punizione, anche quando trae origine dalla violazione di un accordo privato, presuppone un'autorità legittimata ad infliggerla, ossia in grado di eseguirla, se del caso, in modo coercitivo.

Normalmente, la punizione viene disposta ed eseguita da soggetti diversi da colui che si assume sia stato vittima del fatto per cui si punisce.

A differenza dell'autorità, la terzietà di chi esercita lo *ius puniendi* non è però un elemento indefettibile della penalità. Si pensi alla maestra che rimprovera l'alunno perché le ha mancato di rispetto.

La punizione che proviene dall'offeso, dotato dell'autorità di punire, si distingue comunque dalla vendetta perché quest'ultima, pur potendo essere efficace sotto il profilo dissuasivo, non è consentita. Cambia inoltre la prospettiva: la vendetta mira a saziare l'animo di chi la pratica (Aristotele, *Retorica*, Libro I, 10), a rinvigorire il sentimento di sé (Edward Westermarck, *L'essenza della vendetta*, ora in *La giustizia vendicativa*, Pisa, 2015, p. 15 s.), a dare gloria e gioia al cuore, secondo la tradizione delle culture tribali, ancora presente, seppure in forma più evoluta, nell'antica Grecia (Eva Cantarella, *Itaca*, Milano, 2019, p. 26 s.). Per questo la vendetta può risultare sproporzionata all'offesa ricevuta. Il nostro sistema, come molti altri, centralizza l'esercizio coercitivo dello strumento punitivo, anche quando la pena è privata.

La vendetta non va confusa con le motivazioni vendicative che possono animare sentimenti ritorsivi rimanendo nel foro interno dell'agente, le quali sono irrilevanti nella misura in cui si mantengono per l'appunto nell'ambito delle afflizioni consentite dal diritto.

3. *Il diritto punitivo*

Seguendo alla violazione di una regola di condotta, la punizione

presuppone l'esistenza di un sistema normativo. Alla pluralità dei sistemi punitivi corrisponde, dunque, una pluralità di sistemi normativi. Come possono verificarsi interferenze tra questi ultimi, così anche i primi possono interferire tra loro.

Particolare attenzione merita il sistema punitivo pubblico, che, riferendosi alla violazione di precetti posti dalle istituzioni competenti, esprime in modo immediato e marcato la supremazia dello Stato sui cittadini. Al riguardo può parlarsi di diritto punitivo in senso lato, quale settore dell'ordinamento giuridico che comprende il diritto penale, come sua *species*. In entrambi i casi lo *ius puniendi* è esercitato da un'autorità diretta espressione dello Stato, con un'intensità afflittiva maggiore nel diritto penale. Infatti, mentre le sanzioni punitive di natura amministrativa (e comunque non penale) sono di regola pecuniarie o, al più, possono consistere nell'interdizione dallo svolgimento dell'attività, ancora oggi la pena incide direttamente o indirettamente sulla persona del condannato, ossia, prima ancora che sui suoi diritti, sul suo corpo (Cap. I, § 2). In ogni caso, si tratta di sanzioni eterogenee, perché, a differenza delle sanzioni omogenee (qual è, per esempio, il risarcimento del danno), incidono su un bene di natura diversa rispetto a quello interessato dal comportamento vietato (Pietro Nuvolone, *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, p. 878).

La costrizione cui si fa adesso riferimento – si pensi alla pena detentiva – è cosa diversa dalla coercizione che caratterizza l'esecuzione delle sanzioni, anche di quelle non coercitive: la prima riguarda i contenuti della sanzione, la seconda le modalità di attuazione.

Comprensibilmente maggiori sono le garanzie sostanziali e processuali che presiedono all'applicazione del diritto penale, rispetto a quelle che accompagnano l'applicazione delle sanzioni punitive di natura non penale. Il diritto penale è coercitivo nei contenuti, oltre che coercitivo quanto a modalità di attuazione.

Di recente, il sistema si è arricchito di illeciti depenalizzati (è il caso, per esempio, dell'ingiuria) puniti con sanzione civile di natura patrimoniale, avente funzione punitiva, perché la sua applicazione non mira al ristoro del soggetto passivo ma all'afflizione del colpevole (la sanzione – consistente nell'obbligo di pagare una somma di denaro – non è proporzionale al danno patrimoniale, ma alla gravità

dell'illecito, e viene devoluta alla Cassa delle Ammende: v. d. lgs. 7/2016). Si tratta di una nuova articolazione del sistema punitivo, ottenuta attraverso una degradazione di illeciti in precedenza costituenti reato. La loro disciplina non è però amministrativa in senso stretto, perché dette sanzioni vengono applicate attraverso il processo civile. Un'altra particolarità è che la loro irrogazione dipende dal soggetto passivo dell'illecito cui compete il diritto di azionare la tutela.

CAPITOLO OTTAVO
REATI E PENE

SOMMARIO: 1. Criteri di identificazione. – 2. Le altre conseguenze afflittive del reato. – 3. I correttivi sostanziali. – 4. Esemplicazioni. – 5. La nozione di pena secondo la giurisprudenza Cedu.

1. *Criteri di identificazione*

La pena è la conseguenza sanzionatoria dei reati: come questi ultimi sono gli illeciti più gravi previsti dall'ordinamento, così la pena è, per definizione, la sanzione più afflittiva. Sull'assolutezza di questa presunzione si possono avanzare riserve (vi sono sanzioni penali patrimoniali di importo addirittura irrisorio, seppure – come si vedrà – “convertibili”). Al momento preme rilevare lo stretto nesso che intercorre tra reato e pena, in quanto, nell'ambito della famiglia degli illeciti, l'identità del primo si desume *per relationem* dalla natura della seconda.

Per individuare i reati, dunque, bisogna prima identificare le pene; un compito, questo, che il nostro sistema penale, al pari di altri, sottrae all'interprete. Il legislatore riserva a se stesso il diretto apprezzamento della sostanza afflittiva della sanzione e la sua adeguatezza rispetto agli scopi per cui essa viene comminata.

Non si devono confondere, però, le condizioni di efficacia sostanziale della pena con i criteri della sua individuazione. Per il prevalere delle istanze di certezza che informano i sistemi penali moderni, infatti, i criteri distintivi della pena sono di tipo formale e, in definitiva, convenzionale. Ne è una conferma l'art. 17 c.p., che, completando il disposto dell'art. 39 c.p., là dove si distinguono i reati in delitti e contravvenzioni secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente comminate, specifica che le pene principali previste per i delitti sono l'ergastolo, la reclusione e la multa, mentre quelle previste per le contravvenzioni sono l'arresto e l'ammenda.

È dunque dalla pena principale, solitamente indicata di seguito

alla fattispecie incriminatrice, che si desume l'esistenza del reato e la sua natura delittuosa o contravvenzionale.

Quanto ai contenuti delle singole tipologie di pena, essi vengono precisati dagli artt. 22 seg. c.p. e, per quel che concerne le pene detentive, soprattutto dalle leggi sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975 e successive modificazioni). Ora, sulla base di tali norme si può osservare che i contenuti delle pene detentive incidono sulla libertà personale del suo destinatario; consistendo invece nell'obbligo di pagare una determinata somma di denaro, le pene pecuniarie incidono sul patrimonio di chi le subisce e sono intrasmissibili. Poiché nel caso di insolvibilità del condannato la pena pecuniaria si converte in pena limitativa della libertà personale (art. 136 c.p.), si può concludere che, nell'ordinamento vigente, la pena principale presenta un contenuto affittivo incidente in ultima istanza sulla libertà del condannato.

2. *Le altre conseguenze affittive del reato*

Ai fini della identificazione dei reati sono sufficienti i criteri dettati dal citato art. 17 c.p. Non risulta né necessario, né decisivo, invece, considerare l'operatività di altre tipologie di sanzioni sfavorevoli, previste dalla legge come conseguenza della realizzazione del fatto narrato nella fattispecie incriminatrice: e precisamente le pene accessorie, le obbligazioni civili e le misure di sicurezza.

Infatti, come indica il loro *nomen iuris*, le pene accessorie si aggiungono (peraltro solo in alcuni casi) alla pena principale; presupponendo logicamente quest'ultima, esse non costituiscono un criterio di identificazione autonomo dell'ambito del penalmente rilevante.

Lo stesso deve dirsi per l'obbligo del risarcimento del danno (art. 185 c.p.), che, comprendendo il danno non patrimoniale, rivela una natura non solo reintegrativa in senso civilistico, ma anche punitiva. Tale obbligo scatta in capo all'autore di un illecito penale in ragione del fatto commesso; esso si iscrive, pertanto, nell'area di intervento penale già delineata in base al criterio della pena principale prevista per quel reato.

Quanto alle misure di sicurezza, che mirano a fronteggiare partico-

lari ipotesi di pericolosità individuale, la loro operatività presuppone di regola la commissione di un reato; ne consegue che esse intervengono in un'area, la cui afferenza normativa al diritto penale è previamente decisa, ancora una volta, sulla scorta della pena principale.

3. I correttivi sostanziali

Tenuto conto di quanto si è osservato sopra, può affermarsi che, a livello codicistico, il sistema dei reati e delle pene è autoreferenziale, perché si definisce da sé attraverso un criterio formale (*id est*: la tipologia di pena comminata come principale), inteso a delimitare con certezza i confini dello *ius puniendi*, nel cui ambito operano le garanzie per esso previste.

Senonché, proprio perché formale, la blindatura garantistica del sistema penale, mentre scongiura possibili abusi giudiziari, sarebbe agevolmente aggirabile da parte del legislatore, il quale potrebbe comminare sanzioni anche più afflittive o comunque sostanzialmente equivalenti a quelle penali, senza qualificarle come pene ai sensi dell'art. 17 seg. c.p.

Si pensi ai (soli due) casi in cui la misura di sicurezza può applicarsi in assenza di un reato (il riferimento è ai c.d. quasi-reato, di cui agli artt. 49 e 115 c.p.). La previsione legislativa della misura di sicurezza non consentirebbe di attrarre i fatti che la originano nell'area del diritto penale, poiché l'inclusione delle misure di sicurezza nel *genus* delle pene non è consentita nei casi di specie dal criterio identificativo di cui si è detto.

Questo esiziale epilogo, però, può evitarsi valorizzando opportunamente la concezione sostanziale della pena, in funzione integrativa di quella formale.

Il riferimento è al grado di incidenza della pena sulla vita del cittadino. Solo in presenza di un'afflittività apprezzabile, ossia di una significativa caratura punitiva, la conseguenza sanzionatoria potrà considerarsi pena, con le conseguenze che ne discendono, prima tra tutte l'applicazione dello statuto garantistico proprio del settore penale.

Il parametro di questa delicata valutazione – sia chiaro – non è certo e determinato; esso non può che dipendere dalla sensibilità per

i diritti della persona assoggettata a pena e dalla cultura garantistica quale sua proiezione penalistica. Al di fuori di quest'ambito, il diritto penale non è più diritto, ma mera prevenzione dei reati, di per sé priva di limiti e, come tale, ben capace di degenerazioni punitive.

In questa direzione deve considerarsi pena qualunque sanzione che presenti affinità di funzioni e contenuti afflittivi rispetto alla pena formalmente intesa.

4. *Esemplificazioni*

L'attribuzione della natura penale "per assimilazione" non è priva di problematicità, richiedendo una comparazione di contenuti e finalità afflittive fortemente condizionata dalla sensibilità individuale. Vero ciò, alcuni casi sono di agevole soluzione, perché i contenuti delle sanzioni sono gli stessi o addirittura più severi di quelli tipici.

Per fare degli esempi: ha natura di pena la custodia cautelare in carcere (che infatti va scomputata dalla pena finale nella misura in cui è stata presofferta) e sono penali le norme del codice di rito che ne stabiliscono la durata (Massimo Nobili, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2134 s.).

Sono altresì penali, per la stessa ragione, gli istituti dell'ordinamento penitenziario che concretizzano o incrementano i contenuti afflittivi della pena, come avviene con il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. Essi incidono direttamente sulla libertà personale e non ammettono una diversa qualificazione che determini un annacquamento dei necessari presidii garantistici.

5. *La nozione di pena secondo la giurisprudenza Cedu*

La concezione sostanziale della pena è fatta propria dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale individua la pena – e dunque il raggio di azione delle fondamentali garanzie riconosciute in materia penale dalla Convenzione medesima – sulla base di un parametro diverso da quello per lo più utilizzato dagli ordinamenti nazionali.

In particolare, con la sentenza *Engel e altri c. Olanda* (8 giugno 1976), la Corte, al fine di determinare la natura penale della san-

zione, ha enucleato i tre criteri, alternativi (a) della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale (sebbene indicatore di carattere formale), (b) della natura sostanziale dell'illecito e (c) del tipo e grado di afflittività della sanzione.

Tale nozione sostanziale di pena opera, tuttavia, soltanto “a senso unico”, ossia nei casi in cui una sanzione sostanzialmente penale sia qualificata diversamente nell'ordinamento nazionale; non anche viceversa. La vocazione della nozione CEDU di pena è, dunque, evidente: quest'ultima determina un ampliamento delle garanzie, sostanziali e processuali, già previste dal diritto interno. Rimane, invece, precluso alla Corte il sindacato sulle scelte incriminatrici effettuate dai legislatori nazionali.

La giurisprudenza CEDU successiva ha progressivamente affinato, specificandoli meglio, gli anzidetti criteri. In particolare, si è dato rilievo alla circostanza che la sanzione sia comminata in relazione a una fattispecie incriminatrice, la sua irrogazione segua ad una condanna penale, miri a tutelare interessi di carattere generale, svolga una funzione retributiva o deterrente, sia applicata dall'autorità giudiziaria.

Su queste basi, per esempio, la Corte ha affermato la natura penale della confisca urbanistica *ex art. 44 d.p.r. 380/2001*, perché conseguente all'accertamento giudiziale di un fatto costituente reato (cfr. sentenze *Sud Fondi e altri c. Italia*, 20 gennaio 2009; *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013).

La natura penale è stata altresì ravvisata in talune sanzioni amministrative di competenza di autorità amministrative indipendenti, come, ad esempio, le sanzioni *antitrust* previste dalla l. 287/1990 e irrogate dall'AGCM, ritenute dalla Corte penali per via del carattere generale degli interessi tutelati, della funzione preventiva e repressiva della sanzione, del suo elevato ammontare (cfr. *Menarini c. Italia*, 7 settembre 2011). Si pensi, ancora, alle sanzioni di cui all'art. 187 *ter* d.lgs. 58/1998, applicabili dalla Consob (*Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014).

CAPITOLO NONO

LA NORMA PENALE

SOMMARIO: 1. Il carattere strumentale della norma penale. – 2. Campo di materia e tipo di disciplina. – 3. Il carattere non esclusivo della disciplina penale. – 4. L'irrilevanza della *sedes materiae*. – 5. Il processo come scenario necessario della norma penale. – 6. Il criterio della funzione.

1. *Il carattere strumentale della norma penale*

Si è già detto che reati e pene sono posti da norme giuridiche, funzionali alla definizione degli uni e delle altre. Esse costituiscono la base formale del diritto penale. La forza repressiva dello Stato trova nella giuridicità della norma ad un tempo la sua legittimazione e il suo limite.

Talvolta la natura penale della norma affiora agevolmente, in quanto evidente è la sua strumentalità alla definizione del binomio reato-pena. Si pensi alle norme incriminatrici di parte speciale che narrano il fatto vietato, indicando altresì la cornice edittale cui va assoggettato il reo. Il discorso si complica in presenza di disposizioni che solo indirettamente contribuiscono a delineare il raggio di azione di reati e pene.

Da qui i tentativi, per lo più infruttuosi, di definire il diritto penale sulla base di parametri esterni alla funzione della pena.

2. *Campo di materia e tipo di disciplina*

Poco utili sono, per esempio, i criteri che ambiscono a desumere la natura penale della norma dal tipo di rapporto regolato, non esistendo un contenuto ontologico della norma penale.

In effetti, ciò che caratterizza il diritto penale non è il campo di materia su cui interviene, che può essere il più vario, ma il tipo di disciplina che con esso si introduce: le fattispecie incriminatrici possono riguardare i beni più diversi. Come dimostra una rapida scorsa

della parte speciale codicistica, i settori su cui interviene il diritto penale vanno dalla sicurezza dello Stato al patrimonio, dai diritti della persona ai rapporti economici, dall'attività della pubblica amministrazione all'amministrazione della giustizia, e via discorrendo (Tullio Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 1-2).

Per quanto il diritto penale presenti un nucleo storicamente abbastanza stabile e, a grandi linee, costante anche sotto il profilo comparatistico (il riferimento è, tra l'altro, ai delitti contro la persona, il patrimonio, la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia), l'estensione del diritto penale registra notevoli variazioni nel tempo e nello spazio.

Ciò spiega perché fatti che prima erano previsti come reato oggi non lo sono più, mentre, possibilmente, continuano a essere puniti all'estero; e viceversa.

Il processo di armonizzazione normativa che il diritto dell'Unione europea ha incentivato anche nel settore penale, soprattutto negli ultimi lustri, non ha certo determinato la piena uniformità dei sistemi penali europei. Le differenze sono tuttora rilevanti.

Anche la globalizzazione ha avvicinato le normative penali su scala mondiale, segnatamente in alcuni settori, come quelli dell'economia e della criminalità organizzata. Nondimeno, come la criminalità globale non ha preso il posto di quella locale, così non esiste un ordine penale universale, anche se non mancano utopisti che lo additano come auspicabile fine ultimo della storia della nostra materia. Come non si è mancato di precisare, "la globalizzazione non comporta crisi e superamento dello Stato, ma convivenza e collaborazione dei diversi tipi di governo, nazionali e globali" (Sabino Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, p. 80). Il diritto penale, in particolare, è per definizione autoritario (Carlo Enrico Paliero, *L'agorà e il palazzo*, in *Criminalia* 2012, p. 99 s., e anche in *disCrimen*), mentre nel diritto globale manca il connotato dell'autorità (Sabino Cassese, *Il diritto globale*, Torino, 2009, p. 166 s.).

3. *Il carattere non esclusivo della disciplina penale*

Che il carattere penale della norma non possa desumersi dai campi di materia in cui essa interviene è confermato, poi, dal rilievo

che la disciplina penale non ha settori d'intervento riservati o esclusivi; nel senso che il diritto penale non esaurisce la regolamentazione della materia su cui interviene, ma concorre a delinearla insieme con altre norme extrapenali.

Si pensi alla tutela penale del carattere monogamico del matrimonio: il reato di bigamia (art. 556 c.p.) regola la materia insieme con le norme civilistiche (artt. 82 seg. c.c.) che stabiliscono, tra l'altro, le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, le formalità preliminari e quelle relative alla sua celebrazione, le cause di nullità e via discorrendo.

Mutatis mutandis, lo stesso deve dirsi per quei fenomeni che, *prima facie*, sembrano interessare solamente il diritto penale, come ad esempio i delitti contro la vita e l'incolumità personale. Le vicende umane, rilevanti per il diritto penale, ricadono anche nel campo di applicazione di altre norme (non penali), come quelle che stabiliscono la nozione di morte, regolano la sepoltura del cadavere, la gratuità o meno dell'assistenza medica, ecc.

4. *L'irrilevanza della sedes materiae*

Ai fini dell'individuazione della natura penale della norma non è decisivo nemmeno il criterio, del resto puramente estrinseco, della sede in cui essa viene a collocarsi. Non sono poche, infatti, le norme penali che si trovano al di fuori del codice penale: si pensi agli artt. 2621-2641 c.c., che, come testimonia la stessa rubrica del Titolo XI (Disposizioni penali in materia di società e di consorzi), prevedono e disciplinano i reati societari; per non dire delle numerose leggi *extra codicem* (in materia di armi, interruzione della gravidanza, prostituzione ecc.), che costituiscono il c.d. diritto penale complementare o accessorio (anche se, per l'importanza crescente che ha assunto, si tratta di un diritto penale tutt'altro che ancillare).

Peraltro, la codificazione del diritto penale – quale massima espressione del diritto scritto – è un fenomeno storicamente recente, legato alla constatazione che la scrittura ha un'attitudine alla conservazione dei significati più spiccata della lingua parlata; esso tuttavia non costituisce una costante comparatistica. Si pensi ai sistemi di *common law*, che, non essendo ancorati al primato della legge

scritta, non conoscono l'esperienza della codificazione per come è maturata, a partire dal XVIII secolo, negli ordinamenti dell'Europa continentale.

5. *Il processo come scenario necessario della norma penale*

Quanto alla tesi secondo cui è penale la norma che viene applicata attraverso il processo penale (Marcello Gallo, *Capacità penale*, in *Nss. D.I.*, II, 1958, p. 885), essa ha un fondo di verità: il diritto penale, a differenza degli altri rami dell'ordinamento, vive esclusivamente all'interno del processo; è l'unico diritto a giustiziabilità necessaria (Francesco Carnelutti, *Pena e processo*, in *Riv. dir. pen.*, 1952, p. 167). Detto altrimenti: la spontanea osservanza del divieto – quale funzione precipua del diritto penale – non assume alcun rilievo giuridico. La giuridicità del “penale” è interamente fondata, invece, sulla violazione del diritto sostanziale, ossia sul fallimento della sua funzione orientativa dei comportamenti (Tullio Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 433). È la serietà con cui viene trattata la patologia del reato, che consente al diritto penale di perseguire, in termini di prevenzione generale, i suoi obiettivi di tutela. In questo senso, la funzione preventiva del diritto penale è interamente debitrice del suo processo di attuazione. Al di fuori di esso, le norme penali sono tigrì di carta, prive di effettività.

Senonché, il riferimento al concetto di processo penale, che dovrebbe aiutare a definire la natura penale della norma, è in realtà generico. Se, correttamente, si intende per processo penale, quello celebrato nelle forme del vigente codice di rito, si dovrebbe concludere per la natura non penale delle norme costituzionali che prevedono i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione commessi dal Presidente della Repubblica (art. 90 Cost.). Tali norme, infatti, vengono applicate attraverso un processo diverso da quello ordinario, che vede come giudice penale la Corte costituzionale (art. 134 Cost.). Senza contare che il processo penale è per lo più considerato strumentale all'applicazione del diritto penale sostanziale (Cap. V, § 1). Il rischio di circolarità definitoria è evidente.

6. Il criterio della funzione

Quanto precede porta a riaffermare come principale criterio di identificazione della norma penale quello della funzione: sono penali le norme da cui dipende il raggio di azione dell'intervento penalistico, ovvero sia della pena. Ne consegue che la nozione di norma penale è strettamente connessa a quella di pena, nel senso che l'identità della prima finisce per dipendere dai parametri di individuazione della seconda.

Questa conclusione ha il vantaggio di essere coerente con le istanze di garanzia, che assistono la norma penale.

Essa, però, ha il difetto di estendere oltre misura l'ambito del diritto penale, perché, portando alle estreme conseguenze il ragionamento, sarebbe penale qualunque norma – processuale, penitenziaria e finanche regolamentare – che si ponga come *condicio sine qua non* dell'applicazione della pena (come, per esempio, la disciplina del sistema delle nullità processuali o quella dei colloqui dei detenuti).

Per evitare questo epilogo di indiscriminata estensione e dispersione del compendio delle garanzie, la natura penale va riconosciuta alle sole norme il cui contributo all'applicazione della pena (intesa anche in senso sostanziale) sia apprezzabile in termini di esigenze garantistiche. In definitiva, è la funzione garantistica che fa penale la norma, ossia ancora una volta la sua attitudine a bilanciare meccanismi repressivi e diritti della persona ad essi sottoposta. L'ultima parola spetta, dunque, a un giudizio di valore guidato da sensibilità e cultura penalistica. Per quanto il sistema punitivo aspiri all'auto-descrizione, le radici penali della norma e il sistema delle garanzie poggiano su una base che è sostanziale ed esterna al sistema normativo.

IL “DIRITTO” REGOLATORE DEL “PENALE”

SOMMARIO: 1. L'espressione “diritto penale”. – 2. “Diritto” e “penale”. – 3. La funzione di disciplina della parte generale. – 4. La funzione incriminatrice della parte speciale. – 5. Grammatica e vocabolario del diritto penale.

1. *L'espressione “diritto penale”*

L'espressione “diritto penale” racchiude in sé due significati distinti. Essa indica sia la disciplina giuridica dei fatti costituenti reato, sia la scienza che la studia. Si tratta di due aspetti tra loro strettamente connessi: per un verso, il diritto penale persegue i suoi fini attraverso la produzione di norme giuridiche; per l'altro, la cultura penalistica ha distillato principi di garanzia, delimitativi dello *ius puniendi*, che hanno funzione autoregolativa, come tale, assimilabile a quella normativa in senso stretto.

In quanto scienza, il diritto penale studia il disposto delle norme penali positive, considerate sia singolarmente, sia nelle loro connessioni di significato e funzioni. Non diversamente dalle altre scienze giuridiche, il diritto penale è innanzitutto ermeneutica dei contenuti regolativi propri delle norme penali vigenti, fungendo da funzione critica del diritto vivente. In secondo luogo, la scienza penale allarga il proprio ambito di interesse alla storia dei sistemi penali, allo studio degli ordinamenti stranieri, che ovviamente non sono fonte del nostro diritto, e alla politica criminale, ossia agli strumenti da allestire *de iure condendo* per il più efficace contenimento della criminalità. La scienza del diritto penale spinge, dunque, la sua attenzione oltre l'orizzonte della disciplina vigente e presenta un ambito di interessi più ampio di quello del diritto penale come fenomeno normativo.

2. “Diritto” e “penale”

Come avviene per altri rami dell’ordinamento, il nome della nostra disciplina – “Diritto penale” – è composto da un sostantivo e da un aggettivo qualificativo. La particolarità del diritto penale – lo si è visto – sta nel fatto che l’aggettivo indica una modalità di intervento sociale, che fa leva sulla categoria della punizione. Il “penale” fa male per definizione: affliggere è il suo compito precipuo; ma ciò non accade perché è moralmente giusto che al male segua il male. Da quando si è affermata l’idea dello scopo nella teoria della pena (Cap. I, § 3), si insegna che il “penale” fa male a fin di bene, ossia per prevenire i reati. Il “penale” infatti non ripara, giunge tardivo rispetto al fatto da trattare, è il bastone dell’ordinamento; uno strumento rozzo, ma indispensabile per corrispondere ai bisogni di tutela.

Questo spiega perché il braccio violento dell’ordinamento – per l’appunto il “penale”, la cui (non acritica) accettazione è fuori discussione – non deve rimanere scompagnato dal provvidenziale sostantivo che lo precede: diritto.

Il baricentro del diritto penale sta nel sostantivo, non nell’aggettivo. Il “penale” reclama efficacia ed efficienza, il “diritto” contempla queste istanze con le garanzie per il colpevole. Il diritto penale è reocentrico, mentre il “penale” è vittimocentrico, ma solo occasionalmente, essendo la vittima una presenza eventuale.

In un ordinamento liberale l’efficacia e l’efficienza del “penale” non sono valori assoluti; prima viene la legittimazione del potere punitivo, ossia le condizioni della sua accettabilità e sopportabilità. Il penalista è un giurista, non un fustigatore: egli è chiamato a bilanciare la brutalità dello strumento punitivo con le indispensabili esigenze di razionalità, umanità, stretta necessità e legittimazione democratica della sua disciplina. È vero che – per dirla biblicamente – in principio è la prevenzione, perché essa traccia il perimetro del diritto penale. Ma questo non significa che l’imperiosa istanza di prevenzione valga più delle garanzie individuali. L’una e le altre stanno e cadono insieme. È dal loro ottimale equilibrio che prende vita la materia che studiamo.

Il diritto penale, come cultura delle garanzie legittimanti e deli-

mitanti il potere punitivo, è il confine insuperabile della prevenzione dei reati.

3. La funzione di disciplina della parte generale

Qualche approfondimento merita la già menzionata distinzione tra parte generale e parte speciale.

Il processo di codificazione del diritto penale, sviluppatosi nell'Ottocento, ha favorito la distinzione delle norme penali in due categorie, a seconda della loro collocazione topografica.

Le norme della parte generale delineano i principi e gli istituti che connotano la disciplina dei reati, distinguendola da quella degli illeciti extrapenali (ossia, civili e amministrativi). Ne consegue che, al fine di identificare le norme di parte generale, secondaria risulta la loro presenza nel libro primo del codice penale (intitolato "Dei reati in generale"), essendo questo un criterio di identificazione puramente formale e non sempre decisivo, come dimostra l'esistenza nella parte speciale di disposizioni aventi validità generale (si consideri la circostanza aggravante comune della finalità di terrorismo, prevista dall'art. 270-*bis*1 c.p. e tendenzialmente applicabile a tutti i reati; per converso, si pensi all'art. 235, comma 3, c.p., che, seppure collocato nella parte generale del codice penale, contiene oggi la fattispecie incriminatrice dell'inosservanza dell'ordine di espulsione o allontanamento dal territorio dello Stato).

È ben più importante segnalare, invece, come la disciplina espressa dalla parte generale sia direttamente implementata dalla Costituzione, che ha introdotto nuovi principi e ne ha costituzionalizzati altri già esistenti a livello di legge ordinaria.

E ancora: la parte generale tende alla completezza; essa si erige a sistema e aspira alla stabilità. Per questa ragione, le eventuali lacune di disciplina della parte generale vengono avvertite come limiti da colmare. Cosicché, se non vi provvede il legislatore, interviene inevitabilmente l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. In breve: ogni problema di disciplina deve poter trovare una soluzione nell'interpretazione, se del caso anche analogica, del sistema normativo di parte generale, che, nell'attuale momento storico, esprime per lo più importanti principi di garanzia dell'individuo.

Stante l'attitudine della parte generale a esprimere compiutamente le peculiarità del tipo di disciplina penale, si comprende che la sua attitudine ad evolversi attraverso riforme settoriali sia poco spiccata. Infatti, proprio per via della vocazione sistematica della parte generale, è difficile intervenire significativamente sul suo *corpus* normativo, con l'intento di rinnovarlo nelle idee, mantenendone l'originaria coerenza funzionale.

4. *La funzione incriminatrice della parte speciale*

In quanto catalogo dei fatti puniti e delle rispettive sanzioni, la parte speciale indica i settori di intervento del diritto penale e i beni giuridici tutelati; è il luogo nel quale si delineano altresì le proprietà strutturali dei diversi tipi di reato previsti dall'ordinamento giuridico (Tullio Padovani, Luigi Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, p. 13 s.).

Essendo destinata a una fisiologica incompletezza, la parte speciale celebra la lacuna di tutela come spazio di libertà. Essa risulta il terreno dove, con la massima immediatezza, si manifesta l'impronta puntiforme dell'intervento punitivo e appaiono più evidenti la dimensione politico-criminale del diritto penale e il suo adattamento all'evoluzione della realtà sociale.

Per prevenire, garantendo, *narrare necesse est*. Ebbene, la parte speciale contiene narrazioni episodiche, storie pluralizzate. La sua disarticolazione è funzionale al continuo aggiornamento dei beni meritevoli di tutela, delle modalità aggressive da sottoporre a sanzione, delle tecniche di tutela più appropriate ed efficaci e, infine, dello stesso tariffario delle sanzioni previste per ciascun reato. La sua capacità narrativa è tuttavia ridotta, in quanto incarnazione di una semantica a dizionario, ossia a tratti, fondata sull'insieme delle conoscenze linguistiche costitutive del significato e coerente con la frammentarietà del discorso penalistico. La parte speciale è tendenzialmente incompatibile, invece, con una semantica a enciclopedia, aperta all'insieme generale delle conoscenze sul mondo di natura fattuale e potenzialmente illimitato (sulla distinzione, Umberto Eco, *Dall'albero al labirinto*, Milano, 2017, p. 14 s.), la quale è

caratteristica delle categorie della parte generale ed è recuperabile, sul terreno della parte speciale, solo se favorevole al reo.

5. Grammatica e vocabolario del diritto penale

Tirando le fila del discorso, la parte generale è il luogo dove più direttamente si manifesta l'ideologia del diritto penale, ossia il condensato di cultura e garanzia con il quale le norme penali bilanciano l'istanza di prevenzione dei reati; la parte speciale è il terreno delle scelte politico-criminali lungo le quali la prevenzione dei reati viene incanalata.

Ciò consente di dire che la parte generale sta al tipo di disciplina che va sotto il nome di diritto penale, come la parte speciale sta al raggio di azione dell'intervento punitivo. Cambiando metafora; mentre la parte generale è, ad un tempo, la grammatica e l'enciclopedia del diritto penale, la parte speciale è il suo vocabolario: l'una esprime la garanzia (in forma di sistema), l'altra la tutela (a macchia di leopardo).

La diversità di funzioni che caratterizzano le norme di parte generale e quelle di parte speciale spiega ad un tempo la misura della loro differente aderenza al principio di legalità. Il peso della parola e la forza vincolante del testo non sono perfettamente uguali nei due contesti normativi.

Com'è intuitivo, l'istanza di legalità risulta certamente più sviluppata in relazione alle norme di parte speciale, che a quelle di parte generale, dove la dimensione valoriale dei principi di garanzia prevale sulla capacità espressiva dell'involucro semantico.

Per converso, la forza creatrice dell'interpretazione è più spiccata nell'ambito delle norme di parte generale che in quello delle norme di parte speciale, dato che le componenti narrative della fattispecie incriminatrice provengono più dalle seconde che dalle prime. La parte speciale è la diretta incarnazione del principio di legalità e della soggezione dell'interprete alle scelte politico-criminali della legge.

Quest'ultima distinzione, tuttavia, non va radicalizzata. Non deve trascurarsi infatti che anche le norme di parte generale possono avere una funzione descrittiva dei fatti di reato, con la conseguenza

che, quando contribuiscono a tracciare il discrimine tra il penalmente rilevante e il penalmente indifferente, esse non dovrebbero presentare cedimenti sotto il profilo della legalità. Il riferimento è in particolare alle clausole generali di estensione della tipicità in senso anticipatorio (art. 56 c.p. in materia di delitto tentato) e plurisoggettivo eventuale (artt. 110 seg. c.p. in materia di concorso di persone nel reato), che tuttavia hanno notoriamente uno standard di tipicità poco elevato.

Le norme di parte generale e quelle di parte speciale sono destinate a una costante complementarità, contribuendo a delineare la fattispecie incriminatrice, quale complesso di significati necessari e sufficienti alla compiuta narrazione e disciplina del fatto di reato.

LA «GIUSTIZIA PENALE LIBERALE»

SOMMARIO: 1. L'apparente contraddittorietà del "penale liberale". – 2. L'eccezionalità del "penale". – 3. Diritti e poteri della vittima. La prospettiva della giustizia ripartiva. – 4. Il garantismo nell'epoca del diritto penale euro-vittimocentrico. – 5. Liberale, non ottocentesco.

1. *L'apparente contraddittorietà del "penale liberale"*

L'espressione "giustizia penale liberale" può suonare ossimorica. I due aggettivi che la connotano hanno significati antitetici: il primo, "penale", indica la funzione punitiva dello Stato, liberticida per definizione; il secondo, "liberale", pone l'accento sulla sacralità dei diritti individuali su cui impatta, per l'appunto, la pena detentiva quale archetipo repressivo tuttora dominante.

Tra la dimensione funzionale del "penale" e l'ideologia punitiva "liberale" vi è un'indubbia tensione dialettica, ma anche un'evidente complementarità. Il sostantivo "giustizia", qui sinonimo di "diritto", fa da calmiera, esprimendo l'ottimale bilanciamento tra l'immoralità necessaria del punire (per attingere all'incisiva lettura di Massimo Nobili: *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009) e il modo in cui il suo esercizio può essere legittimamente finalizzato alla tutela individuale e collettiva.

La "giustizia penale della libertà" incarna una precisa assiologia, imperniata sul primato del garantismo: l'azione repressiva viene vista principalmente dall'angolo visuale di chi la subisce, piuttosto che da quello difensivo delle istituzioni competenti a esercitarla.

La materia penale impone, ai blocchi di partenza, una scelta di campo: o si muove dai diritti di libertà sacrificati dalla pena o dal diritto alla tutela contro il crimine, ossia dalla potestà punitiva come prerogativa dell'autorità statale. Si tratta di un ineludibile bivio ideologico, che va affrontato con onestà intellettuale. I due piani sono destinati a intersecarsi successivamente, perché la mediazione tra

il valore della persona punita e quello della tutela sociale è l'essenza del diritto penale; ma l'abbrivio non rimane indifferente, perché spiega la preferenza inerziale del sistema per una duplice parola d'ordine: *favor libertatis* e *favor rei*.

2. *L'eccezionalità del "penale"*

Sul piano sostanziale, la principale caratteristica della giustizia penale liberale è di essere diritto derogatorio rispetto alla regola della libertà (Cap. V, § 3). Ne discende che la definizione *ex ante* del divieto costituisce un'obbligazione di risultato, espressione, a sua volta, di un preciso dovere di diligenza dell'ordinamento giuridico, violato il quale viene a cadere l'obbligo individuale di osservanza (Cap. II, § 6 e Cap. VI, § 2). Non si può chiedere cioè al cittadino di impegnarsi al massimo delle sue capacità per procurarsi l'ottimale conoscenza del diritto (soprattutto di quello c.d. vivente, talvolta indecifrabile) e neutralizzare in tal modo gli effetti dell'inadempimento informativo del sistema repressivo, che non lo ha messo nelle condizioni di conoscere (agevolmente, detto tra parentesi se suona eccessivo) l'ambito operativo dei divieti penali.

Questo ordine di priorità, di derivazione "contrattualistica", spiega perché in relazione alle disposizioni penali (sfavorevoli) l'interpretazione analogica viene rovesciata, da canone ermeneutico generale, in divieto, accomunando le norme eccezionali e quelle penali, quali *species*. La lacuna *nel* punire non è colmabile e assume un valore assoluto, a prescindere dalla sua razionalità e condivisibilità. Il conflitto tra libertà e giustizia sociale, quando non è espressamente disciplinato, viene risolto a favore della prima non per indifferenza o spregio, ma per il valore prevalente della persona del reo.

I contenuti impliciti di questo personalismo sono l'umanità e la razionalità *del* punire, che si riverberano nel rispetto dell'individuo quale valore insuscettibile di essere strumentalizzato e sacrificato sull'altare della prevenzione (generale e speciale) dei reati. Da qui l'irrilevanza dei fatti inoffensivi ancorché sintomatici di pericolosità, la necessità di una piena colpevolezza, l'irrinunciabile ragionevolezza della risposta punitiva e l'offerta di riscatto rieducativo, come

opportunità salvifica morale e sociale. Con queste garanzie di civiltà giuridica e di giustizia sostanziale favorevole al reo sta e cade la funzione pratica del diritto penale, che è la pacificazione sociale.

Sul piano processuale, la giustizia penale liberale non disconosce, per dirla con Luigi Ferrajoli, che esiste un “margine irriducibile di illegittimità del potere giudiziario”, che la verità processuale rimane “opinabile in diritto e probabilistica in fatto” (*Deontologia giudiziaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 501). Per questa ragione la presunzione di non colpevolezza e la regola di giudizio *in dubio pro reo* non sono principi di facciata, ma fari che orientano la navigazione del penalista.

3. *Diritti e poteri della vittima. La prospettiva della giustizia riparativa*

Nella prospettiva “liberale” la vittima, anch’essa persona e fine in sé, è portatrice del fondamentale diritto alla tutela e all’accertamento del reato subito, ma non è titolare di un simmetrico diritto alla punizione del colpevole, di spettanza esclusiva dell’ordinamento, il quale potrà derogarvi per motivazioni umanitarie o per carenza di esigenze preventive, purché non irragionevolmente discriminatorie o, peggio, espressione di odiosi privilegi.

Ciò significa che il soggetto passivo può interloquire, quando previsto dalla legge, sulla valutazione del bisogno di pena (come avviene, per esempio, in presenza di reati perseguibili a querela e di condotte riparatorie con efficacia estintiva). Di regola un’offesa a beni massimamente personali (come l’integrità fisica e morale) non potrà essere trascurata o monetizzata a dispetto delle ferite, ancora aperte, della vittima. Ne risulterebbe compromessa la funzione di pacificazione sociale svolta dal diritto penale. Ma altro è la partecipazione della vittima alla valutazione della concreta necessità di pena, altro è la privatizzazione della risposta sanzionatoria, ossia il riconoscimento all’offeso di un asserito diritto potestativo a ottenere la punizione del reo, di talché il suo esercizio sopravanzi ogni altra diversa valutazione giudiziale.

Anche in questo contesto il giudice resta il garante tanto della vittima, la cui sofferenza non può essere banalizzata, quanto del col-

pevole, che va tutelato dagli eventuali eccessi persecutori della sua vittima.

La giustizia penale liberale non è incompatibile con le prospettive dischiuse dalla c.d. giustizia ripartiva, quand'anche intese non come semplice modalità di declinazione delle risposte sanzionatorie tradizionali, bensì come autonomo paradigma di trattamento dei reati. La complementarità tra giustizia ripartiva e giustizia penale, ostacolata dall'identificazione del reo con il nemico sociale, è certamente compatibile con un diritto incentrato sulla responsabilità "attiva" del reo, rendendo preferibile – là dove praticabile – "perseguire la prevenzione generale (anche) attraverso la mediazione" (Grazia Mannozi, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, p. 404).

4. *Il garantismo nell'epoca del diritto penale euro-vittimocentrico*

Questo modello di giustizia, a volte inopinatamente bollato come "veteroliberale", è avversato oggi in nome di emergenze criminali che minacciano gravemente le nostre società. Si propone, in alternativa, un diritto penale di contrasto o di lotta, che sbilancia l'equidistanza della giurisdizione. E non mancano tesi ancora più ardite sul piano dello smantellamento dell'architettura garantistica, destinate a operare nei confronti di fenomeni globali, come mafia e terrorismo internazionale. Il riferimento è al diritto penale del nemico (Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, März 2004, p. 88 s.), che interpreta la giuridicità del punire in chiave sistemica e antipersonalistica, legittimando la relativizzazione dei diritti inviolabili della persona nei confronti di autori di reato, i quali, per il fatto di porsi contro lo stato di diritto, non sarebbero titolari delle garanzie previste per il cittadino che delinque (Massimo Donini, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 19 s.). Da qui l'asserita praticabilità di trattamenti punitivi speciali (per esempio, condizioni penitenziarie particolarmente afflittive) e mezzi di ricerca della prova (per esempio, tortura, ipnosi, ecc.), che deprivano dei diritti fondamentali e nondimeno sarebbero consentiti finché perdura l'opposizione delle persone attinte ai principi dello stato di diritto.

Molto si potrebbe dire sul sostrato ideologico di questa dottrina che, ben distante dalla tradizione penalistica moderna, pretende di introdurre, nella direzione dell'incrudelimento del *penale*, eccezioni a un diritto che già di per sé è un'eccezione. Essa, però, è fortunatamente incompatibile con i valori espressi nella nostra Costituzione, primo tra tutti il principio personalistico di matrice kantiana, secondo cui la persona – ivi compresa quella dell'imputato e del colpevole – è pur sempre un fine non strumentalizzabile. Ci sono diritti insopprimibili che operano anche per i nemici sociali, gli inescusabili, i colpevoli dei delitti più efferati. È vero, però, che la nostra realtà non è sempre conseguente alle belle parole che siamo soliti usare per magnificare il nostro diritto penale. Il pensiero va al regime del c.d. carcere duro di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., che da più parti viene equiparato a una forma di tortura.

Nell'epoca del diritto euro-vittimocentrico (che, nel richiamare opportunamente l'attenzione sulla vittima, rischia di oscurare il colpevole, quale principale polo gravitazionale della giustizia penale), va ribadito con forza che i fondamentali principi di garanzia, dotati di rilevanza costituzionale, sono pensati, con le dovute differenziazioni, per imputati e colpevoli. Il penalista liberale pretende che l'imputato sia trattato da innocente, qual è fino a condanna definitiva, e non simpatizza per i colpevoli, ma si batte affinché vengano affermati sia i loro diritti, sia la loro dignità di persone, a prescindere dalle accuse e dalla loro fondatezza. La società ha il pieno diritto di difendersi dai reati, ma nel rispetto di regole irrinunciabili e garanzie non negoziabili.

5. *Liberale, non ottocentesco*

La visione liberale del diritto penale non è né inattuale – le sue radici storiche costituiscono piuttosto un valore aggiunto – né ingenua. Come tutte le ideologie penalistiche, propone un modello non da tutti condiviso nella sua purezza, ma niente affatto utopistico. Esso costituisce la risposta culturale al pragmatismo preventivo sempre in agguato, disinvolto e senza limiti, che, portato alle estreme conseguenze, non esita a riproporre finanche la tortura medicalmente assistita quale legittima tecnica investigativa (per la chiara

formulazione della questione, v. Niklas Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993, p. 1 s.). Di fronte a questi scenari merita di essere ricordato il monito di Ferrando Mantovani: le scienze criminalistiche per essere “attuali” non debbono essere “troppo contemporanee” (*Diritto penale, parte generale*, Padova, 2017, prefazione).

Professarsi liberali non significa riconoscersi ottocenteschi. Il valore del pensiero penalistico liberale sopravvive alla crisi, verosimilmente irreversibile, di altre bandiere della cultura di quell’epoca, come, per esempio, il mito del codice, quale unico corpo legislativo composto da poche norme chiare, semplici e facilmente conoscibili. Il diritto penale non è come l’acqua di uno stagno; scorre e, come tutto, continuerà a trasformarsi insieme con i contesti e gli assetti normativi. Sopravvivono, però, i valori, che sono cosa diversa dalle tecniche del diritto e non hanno, né potranno avere scadenza culturale, finché il cliente della giustizia penale sarà la persona con la sua dignità, il suo corpo e la sua esistenza.

Le sfide provenienti dalla criminalità vanno contrastate puntando sull’efficienza del sistema preventivo e resistendo alla tentazione fatale di trasformare la giustizia penale in violenza di Stato incontrollata, priva di razionalità contenitiva.

Breve: il “penale” consegna il governo della sua eccezionalità al “diritto”, la cui funzione di garante della persona non ammette eccezioni antigarantistiche. Diversamente, politica e magistratura diventerebbero, in ragione delle rispettive competenze, despoti della pena, decisori assoluti di uno stato di eccezione permanente. Il diritto penale cesserebbe di essere il ramo più personalistico dell’ordinamento giuridico, lasciando che l’individuo nelle mani della giustizia diventi semplice destinatario di un pubblico servizio coercitivo. Un epilogo, questo, precluso dallo statuto penalistico costituzionale e dalle sue profonde radici liberali.

SOMMARIO: 1. La legalità come linguaggio del diritto penale. – 2. Regole di condotta e regole di giudizio. – 3. Giano rovesciato. – 4. Giungere a Venezia. – 5. La scrittura del diritto penale. – 6. Meglio della memoria. – 7. Meglio della sola oralità. – 8. La scrittura e il silenzio. – 8. L'autarchia espressiva della legalità in quanto scrittura.

1. *La legalità come linguaggio del diritto penale*

La legalità penale, per come ci ha abituati a concepirla il diritto moderno, è un concetto davvero intuitivo. Difficile spiegarlo meglio di come lo enunciano, con immediatezza, i codici penali e le Costituzioni che lo elevano a principio fondamentale (da noi gli artt. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost.).

Il linguaggio – l'altra faccia del sociale – ha conquistato da millenni la dimensione della scrittura. Perché non utilizzarla anche per individuare i fatti di reato e stabilire le rispettive cornici sanzionatorie?

Da qui il brocardo, di origine ottocentesca, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, comprensivo della precisazione che la legge deve essere innanzitutto *scripta*, ma anche *praevia* e *stricta*, ossia vigente prima del fatto e determinata nei contenuti. Solo la disposizione che precede l'agire e precisa in modo rigoroso il divieto può orientare il comportamento umano e può definire, ad un tempo, il potere punitivo nelle mani del giudice. In questo senso, *nemo iudex sine lege*.

Si può dire, dunque, che nella nostra tradizione giuridica la legalità è il linguaggio del diritto penale, il quale, per esprimere i suoi contenuti precettivi attraverso enunciati normativi, si avvale, di regola, del comune uso della lingua. Certamente il linguaggio penalistico presenta immancabili tecnicismi, che non valgono, tuttavia a “separarlo” da quello comune. Il primo rimane una specie del secondo (Cristina de Maglie, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia* 2018, p. 112, e anche in *disCrimen* 31.4.2019).

Il linguaggio è fatto *anche* di parole. “Forse è esagerato pensare che ogni parola possenga sette volte settanta significati: certo, però, che le parole dotate di un solo senso o quantomeno di pochissimi sensi, sono assai rare” (Marcello Gallo, *Postille di un penalista ad una costituzione (fino a quando?) sovrana*, Torino, 2019, p. 74). Ma il linguaggio non si esaurisce nel vocabolario, ossia nei nomi delle cose, creato, secondo la *Genesi*, ancora prima dell’uomo. Fondamentale è la connessione tra i vari segni, che ci consente di selezionare, a seconda dei contesti, il carattere effettivamente polisenso delle parole (Michele Papa, *Fantastic voyage*, Torino, 2017, p. 1 s.). La parola non è tutto, anzi è anche troppo. Ma rinunciarvi significa lasciare campo libero al giudicante. La soluzione sta nell’individuare il senso corretto delle parole della legge (David Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, p. 4), quale punto d’incontro tra il popolo dei destinatari dei precetti penali e l’autorità preposta a sanzionarne la violazione.

Breve: la parola va rispettata, non spremuta. Pur riflettendo la complessità dell’esistenza, il suo succo non è inesauribile. Chi troppo vuole dalla parola, nulla stringe. Al tempo stesso, è illusorio cercare un senso al di fuori del linguaggio.

2. *Regole di condotta e regole di giudizio*

La funzione motivazionale (e precisamente deterrente) della comminatoria edittale opera per specifiche fattispecie incriminatrici, che circoscrivono la legittimazione a punire.

Il diritto penale, infatti, non è solo regola di giudizio rivolta alla giurisdizione. È principalmente regola di condotta per i cittadini. Quest’ultima funzione prevale sulla prima, in quanto i contenuti repressivi del diritto penale, suscettibili di essere inflitti con la sentenza di condanna, non devono poter eccedere l’area del divieto quale appariva agli occhi del cittadino prima che questi agisse.

Naturalmente la norma – che è l’unica a saperlo – non ci dice a chi si dirige prioritariamente. Che privilegi il cittadino è una nostra deduzione, per l’inaccettabilità della conclusione opposta, che imporrebbe a ciascuno di noi l’inesigibile onere di leggere nella mente del giudice.

Per dirla con altre parole, la legalità ambisce alla certezza del diritto *sub specie* di garanzia contro sconfinamenti persecutori, che costituiscono il rischio, niente affatto astratto, dei sistemi punitivi. Quando vi è un' accettabile sovrapposizione (meglio: corrispondenza) tra regola di condotta e regola di giudizio, anche la funzione orientativa e quella garantistica della legge penale vengono a coincidere. Ne deriva una specularità virtuosa tra la ricerca dell'efficacia generalpreventiva e le esigenze di giustizia sostanziale, presupponendo entrambe che il reo sia stato adeguatamente motivato al comportamento alternativo lecito.

La funzione garantistica della legalità è ben compatibile, tuttavia, con una motivata contrazione applicativa della legge penale in concreto rispetto al massimo volume del suo involucro letterale. La testualità della legalità, infatti, segna il confine che il giudice non può superare, non il limite interno che deve necessariamente raggiungere il raggio operativo della pena.

3. *Giano rovesciato*

La legalità non comporta il dovere di punire, che è principio di natura processuale, la cui rigidità è indipendente da quella della legalità sostanziale. Quest'ultima tutela il *favor libertatis*; il principio di obbligatorietà dell'azione penale, l'uguaglianza dei cittadini di fronte all'azione repressiva dello Stato.

Per assicurare tale importante obiettivo di garanzia, il diritto penale si fa forma espressiva, mostrando il suo volto reocentrico: mentre l'istanza di tutela può coinvolgere i beni più diversi, le garanzie non possono che riguardare la persona del colpevole. Il personalismo della vittima è prerogativa di alcuni reati; il personalismo del reo riguarda tutti i reati. Il volto del diritto penale e quello del reo si fronteggiano, evocando una sorta di Giano rovesciato.

Non c'è scandalo alcuno a considerare il reo come un valore; egli è tale come persona, indipendentemente dal suo comportamento illecito. Il disvalore sta nel fatto non nel suo artefice, che, in quanto colpevole, per ciò stesso viene punito. Né rammentare il personalismo del reo significa mettere "il delinquente (...) sullo stesso piano del giudice" (come paventava Salvatore Satta, *Il mistero del*

processo, rist., Milano, 1994, p. 76) e permettergli di “farsi giudice del giudice”. Si tratta solo di riconoscere che la reità non consente degradazioni dei valori fondamentali della persona, dei principi di razionalità e di umanità, quali limiti invalicabili da parte del potere punitivo.

4. *Giungere a Venezia*

Ogni cosa, come ogni persona, ha il suo profilo migliore. La prospettiva influenza la visione.

Al diritto penale si deve arrivare dalla giusta via, se si vuole ammirare la sua facciata nobile: “giungere a Venezia col treno, dalla stazione” – ricordava Thomas Mann – è “come entrare in un palazzo dalla porta di servizio”; così al diritto penale si deve arrivare osservandolo con gli occhi del reo, non bastando quelli dell’imputato. La via del mare dischiude “l’approdo indescrivibile” di piazza San Marco; lo statuto garantistico del reo è l’architettura stessa del diritto penale, la sua *Magna charta* (per usare la definizione data da Franz von Liszt al codice penale: *Über del Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrecht*, 1893, in *Strafrechtliche Ausätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, p. 75 s.). Le ragioni della vittima – e più in generale il diritto di reagire alla lesione – trovano sfogo nell’afflittività della pena, la cui irrogazione mira a sanare il conflitto sociale prodotto dal reato. La pena, scollegata dalle garanzie, sarebbe pura violenza.

In questo senso, il sentimento di giustizia fa il giurista, il principio personalistico, come sintesi irriducibile dei diritti e delle libertà fondamentali e inalienabili, fa il penalista.

Nondimeno, per restare nella metafora, la maggioranza dei viaggiatori giunge a Venezia con il treno.

5. *La scrittura del diritto penale*

Il contributo che offre la scrittura alla certezza del diritto non è certo una novità. Basti pensare al codice di Hammurabi, dell’epoca paleo-babilonese, inciso su una stele di diorite, quale prototipo di diritto positivizzato. La fissità della legge scritta contribuisce in-

direttamente, dunque, alla comunicazione e alla certezza dei suoi contenuti, ma non è condizione sufficiente per la realizzazione di un siffatto importante obiettivo, il quale richiede, come si è detto, anche la pre-esistenza della norma, la determinatezza dei significati desumibili dal testo e – aggiungiamo adesso – la lealtà dell'interprete.

Mettiamo al momento da parte quest'ultimo aspetto, e concentriamoci sui primi due. La irretroattività della legge penale costituisce lo zoccolo duro della legalità, perché la punizione che deriverebbe dalla regola opposta non sarebbe ragionevolmente prevedibile da parte del cittadino. D'altro canto, non ogni enunciato scritto è preciso, là dove tale può essere invece un'espressione orale, per esempio un ordine militare, che – come la legge penale – è destinato a motivare il destinatario al comportamento richiesto.

Si comprende allora che la scrittura è solamente il presupposto di alcune importanti caratteristiche della legalità penale. All'oralità del diritto non sono precluse la pre-esistenza e la precisione, che possono mancare alla legge scritta (se intervenuta dopo il fatto o se generica). Allora perché la preferenza per la legalità scritta? Ovviamente per i vantaggi che provengono dalla conservazione del segno, non ultimo quello di poter vagliare, *ex post*, se l'attività interpretativa è stata correttamente svolta. Una verifica, questa, che risulterebbe ancora più impervia se le parole del diritto – dalla legge alle sentenze – non fossero scritte. L'oggettiva materialità del segno offre un presupposto meno opinabile al contraddittorio processuale in ordine ai suoi significati.

6. Meglio della memoria

A partire dall'Illuminismo, con la crescita di importanza che registrano i beni persona, la legalità penale diventa espressione del *favor libertatis*, come valore destinato a prevalere sull'uguaglianza di trattamento e la giustizia sostanziale.

La legge scritta, in quanto modalità comunicativa di contenuti precettivi, amplifica la funzione garantistica della legalità, sulla quale non ha inciso invece l'evoluzione delle tecniche di scrittura.

È vero, oggi non usiamo più la penna d'oca e il calamaio. La scrittura può fare a meno di un supporto materiale, come la pietra

delle tavole di Mosè, e alle cui sorti è stata storicamente legata (sia detto a margine del discorso: l'informatizzazione della comunicazione non manca di sorprese. La posta elettronica, per esempio, ha rivitalizzato il genere epistolare, che era stato soppiantato dalla diffusione su larga scala della telefonia).

Ma ci sarà una ragione per la quale anche nell'epoca di *YouTube* continuiamo a *scrivere*?

La risposta è semplice: l'oralità si affida alla memoria, che è fallace; la scrittura al segno. Il suo completamento interpretativo non ne fa venire meno l'oggettività.

7. *Meglio della sola oralità*

Secondo un insegnamento ricorrente, il processo penale accusatorio – modello al quale si ispirerebbe il nostro attuale codice di rito – si caratterizza, nella fase dibattimentale, per il principio dell'oralità. La formazione della prova e la discussione dovrebbero avvenire per tramite di parole destinate a essere udite. Il retroterra di questa impostazione è la convinzione che l'oralità, imponendo la contestualità, esalti il contraddittorio. L'oralità e la conseguente immediatezza del giudizio avrebbero una funzione di garanzia per l'imputato.

La realtà processuale è molto lontana da tali enunciazioni.

La mancanza di concentrazione delle attività processuali fa sì che l'oralità non lasci alcun segno utile nella memoria degli astanti. Il contributo della prova dichiarativa vive nella sua trascrizione, che disperde il linguaggio di contesto fatto di gesti, esitazioni, reazioni emotive e via discorrendo. Rimane un testo nudo e povero perché non è stato scritto per essere letto; è stato per l'appunto trascritto. Senza contare che quella dichiarativa non è più la prova regina dell'originario immaginario accusatorio, ma subisce la concorrenza dalla prova scientifica, che si fonda soprattutto sulle relazioni scritte dei tecnici (consulenti e periti).

Anche la discussione finale, che si colloca solitamente in un tempo molto successivo rispetto al momento dell'istruttoria dibattimentale, è sovente scritta (i buoni avvocati depositano memorie e note di udienza a volte lunghe, anche per poter impugnare le even-

tuali laconicità della sentenza, che non sarebbero altrimenti visibili). La stessa sentenza – che è affidata alla parola scritta – si fonda su un ingente mole di documenti, che il giudice scrupoloso non trascura di citare puntualmente.

Ciò non significa che manchi il contraddittorio, ossia il confronto dialettico: è semplicemente più lento perché affidato ai tempi della scrittura e della lettura; non dipende dall'udito, ma dalla vista.

La scrittura rende il processo più faticoso, ma più controllabile nei suoi passaggi, assumendo una funzione garantistica integrativa.

L'oralità del processo è un principio ineffettivo e, in quanto tale, sovradimensionato, al punto che ci si chiede se esso sia coerente con la tradizione del nostro processo a verdetto motivato, ancorato a una concezione razionalistica del libero convincimento del giudice; e se serva davvero nel giudizio di legittimità, nel quale la discussione dura una manciata di minuti (Francesco Mauro Iacoviello, *La Cassazione penale*, Milano, 2013, p. 918 s.).

8. *La scrittura e il silenzio*

La parola detta non è mai sola; è accompagnata e completata da altre tecniche di comunicazione destinate a disperdersi: il tono di voce, le pause, l'accelerazione dell'esposizione, la gestualità, la mimica facciale sono parte del linguaggio orale, che per questa sinergia di mezzi espressivi consente una comunicazione immediata e libera, aperta inoltre all'interazione di chi ascolta, quale destinatario tutt'altro che passivo, solitamente. L'integrabilità del parlato è un fondamentale contributo alla comprensione degli enunciati (Tullio De Mauro, *Prima lezione sul linguaggio*, rist., Milano, 2017, p. 114 s.).

Per contro, la parola scritta si muove in una cornice di silenzio che accomuna chi la pensa e chi la legge; essa, di regola, non si avvale, nel suo operare, di altri complementi comunicativi. È destinata ad essere autosufficiente o a fallire.

Anche la combinazione di testo e immagine – si pensi ai fumetti e, un tempo, ai fotoromanzi – si caratterizza per l'omogeneità dei mezzi comunicativi utilizzati, entrambi visivi: il segno si aggiunge al segno, la parola all'immagine. Non cambia la sostanza della tecnica comunicativa.

Solo la combinazione del testo con altri mezzi espressivi eterogenei – come, per esempio, la musica, che mette in campo un altro senso – pone la scrittura in condizione di subalternità espressiva. Ciò accade, per la forza emozionale della musica, ma anche per la perdita, da parte della scrittura, della sua fondamentale condizione co-espressiva: il silenzio e la sua voce. È esperienza comune, nell'ascolto della musica cantata, che raramente il testo è socio paritario; talvolta viene adeguatamente vivificato dalla musica, in un equilibrio espressivo perfetto. Più spesso accade che la seconda metta in ombra il primo, rendendo il testo complementare.

9. L'autarchia espressiva della legalità in quanto scrittura

La scrittura mantiene ancora intatte queste caratteristiche, nonostante il suo processo di smaterializzazione. È ben vero che la scrittura informatica sta progressivamente soppiantando quella su carta; nondimeno, la parola scritta – che sia tracciata su supporto materiale o codificata attraverso una precisa struttura informatica – resta destinata all'autarchia espressiva. Il suo messaggio non è correggibile o integrabile mentre è in corso la comunicazione.

Quando scriviamo una email, per poi consegnarla all'etereo internet, non muoviamo il cursore per l'aria. Sempre di scrittura si tratta: di segni protesi a racchiudere significati, a fissarli. Sarà una fissità precaria; magari vincerà l'interprete, perché il futuro ha l'ultima parola sul passato. Ciò non mette in discussione le ragioni che portano a valorizzare la dimensione scritta della legge penale e la visibilità del divieto.

La categoria del segno comprende anche il messaggio visivo; si pensi ai segnali propri della circolazione stradale, la cui immagine, tuttavia, non ha una autosufficienza comunicativa, trovando il suo dizionario ancora una volta nel testo di legge, nel caso di specie il codice della strada. L'iconografia non è immune dalle ambiguità che affliggono il segno come genere, e dunque anche la parola. L'uso dell'immagine, quando risponde a una precisa convenzione di significato, persegue perlopiù una semplificazione del messaggio. Ed è per questo che nel diritto è impiegata con funzione esemplificativa e per esigenze di immediatezza della comunicazione. La legalità

penale – saggiamente – evita questo ulteriore passaggio, affidandosi direttamente alle parole quali atomi della testualità del diritto e della sua funzione narrativa. La parola non va sopravvalutata, quando rischia di nascondere il pensiero, ma resta ancora un prezioso argine garantistico (per una accorata dimostrazione, v. Erri De Luca, *La parola contraria*, Milano, 2015, p. 37 s., che narra, sul filo delle parole costituenti reato, la sua esperienza di accusato, poi prosciolto, per istigazione a danneggiare i cantieri Tav).

Questo modello di legalità può risultare ingenuo se si sopravvaluta l'univocità espressiva del segno. Ma si tratta di un limite che in ogni caso riguarda la nostra capacità comunicativa e la natura del linguaggio.

SOMMARIO: 1. *Nullum crimen e dura lex*: i termini di un'alterità. – 2. Due legalità? – 3. La specificità penalistica. – 4. La sostanza della forma. – 5. Legalità penale e democrazia partecipativa. – 6. La crisi della legge. – 7. L'inadempimento del legislatore.

1. *Nullum crimen e dura lex: i termini di un'alterità*

Non si può negare che, nonostante i suoi detrattori, il modello di legalità consegnatoci dalla modernità sia tuttora animato da nobili intenti.

La testualità ha i suoi indubbi punti di forza. Pensando al cittadino, quale destinatario del divieto, l'idea di enunciare il diritto in forma scritta aspira alla maggiore certezza del messaggio ordinamentale; e mira contestualmente a segnare la linea del fuori gioco del giudicante, ove travalichi gli argini descrittivi formalizzati nel testo.

Il principio del *nullum crimen* non ha parentele, dunque, con quello condensato nel brocardo *dura lex, sed lex*, che esprime regole positivizzate in modo rigido e cieco. Si tratta di due accezioni molto diverse del diritto. La legge penale – non si vuol fare della pubblicità – è geox, impermeabile solo da un lato, insuperabile solo *in malam partem*. A vantaggio del reo la norma penale è invece porosa, consentendo ritrazioni teleologiche della tutela rispetto alla dimensione formale dell'enunciato normativo. Il diritto penale è, dunque, formale e sostanziale al tempo stesso e nella stessa direzione, ma non per le medesime ragioni: nell'un caso prevale la garanzia, nell'altro la giustizia. La prima impedisce di far giustizia oltre il perimetro formale del divieto, ma non preclude di valorizzare la *ratio legis* per restringere il raggio di intervento della punizione.

2. Due legalità?

Il concetto di legalità penale, quale si è venuto descrivendo nelle pagine che precedono, non è che un profilo del tutto particolare della più ampia categoria della legalità dell'ordinamento nel suo complesso, quale conformità a parametri normativi legittimanti, comprensivi di tutte le fonti del diritto, dai principi ad ogni tipo di disposizione sottordinata. In termini generali legalità significa agire secondo norme. Un sistema improntato a legalità mira a bandire azioni e decisioni arbitrarie, sia dei singoli, che delle istituzioni. Nella sua accezione generale la legalità comprende anche il perseguimento di obiettivi regolativi non ancora conseguiti. Il contrasto della cultura mafiosa, per esempio, rientra a pieno titolo tra gli obiettivi del nostro ordinamento costituzionale. Legalità è – in breve – rispetto dell'ordito normativo nel suo complesso.

La legalità penale è parte integrante della legalità generale, con la particolarità di operare in negativo. Per riprendere l'esempio che si è già utilizzato, in nome del contrasto della cultura mafiosa non è possibile la punizione per un fatto intriso di cultura mafiosa, ma non tipico. Nel campo penale, per una condivisibile scelta di sistema, la legalità rileva esclusivamente come limite oltre il quale non può spingersi la giurisdizione.

Diversa è la ragione invece per cui la legalità penale ha un'impronta nazionale ancora marcata. Il diritto dell'Unione europea, per quanto sovraordinato, non ha competenza in materia penale. Ciò non significa che esso non influenzi l'applicazione del diritto penale nazionale.

Per un verso, il diritto europeo può indirizzare le scelte politico-criminali di spettanza legislativa, anche attraverso l'imposizione obblighi di tutela penale (Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 193 s.). Ciò, tuttavia, non azzera la discrezionalità legislativa, né vanifica la funzione di garanzia della legalità penale nazionale.

Per l'altro verso, il diritto eurounitario può integrare la descrizione del fatto tipico attraverso gli elementi normativi della fattispecie, i quali consentono alle discipline europee di settore (come ad altre fonti interne di per sé inidonee a produrre diritto penale:

si pensi ai regolamenti amministrativi) di definire direttamente un singolo elemento di fattispecie.

Oggi, la legalità generale – intesa come rispetto delle regole – fatica a ricomprendere la legalità penale come garanzia del cittadino, perché una crisi culturale ha investito il carattere eccezionale del diritto penale. Nasce il paradosso delle due legalità alternative: chi invoca la prima lo fa al prezzo del sacrificio della seconda, e viceversa.

3. *La specificità penalistica*

Le particolarità della legge penale fanno corpo con la specificità del diritto penale, quale settore dell'ordinamento diverso, da sempre, da tutti gli altri, perché tocca la persona e la sua dignità.

La giustizia penale è per definizione violenta, costrittiva, autoritaria.

Si potrà obiettare che anche le modalità esecutive di uno sfratto per morosità possono essere all'occorrenza violente; e lo stesso si può dire di un TSO (trattamento sanitario obbligatorio). Sennonché, nel diritto penale la violenza, espressa o sottintesa, è un dato costante, appartiene al suo funzionamento: dall'imposizione del divieto (non a caso si parla di minaccia di pena) all'esecuzione della pena (la sua specie più frequente consiste nel carcere, la cui violenza muraria e ambientale, magari silenziosa, è chiara a tutti).

Un diritto così fisiologicamente disumano – non a caso definito *ius terribile* – non può non essere bilanciato da un ineguagliabile sentimento di rispetto per la persona del colpevole. La repressione penale può risultare socialmente necessaria, ma deve essere circondata da garanzie sufficienti a renderla accettabile. In ogni caso la parsimonia del suo impiego è una buona regola. Nel dubbio, *melius est deficere quam abundare*. La punizione va legittimata e al contempo contenuta ai casi previsti *expressis verbis* oltre ogni ragionevole dubbio ermeneutico.

4. *La sostanza della forma*

Dal punto di vista storico, questa concezione di legalità è strettamente legata alla materia penale; dal punto di vista ideologico, essa ha un ambito operativo più ampio, valendo per qualunque divieto, ancorché punito con sanzione diversa da quella penale.

Per questa ragione è preferibile che il divieto sia affidato alla parola scritta, piuttosto che a quella detta; alla parola della norma piuttosto che a quella, magari altrettanto scritta, dell'atto che irroga la sanzione. La prima introduce un precetto prospettico, la seconda un giudizio retrospettivo, il cui ribaltamento in funzione di precetto (per i terzi che agiranno in futuro) richiede una previa assimilazione tra i fatti storici, che non favorisce l'immediato riconoscimento dei significati.

Che importa se il cittadino, raddomante del diritto, avrebbe potuto fiutare l'esistenza del divieto, là dove non era stato espressamente posto, o desumerlo dai precedenti? Dare rilevanza ai divieti impliciti o sottintesi è un rischio troppo elevato per un ordinamento che, avendo a cuore le libertà dei cittadini, le ponga sopra ogni cosa.

Sia chiaro: formalismo punitivo coincide solo con formalismo contenitivo. Il fatto apparentemente tipico – il furto di un acino d'uva – resterà esente da pena, senza danno alcuno per la legalità penale, che non ne impone la punizione. Come si è già avuto modo di anticipare, la doverosa repressione dei reati non discende dal principio sostanziale della legalità, ma da quello, processuale dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), anch'esso oggi in crisi (Cap. XII, § 3). Per parte sua il principio di legalità è logicamente e ideologicamente compatibile con il principio di opportunità nella scelta dei fatti da processare. In questo senso il diritto penale è uno strumento formalizzato di controllo sociale, come tale ispirato, almeno nelle intenzioni, a trasparenza, calcolabilità e controllabilità, a differenza dei sistemi di controllo informale (Winfried Hassemer, *Perché punire è necessario*, 2009, trad. it., Bologna, 2012, p. 123).

Un'ultima precisazione: l'estensione della garanzia della legalità agli illeciti amministrativi ben può entrare in bilanciamento con la gravità delle relative sanzioni, ammettendo una relativizzazione della legalità – non tanto sotto il profilo della irretroattività sfavo-

revole, quale principio irrinunciabile, indipendentemente dal grado di afflittività della sanzione – quanto sotto il profilo della determinatezza, della riserva di legge e della retroattività favorevole, almeno in relazione alle sanzioni di modesta entità (Carlo Enrico Paliero, Aldo Travi, *La sanzione amministrativa*, Padova, 1985, p. 174 s.). Il sistema delle garanzie, infatti, non può che essere gradualistico (Aberto Gargani, *Depenalizzazione e “materia penale”*, in *Criminalia* 2018, p. 145 s., e anche in *disCrimen*, 3.7.2019).

5. Legalità penale e democrazia partecipativa

La legalità penale non svolge solo una funzione di garanzia personale. Sotto il profilo dell'architettura costituzionale, essa è, altresì, espressione della separazione dei poteri: la legittimazione a porre la norma penale è di regola del Parlamento, per via della sua investitura democratica diretta.

Per converso, e in linea di principio, il divieto penale non può essere introdotto né da fonti governative, né tantomeno dalla giurisdizione, la cui attività interpretativa presuppone che il divieto sia stato già posto da un'autorità a ciò legittimata.

Questa competenza a legiferare penalmente, pensata originariamente come esclusiva, oggi non è più tale: la scelta punitiva può essere effettuata, seppure in certi casi e a certe condizioni, anche con atti aventi forza di legge (decreti legge e decreti legislativi). Situazioni di necessità e urgenza regolativa, da un lato, ed esigenze di tecnica legislativa, dall'altro, consentono, nel rispetto della Costituzione, una normativa penale di matrice governativa.

Nel primo caso si tratta di situazioni davvero eccezionali, non bastando l'urgenza simbolica di approntare una risposta sanzionatoria: si pensi, a quella parte della normativa antiterrorismo, non a caso accusata di perseguire finalità propagandistiche e di rassicurazione sociale, varata con decreto legge pochi giorni dopo il sequestro dell'on. Aldo Moro.

Nel secondo caso, il riferimento è all'elaborazione di corpi normativi complessi ed estesi, la cui redazione richiede particolare competenza tecnica. La scelta politico-criminale effettuata dal legislatore delegante ben si presta a essere tradotta in norma dal legisla-

tore delegato, che a sua volta si avvale di commissioni ministeriali composte da giuristi esperti in tecnica normativa.

6. *La crisi della legge*

Nel tempo, il principio della riserva di legge, quale corollario del *nullum crimen*, si è ulteriormente indebolito, con conseguente svuotamento della sua *ratio* (Cristiano Cupelli, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, p. 27 s.). Basti pensare che le leggi penali sono sempre più spesso eterointegrate da fonti non legislative (nazionali o europee), di per sé carenti di competenza in materia penale. La dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno progressivamente giustificato il contributo alla tipicità proveniente da fonti non abilitate alla produzione del diritto penale. La ragione sta nelle particolari esigenze regolative di certi settori, che pesano più del principio di legalità: vi sono materie in cui la legge penale non è in grado di offrire una regolazione dettagliata, la quale viene demandata ai regolamenti amministrativi chiamati a integrare gli elementi normativi della fattispecie.

A ciò si aggiungano due fenomeni di carattere generale, che reagiscono negativamente sulla funzione della riserva di legge.

Il riferimento è, anzitutto, alla c.d. deparlamentarizzazione dell'attività legislativa. Il procedimento di formazione della legge è sempre più caratterizzato dalla delocalizzazione del confronto politico-criminale, che solo in minima parte avviene nelle aule parlamentari, dove le proposte di legge approdano sovente solo per l'approvazione. Finisce per risentirne la *ratio* sostanziale della riserva di legge, che valorizza il confronto tra le forze politiche sotto l'occhio attento della pubblica opinione.

In secondo luogo, un cenno merita il sistema elettorale. A differenza del modello proporzionale, quello maggioritario sacrifica parzialmente il principio della rappresentanza in nome della stabilità politica (c.d. governabilità). Il tipo di legge elettorale si riflette sul coefficiente di legittimazione sostanziale della riserva di legge in materia penale, che può ritenersi maggiore quando le forze politiche che hanno sostenuto la scelta politico-criminale divenuta legge, riflettono proporzionalmente gli orientamenti politici presenti nel

corpo elettorale. C'è differenza, dunque, tra riserva di legge (con legge elettorale) proporzionale e riserva di legge (con legge elettorale) maggioritaria, posto che nel secondo caso si attenuano le differenze tra la maggioranza parlamentare e quella governativa. La crisi della riserva di legge si è acuita nel periodo in cui il nostro sistema elettorale ha sperimentato il modello maggioritario, ma non si è certo attenuata, una volta ritornati al modello proporzionale.

7. *L'inadempimento del legislatore*

La perdita di valore della riserva di legge presenta un altro e più inquietante punto di emersione. Il riferimento è al mancato esercizio della scelta politico-criminale da parte del legislatore monopolista. La gravità del fenomeno è evidente, perché la riserva di legge viene violata dall'organo che dovrebbe onorarla provvedendo a legiferare in modo esaustivo e con precisione.

In taluni casi, la rinuncia del potere politico a esercitare la funzione legislativa in materia penale ha raggiunto livelli di insostenibile franchezza, che non lasciano prevedere nell'immediato inversioni di rotta (Renato Bricchetti, *Giudici di merito e Cassazione*, in *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, p. 129). Si pensi alla questione della rilevanza delle valutazioni estimative nella cornice del reato di falso in bilancio, la quale ha fatto molto discutere in dottrina e in giurisprudenza a causa della laconica formulazione del riformato art. 2621 c.c. Nella seduta del 18 marzo 2015 della Commissione Giustizia del Senato, il relatore del disegno di legge, alla domanda “se la nozione di fatti non rispondenti al vero comprenda anche le valutazioni di stima peritale”, rispondeva che “sarà opera dell'interpretazione giurisprudenziale stabilire se le valutazioni debbano essere considerate ai fini della sussistenza del requisito della non rispondenza al vero”.

Un altro esempio recente di legislazione semilavorata è costituito dagli eco-delitti, autentici ecomostri normativi, espressione di un modello dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario ispirato, non già al rigoroso riparto delle rispettive competenze, ma a una sorta di cogestione della criminalità ambientale, tale per cui il legislatore appronta fattispecie flessibili e buone per qualunque politica criminale vorrà attuare la giurisdizione (Cap. II, § 5).

L'indeterminatezza della norma penale ferisce a morte il principio di legalità anche per un'altra ragione. Per coglierla va tenuto presente che la legalità è un principio autoregolativo nelle mani della giurisdizione: il garante della legalità e l'autorità assoggettata alla legalità coincidono. Il vizio di genericità, che incrementa il potere decisionale del giudice, può essere rilevato solo dal giudice stesso, ossia dall'organo nei cui confronti la determinatezza della legge funge da sbarramento. Il sistema correttivo è dunque apparentemente ingenuo. Ma a renderlo di fatto impraticabile ci ha pensato la stessa giurisprudenza costituzionale, secondo la quale il giudice penale alle prese con una fattispecie indeterminata, ammesso che intenda lamentarsene, prima di sollevare la questione di costituzionalità, deve provare a sanare in via interpretativa il vizio di determinatezza, se del caso facendo riferimento al diritto vivente (Cap. II, § 4). In breve: se il legislatore lascia indefinita la norma, sarà la giurisdizione a chiuderla con un'apposita scelta politico-criminale. La qual cosa significa spostare la competenza a legiferare in materia penale dalle mani del legislatore, titolare (ancorché indegno o incapace) di un potere indisponibile, a quelle improprie (e molto operose) della giurisdizione (Francesco Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2018, p. 133).

IL MISTERO DELL'INTERPRETAZIONE

SOMMARIO: 1. Quando le leggi non sono più giovani. – 2. Riflessi in materia di riserva di legge. – 3. La vivificazione di Lazzaro. – 4. La riscrittura delle norme. – 5. L'interpretazione è uguale per tutti? – 6. Risultati restrittivi ed estensivi. – 7. Nel *flo* dipinto di *flo*.

1. *Quando le leggi non sono più giovani*

I cittadini italiani sono, in larghissima maggioranza, ben più giovani del codice penale italiano, notoriamente risalente al 1930. Il nucleo regolativo del nostro diritto penale costituisce pertanto una chiara espressione della tirannia dei morti sui vivi. Ciò è tanto più vero se si considera che l'originario assetto valoriale del nostro codice penale, nonostante i molteplici e continui aggiornamenti, riflette una visione politica, culturale e sociale non solo lontana, ma per molti aspetti antitetica rispetto a quella odierna. Naturalmente ciò non vale in assoluto: nessuno dubita, per esempio, della perdurante attualità dell'art. 575 c.p. che, pur risalendo nella formulazione tuttora vigente al 1930, punisce il delitto di omicidio; vetustà dell'enunciato normativo non significa infatti anacronismo della corrispondente scelta politico-criminale.

Se si prescinde, però, dai contenuti regolativi della legge penale e si esamina il problema dal punto di vista della teoria delle norme, il fenomeno della vetustà legislativa appare di per sé, oltre che frequente, in certa misura fisiologico, perché, in termini generali, la legge che viene varata oggi, finché non sarà abrogata, esplicherà i suoi effetti regolativi anche nei confronti di coloro che nasceranno. Le norme sono proiettate per definizione verso il futuro e hanno attitudine alla vigenza indefinita. Le norme penali, poi, continuano a produrre la loro efficacia anche dopo essere state abrogate, stante il principio della ultrattività della legge favorevole. E lo stesso fenomeno si verifica in relazione alle norme di favore dichiarate co-

stituzionalmente illegittime; la loro esistenza al momento del fatto impone al giudice di tenerne conto anche se il giudizio interviene dopo la loro dichiarazione di illegittimità.

2. *Riflessi in materia di riserva di legge*

Il fenomeno della vetustà legislativa nel diritto penale deve fare i conti con la garanzia della riserva di legge, che assicura la partecipazione diretta dei cittadini all'elezione del legislatore penale come prioritaria condizione di legittimazione dell'intervento punitivo. Quale legittimazione può avere per i vivi la norma posta da un legislatore eletto dai morti? Da questa angolazione il principio della riserva di legge, oggi vituperato a causa della c.d. crisi della politica e il potere incontenibile della tecnica (Emanuele Severino, *Il tramonto della politica*, Milano, 2017, p. 16 s.), sembra divenire una garanzia ancora più formale di quella che si ritiene comunemente. Se è vero, infatti, che il monopolio legislativo della produzione penale mira ad assicurare il confronto pluralistico tra maggioranza ed opposizione, sottoponendolo oltretutto al controllo dell'opinione pubblica, è anche vero che tale garanzia procedimentale ha come destinatari naturali i contemporanei, non le comunità future.

A ben vedere, però, il tentativo di delegittimare la riserva di legge (forse al fine di legittimare un diritto penale giurisprudenziale, inevitabilmente politico, sebbene ufficialmente tecnocratico) non potrebbe giovare di questo argomento, nonostante la sua apparente linearità. La riserva di legge, infatti, accentrando la produzione del diritto penale nelle mani del legislatore, è rispettata anche quando quest'ultimo non legifera, confermando con la sua inazione l'esistente normativo. Detto altrimenti: la garanzia della riserva di legge e il principio di responsabilità politica ad essa sottesa abbracciano tanto le leggi prodotte quanto quelle non modificate. La funzione confermativa del diritto vigente non è esclusiva della giurisprudenza; ad essa partecipa il legislatore. Per questa ragione non è configurabile un conflitto di attribuzioni tra parlamento e magistratura, ove in presenza di una legalità laconica la giurisprudenza proceda a elaborare in via ermeneutica la soluzione normativa non espresamente presente a livello legislativo, ma compatibile con il tenore

testuale della legge. Legiferare penalmente è potere esclusivo del parlamento; interpretare l'ordinamento giuridico è dovere della giurisdizione, alla quale è preclusa la facoltà del *non liquet*.

In breve: la legittimazione dell'intervento punitivo, che, per dettato costituzionale, trova il suo prioritario fondamento nel principio della riserva di legge (art. 25, comma 2) e nel conseguente assoggettamento dei giudici alla legge (art. 101, comma 2), non è scalfita dal trascorrere del tempo. Come le leggi impegnano legittimamente anche la società del futuro (che può modificarle attraverso il suo legislatore), così il vincolo di assoggettamento del giudice alla legge permane nonostante la vetustà della legge.

3. *La vivificazione di Lazzaro*

Si riconosce da più parti che legiferare e giudicare siano (e debbano rimanere) attività distinte. In realtà, questa affermazione di partenza viene, poi, ridimensionata o ritrattata nella misura in cui si ammettono, come legittimi e insopprimibili, margini di creatività nella lettura dei testi di legge. Certamente, sulla commistione tra le due funzioni anzidette incide la misura della creatività interpretativa che si ritiene consentita: quando è elevata, essa equivale alla libera riscrittura del testo ad opera dell'interprete tiranno e della sua *species* più temibile, quella del giudice-legislatore, ufficialmente uscito dalla porta ideologica del diritto penale, ma di fatto rientrato dalla finestra dell'ermeneutica. In questi casi la legalità praticata non corrisponde alla legalità dichiarata. Gli eccessi ermeneutici compromettono l'effettività della discontinuità penalistica in concreto, restringendola o comunque modificandola rispetto all'ordito legislativo.

Con ciò non si intende affermare che la lettura dei testi di legge possa o addirittura debba essere antistorica e non aggiornata. Per l'interprete, non più bocca della legge, non vale l'antico slogan pubblicitario di una (allora) nota marca di dentifricio: "con quella bocca può dire ciò che vuole" (riferito al sorriso di una giovane Virna Lisi). Oggetto di interpretazione non può essere il contesto sociale che si è evoluto, ma resta il testo che, attraverso il linguaggio, lo narra, lo comprende e lo regola. L'interprete non può spezzare la circolarità

dell'ermeneutica sostituendo il contesto al testo, ma deve rimanere all'interno dei (plurimi) significati consentiti dall'enunciato normativo, per proiettarli, nel rispetto di tali limiti, sulla realtà sociale. La ritenuta inadeguatezza dell'art. 674 c.p. – per fare un esempio – non consente di applicare la contravvenzione del getto pericoloso di cose alla creazione dei campi elettromagnetici, per la semplice ragione che essi – di sicuro – non sono cose mobili suscettibili di essere gettate, come richiede chiaramente l'enunciato normativo in questione. L'adeguamento del testo al contesto, che va oltre i significati linguisticamente plausibili, non è compito dell'interprete, ma del legislatore.

Tornando all'interpretazione delle normative risalenti, è ben possibile vivificarle nel rispetto della loro identità linguistica; l'interprete può prolungare la loro vita, non può donargliene una nuova, perché un atto creativo così radicale, privo di continuità biografico-normativa, fuoriesce dai suoi, seppure grandi, poteri. Altro è aggiornare una scelta politico-criminale, altro è formularne una ulteriore e diversa, ritenuta più adeguata ai tempi. La vivificazione dei contenuti precettivi, di cui stiamo parlando, rientra nel ciclo vitale della norma, non costituisce un miracolo, quale sarebbe la creazione di una nuova norma.

Il linguaggio, suscettibile di una spontanea, impersonale e democratica evoluzione, è dunque l'anima del testo, ciò che impedisce alla scrittura di ridursi a pensiero pensato. Finché l'enunciato non sarà travolto dalla vetustà linguistica (questa sì cessazione della funzione comunicativa del linguaggio), il testo sarà pensiero pensante. Per fare un esempio: l'espressione usata dall'art. 416 c.p. – quando fa riferimento agli associati per delinquere che scorrono in armi le campagne e le pubbliche vie – è certamente demodé, ma ancora in grado di comunicare il concetto, magari in modo fumettistico. Per non dire della condotta di tenere intelligenze con lo straniero (per esempio, v. l'art. 243 c.p.): per quanto inusuale sia la formula legislativa, nessuno pensa che essa voglia tributare a quella criminalità un particolare acume. Anche il lettore meno attrezzato può arrivare, dopo un po', alla soluzione di intendere l'intelligenza come sinonimo di accordo.

4. *La riscrittura delle norme*

Lo sgretolamento della legalità penale si manifesta, dunque, anche nell'ambito delle fattispecie legislativamente determinate, ma nondimeno sovrascritte da un'interpretazione giurisprudenziale perlopiù dilatata ed eccedente rispetto al tenore testuale dell'enunciato normativo. Oramai vi è una generalizzata assuefazione a queste libere tracimazioni ermeneutiche, talvolta professate come estensive ma in realtà analogiche, talaltra ben oltre l'ambito dell'analogia, che presuppone l'identità di *ratio*. Non manca chi in dottrina si è occupato di censire gli strappi esegetici più eclatanti e significativi (Dario Micheletti, *Jus contra lex*, in *Criminalia* 2016, p. 161, e anche in *disCrimen*).

Valgano alcuni esempi.

L'art. 437 c.p. incrimina la rimozione ed omissione dolosa di cautele contro gli infortuni, ma viene applicato alle medesime condotte rapportate alle malattie professionali (Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 2002, n. 11894, rv. 221072). Analogamente, l'aggravante prevista dagli artt. 589 e 590 c.p., in relazione all'omicidio e alle lesioni personali connesse alla violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, viene estesa alla violazione di norme che perseguono il fine di evitare le malattie professionali (Cass. pen., sez. IV, 22 febbraio 2018, n. 22022, *De Jure*).

L'art. 494 c.p. punisce la condotta di chi "induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici". Ebbene, la recente giurisprudenza ha ravvisato questo reato nella condotta, all'evidenza nemmeno simile, di colui che in una chat erotica indica, con un *alias* di fantasia, il numero di cellulare del datore di lavoro, con il quale erano insorti dei contrasti (Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2012, n. 18826, in *Guida al diritto*, 2013, 23, p. 61).

L'art. 674 c.p. è stato esteso, oltre che alla creazione dei campi elettromagnetici, di cui si è detto, anche alle c.d. molestie olfattive delle quali, leggendo la norma, non si sente neanche... l'odore (Cass. pen., sez. III, 3 luglio 2014, n. 45230, rv. 260980).

È stato condannato per tentativo di rapina impropria colui che

ha provato a usare violenza o minaccia nel momento in cui non aveva ancora sottratto la cosa mobile, là dove l'art. 628, comma 2, c.p. richiede che la coazione, quale nota caratterizzante del fatto tipico, avvenga dopo la sottrazione della cosa (Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34952, rv. 236969).

E ancora: si è ravvisata la guida in stato di ebbrezza nel comportamento dell'automobilista alticcio che sostava in un'area di servizio su un veicolo fermo (Cass. pen., sez. IV, 12 novembre 2013, n. 45514, rv. 257695), risultando irrilevante che il motore fosse spento o acceso (Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2007, n. 37631, *De Jure*).

È stato inquadrato come favoreggiamento della prostituzione la condotta del cliente che, con spirito di cortesia e per ragioni di sicurezza, ha riaccompagnato la prostituta nel luogo da dove l'aveva prelevata (Cass. pen., sez. III, 16 luglio 2013, n. 37299, *De Jure*), anziché abbandonarla una volta consumato il mercimonio sessuale.

Secondo la giurisprudenza, per la sussistenza del delitto di autoriciclaggio, l'impiego del denaro in attività speculative (assimilate, dalla norma, a quelle economiche, finanziarie e imprenditoriali) comprenderebbe l'attività del gioco d'azzardo, in quanto aleatoria (Cass. pen., sez. II, 7 marzo 2019, n. 13795, in *Guida al diritto*, 2019, 27, p. 73). L'analogia è evidente, trattandosi di attività per natura diverse, non fosse altro per la componente anche ludica, che è esclusiva del gioco d'azzardo.

L'elencazione potrebbe continuare a lungo come una litania, ma quella che precede pare sufficiente a confermare i dubbi sulle soluzioni così introdotte *in malam partem* (Alberto di Martino, *Una legalità per due?*, in *Criminalia* 2014, p. 111, e anche in *disCrimen*).

5. *L'interpretazione è uguale per tutti?*

Secondo un noto aforisma di Giovanni Giolitti, la legge si applica ai nemici e si interpreta per gli amici. Come esiste un diritto penale del nemico, così esiste quello dell'amico (Ferrando Mantovani, *Diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 486 s.). È chiaro che più del momento enunciativo della norma, conta quello applicativo. Si tratta di una verità scontata.

Ma l'aforisma mette in luce anche la perdita di imparzialità nella quale incorre il giudice che si fa condizionare dalla sua empatia nei confronti di taluni destinatari dell'attività giurisdizionale. Non basta affermare che "la legge è uguale per tutti". Occorre precisare ad un tempo che "tutti sono uguali davanti alla legge". Nelle aule di giustizia del Trentino-Alto Adige compaiono entrambe le formulazioni la prima in italiano, la seconda in tedesco (*Alle sind vor dem Gesetz gleich*). Possono considerarsi l'una la traduzione dell'altra se il valore dell'uguaglianza di trattamento viene riferito in definitiva al diritto inteso nel suo concreto risvolto operativo.

Per quel che adesso più interessa, infine, l'aforisma richiama l'attenzione su un dato di comune esperienza: uno stesso testo può essere interpretato in modi diversi, con la conseguenza di accentuarne ora gli effetti favorevoli, ora quelli sfavorevoli. Ciò rende particolarmente odiosa l'interpretazione faziosa.

6. Risultati restrittivi ed estensivi

La distinzione tra l'interpretazione estensiva e quella restrittiva non dipende dal metodo, ma dall'esito (Vito Velluzzi, *Le preleggi e l'interpretazione*, Pisa, 2013, p. 53). Diversamente da quanto stabilisce il codice penale francese (Cap. II, § 6), per il nostro diritto si tratta di interpretazioni entrambe lecite, che si distinguono per la classe, più ampia nell'un caso e meno nell'altro, dei fatti inclusi nell'ambito operativo della fattispecie incriminatrice. L'interpretazione estensiva è perfettamente lecita e quella restrittiva non è necessariamente preferibile. Decide il giudice, sulla base di un percorso argomentativo esposto in motivazione. Mentre l'integrazione analogica colma la lacuna e frustra la frammentarietà, l'interpretazione estensiva si mantiene nell'ambito dei significati ammessi dalla semantica a dizionario (Cap. X, § 4). A differenza dell'analogia, l'interpretazione estensiva non produce una nuova norma. La preferenza per il significato lato dell'enunciato normativo non è, infatti, del tutto libera, né può essere lo specchio delle preferenze politico-criminali del giudice. L'interpretazione estensiva si giustifica allorquando quella restrittiva appaia manifestamente irragionevole. È il caso del concetto di uomo nel delitto di omicidio ("Chiunque cagiona la morte di un

uomo”): l’accezione restrittiva porterebbe a escludere dalla tutela la donna, senza alcuna plausibile ragione. D’altra parte il termine “uomo” comprende tra i suoi significati quello di persona umana.

Con queste precisazioni, la preferenza per il principio di stretta interpretazione o la sua codificazione non sono prive di senso, né equivoche. L’interpretazione della norma penale non deve essere irragionevole, pur rimanendo disanaloga. Per converso, l’analogia non può giustificarsi in nome della ragionevolezza, per il valore prevalente della lacuna, anche se irragionevole. Di quest’ultima non deve occuparsi l’interprete, ma semmai la Corte costituzionale, i cui margini di intervento sono tuttavia ridotti. Il sindacato delle norme di favore, infatti, non può dilatare *in malam partem* la portata dei precetti penali, salvo che l’irragionevolezza consista nella violazione delle condizioni di uguaglianza espressamente contemplate nell’art. 3 Cost., le uniche a prevalere sul principio della riserva di legge (Gaetano Insolera, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, p. 52 s.).

Tornando all’aforisma di Giolitti, quando un’interpretazione stabile viene ribaltata in senso sfavorevole al reo, il libero convincimento del giudice appare ingiusto, dando l’impressione che il privilegio dell’interpretazione faziosa non sia solamente un cadeau per gli amici. Il malcapitato (beneficiario pare francamente troppo) della svolta interpretativa sfavorevole si chiederà: perché sono stato prescelto io? L’interpretazione *contra personam* apparirà discriminatoria al pari di quella *ad personam*, ma più odiosa in quanto volta all’afflizione.

7. *Nel flou dipinto di flou*

Sia chiaro: le dilatazioni interpretative del diritto penale si registrano anche in relazione alle fattispecie di nuovo conio. Ciò conferma che dietro questa generalizzata tendenza non sta tanto, o soltanto, la lamentata vetustà del parametro legislativo, quanto e soprattutto la propensione della giurisprudenza a largheggiare nella tutela.

Parte della dottrina si mostra comprensiva, cercando una spiegazione in insegnamenti oramai acquisiti: l’interpretazione, come at-

tribuzione di senso, deve fare i conti con la polivalenza del linguaggio (Cap. XII, § 1). Da questa angolazione, si potrebbe aggiungere che, posto un testo, non esiste un'unica interpretazione corretta, ma un ventaglio di interpretazioni plausibili, tra cui il giudice sceglie in base al contesto.

È anche vero, tuttavia, che esistono letture impraticabili, come tali, errate (Cap. IV, 3). E questo va riconosciuto, perché è il campo nel quale il giudice non può spingersi. Se così non fosse, la precisione linguistica e il canone della determinatezza sarebbero una chimera, non un principio.

Il discorso cambia in presenza di enunciati laschi e imprecisi. Il legislatore ha le sue responsabilità, perché consente al giudice di fare il gioco della sibilla, che con una virgola postuma cambiava il senso di quel che aveva scritto in precedenza: *ibis redibis non morieris in bello*. Al giudice occorre anche meno: il riempimento del testo indeterminato glielo impone il principio del *non liquet* (Cap. XIV, § 2).

Ma la giurisprudenza non è solamente creatrice di soluzioni, elabora anche sistemi teorici, compito, questo, che negli ordinamenti di *civil law* competeva alla dottrina di estrazione accademica. Attratta dal *law in action* la dottrina non anticipa, ma segue la produzione giuridica delle Corti (concetto nel quale rientrano anche i giudici onorari monocratici).

La situazione spirituale è quella di una rassegnazione all'endemica indeterminatezza del sistema, al punto che – per quanto paradossale – non manca chi propone di riempire il frequente vuoto definitorio della legge penale con la logica *flou*, intraducibile denominazione di soluzioni dichiaratamente approssimative, votate alla deformazione delle categorie penalistiche fondamentali (Carlo E. Paliero, *Il diritto liquido*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 s.).

SOMMARIO: 1. Offensività e sussidiarietà come criteri di politica criminale. – 2. L'impiego ermeneutico del principio di offensività. – 3. La sussidiarietà dalle mani del legislatore a quelle del giudice. – 4. Applicazioni della “vittimo-dogmatica” in materia di truffa e rifiuto di atti di ufficio. – 5. La violenza innocua, il *dolus bonus* e le falsità di bilancio irrilevanti. – 6. Per una rilettura della frode in commercio. – 7. La funzione delimitativa della “concorrenza sleale” nei delitti contro l'industria. – 8. L'interpretazione secondo sussidiarietà nel diritto penale societario. – 9. Il diniego della tutela sanzionatoria amministrativa. A proposito dei campi elettromagnetici. – 10. Sussidiarietà e criteri di imputazione.

1. *Offensività e sussidiarietà come criteri di politica criminale*

È opinione condivisa che il principio di offensività abbia rilevanza costituzionale e implichi, quale suo corollario, la sussidiarietà della tutela penale.

Il ricorso alla pena – si osserva da tale angolazione – è legittimo non solo quando, secondo le cadenze tipiche dell'*offensività*, il bene giuridico è meritevole di tutela e quest'ultima risulta proporzionata tanto all'importanza dell'interesse presidiato, quanto all'entità della lesione arrecatagli; occorre inoltre – e in ciò sta il *quid pluris* della *sussidiarietà* – che l'ordinamento non disponga di altri strumenti di tutela ugualmente efficaci, dato che, a parità di effetto preventivo, deve preferirsi la sanzione extrapenale, meno afflittiva e meno “costosa”. Da qui la conclusione secondo cui la pena può giustificarsi solo come *extrema ratio*.

In prima battuta, dunque, il canone della sussidiarietà, al pari di quello dell'*offensività*, opera come direttrice di politica criminale per il legislatore. L'obiettivo perseguito dai due principi è convergente: contenere l'ambito del diritto penale già sul piano dell'astratta previsione delle ipotesi di reato, favorendo, là dove possibile, il

ricorso alla sanzione amministrativa o la rinuncia all'intervento punitivo nei casi in cui risulta sufficiente la tutela civile.

Senonché, a fronte dei buoni propositi e delle (forse ingenuie) aspettative fiorite a margine della loro elaborazione, i principi di offensività e sussidiarietà hanno mancato l'obiettivo deflattivo e contenitivo. È di tutta evidenza, infatti, l'abnorme e costante espansione dell'intervento penale. Le istanze di tutela avvertite dal legislatore, reali o supposte che siano, hanno avuto la meglio sugli ideali di parsimonia punitiva immaginati nei laboratori culturali in cui hanno visto la luce i canoni dell'offensività e della sussidiarietà, decretando che il legislatore non può considerarsi un destinatario fedele dei principi in questione, né il loro unico artefice.

2. *L'impiego ermeneutico del principio di offensività*

Interpretare non significa *legere legem*. Da tempo la dottrina riconosce al principio di offensività una rilevanza anche sul piano ermeneutico. Vi sono casi in cui il tenore letterale dell'enunciato normativo consente attribuzioni di significato tra loro diverse anche in relazione al livello complessivo di lesività del reato. In tali contesti, il principio di offensività funziona come criterio di preferenza tra interpretazioni possibili, favorendo, alle chiavi di lettura formalistiche, che espungono l'offesa dal piano della tipicità, quelle che valorizzano la funzione selettiva della lesione o, in subordine, dell'effettiva messa in pericolo del bene tutelato. Sotto questo profilo la concreta attuazione del principio di offensività è compito precipuo dell'interprete.

Per dare concretezza al discorso si prescinda dai casi di scuola (nessuno dubita che non costituisca furto la sottrazione di una ciliegia, per quanto cosa mobile ai sensi dell'art. 624 c.p.), e si concentri piuttosto l'attenzione su un paio di esempi meno scontati.

Si pensi, anzitutto, al delitto di peculato d'uso (art. 314, comma 2, c.p.). Si può ritenere, fermandosi alla lettura dei requisiti testuali della fattispecie, che il fatto tipico sia integrato da un qualunque utilizzo, ad un tempo illegittimo e temporaneo, della cosa mobile della pubblica amministrazione; oppure richiedere, in nome per l'appunto del principio di offensività, che l'uso da parte del pubblico ufficiale abbia comportato anche un qualche pregiudizio per la

pubblica amministrazione. Sulla scorta di quest'ultima e preferibile lettura della fattispecie, va escluso che assuma rilevanza penale l'uso, per fini personali, del telefono dell'ufficio, quando il costo del servizio telefonico è forfettario e quindi insuscettibile di aumentare in ragione delle chiamate non autorizzate. Lo stesso deve dirsi, *mutatis mutandis*, per il fatto del pubblico ufficiale che, usando il computer e la connessione internet dell'ufficio, visita siti di interesse personale (Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 26297, *De Jure*).

E ancora: si consideri l'orientamento secondo cui la previsione dei reati di pericolo astratto deve far salvo l'onere dell'imputato di provare l'assoluta innocuità della sua condotta e di smentire in tal modo la presunzione legislativa di pericolo, con conseguente irrilevanza penale del fatto. Questo principio vale anche per il delitto di traffico illecito di rifiuti, *ex art. 452- quaterdecies* (Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2016, n. 25424, Pastore, in *www.ambientediritto.it*), che va escluso in relazione ai rifiuti liquidi provenienti da концерie, i quali, nonostante siano smaltiti in violazione dei limiti tabellari, funzionano da reagenti e coadiuvanti del trattamento depurativo degli scarichi provenienti da condotta, con l'effetto di un abbattimento del pericolo per l'ambiente.

3. La sussidiarietà dalle mani del legislatore a quelle del giudice.

Anche al principio di sussidiarietà è riconosciuta una rilevanza ermeneutica (Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2019, p. 141), sebbene manchi ancora una compiuta teorizzazione delle sue applicazioni.

In specifici casi e in modo rapsodico, alcuni indirizzi della dottrina e della giurisprudenza consentono al giudice penale, in nome della concezione gradualistica degli illeciti (civili, amministrativi e penali), di rileggere lo spettro di tutela della fattispecie incriminatrice alla luce della normativa extrapenale che costituisce il *prius* logico dell'intervento penale. L'interpretazione secondo *sussidiarietà*, al pari di quella ispirata all'*offensività*, non è imposta dal dato testuale, ma risulta costituzionalmente orientata e volta ad assicurare la coerenza dell'ordinamento giuridico.

Mentre l'interpretazione secondo *offensività* mira a esaltare l'effettività della lesione o la fondatezza del pericolo per il bene giuridico, l'interpretazione secondo *sussidiarietà* opera per sottrazione, ossia fa leva sulla superfluità della pena nei casi in cui non trova applicazione la tutela extrapenale convergente. Il suo campo di intervento è autonomo rispetto a quello dell'interpretazione secondo *offensività*, riguardando sia i reati formali, come tali non interpretabili in chiave di lesione, sia i fatti strutturalmente corrispondenti alla descrizione legale, ma la cui repressione appare sproporzionata e priva di gradualità.

Unitaria, comunque, è l'idea di fondo sottesa all'impiego ermeneutico del principio di sussidiarietà: evitare che la pena scavalchi l'operatività delle tecniche di intervento meno invasive, finendo per colpire fatti in relazione ai quali l'ordinamento o nega la tutela extrapenale o la rimette al soggetto passivo, che tuttavia non l'ha attivata preventivamente.

4. *Applicazioni della "vittimo-dogmatica" in materia di truffa e rifiuto di atti di ufficio*

A quest'ultimo proposito, viene in rilievo quella corrente di pensiero denominata "vittimo-dogmatica", la quale, sviluppatasi soprattutto nella letteratura tedesca, valorizza, come argomento per escludere la responsabilità penale, la mancata autotutela offerta dal diritto extrapenale.

Si faccia il caso dell'autonoleggiatore che, al momento di consegnare la vettura al cliente, nel segnalare nell'apposita scheda graffi e ammaccature preesistenti, ometta fraudolentemente di riferire di un vistoso danno alla carrozzeria, al fine di contestarlo al cliente al momento della restituzione della vettura. L'approccio vittimo-dogmatico porta a escludere in questo caso la truffa se il cliente ha omesso di verificare, al momento della consegna dell'automobile, la corrispondenza tra i difetti esistenti e quelli segnalati.

La dottrina e la giurisprudenza, da noi in modo assolutamente prevalente, contestano questo tipo di impiego del principio di sussidiarietà, in nome della piena tutela della vittima, anche quando, con la sua condotta negligente, ha mancato previamente di proteggersi (Maria Valeria Del Tufo, *Profili critici della vittimo-dogmatica*,

Napoli, 1990, pp. 46 s., 237 s.). Si tratta di una scelta di tipo ideologico, che valorizza il dato oggettivo dell'offesa subita e considera l'auto-esposizione della vittima un aspetto della sua accresciuta vulnerabilità. L'impostazione ha una nobile matrice solidaristica, ma elargisce tutele non sempre meritate.

Questo schema di ragionamento ha trovato applicazione, invece, in relazione al delitto di rifiuto di atti di ufficio. Come noto, l'art. 328, comma 2, c.p. punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, non compie l'atto dovuto o non espone le ragioni del ritardo. Si controverte se tale previsione di reato operi solo quando la richiesta dell'atto proviene da un privato oppure trovi applicazione anche quando l'atto d'ufficio viene richiesto da un'altra pubblica amministrazione.

Ebbene, nell'optare per la soluzione restrittiva, la Corte di cassazione ha invocato, tra gli altri argomenti, il criterio della c.d. proporzionalità (*rectius*: sussidiarietà), osservando che "la tutela delle amministrazioni (...), in quanto dotate di competenza e in posizione sopraordinata (...) è assicurata da istituti ben più efficaci, sol che si intenda attuarli, come interventi sostitutivi, surrogatori e simili, i quali in via immediata realizzano l'interesse pubblico" (così, Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 2001, n. 19180, *De Jure*; Id., sez. VI, 23 febbraio 1998, Schillizzi, in *Riv. pen.*, 1998, p. 347 s.v).

5. *La violenza innocua, il dolus bonus e le falsità di bilancio irrilevanti*

Come si diceva, l'interpretazione secondo *sussidiarietà* ha un raggio di azione che si estende ben oltre i territori problematici della "vittimo-dogmatica". Si tratta di settori di intervento particolarmente interessanti, anche per il ruolo che viene ad assumere il giudice penale quale interprete dell'ordinamento nella sua interezza ed effettività.

Infatti, per verificare se il diritto extrapenale neghi o meno tutela nei confronti del fatto formalmente tipico, il giudice non deve considerare solamente il formante legislativo. Il diniego della tutela extrapenale può risultare da orientamenti giurisprudenziali e finanche da prassi stabili, diffuse e prevedibili, in quanto tali equiparabili

al disposto di una norma positiva.

In talune fattispecie incriminatrici, per esempio, la condotta tipica si sostanzia in un atto giuridico regolato dal diritto extrapenale: si pensi alla conclusione di un contratto, all'assunzione di una delibera, alla redazione del bilancio e via dicendo. In tali ipotesi, l'irrelevanza civilistica di eventuali vizi dell'atto non può risultare indifferente sul piano penale.

Si considerino, da un lato, la violenza insufficiente a impressionare una persona sensata e, dall'altro, il c.d. *dolus bonus*, quale esaltazione pubblicitaria di merci che rientra nell'uso. Poiché contro tali vizi il diritto civile non accorda tutela, sarebbe irragionevole l'intervento della più incisiva reazione penale sulla falsariga dei delitti di minaccia o truffa (così Isabella Leoncini, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, p. 191).

Lo stesso va detto per la (ir)relevanza penale delle falsità di bilancio che consistono in scostamenti dal vero contabile trascurabili (problema, questo, riacutizzato dall'abrogazione delle soglie percentuali). La loro immeritevolezza di pena potrebbe affermarsi in nome del principio di offensività, ossia valorizzando la funzione informativa della c.d. trasparenza societaria, che in questi casi non può dirsi compromessa. Sennonché, l'argomento dell'inoffensività diventa un'arma spuntata al cospetto del pregiudizio ideologico della giurisprudenza, secondo cui il bene tutelato sarebbe la verità in sé. Anche a fronte di queste preclusive e non condivisibili premesse, comunque persuasivo appare il percorso offerto dall'interpretazione secondo *sussidiarietà*: un autorevole indirizzo di pensiero nega infatti l'impugnabilità del bilancio quando le violazioni di legge siano tali da non compromettere la funzione informativa della comunicazione sociale (v. Giovanni Emanuele Colombo, *Il bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, VII, t. I, p. 451 s.). A maggior ragione, ciò porta a escludere la sussistenza del reato.

6. Per una rilettura della frode in commercio

L'interpretazione secondo *sussidiarietà* può scongiurare il rigorismo che caratterizza la lettura dominante ed eccessivamente "autonomista" del delitto di frode in commercio.

Come noto, l'art. 515 c.p. punisce, a certe condizioni, la consegna di *aliud pro alio*. Muovendo dalla premessa che la fattispecie in questione tuteli il bene superindividuale e indisponibile dell'economia pubblica, si ritiene che debba soggiacere a pena anche il negoziante che, per non scontentare il cliente, del quale non può soddisfare la specifica richiesta, gli consegna, senza dichiararlo, una merce della stessa specie di quella pattuita ma di qualità superiore e al (minore) prezzo della prima. Si pensi al gestore di un'enoteca che, proponendo in offerta un determinato vino e avendone esaurito le scorte, consegna al cliente ignaro delle bottiglie di vino adatte alle stesse pietanze del prodotto pattuito, ma diverse per provenienza aziendale e per qualità, essendo la merce consegnata di maggior pregio rispetto a quella concordata. E ancora: si ipotizzi il caso del titolare di una ditta che effettua vendite a distanza, il quale, avendo finito le taglie della maglia di lana scelta dal cliente sulla base del catalogo, gli spedisce, allo stesso prezzo, una maglia di cachemire del medesimo modello e colore di quella richiesta. Secondo l'opinione corrente il fatto andrebbe punito anche se l'iniziativa del venditore incontra l'accettazione *post factum* dell'acquirente o addirittura il suo pieno gradimento.

Ebbene, a fronte di tanta severità, nessun giudice civile darebbe ragione al cliente che lamentasse di aver ricevuto un prodotto di qualità superiore di quello richiesto. Indipendentemente dalla qualificazione civilistica della "ratifica" – come accettazione della prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197 c.c.) o come convalida del contratto annullabile (art. 1444 s.) – essa, una volta intervenuta, esclude che il contraente possa successivamente lamentare un danno patrimoniale e attivare conseguentemente una tutela. Ma prima ancora vi è un altro dato assorbente: pur avendo violato l'obbligo di adempiere "esattamente" la prestazione dovuta, stabilito dall'art. 1218 c.c., il venditore non ha causato un pregiudizio patrimoniale, quale presupposto dell'obbligo di risarcimento ai sensi dell'art. 1223 c.c.

In breve: il consenso sopravvenuto del contraente e la sua decadenza da ulteriori rimedi civilistici producono in relazione alle anzidette ipotesi di frode in commercio un effetto assai simile a quello tipico della remissione della querela, nei reati sottratti alla procedibilità d'ufficio.

7. *La funzione delimitativa della “concorrenza sleale” nei delitti contro l’industria*

Il Titolo VIII della parte speciale codicistica, dedicato ai delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio, presenta ulteriori nodi interpretativi che possono essere sciolti in nome del principio di sussidiarietà. Il riferimento è agli artt. 513 e 514 c.p., nella parte in cui la descrizione delle relative fattispecie si interseca con la nozione civilistica di concorrenza sleale.

Iniziando dal delitto di turbata libertà dell’industria o del commercio (art. 513 c.p.), è notoriamente problematica la corretta messa a fuoco della condotta fraudolenta di turbativa. Si conviene sulla sua minore latitudine rispetto al concetto di concorrenza sleale ai sensi dell’art. 2598, n. 3, c.c. Da qui, tuttavia, una implicazione sulla quale converge larga parte della dottrina: se una data condotta non integra gli estremi della concorrenza sleale, essa non può considerarsi nemmeno “mezzo fraudolento” ai sensi dell’art. 513 c.p., con la conseguenza di assegnare all’art. 2598 c.c. – in particolare alle ipotesi di cui ai numeri 1 e 2 – una funzione di delimitazione della responsabilità penale.

Quanto al delitto di frodi contro le industrie nazionali (art. 514 c.p.), esso può consistere nella messa in circolazione di prodotti con nomi e segni distintivi contraffatti o alterati. Se si ritiene, come pare preferibile, che nomi e segni distintivi siano elementi normativi della fattispecie, da intendersi ai sensi dell’art. 2598, n. 1, c.c., ne discende che quest’ultima norma circoscrive l’operatività dell’art. 514 c.p., escludendola nei casi in cui, per espressa previsione di legge, l’impiego di nomi, marchi o segni distintivi non può avvalersi della tutela civile allestita per la concorrenza sleale. Ne deriva, inoltre, che le condotte tipizzate nell’art. 514 c.p. assumeranno rilievo solo se poste in essere nell’ambito dell’attività d’impresa, ancorché svolta solo di fatto.

8. *L’interpretazione secondo sussidiarietà nel diritto penale societario*

Il diritto penale societario costituisce uno dei settori di intervento privilegiati dell’interpretazione ispirata al canone della sussi-

diarietà, in ragione della stretta connessione che si instaura tra l'intervento punitivo e la disciplina extrapenale. Il fenomeno era più marcato nel disegno originario del codice civile. Per esempio, sotto la vigenza del vecchio art. 2631 c.c., che puniva l'amministratore in conflitto di interessi per il solo fatto di partecipare alla deliberazione, contro l'orientamento rigoristico, per il quale il reato sussisteva anche ove l'amministratore avesse votato contro il proprio interesse, il principio di sussidiarietà portava a valorizzare il disposto dell'art. 2391, comma 3, c.c., là dove ammette l'impugnazione della deliberazione del consiglio, presa con il voto decisivo dell'amministratore che avrebbe dovuto astenersi, solo qualora tale deliberazione possa recare danno alla società (Luigi Foffani, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, p. 103 s.).

Il canone della sussidiarietà veniva invocato anche per escludere la punizione, a norma del previgente artt. 2630, comma 2, n. 4, c.c., dell'acquisto non autorizzato delle proprie azioni, in presenza di una successiva convalida assembleare, posto che, dal punto di vista del diritto civile, la responsabilità degli amministratori è esclusa dalla ratifica del loro operato da parte dell'assemblea (Enzo Musco, *Le società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., IX, t. I, p. 453). Un'applicazione, questa, che non ha perso di rilievo nei confronti dell'odierno art. 172 del T.U. in materia di intermediazione finanziaria che, con cadenze simili al "vecchio" art. 2630, comma 2, n. 4, c.c., punisce gli amministratori di società con azioni quotate o di società da queste controllate che acquistano azioni proprie o della società controllante in violazione di talune condizioni, tra cui rientra l'autorizzazione dell'assemblea.

Ma anche nel vigente comparto penale societario, quale risulta dopo la riforma del 2002, benché l'ancoraggio delle nuove fattispecie societarie al danno o al pericolo concreto abbia ovviato agli inconvenienti tipici di una tutela eccessivamente formalizzata, l'impiego ermeneutico del principio di sussidiarietà mantiene alcuni importanti spazi di intervento.

Si è già detto delle falsità di bilancio che non inficiano la funzione informativa della trasparenza societaria. Un cenno merita, adesso, la disciplina penale del bilancio consolidato per falsità derivate, ossia provenienti dal bilancio di esercizio della società controllata.

Diversi sono gli argomenti a favore della non punibilità degli amministratori che, estranei alla falsità derivata, ma consapevoli della sua esistenza, hanno proceduto al consolidamento. Tra questi anche il rilievo che la tutela civilistica del bilancio consolidato è limitata alla violazione delle norme dettate per il consolidamento (Renato Rordorf, *Controlli ed impugnativa del bilancio consolidato*, in *Le Società*, 1992, p. 751), con conseguente irrilevanza penale delle falsità derivate cui sono estranei gli amministratori della controllante, che nondimeno le hanno consolidate.

E ancora: l'art. 2636 c.c. assoggetta a pena l'illecita influenza sull'assemblea, ossia la condotta di chi, con atti simulati o fraudolenti, ne determina la maggioranza, allo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. Stante la ritenuta natura indisponibile del bene tutelato, se ne trae la conclusione che non scrimini l'approvazione *ex post* dei soci il cui voto è stato artatamente ritenuto minoritario. Sennonché, questa conclusione appare troppo rigorista in relazione al caso in cui la deliberazione inficiata dalla condotta di illecita influenza sull'assemblea sia stata sostituita con un'altra presa in conformità della legge e dello statuto, posto che in tal caso l'art. 2377, comma 7, c.c. nega espressamente l'annullamento della deliberazione eventualmente impugnata. Si ritiene, inoltre, che il reato in questione ricorrerà solo se il voto illecitamente espresso è risultato decisivo per la formazione della maggioranza non genuina. Da qui la necessità di procedere alla c.d. prova di resistenza, codificata all'art. 2377, comma 4, n. 2, c.c., per verificare se, sottraendo i voti frutto della condotta illecita dell'amministratore, la deliberazione rimane sorretta da una valida maggioranza che, nonostante l'avvenuta interferenza, la rende inattaccabile.

9. *Il diniego della tutela sanzionatoria amministrativa.* *A proposito dei campi elettromagnetici*

Lo stesso schema di ragionamento può applicarsi nei settori nei quali la disciplina penale viene a intersecarsi con quella amministrativa e con il suo corredo di sanzioni punitive.

Si pensi al fenomeno del c.d. elettrosmog: la normativa vigente consente la creazione e diffusione dei campi elettromagnetici entro

certi limiti tabellari (legge quadro 22 febbraio 2001, n. 36), il cui rispetto assicura, con ampi margini di certezza scientifica, la tutela della salute umana.

Tuttavia, secondo un primo orientamento della giurisprudenza, insensibile alla gradualità delle tutele, anche i campi elettromagnetici che rimangono sotto la soglia di attenzione possono assumere rilevanza penale e ricadere nell'ambito operativo residuale della contravvenzione di "Getto pericoloso di cose" (art. 674 c.p.), quale fattispecie analogicamente applicata all'elettrosmog (Cap. XIV, § 3).

L'opinione, fortunatamente, non è pacifica. L'interpretazione dell'art. 674 c.p., ispirata al principio della sussidiarietà, è accolta infatti da un'altra parte della giurisprudenza (Cass. pen., sez. III, 1° febbraio 2006, n. 8299, T.P., in *Cass. pen.*, 2007, p. 1653), che nega la rilevanza penale delle emissioni espressamente sottratte alla risposta sanzionatoria di tipo amministrativo, considerata dall'ordinamento meno grave e stigmatizzante.

10. *Sussidiarietà e criteri di imputazione*

L'impiego ermeneutico del principio di sussidiarietà interessa anche i criteri di imputazione.

Per esempio, nel settore della sicurezza del lavoro è stato messo in luce come la giurisprudenza civile sia più selettiva di quella penale, segnatamente nei casi di infortunio causato dalla negligenza della vittima. In particolare, l'elaborazione civilistica coglie nel concetto di "rischio elettivo" un criterio di delimitazione dell'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c., con conseguente esenzione da responsabilità del datore di lavoro. Ebbene, una convincente dottrina stigmatizza l'orientamento della giurisprudenza penale che, infrangendo il principio della progressione delle tutele, non esita a punire, invece, il datore di lavoro per gli stessi fatti per i quali l'ordinamento nega la tutela civile (Dario Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, in *Criminalia* 2015, p. 323 s., e anche in *disCrimen*).

Ma anche in materia di colpa, il diritto civile è sorprendentemente più scrupoloso nell'elargizione della tutela. Si pensi alla responsabilità professionale per imperizia in presenza di problemi tecnici di

speciale difficoltà. A norma dell'art. 2236 c.c., il prestatore d'opera risponde in sede civile solo se versa in dolo o colpa grave. Ebbene, per un orientamento di pensiero (Adelmo Manna, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, 1992, XLIV, p. 1293), la delimitazione di tutela prevista dal diritto civile si riflette, con analoghi effetti di contrazione, sul raggio di azione della tutela penale, onde evitare il paradosso di elevare a reato un fatto doloso o colposo che, per espressa previsione di legge, è incapace di costituire una responsabilità civile.

IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE

SOMMARIO: 1. Poteri legittimati e procedure legittimanti. – 2. La crisi della politica criminale parlamentare. – 3. Le tecnocrazie penalistiche emergenti. – 4. Il protagonismo giudiziario. – 5. Nuovi scenari. – 6. Parole d'ordine. – 7. Verso un temibile epilogo?

1. Poteri legittimati e procedure legittimanti

“Legittimazione” sta per conformazione dell’agire istituzionale a un fondamento giustificativo.

Ben più degli altri rami dell’ordinamento, il diritto penale deve fare i conti con il problema della legittimazione. La sua indiscussa necessità sociale non lo esenta da questa riflessione. È ben vero, anzi, che la storia teorica del diritto penale è, prioritariamente, storia delle condizioni culturali di accettabilità dello strumento punitivo.

Nel diritto penale giustizia ed efficacia – che pure sono caratteri fondamentali e irrinunciabili – non bastano. La tutela deve giungere da poteri legittimati e attraverso procedure legittimanti. Anche questo è un riflesso dell’irriducibile specificità penalistica.

L’espressione diritto penale incarna una tensione tra due poli opposti: è reocentrica nel sostantivo e vittimocentrica nell’aggettivo. Le due visioni del conflitto sociale stanno in equilibrio, ma a una condizione fondamentale: che il “diritto”, ossia il momento della giuridicità, segni il limite invalicabile del “penale”, quale efficientismo repressivo; tanto nell’esercizio, quanto nella fondazione del diritto di punire, sotto forma nell’un caso di garantismo, nel secondo, per l’appunto, di legittimazione.

Qual è, al riguardo, l’odierna situazione spirituale della scienza penalistica? È forte l’impressione di un’eccessiva polarizzazione dell’attenzione sul “penale”, sempre più – nell’uso linguistico – aggettivo sostantivato.

2. *La crisi della politica criminale parlamentare*

Bisogna chiedersi: chi fa il “penale” oggi? Stando ai principi costituzionali viene qui in rilievo, in particolare, il corollario più vituperato del principio di legalità, qual è il monopolio parlamentare della produzione penale. La riserva di legge rappresenta qualcosa di più di un semplice precipitato della separazione dei poteri: essa pone al centro del raggio di azione della prevenzione penale una scelta politica dei rappresentanti del popolo.

Con la modernità, il diritto penale si secolarizza: recide le sue ascendenze teocratiche, per incarnarsi nel sociale, quale frutto di un confronto dialettico e oppositivo tra visioni politico-criminali diverse, per lo più mediabili, talvolta inevitabilmente alternative. Con l'avvento delle costituzioni rigide dell'immediato dopoguerra, la politica criminale ha trovato i suoi limiti valoriali inderogabili nei principi costituzionali, quali antidoti contro il rischio di una dittatura della maggioranza. Ma la criminalizzazione non ha cessato di essere essenzialmente scelta politica, pur nel perimetro del volto costituzionale della parte generale. Il diritto penale di marca parlamentare, pensato in abbinamento a una legge elettorale proporzionale, offriva alla politica non solo il luogo del confronto, ma soprattutto una procedura legittimante, fondata sul principio della rappresentanza.

Negli ultimi lustri le cose sembrano essere cambiate. La svalutazione del principio della rappresentanza – espressione di un'epoca nella quale il cittadino vede accrescere le sue libertà di consumatore, ma non i suoi diritti di partecipazione – si riflette sul ruolo della politica parlamentare sempre più subalterna a quella governativa (Luciano Violante, *Magistrati*, Torino, 2009, p. 139), a sua volta, e non di rado, intesa a conciliare il carattere verticistico della scelta con l'intonazione di fondo populistica (si pensi, per esempio, alla recente normativa in materia di omicidio e lesioni personali stradali: artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.). Del tutto extraparlamentari sono in origine gli obblighi di penalizzazione di matrice europea. La norma penale nasce da alambicchi tecnocratici ed elitari, che si pongono al di sopra della politica quale espressione del corpo elettorale. Il parlamento, all'occorrenza spronato dal voto di fiducia, è in realtà bocca del governo o della fonte europea, ha un ruolo ratificante.

Viene a svalutarsi la partecipazione, seppure indiretta, dei cittadini alle scelte politiche: parafrasando e decontestualizzando il titolo di una nota opera di Vaclav Havel, il potere dei senza poteri.

3. Le tecnocrazie penalistiche emergenti

In questo contesto il diritto penale risulta un prodotto ambivalente, non privo di tensioni interne apparentemente contraddittorie. Per un verso, esso registra un recupero della sua dimensione morale e del ruolo di garante privilegiato dell'etica pubblica (Massimo Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, p. 34 s.); per l'altro, ne risulta accentuata la giustificazione tecnica della disciplina penale, necessitata dalla dimensione globale dei fenomeni.

Segnatamente la costruzione di un ordine giuridico europeo sembra superare l'orizzonte della politica tradizionalmente intesa, non perché la scelta politico-criminale manchi del tutto, ma perché essa è divenuta competenza di sapienze apicali che operano in nome del popolo europeo, senza la partecipazione del popolo.

Nelle tecnocrazie la legittimazione non è una categoria politica, bensì una proprietà funzionale, misurabile attraverso i risultati che un'oligarchia direttiva, avulsa dal principio della rappresentanza democratica, riesce a raggiungere.

A voler assecondare questo ragionamento, però, va anche detto che, nel caso del diritto dell'Unione europea e della sua influenza nel campo penale, il federalismo governativo d'oltralpe non assicura nemmeno un risultato regolativo che, per la sua bontà, possa convincere a tralasciare, pragmaticamente, il persistente deficit democratico delle istituzioni europee. La matrice storicamente mercantile del progetto europeo, ancora fortemente presente, mal si concilia con l'*ethos* del diritto penale, che rimane prioritariamente personalistico. Il diritto dell'Unione Europea è poco attento all'armonia sanzionatoria interna, che – quando esiste – non si esita a disarticolare con richieste di tutela penale dei propri interessi tarati unicamente in base al parametro dell'efficacia.

4. *Il protagonismo giudiziario*

Vi è un altro fenomeno speculare che deve sottolinearsi: la crescita di importanza della giurisdizione e del suo ambito naturale di agilità, il processo. L'universo giuridico tende verso la iuristocrazia. Come è stato rilevato, “la supremazia della legge viene sempre più spesso confusa con, se non sovvertita da, quella dei giudici” (Robert H. Bork, *Il giudice sovrano*, 2002, trad. it., Macerata, 2004, p. 211). Dall'assolutismo giuridico, di marca legislativa, siamo passati a un novello assolutismo giudiziario, che vede il giudice arbitro (più che prigioniero) del pluralismo delle fonti. La precomprensione orienta la scelta della fonte in vista dell'esito regolativo perseguito. Una volta fatta la scelta, la strada motivazionale si trova. Si profila “una sorta di neogoverno globale dei tecnici, questa volta giuristi e non economisti, non compatibile con i principî della democrazia politica” (Luciano Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, p. 19).

Anche la crescente creatività dell'interpretazione giudiziale è coerente con la nuova immagine del giudice facitore del diritto, che ha frantumato l'idea illuministica della sua soggezione alla legge. La legalità non è più il punto di partenza della funzione regolativa del diritto, ma l'auspicabile punto di arrivo. *Scripta volant*. La precisione del testo è sempre meno importante. Quel che conta è la “determinabilità” giudiziale, caratteristica, almeno in astratto, di tutti gli enunciati. L'indeterminatezza, allora, da fenomeno patologico sembra incarnare una nuova fisiologia, in nome di una *governance* del “penale” in cui il legislatore, magari orientato da fonti europee, svolge un ruolo servente rispetto al giudice-colegislatore (Cap. XIII, § 7).

In breve: sembra prevalere oggi la dimensione tecnica del diritto, sia nella fase progettuale che in quella applicativa, con il fondato sospetto, però, che essa non abbia prosciugato affatto la scelta politica, ma l'abbia opacizzata e mimetizzata, allocandola “altrove” rispetto alla centralità parlamentare che le aveva assegnato la modernità nel quadro della topografia dei poteri. La tecnicità del diritto penale finisce per apparire, allora, non una caratteristica del diritto quale prodotto, ma la veste legittimante dei suoi produttori, un'asserita aristocrazia di giuristi che si pongono quali diretti interpreti del sociale, senza il vincolo o oltre il filtro della norma giuridica.

5. *Nuovi scenari*

Indebolito nel suo cardine fondamentale – qual era il principio di stretta legalità, principale polmone della politica criminale e al contempo vincolo per il giudice – il diritto penale sostanziale vede regredire la sua importanza, a tutto vantaggio del c.d. potere normativo del processo. Ma quali garanzie compensative della legalità sostanziale in crisi offre oggi il processo? Sono sufficienti i principi del giusto processo – tra cui la terzietà del giudice e il contraddittorio tra le parti – a legittimare lo svincolo della decisione da uno stringente parametro legislativo?

Gli scenari che si dischiudono devono far riflettere anche sulla cifra culturale della dimensione normativa sovranazionale, caratterizzata dalla commistione di paradigmi tra loro diversi, se non opposti: da un lato, l'ispirazione degli stati nazionali al modello prevalente del *civil law*, dall'altro, le similitudini tra il diritto europeo e il modo di funzionare del *common law*, ma senza i contrappesi istituzionali, garantistici e partecipativi, di quel sistema (investitura politica della magistratura, separazione delle carriere e sistemi di controllo sull'operato della pubblica accusa, ruolo della giuria popolare e unanimità del verdetto di colpevolezza, principio dello *stare decisis*, ecc.).

La creazione giurisprudenziale del precetto garantisce, anche in modo indiretto, il tradizionale coefficiente di coinvolgimento democratico nella scelta politico-criminale? Sul piano della colpevolezza: la fattispecie incriminatrice giurisprudenziale – espressione che, a Costituzione invariata, suona piuttosto ardita – assicura adeguati coefficienti di conoscibilità o rovescia a danno del cittadino l'incertezza del diritto, spingendolo al “precauzionismo” comportamentale? Non è forse vero che l'odierno universo normativo, privo di percorsi sicuri, addossi in definitiva al cittadino i rischi connessi al carattere approssimativo delle mappe disponibili?

Per non tralasciare i risvolti processuali: di fronte alla prospettiva – di per sé anche condivisibile – di una prescrizione che si interrompa con l'inizio del processo, quali garanzie ha il cittadino di non rimanere sotto la spada di Damocle di un giudizio senza limiti temporali? E ancora: si può – come proposto di recente – pensare a

motivazioni semplificate quale rimedio con cui alleviare il sovraccarico lavorativo del giudice?

Da qui un interrogativo conclusivo: quali presidiî abbiamo, vecchi o nuovi, per evitare che, con il susseguirsi di sottrazioni garantistiche e il progressivo smantellamento dell'impianto istituzionale ancorato alla separazione dei poteri, la sentenza diventi (o torni a essere) nuda decisione, mero esercizio del potere di punire? E ancora: quali pulsioni prevarranno, quelle di un'aristocrazia giudicante o quelle populistiche al momento dilaganti?

La questione è grave e seria, perché il soffio del populismo imperante, connotato da una spiccata vocazione illiberale, alimenta la concezione vendicativa del "penale" e il generalizzato sentimento repressivo che aleggia nelle attuali società, anche in quelle democratiche. Nell'ultimo decennio, se non ancora prima, il mondo è entrato nell'era del castigo, e ciò indipendentemente dall'andamento della criminalità (Didier Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, p. 9 s.).

6. *Parole d'ordine*

Il discorso pubblico in materia penale eleva a caratteri del diritto postmoderno tre vistosi sintomi di bulimia punitiva.

La prima ha un respiro orizzontale: il "penale è oramai continuo e totale". La frammentarietà è stata confinata alla dimensione di insegnamento libresco e virtuale. La realtà conosce la costante emergenza di nuovi divieti, isole ferdinandee destinate a rimanere sopra il livello del mare. Senza contare che i canali lasciati distrattamente aperti dal legislatore vengono prosciugati dalle interpretazioni analogiche care al diritto vivente.

La seconda patologia riguarda l'intensità del mezzo: è l'epoca della "prevenzione infinita", tarata in misura del supposto bisogno sociale di pena, a prescindere dal valore da tutelare e dal disvalore del fatto. Il "penale" non è solo la *prima ratio*, è spesso l'unica.

Il terzo *leitmotiv* illiberale è quello della "neutralizzazione del nemico collettivo di turno" attraverso il custodialismo carcerario, ossia la punizione ininterrotta, se non anche perpetua. Il penale populista non è casualmente sproporzionato, lo è in modo necessario e

fisiologico. La sproporzione è una condizione del suo funzionamento simbolico. In nome della difesa dalle immancabili emergenze criminali, si è affermato un pragmatismo punitivo refrattario ai valori della risocializzazione e dell'umanizzazione dell'esecuzione penale.

Con il tramonto delle ideologie, quali interpretazioni politiche generali, si sciolgono anche le idealità penalistiche. Al modello dell'aggregazione culturale fondata sull'adesione a visioni sociali assiomatiche, si sostituisce il consenso sociale in ragione di un comune obiettivo oppositivo, costituito da un ventaglio di modelli antropologi di colpevoli. I sottosistemi sostanziali, processuali e penitenziari, degenerano in diritti speciali dedicati a categorie di irriducibili antagonisti sociali (il criminale di strada, il funzionario corrotto, il recidivo reiterato, il mafioso per definizione irrecuperabile ecc.), facendo del "penale" un *instrumentum regni*, un formidabile catalizzatore del consenso. A ogni figura di nemico sociale corrisponde un popolo di odiatori da placare, blandire, canalizzare. Per questa ragione il "penale" populista paga in termini di propaganda politica: non seduce solo gli spiriti semplici; piace molto a una certa cultura vittimocentrica. Sia chiaro: il populismo della trascorsa stagione giallo-verde è solo una delle molte variabili penal-populiste di quest'epoca. Non è un *genus*, ma una *species*.

7. *Verso un temibile epilogo?*

Populismo è termine di origini ottocentesche, che appartiene al lessico della politologia. Per la molteplicità degli impieghi che ha registrato, esso è diventato un concetto polisenso e, secondo taluno, finanche indeterminato proprio per eccesso di definizioni (Ilvo Diamanti, *Populismo, una definizione indefnita per eccesso di definizioni*, in *Italianieuropei*, 4/2010). Il suo nocciolo esprime una particolare forma di legittimazione del potere politico, diretta e consensualistica in nome della volontà e degli interessi del popolo.

Nella storia e nella geografia dell'occidente politico, destra e sinistra sono state attraversate entrambe da degenerazioni e derive populistiche. Anche e soprattutto di recente. In Italia come all'estero, sotto le ceneri della crisi della rappresentanza a volte covano, a volte divampano, populismi formalmente democratici, al tempo

stesso in tensione con lo spirito di fondo della democrazia: non tanto o non soltanto perché il populismo assolutizza il valore, di per sé fondamentale e imprescindibile, del consenso popolare, quanto e soprattutto perché la volontà popolare, spesso solamente supposta o evocata, viene strumentalizzata quale unica fonte di legittimazione di un potere, per il resto, solipsistico e demagogico (Ennio Amodio, *A furor di popolo*, Roma, 2019, p. VIII). Il populismo va ben oltre l'idea di una democrazia diretta senza parlamento, a suo tempo bollata come "praticamente impossibile" (Hans Kelsen, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, trad. it., Torino, 2018, p. 79 s.). La ricerca di un rapporto troppo diretto ed esclusivo tra il capo carismatico e le masse popolari può anche convivere con l'idea del parlamento come sede della legislazione, ma sottende comunque l'insofferenza per le istituzioni e per la funzione regolativa della legge. La perdita di centralità della politica parlamentare fa sì che l'attuale scacchiere europeo veda in diretta competizione, da una parte, il piano alto delle burocrazie lobbistiche e delle élite culturali, dall'altra, il piano basso di un consenso popolare umorale ed espressivo di forte disagio.

Il diritto penale non è materia estranea a questa tensione, essendo un ramo del diritto, da un lato, diretta espressione del potere, dall'altro legittimato e amministrato, a partire dalla modernità, in nome del popolo. Questo spiega l'esistenza di politiche criminali populistiche anche nelle agende di forze politiche non populistiche. Come a dire che il populismo penale è concetto ancora più pervasivo e ramificato del populismo politico. Da qui il dubbio, o il sospetto, che il diritto penale sia intrinsecamente populistico (Giovanni Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2013, p. 102 s., e anche in *disCrimen*).

Ma non è tutto. Di recente la ventata di populismo ha soffiato anche sulla giurisdizione e la magistratura in genere, che, ponendosi come contropotere della politica populistica, ne è stata contagiata. Non si parla qui solamente dei magistrati divenuti politici e dei politici tornati alla magistratura, ma del modo di esercitare il magistero penale: il riferimento è ai magistrati carismatici (c.d. *magistar*), che si ritengono legittimati in nome, non della fedeltà all'ordinamento, ma del consenso popolare o del bene comune, approdando a un'i-

dea di legalità del tutto soggettiva, gemella siamese della militanza. Non è azzardato ritenere che il populismo politico e quello giudiziario siano due facce della stessa medaglia: di un potere che, trincerandosi dietro il reale o più spesso millantato consenso popolare, non vuole dialogare perché si sente libero dal rispetto di qualunque altro limite istituzionale.

L'osservazione della realtà spinge a riflettere ancora sulla legittimazione del potere punitivo, con immutato interesse e crescente preoccupazione quando essa si allontana da basi razionali, in un'epoca, qual è la nostra, in cui legalità e politica sono in crisi, mentre la magistratura viene vista, anche a livello sovranazionale, come una aristocrazia che partecipa (in modo anche troppo preponderante) alla *governance* sociale (Maria Rosaria Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, p. 116 s.).

Sia detto con una citazione autorevole: “negli ultimi decenni si è diffusa la convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina. Non si tratta di fiducia in qualche funzione sociale tradizionalmente attribuita alla pena pubblica, quanto piuttosto della credenza che mediante tale pena si possano ottenere quei benefici che richiederebbero l'implementazione di un altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale. Non si cercano soltanto *capri espiatori* che paghino con la loro libertà e con la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c'è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate, che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose” (*Discorso* di Papa Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale, 23 ottobre 2014, in *www.pensareildiritto.it*).

DOTTRINA E MAGISTRATURA COME ELITE?

SOMMARIO: 1. Le elite. – 2. Le elite politiche. – 3. La dottrina. – 4. La giurisdizione. – 5. La comunicazione delle elite. – 6. Nuove forme di esternazione.

1. *Le elite*

Le elite sono una costante della storia e una necessità sociale (Carlo Galli, *I riluttanti*, Bari, 2012, p. 49 s.). L'affermazione del principio della rappresentanza politica, come principale modello di legittimazione sociale, può produrre l'effetto distortente di confondere le elite con l'elitismo. In realtà, le elite, in quanto plurali in ragione dei saperi di riferimento, sono ben compatibili con la vita democratica, nella misura in cui ad esse possano accedervi tutti coloro che ne hanno titolo.

La legittimazione delle elite è essenzialmente *in re ipsa*, risiede nell'intrinseco valore di chi vi appartiene. Il merito è il solo criterio distintivo.

Le elite sono una risorsa collettiva, non una classe sociale.

Ogni settore, scientifico, professionale, culturale, e via discorrendo, ha le sue punte di eccellenza. Solo la comunità che si coagula intorno a questo sapere, ha contezza del suo apice ed è in grado di individuarlo. La formazione delle elite avviene perlopiù per cooptazione, ossia per un processo di aggregazione fondato sull'autoricoscimento. Se le comunità scientifiche e culturali sono deontologicamente integre, i loro anticorpi neutralizzano agevolmente i rischi di imposture pseudoelitarie.

2. *Le elite politiche*

Le elite politiche esistono al pari delle altre. La circostanza che molti loro attori abbiano un'investitura elettorale non ne modifica

i meccanismi di individuazione, a meno di non volere identificare *tout court* l'élite con la classe politica democraticamente eletta. In questo equivoco potevano incorrere gli Illuministi, che pensavano al Parlamento come al luogo degli "eletti" in senso ambivalente: come designati dal popolo e come culturalmente più attrezzati; quindi, designati in quanto migliori.

Sappiamo bene che le cose non stanno così: la regola del consenso elettorale – indispensabile, anche se insufficiente, per una piena democrazia – non premia necessariamente l'élite. Il suffragio elettorale può creare una classe politica, che, senza l'accreditamento elettorale, non sarebbe élite sociale in nessun campo. Per converso, le élite hanno il compito fondamentale di bilanciare la forza muscolare della politica.

Anche la politica, dunque, come cultura e scienza sociale, ha una sua élite, che risponde a un giudizio di valore. L'élite politica è trasversale rispetto alle forze politiche in campo.

3. *La dottrina*

La dottrina penalistica, quale comunità di studiosi, ha anch'essa un'élite nel senso sopra precisato. Al circuito culturale c.d. dottrinale non partecipano esclusivamente gli accademici (la tradizionale identificazione tra accademia ed élite culturale è stata travolta dalla progressiva perdita di prestigio dell'istituzione universitaria). Tutti coloro che contribuiscono al dibattito scientifico, con serietà di metodo e correttezza deontologica, sono parte della dottrina. Non esiste una dottrina accademica, un'altra dell'avvocatura, un'altra ancora magistratuale se non in senso nominalistico. Di per sé la cultura penalistica corporativa non ha valore epistemologico. Le ideologie penalistiche, invece, fanno parte della cultura penalistica. Altro, però, è l'ideologia, componente irrinunciabile del diritto penale, altro è una visione penalistica prigioniera di una funzione processuale o di uno status professionale.

Nel campo della giustizia penale esistono anche élite professionali, quali espressioni del migliore sapere fare.

L'élite penalistica contribuisce alla conoscenza, alla critica e alla progettazione del diritto, selezionando soluzioni politico-criminali

ottimali, la cui attuazione avviene attraverso le procedure legittimate a produrre diritto.

4. *La giurisdizione*

Come la politica ha una sua elite, così la magistratura ha al suo interno una elite culturale ed esperienziale, che non coincide necessariamente con i suoi vertici istituzionali. *Uti singuli* un numero crescente di magistrati partecipa alla vita della dottrina.

Più problematico è invece il quesito se la magistratura sia una elite come ordine, non già in ragione della sua collocazione nella cornice delle alte burocrazie statali, ma come coprotagonista della c.d. *governance* sociale, ossia come diretta interprete delle istanze che provengono dalla comunità.

La questione agita acque profonde, perché sottende il riconoscimento alla giurisprudenza di un autonomo potere di produzione del diritto penale, quale settore dell'ordinamento assoggettato a riserva di legge.

Che la giurisdizione aspiri a questo ruolo, anche nel settore penale, lo si può dare per scontato. Questa tendenza alla supplenza è favorita da una legislazione carente sotto molti profili. Che si tratti di un epilogo compatibile con l'assetto costituzionale è tuttavia cosa ben diversa. Nel nostro sistema il ruolo della giurisdizione resta limitato all'interpretazione del diritto, che deve rispettare testo e scelta politico-criminale. Diversamente finisce per mutare il suo ruolo, che viene trasformato in quello di co-legislatore. Si tratta di una patologia. La funzione para-legislativa, infatti, non è svolta dalla giurisprudenza solo per soddisfare legittime esigenze ordinarie del momento applicativo del diritto. Non di rado il diritto vivente sovrascrive scelte legislative del tutto chiare, perlopiù a favore di una dilatazione del raggio di azione del diritto penale.

5. *La comunicazione delle elite*

Fondamentale importanza riveste il modo in cui le elite comunicano.

Il riferimento non va tanto alla comunicazione interna, che av-

viene attraverso strumenti di confronto oltremodo noti e canonizzati, come scritti specialistici, convegni ecc.

La vera questione è la comunicazione esterna, quella con la comunità sociale nel suo complesso.

Qui viene in rilievo il rapporto tra elite e democrazia rappresentativa: il sapere deve arricchire la politica, non può sostituirla. Mentre le conoscenze non sono egualitarie, il voto del premio Nobel vale quanto quello del cittadino meno istruito.

Il punto merita attenzione, perché negli ultimi lustri qualcosa sta cambiando, almeno nel mondo del diritto penale. In passato, infatti, il sapere delle elite usciva dalla ristretta cerchia degli addetti ai lavori o attraverso i mezzi di comunicazione di massa (si pensi alle occasionali esternazioni ospitate dai quotidiani o da appositi programmi televisivi) oppure attraverso il reclutamento partitico (ogni forza politica aveva i suoi esperti nei settori più significativi) ovvero ancora attraverso il reclutamento burocratico (si pensi ai tecnocrati coinvolti nelle varie commissioni governative o europee). Si trattava ora di incursioni solitarie, ora, e all'opposto, di una valorizzazione sistematica delle elite da parte della politica. Da qui il rischio che il sapere elitario venisse piegato alle ragioni della politica. Uno scenario, questo, scongiurabile attraverso l'osservanza di una deontologia anch'essa di eccellenza, capace di far prevalere sulle legittime opinioni politiche personali il senso di responsabilità.

6. *Nuove forme di esternazione*

Rispetto a questa realtà, ancora attuale, deve segnalarsi da ultimo l'inaugurazione di nuove forme di esternazione pubblica e massmediatica. Per restare sul tema della giustizia penale si pensi agli appelli pubblici contro alcuni disegni di legge, promossi da schiere di professori di diritto (in materia di legittima difesa, di prescrizione ecc.). Queste legittime manifestazioni di pensiero si concretizzano in comunicazioni sociali nelle quali lo spazio dell'argomentazione – che è il sale del diritto – è inevitabilmente sacrificato, a tutto vantaggio di affermazioni didascaliche. L'opinione pubblica non viene informata delle tesi contrarie. Per questa via, l'elite chiede un'apertura di credito (ossia di credibilità), finalizzata a veicolare, sotto for-

ma di giudizio tecnico, un punto di vista ideologico, legittimo al pari di altri possibili.

Anche le associazioni dei professori – ossia organismi stabili dotati di un elevato livello di democrazia interna – hanno intrapreso un’analoga forma di comunicazione, che, all’esterno, fa leva sulla credenziale del ruolo, ossia sull’*argumentum ab auctoritate*, là dove i suoi contenuti sono decisi a maggioranza, in base a un criterio, cioè, tipicamente politico. Può sembrare un paradosso: nell’epoca della crisi del principio della rappresentanza nel terreno che è suo proprio, ossia quello della politica, la logica della conta può influenzare le uscite pubbliche delle elite culturali.

CAPITOLO DICIOTTESIMO
IL BUROCRATE CREATIVO

SOMMARIO: 1. Il giudice che cambia. – 2. Il diritto penale giurisprudenziale.
– 3. La (im)prevedibilità del diritto – 4. *Ius facere e ius dicere*. – 5. Il giudice: l'altra faccia del diritto.

1. *Il giudice che cambia*

La definizione del giudice quale “burocrate creativo” evoca un ossimoro esistenziale, con il quale si intende sottolineare il cambiamento di ruolo della giurisdizione penale, non più esecutrice della politica criminale di marca parlamentare, bensì facitrice di un autonomo diritto giurisprudenziale, pur nel mantenimento dell'originaria filosofia di fondo dell'ordinamento giudiziario che vede nel giudice una figura professionale priva di responsabilità politica.

Il tema ha un'evidente intelaiatura costituzionale, la quale sembra aver subito, negli anni, una progressiva corrosione, evocativa di un nuovo riparto di competenze.

C'è tuttavia chi non si accontenta di questa visione eccessivamente storicizzata della giustizia penale, secondo la quale l'effettività di una nuova legalità sempre più sostanziale sarebbe oramai destinata a imporsi sui tradizionali principi liberali, ancorati alla separazione dei poteri.

In risposta a una siffatta fuga in avanti a poco varrebbe proporre un passato opportunamente falsificato e mitizzato cui tornare; ben più costruttiva, invece, è la verifica dello stato di salute, da un lato, dei valori di garanzia individuale, dall'altro, del rapporto tra giustizia penale e democrazia. Tutto ciò lontano – sia chiaro – da ogni conservatorismo preconetto e con la riserva, anzi, se realmente di nuovo ordine si tratta, di rilanciare la via di un cambiamento ancora più radicale verso assetti che siano maggiormente coerenti con il rinnovato modo di concepire l'identità e le competenze della giurisdizione. Non si può rimanere troppo a lungo in mezzo al guado.

In questa prospettiva, l'immagine provocatoria del "burocrate creativo" appare come un sasso lanciato nelle acque limacciose e lacustri di una lettura sovente acritica, se non apologetica, del diritto vivente, fermo restando il valore imprescindibile della giurisdizione e della magistratura, *condiciones sine quibus non* di giustizia e pace sociale.

2. *Il diritto penale giurisprudenziale*

Un primo piano di riflessione muove dalla constatazione che il diritto giurisprudenziale, ammesso e non concesso che in passato sia stato sempre fedele al verbo scritto, ha cessato di voler coincidere con il diritto di stretto conio legislativo. Ne è conseguita – non senza avalli dottrinali – una più marcata svalutazione della testualità del diritto quale garanzia di certezza e contenimento della penalità. Il testo tende alla volatilizzazione, tanto nel momento della formulazione della fattispecie incriminatrice, quanto in quello della sua interpretazione.

Si potrà obiettare, infatti, e correttamente, che non di rado è il legislatore che vanifica la testualità con enunciati normativi indeterminati, dovuti ora a spirito di compiacenza, ora a imperizia (Cap. XIII, § 7). Resta il fatto che in casi come questi la giurisprudenza costituzionale non stigmatizza il tradimento della funzione normativa da parte del legislatore, quale monopolista rinunciatario, ma, con indubbio pragmatismo, impone al giudice di colmare la lacuna "in via interpretativa", integrando di fatto il tipo attraverso un'autonoma scelta politico-criminale giurisdizionale.

Senza contare le fattispecie incriminatrici legislativamente determinate, che vengono "corrette" dalla giurisprudenza attraverso una lettura che si sostanzia nella loro riscrittura (Cap. XIV, § 4). Talvolta il diritto vivente distilla significati più ristretti rispetto a quelli consentiti dal testo; più spesso accade il contrario con la produzione di una normativa giurisprudenziale eccedente rispetto alla scelta politico-criminale compiuta dal legislatore e presidiata dal segno linguistico.

Vengono qui in rilievo non solo le frequenti interpretazioni analogiche in *malam partem*, ma anche gli approdi interpretativi che non sono nemmeno analogici per mancanza di *eadem ratio*, allor-

ché la fattispecie viene applicata al caso semplicemente diverso. In breve: sta cambiando l'apprezzamento della lacuna di tutela che da valore sovraordinato sempre e comunque, diventa indizio di una disfunzione del sistema, valore che il giudice può bilanciare con l'istanza di tutela, in nome di una razionalità generalpreventiva di cui si fa diretto interprete. È forte l'impressione che stia declinando la concezione liberale dello *ius terribile* come diritto eccezionale.

3. *La (im)prevedibilità del diritto*

Un secondo terreno di analisi riguarda la capacità ordinante del diritto vivente. La legalità di marca giuspositivistica muoveva dal linguaggio comune o ordinario (Cap. XII, § 1), perché spontaneo e formale al tempo stesso. In quanto parlato dalla comunità, il linguaggio della legge veniva considerato massimamente democratico e sufficientemente certo nei significati.

Oggi, nonostante l'immutata validità di quanto sopra rilevato (Giorgio Pino, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law*, Bologna, 2016, p. 229), la prevedibilità del diritto non è solo il necessario riverbero della colpevolezza normativa. Essa, prima ancora, aspira a essere "legge", sul modello di un'interpretazione alquanto estrema dell'art. 7 CEDU: è scesa dunque di piano (dalla colpevolezza al fatto tipico) e ha cambiato natura, oggettivandosi e divenendo il nocciolo della legalità, perché la prevedibilità del diritto rileverebbe in funzione sostitutiva, e non più solo integrativa, della legalità formale. Il divieto continua a essere veicolato dalla legge, ma la parola definitiva è quella del giudice, che sembra rivolgersi idealmente al cittadino con queste parole: "Fidati di me; sarò prevedibile".

Sennonché, soprattutto quando l'interpretazione giurisprudenziale si allontana *in malam partem* dall'enunciato normativo, l'interrogativo che ci attende è ineludibile: la "nuova legalità" assicura uno standard di prevedibilità superiore o anche pari rispetto a quello della "vecchia" legalità formale? Da altra angolazione: la Corte di cassazione è in grado di garantire allo stato la necessaria stabilizzazione dei significati o sarà necessaria una qualche riforma di sistema che assicuri il carattere vincolante del precedente? Questi interrogativi si muovono pur sempre nella scia di una visione

dell'ordinamento giuridico che eleva l'ordine e la coerenza a valori. Al riguardo, tuttavia, non può restare nell'ombra la tesi opposta, di recente lumeggiata da Michele Taruffo (*Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia* 2014, p. 57, e anche in *disCrimen*), segnatamente con riguardo ai sistemi di *common law*, secondo cui le zone d'ordine sarebbero eccezioni locali, magari pilotate dalla capacità del precedente di uniformare le decisioni successive, nella consapevolezza del carattere prevalentemente instabile e caotico del diritto.

4. *Ius facere e ius dicere*

Passando adesso a una terza angolazione prospettica, viene in rilievo il problema della legittimazione e dei limiti dell'attività ermeneutica svolta dal giudice. Si contesta da più parti il modello della sussunzione del fatto storico nel fatto tipico, fondato sul paradigma della corrispondenza linguistico-descrittiva tra forma verbale e contenuto empirico (Umberto Eco, *Ci sono cose che non si possono dire*, in *Alfabeta*2, 2012, p. 1), a favore di un'impostazione che desume la tipicità di un fatto da un altro fatto ritenuto tipico, simile per equivalenza offensiva, depotenziando così la funzione delimitativa dell'enunciato normativo a vantaggio di quella esemplificativa, secondo il modello del tipo aperto (Cap. II, § 5).

Qui la domanda sorge spontanea: possono ancora distinguersi – sotto il profilo temporale e sotto quello delle competenze – il momento dell'imposizione del divieto penale (*ius facere*) e quello della sua interpretazione (*ius dicere*)? Esiste ancora un *prius* e un *posterius*, più marcatamente politico il primo, più tecnico il secondo, o compete oramai alla giurisdizione l'enunciazione del precetto con conseguente assunzione di responsabilità politica? Preso atto da tempo che il modello del giudice bocca della legge è irrealistico, approdare al suo opposto – ossia attribuire alla sentenza una funzione normativa generale – non significa perseguire il rovesciamento del nostro sistema, che non contempla un giudice penale totipotente? La creatività dell'interpretazione non può spingersi fino al libertinaggio ermeneutico senza gravi contraccolpi istituzionali: altro è ammettere che il contesto implementi il testo, altro è consentire lo scavalco del testo in nome del contesto.

“La parola è per metà di colui che parla, per metà di colui che l’ascolta”. Si tratta di una constatazione realistica, che fa luce – per dirla con linguaggio di oggi – sull’eccessiva creatività dell’interpretazione che polverizza il diritto in “infinite sentenze” e “altrettante interpretazioni” (Michel de Montaigne, *Saggi*, libro III, cap. XIII). Ebbene, riporre anche solo la metà dei significati in mano al giudice non è già troppo, quando dall’apprezzamento giudiziale può dipendere il sacrificio della libertà personale dei cittadini?

Ci si deve chiedere, allora, se la specificità penalistica non ri-affiori anche nell’ermeneutica, sensibilizzandola verso una maggiore attenzione per l’invalidabilità del limite, in nome di uno statuto deontico particolare rispetto a quello dell’interpretazione letteraria, artistica, storica e giuridica non penalistica. In quanto diritto eccezionale, il diritto penale è assoggettato a regole ermeneutiche anch’esse eccezionali? Non è questa la sede per verificare se esista una teoria generale dell’interpretazione valida per tutti i contesti e tutte le discipline. Resta il fatto che l’affermazione di ascendenze nietzschiane “non ci sono fatti ma solo interpretazioni” (riproposta da Gianni Vattimo, *Della realtà*, Milano, 2012, p. 29), porta nel diritto penale al relativismo punitivo e all’*arbitrium iudicis*.

5. *Il giudice: l’altra faccia del diritto*

Resta da accennare alle questioni di natura ordinamentale, a lungo trascurate e divenute di attualità da quando sta appassendo la legittimazione legalistica del giudice tecnico, la quale, però, continua a resistere come verità di comodo.

In realtà sono molti i segnali di un ritorno alla concezione sapienziale del diritto penale – e più in generale del diritto – come materia riservata ai *sacerdotes juris*, foriera di un novello corporativismo magari virtuoso e temperato da alcune forme di partecipazione ad opera degli altri attori del foro. Per esempio, la via del *soft law*, che trova una incarnazione nei protocolli di comportamento concordati con l’avvocatura, è una valida modalità di collaborazione, necessariamente di tipo interstiziale, ossia limitata agli spazi non espressamente regolati dalle fonti del diritto.

A fronte di ciò il diritto penale sostanziale vede attenuare la sua

funzione regolativa, quale riflesso della crisi del suo cardine moderno, il principio di legalità. Da qui l'impressione generalizzata che il processo diventi arbitro della scena, che esso assuma, nell'epoca della tarda modernità, un'autosufficienza regolativa, solo perché divenuto "giusto". Sennonché, il "giusto processo" è una garanzia pur sempre strumentale; non cammina da solo, ma è scortato da due gendarmi: il diritto penale sostanziale e l'ordinamento giudiziario. Se l'uno allenta la presa, l'altro la rinsalda. Come si diceva, negli ultimi lustri sembra declinare il primato del diritto sostanziale, che un tempo esaltava il ruolo di interlocuzione della dottrina. Ma davvero potrà stabilizzarsi il primato del processo e del suo prodotto, un autarchico diritto giurisprudenziale, senza una approfondita riflessione sull'ordinamento giudiziario condotta alla luce anche della variegata esperienza straniera? Se la politicità del diritto penale fa parte della sua sostanza, come va conciliata con i cardini della democrazia rappresentativa?

La metafora del "burocrate creativo" ci mette di fronte a un nuovo scenario, che impone l'impegnativa mediazione tra modelli di giudice opposti, nella rinnovata consapevolezza che il giudice è l'altra faccia del diritto.

CAPITOLO DICIANNOVESIMO
TERZO NON BASTA

SOMMARIO: 1. Soggezione alla legge e obbligo di motivazione. – 2. Libertà di giudizio e imparzialità. – 3. Legalità sostanziale e processuale. – 4. La latitudine del vincolo di soggezione.

1. *Soggezione alla legge e obbligo di motivazione*

Solo una visione antistorica e formalistica degli ordinamenti giuridici moderni potrebbe identificare la giustizia penale con il mero esercizio del potere punitivo. In uno stato democratico, la giustizia penale è il condensato di garanzie e principi legittimanti, che, controbilanciando la spinta liberticida insita nella categoria della punizione, elevano lo *ius puniendi* a valore condiviso. Da questa angolazione, il diritto e la procedura penale, e più in generale la cultura giuridica di cui essi sono espressione, costituiscono il limite invalicabile della politica criminale, superato il quale allora sì che la punizione si ridurrebbe a indistinta prevenzione, cieca coercizione, espressione della forza bruta del potere.

Tra i principi che la nostra Costituzione detta in materia di giurisdizione, l'obbligo di motivazione, di cui all'art. 111, comma 6, assume un particolare rilievo legittimante. Esso, chiamando il giudice a rendere ragione della sua decisione, non introduce soltanto una fondamentale garanzia di controllo, ma conferma la natura cognitiva del giudizio.

Sotto questo profilo, l'obbligo di motivazione, proprio perché non costituisce una costante della storia e della geografia del pianeta giustizia, interagisce con un altro fondamentale principio legittimante di natura sostanziale, qual è la soggezione del giudice alla legge sancito dall'art. 101, comma 2, Cost., le cui radici affondano nella separazione dei poteri.

Si tratta di un vincolo che è ben più intenso, già sotto il profilo lessicale, del dovere di osservanza della legge cui sono tenuti

tutti i cittadini a norma dell'art. 54 Cost. Infatti, la Costituzione, parlando di soggezione, non prende nemmeno in considerazione l'ipotesi che il giudice possa violare la legge nello svolgimento del suo magistero.

2. *Libertà di giudizio e imparzialità*

Secondo un diffuso filone di pensiero, l'art. 101, comma 2, Cost., nell'affermare la soggezione del giudice *solo* alla legge, intende sottolineare l'indipendenza del giudicante.

Questa interpretazione del disposto costituzionale è tuttavia riduttiva (Riccardo Guastini, *Commento all'art. 101 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, t. I, Bologna, Roma, 1994, p. 183). Quel che legittima il giudice, infatti, non è unicamente la libertà di giudizio e l'imparzialità, le quali sono precondizioni del giudicare: se importassimo nei nostri tribunali un giudice talebano, anch'egli sarebbe libero nella formazione del proprio convincimento e imparziale (non fosse altro per il fatto di trovarsi in un contesto sociale che gli è estraneo), ma verosimilmente non sarebbe nemmeno capace di assoggettarsi alla nostra legge. Applicherebbe in modo libero e imparziale la sua.

Ciò conferma che "terzo non basta".

Indipendenza e autonomia del giudice sono principi complementari, ma ancora insufficienti.

L'indipendenza garantisce contro il rischio che il giudice sia portatore di interessi suoi propri, tali da influenzarlo pregiudizialmente nella risoluzione del conflitto sociale che è chiamato a dirimere. L'indipendenza del giudice è, dunque, una condizione irrinunciabile degli ordinamenti giuridici, che non viene revocata in dubbio – almeno formalmente – neanche negli stati illiberali.

L'autonomia di giudizio, invece, è una categoria che risente dichiaratamente di una notevole variabilità storica e comparatistica. Essa esprime la libertà nella scelta del metodo e dei parametri con cui il giudice si fa interprete dell'ordinamento nella valutazione delle prove e nell'applicazione del diritto. Poiché detta libertà presuppone pur sempre il vincolo di fedeltà del giudice all'ordinamento giuridico, la sua autonomia di giudizio può variare in ragione

dell'ambito e della misura in cui l'ordinamento vincola il giudice e il giudizio di quest'ultimo vincola l'ordinamento.

3. *Legalità sostanziale e processuale*

Appare evidente allora il tessuto culturale della nostra Costituzione: i suoi filamenti provengono dal primato della legalità, sostanziale e processuale, presidiato dall'obbligo di motivazione. Il giudice non è facitore del diritto e non è arbitro della prova.

In particolare, il primato della legalità nella materia penale è ulteriormente declinato, dall'art. 25, comma 2, Cost., nei noti corollari della riserva di legge, della determinatezza della norma penale e della irretroattività sfavorevole.

La legalità, dunque, legittima in modo decisivo il giudice, in quanto costituisce il parametro giustificativo cui deve conformarsi la sua attività.

Con altre parole: l'obbligo di soggezione e quello di motivazione sono i principi identitari che caratterizzano il nostro sistema. Il giudice motiva in quanto si muove entro il perimetro della soggezione alla legge; e poiché la sua attività è quella dello *ius dicere* e non dello *ius facere* (nella letteratura tedesca si parla di *Rechtsfindung*), egli deve motivare la sua soluzione giuridica, alimentando così quella democrazia discorsiva, di cui è parte integrante la rilettura critica della giurisprudenza ad opera dei commentatori.

La giurisdizione – da questa angolazione – viene concepita come applicazione della stessa regola che, prima di guidare la decisione del giudice, era preposta a orientare l'agire del consociato. La coincidenza tra regola di condotta e regola di giudizio obbedisce infatti a elementari esigenze di giustizia e funzionalità del sistema, che mirano a scongiurare un diritto fisiologicamente retroattivo, quale non manca di apparire il *common law*, non a caso definito da Jeremy Bentham come *ex-post-facto law* (cfr. ampiamente Francesco Ferraro, *Il giudice utilitarista*, Pisa, 2011, p. 45 s.).

Del resto, solo la preesistenza della regola alla sentenza che ne sanziona la violazione può spiegare l'apparente paradosso di una motivazione che segue al giudizio: la motivazione è un *posterius* cronologico, non logico. E non è un caso che il dovere di giustificare la

sua decisione gravi sul giudice e non sul legislatore, i cui argomenti hanno solo natura politica.

4. *La latitudine del vincolo di soggezione*

“Soggezione alla legge” sta per “soggezione al diritto”, ma con alcune precisazioni. Il giudice è soggetto all’ordinamento e *in primis* alla Costituzione, con la conseguenza che egli può contribuire a migliorare la normativa vigente avvicinandola all’assiologia costituzionale attraverso lo strumento dell’interpretazione – che implica il rispetto della dimensione testuale della norma – e, se del caso, attivando il controllo di costituzionalità quando il testo di legge illegittimo non consente di essere emendato in via interpretativa. Per il resto, egli non può né modificare, né tanto meno sovvertire la scelta politica insita nella legge ordinaria, che, per il fatto stesso di essere il prodotto del Parlamento, vanta la massima, seppure indiretta, legittimazione democratica.

Un’ultima notazione: il disegno costituzionale si preoccupa anche della capacità tecnica del giudice, assicurata dal suo reclutamento con concorso pubblico ai sensi dell’art. 106, comma 1, Cost. Ebbene, essa, a ben guardare, è lo strumento attraverso cui egli deve onorare il vincolo di soggezione affermato dall’art. 101, comma 2, Cost. Da un giudice non giurista – qual è quello popolare – non si potrebbe pretendere l’assoggettamento alla legge, presupponendo quest’ultimo conoscenze anche metodologiche che possono essere assicurate solo da un’elevata professionalità.

LA CRISI DELLA LEGALITÀ E I SUOI COSTI

SOMMARIO: 1. La degradazione della legalità. – 2. Implicazioni. – 3. Il formalismo legalistico.

1. *La degradazione della legalità*

L'approccio legalistico al problema della criminalità ha subito negli ultimi tempi un'evidente degradazione: da principio-cardine del sistema, qual era in origine, è diventato figlio di una costituzione minore.

Le radici di questo fenomeno sono lunghe e profonde. In termini generali è stata messa in discussione la legittimazione del potere pubblico fondata sulla rappresentanza politica e sulla correttezza procedurale delle decisioni. Si è parlato al riguardo – con particolare riferimento alla democrazia rappresentativa e deliberativa incarnata dal parlamentarismo – di “reliitto storico ottocentesco” oramai inadeguato alle società contemporanee (Antonio Baldassarre, *Lo stato sociale*, in *Critica dello stato sociale*, Bari, 1982, p. 67), sempre più lontane dal modello del governo delle leggi e propense invece al controllo mediante sondaggi.

A ciò si aggiunga la c.d. delegittimazione della (classe) politica, sotto il profilo sia della capacità progettuale, sia dell'etica pubblica.

Nondimeno, vi sono settori che registrano un sorprendente legalismo di ritorno. Si pensi all'istituto dell'obiezione di coscienza che, secondo un orientamento di pensiero, potrebbe operare solo in presenza di un'espressa previsione legislativa, mancando la quale l'obbligatorietà della legge non ammetterebbe allentamenti dovuti al conflitto morale vissuto dal cittadino.

In effetti, una marcata impronta legalistica sembra oggi interessare, paradossalmente, più l'area della non punibilità in senso lato, tradizionalmente aperta a valutazioni in termini di opportunità politico-criminale, che la tipicità quale categoria della sistematica

del reato conformata sul principio di legalità.

In breve: è entrato in crisi il volto nobile del diritto penale. L'insofferenza per la legge penale colpisce in prevalenza la sua funzione di limite alla giurisdizione, mostrando il volto severo e occhiuto che – per usare un'efficace espressione – assume la c.d. integrazione aristocratica della democrazia da parte dei giudici (Umberto Scarpelli, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Riv. filosofia*, 1989, p. 461 s.).

Il diritto vivente non è necessariamente più mite di quello legislativo. In molti settori dell'ordinamento penale, avviene il contrario. Il diritto mal-vivente non è una *boutade*.

2. *Implicazioni*

Tutto ciò non è senza conseguenze.

Da un lato, le erosioni che registra oggi il principio di *soggezione* di cui all'art. 101, comma 2, Cost. si ripercuotono inevitabilmente, anche se non sempre consapevolmente, sull'istanza di legittimazione del giudice professionale, favorendo di fatto forme (non necessariamente ricercate) di investitura politica della magistratura (Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2806), in misura inversamente proporzionale all'indebolimento della matrice politico-parlamentare della norma penale, quale scaturigine prima del diritto penale.

Dall'altro lato, ne risulta infiacchita la funzione che, per una tradizione culturale fatta propria dalla nostra Costituzione, assume nel diritto penale la legalità, non come espressione dello Stato-Leviatano, ma come irriducibile sbarramento all'autoritarismo repressivo della giurisdizione e come antidoto contro il soggettivismo giudicante.

3. *Il formalismo legalistico*

Il formalismo legalistico, quale linguaggio normativo del diritto penale, esprime la sua massima forza di resistenza di fronte alle spinte espansive della punizione.

Da qui la particolarità del diritto penale: il culto della forma non produce un'immotivata e indiscriminata indifferenza per i contenuti

della norma, ma solo per i contenuti impliciti, in relazione ai quali un prudente atteggiamento di scetticismo apre la strada, nel dubbio, al primato del *favor libertatis*.

La lettera della legge, da questa angolazione, non è mai nuda forma: più che il salvagente dell'operatore (Natalino Irti, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 42 s.), essa è il salvagente del cittadino contro le spinte, anche oggi frequenti, favorevoli a pretese interpretazioni sostanzialistiche *praeter legem*, non meno gravi del loro simmetrico opposto, costituito dai feticismi semantici privi di *ratio legis* e puramente ampliativi della tipicità.

In breve: la crisi della legge come fonte del diritto esclusiva ed esaustiva non può non significare la crisi della legalità come garanzia. Se è vero che nell'epoca della modernità giuridica la legge è atto di volontà politica, è parimenti indubbio che la legalità penale svolge una funzione antagonistica proprio alla volontà del punire.

Il legalismo penalistico – dovrebbe essere chiaro – prescinde dalle premesse giuspositivistiche con le quali si è storicamente imparentato, quali espressioni di decisionismo e volontarismo politico; esso non tradisce alcun bisogno del Principe, ma piuttosto si preoccupa dei cittadini.

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

SOMMARIO: 1. Transizioni penalistiche. – 2. Dall'assolutismo giuridico all'assolutismo giudiziario. – 3. La crisi del diritto penale legislativo. – 4. Il nuovo potere "nullo". – 5. Il *civil-common law*. – 6. Il nuovo mito della conoscibilità del diritto. – 7. Una magra consolazione.

1. *Transizioni penalistiche*

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 dif-

fuse, 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. *Dall'assolutismo giuridico all'assolutismo giudiziario*

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 bocca della giurisprudenza, volta più che alla produzione teorica, alla descrizione dell'esistente giuridico, rappresentato dal diritto vivente.

Anche l'universo penalistico della tarda modernità resta, però, tolemaico: l'assolutismo giuridico è stato sostituito dall'assolutismo giudiziario; il solipsismo di un'assemblea parlamentare 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), mostrava 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. *La crisi del diritto penale legislativo*

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 del 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 fruitore di libertà, che non contribuisce a costruire.

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.

4. *Il nuovo potere "nullo"*

Da quanto precede discende 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 diritto (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 lasciatici 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 la giurisdizione, 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 (Cap. XIII, § 7): cade la segregazione tra scelta politica e applicazione giudiziaria, in nome di una alleanza tra politica governativa e giurisdizione, tra politiche di matrice tecnocratiche e tecnocrazie inevitabilmente politicizzate. La separazione dei poteri lascia il posto al nuovo modello della loro concentrazione (parla di bilanciamento dei poteri, Roberto Bartoli, *Lettera, precedente, scopo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1780).

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, dalle tempestive relazioni del Massimario della Corte di Cassazione, che operano come battistrada ermeneutici.

5. *Il civil-common law*

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. 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 sottoposto all'effettivo vaglio critico dell'elaborazione dottrinale; il nuovo diritto è autarchicamente giudiziario.

Nell'attuale situazione spirituale della scienza penalistica non

mancono sforzi di razionalizzazione. Tramontato l'approccio dogmatico di matrice concettuale, che presuppone e persegue la coerenza sistematica 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 sull'organizzazione giudiziaria presente in quel sistema giuridico (Cap. XVI, § 5). Ne esce un eclettico *civil-common law*, che mutua dall'esperienza angloamericana ciò che piace, lasciando nell'ombra i meccanismi di bilanciamento tra giustizia penale e potere politico, che influenzano il reclutamento dei giudici dei sistemi di *common law*. Questa ibridazione decontestualizza la comparazione e la impoverisce della necessaria riflessione sugli equilibri costituzionali che interessano il diritto e la procedura penale. Eppure si tratta di un tema assolutamente centrale che andrebbe affrontato *ex professo*. Il giuspositivismo tradizionale, separando norma e giurista, aveva finito per spersonalizzare il diritto. A fronte di ciò, bisognerebbe prendere atto, tra l'altro, che il tipo di formazione e selezione degli operatori del diritto contribuisce in modo determinante a connotare l'ordinamento giuridico.

6. *Il nuovo mito della conoscibilità del diritto*

Tramontata di fatto la *ratio* legittimante della riserva di legge, il principio di legalità penale vede scemare anche la sua originaria funzione garantistica di limite invalicabile da parte della giurisdizione.

La crisi della determinatezza, intesa quale perimetrazione semantica della fattispecie incriminatrice, spinge a intravedere i nuovi argini del potere punitivo nella prevedibilità degli esiti applicativi del diritto penale, quintessenza di un modello alternativo di legalità sostanziale di marca CEDU.

Senonché, tra i due sistemi di delimitazione dello *ius terribile* non vi è equivalenza in termini di efficacia garantistica.

Il rapporto tra il segno e il suo significato trova nel linguaggio un fattore regolativo dell'interpretazione suscettibile di un più analitico controllo critico. La prevedibilità degli esiti applicativi, 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 stia affermando il principio in *dubio pro culpa*. Stante l'accresciuta incertezza del diritto, ciò equivale a imporre un parossistico *self restraint* comportamentale. Il cittadino sa – e se non sa dovrebbe sapere – di agire a suo rischio e pericolo, perché l'ordinamento non è in grado di tracciare percorsi sicuri. L'incertezza del diritto diventa il problema di chi agisce: nei frequenti casi di dubbio, la sua ciambella di salvataggio resta la generale e prudentiale regola dell'astensione. Questa esasperata accortezza è la sua garanzia.

7. *Una magra consolazione*

L'accezione formale della legalità (formale – come si è detto – 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 condizionale della pena, le attenuanti generiche, ecc. Essi hanno conosciuto un uso indulgenziale e lenitivo: consentire al cittadino malcapitato di piangere con un occhio solo.

L'EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Diritto penale e diritto dell'Unione europea. – 2. L'influenza indiretta: integrazione e disapplicazione. – 3. Il caso del “novellame”. – 4. La nozione di rifiuto. – 5. La vicenda “Taricco”. – 6. Notazioni a margine.

1. *Diritto penale e diritto dell'Unione europea*

Il vincolo di soggezione del giudice si è esteso oggi anche alle fonti europee, che integrano e completano il nostro ordinamento giuridico.

Da questo punto di vista l'art. 101, comma 2, Cost. non viene smentito, ma anzi confermato, dai recenti sviluppi dell'europizzazione del diritto.

Resta dubbio, però, se nel campo penale – dove, seppure in crisi, è tuttora vigente il principio della riserva di legge – la sponda del diritto dell'Unione europea possa essere utilizzata dal giudice per allentare le garanzie cui è sottoposto lo *ius puniendi*. Il diritto europeo occupa un posto di vertice nella gerarchia delle fonti. Ciò gli consente di far valere la sua supremazia normativa, in nome della stessa logica – la volontà regolativa che discende dall'alto – da taluni contestata alla legge, la quale nondimeno proviene da un organo direttamente rappresentativo del corpo elettorale.

2. *L'influenza indiretta: integrazione e disapplicazione*

La questione non può essere liquidata rilevando che l'Unione europea non ha competenza a produrre norme penali direttamente applicabili ai cittadini degli stati membri. Questa considerazione, di per sé corretta, deve fare i conti con le diverse forme di influenza indiretta delle fonti europee, prima tra tutte quella esercitata per tramite degli obblighi di penalizzazione, che pretendono di vincola-

re del tutto la scelta politico-criminale, ma che non possono sopprimere la discrezionalità interpretativa del legislatore nazionale, senza la quale il sistema penale nazionale sarebbe esposto, a tacer d'altro, al rischio di disarmonie punitive (Cap. XXXIII, § 2).

Quanto alle rimanenti forme di influenza dell'Unione europea, alcune sono in linea con i consueti meccanismi di eterointegrazione della norma penale, altre sono coerenti con il modo di operare del diritto dell'Unione europea, ma non anche con quello del nostro diritto penale.

Quanto al primo tipo di rapporto, si pensi agli elementi normativi della fattispecie incriminatrice, che possono rinviare a fonti diverse dalla legge, inclusi i regolamenti interni ed europei, di per sé inidonei a produrre diritto penale.

Con riguardo al secondo fenomeno, viene in rilievo la sorte della norma ritenuta in contrasto con il sovraordinato diritto dell'Unione europea. Secondo alcune prese di posizione, al giudice penale nazionale andrebbe riconosciuto l'enorme, insindacabile e incontrollabile potere di rilevare il contrasto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea (comprensivo della corretta interpretazione delle sue fonti di produzione), con conseguente disapplicazione *post factum* della norma interna eventualmente delimitatrice della responsabilità e connessa riespansione retroattiva del divieto penalmente sanzionato.

3. *Il caso del "novellame"*

Si pensi alla pesca e alla detenzione in genere del c.d. novellame, ossia del pesce di piccola taglia. Il fatto, oggi depenalizzato a seguito delle modifiche apportate dall'art. 39, comma 1, lett. *a*, l. 154/2016, all'art. 7 d. lgs. 4/2012, è stato un fulgido esempio del volto (inutilmente) illiberale del diritto dell'Unione europea. Prima di quest'ultimo intervento gli strali della giurisprudenza convergevano sulla norma regolamentare (integratrice della fattispecie penale generale e astratta, e come tale non considerabile di favore) che, delimitando il divieto di detenzione di organismi marini sotto misura, previsto e punito dal combinato disposto degli artt. 15, lett. *c*, e 24 l. 963/1965, scriminava la pesca del novellame entro il limite di tolleranza del 10% del pescato (art. 91 d.p.r. 1639/1968).

Amnesso e non concesso che la normativa europea (art. 8, comma 3, reg. CE 1626/ 1994) introducesse davvero un divieto incondizionato di pesca del novellame (conclusione, questa, della cui correttezza si poteva fondatamente dubitare), la nostra Corte di cassazione, con una manciata di ravvicinate pronunce, e senza adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia quale organo deputato alla corretta interpretazione del diritto europeo, consentiva la disapplicazione della norma interna delimitativa della responsabilità, con conseguente conferma della condanna a carico del cittadino italiano che aveva avuto il torto di fare affidamento sulla normativa interna facoltizzante (Cass. pen., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45823, *De Jure*).

Come giustificare una siffatta interpretazione del principio di soggezione del giudice alla legge? Altro è il diritto dell'Unione europea quale fattore di contrazione del diritto penale, altro è il suo impiego per dilatare in via interpretativa l'area del penalmente rilevante, risultante sulla base della legalità nazionale, la quale viene così a perdere la sua funzione di garanzia del *favor libertatis*.

Senza contare la violazione del principio di colpevolezza ad opera di una condanna che addossava al cittadino la ritenuta ignoranza concernente l'area del divieto penale, quale sarebbe risultata a seguito della disapplicazione della disciplina nazionale permissiva.

4. La nozione di rifiuto

Analoghe considerazioni suscita l'intricata vicenda della nozione di rifiuto, che, pur avendo una rilevanza innanzitutto amministrativa, definisce ad un tempo l'oggetto materiale di una moltitudine di reati ambientali. Anche qui si sono verificate disapplicazioni della disciplina favorevole interna, prima ancora che si pronunciasse la Corte di giustizia dichiarando la nozione di rifiuto introdotta dal nostro legislatore in contrasto con il diritto dell'Unione europea (Corte di giustizia, 11 novembre 2004 (C-457/02), in *Foro it.*, 2004, IV, c. 588).

Che merito ha avuto questa giurisprudenza anticipatrice del *dictum* della Corte di giustizia? Essa ha risolto a danno del cittadino l'asserito contrasto del diritto interno con quello europeo. Ma an-

che la giurisprudenza successiva, che ha preso le mosse dalla ritenuta inadeguatezza della normativa interna, si è posta il problema che il diritto europeo pretendeva una nozione di rifiuto indeterminata, al punto da contestare il tentativo del nostro legislatore (magari maldestro: ma questo è un altro profilo) di definire la nozione di rifiuto? A quale legge ha votato obbedienza questa giurisprudenza: a quella che persegue la prevenzione ad ogni costo o al complesso dei principi costituzionali di garanzia, ivi compreso il canone della determinatezza?

Ma non è tutto: dopo l'intervento della Corte di giustizia, con il quale è stata dichiarata in contrasto con il diritto europeo la rimodulazione della nozione di rifiuto da parte del legislatore italiano, la normativa europea, mutando significativamente indirizzo, ha finito per meglio circoscrivere la nozione di rifiuto e, soprattutto, ha tipizzato la categoria di sottoprodotto (art. 5 della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008), riprendendo l'idea della normativa nazionale dichiarata in contrasto con il diritto europeo. Mentre in passato il diritto europeo pretendeva che la nozione di sottoprodotto fosse solamente giurisprudenziale e soprattutto vaga, oggi ha convenuto sulla necessità di positivarla e precisarla, con buona pace della Corte di giustizia, la cui giurisprudenza in questa materia – ispirata dalla pretesa di procedere a valutazioni caso per caso e con la perentorietà di chi maneggia un diritto superiore – sembra confermare la critica di arroganza, rivoltale, in termini generali, da autorevole dottrina (Natalino Irti, *Diritto senza verità*, Bari, 2010, p. 132).

Alla luce della normativa vigente, la nozione di sottoprodotto è finalmente definita (art. 184-*bis* d. lgs. 152/2006 e d.m. 264/2016). Non c'è alcuna ragione di temere la determinatezza del diritto. È vero, invece, il contrario.

5. *La vicenda "Taricco"*

Vicenda davvero curiosa quella occorsa al signor Taricco, divenuto famoso, non già per l'accusa di aver commesso reati tributari, quanto per la zelante attenzione riservatagli dal suo giudice penale, il Gup di Cuneo, il quale, considerato il ritardo con cui gli giungeva

il procedimento penale in questione, per fattori del tutto indipendenti dall'esercizio del diritto di difesa, chiamava in causa la Corte di giustizia, provocandone un'azzardata presa di posizione, destinata a essere abbandonata a seguito di una doppia tenzone con la nostra Corte costituzionale.

Dapprima, infatti, i Giudici lussemburghesi, con sentenza dell'8 settembre 2015 (Grande Sezione, causa C-105/14), avallavano la possibilità che il giudice nazionale disapplicasse la disciplina dell'interruzione della prescrizione (artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p.), in quanto produttiva di un allungamento del tempo utile per lo svolgimento del processo, ritenuto troppo modesto. Ne conseguiva l'assegnazione al giudice penale dell'inedito potere di neutralizzare l'epilogo estintivo collegato al decorso del tempo, fino a rendere di fatto imprescrittibili alcune tipologie di reati, considerate meritevoli di questo "privilegio" non per la loro gravità assoluta, ma per la natura dell'offesa. Il riferimento è, per l'appunto, alle frodi tributarie che incidono negativamente sulla (davvero minima) quota del gettito fiscale destinato alle casse eurounitarie, e limitatamente alle situazioni in cui, per il numero considerevole dei casi, il giudice ritenesse la disciplina delle cause interruttrive della prescrizione di ostacolo alla piena attuazione degli obblighi di tutela imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE.

Si tralascia qui sia la singolare accezione del citato art. 325 come norma direttamente applicabile dal giudice nazionale e prima ancora diretta al cittadino, sia l'inopinata intempestività con cui una parte della magistratura si è precipitata a dare seguito al *dictum* lussemburghese. È sufficiente ricordare che pochi giorni dopo la pronuncia della Corte di giustizia, la nostra Suprema Corte ha disapplicato la disciplina dell'interruzione della prescrizione, negando, in una vicenda simile a quella Taricco, l'intervenuta prescrizione, maturata nelle more del giudizio di legittimità, e decretando il decorso di un nuovo termine di prescrizione ordinario (pari a sei anni), in presenza di ogni atto interruttivo, l'ultimo dei quali, nella specie, era la sentenza di condanna in appello (Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210, in *Ced* rv. 266121).

Sennonché, dopo questa prima uscita, la Corte di giustizia veniva chiamata a chiarimenti dalla nostra Consulta, sollecitata a sua volta

dalla Corte di appello di Milano, competente in relazione a un ulteriore caso di frodi IVA. Il giudice rimettente rilevava correttamente che l'inopinata regola Taricco violava il principio di legalità sotto il profilo dei due corollari della necessaria determinatezza del diritto penale e della riserva di legge. La Corte costituzionale, attraverso il rinvio pregiudiziale attivato con ordinanza n. 24 del 2017, già in quella sede paventava il ricorso ai controlimiti, *sub specie* di dichiarazione di incostituzionalità della legge (2 agosto 2008, n. 130) di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona (a sua volta modificativo dei trattati istitutivi dell'UE), qualora il Giudice europeo avesse confermato il potere della giurisdizione interna di disapplicare, sulla base di criteri di valutazione alquanto indeterminati, come il numero rilevante delle frodi tributarie, una normativa penale favorevole al reo.

In altri termini: la questione pregiudiziale assumeva le vesti di un quesito retorico, bene inteso nella sua reale portata ultimativa dalla Corte di giustizia, che non a caso, con sentenza del 5 dicembre 2017 (Grande Sezione, causa C-42/17), si è affrettata a tornare sui suoi passi, correggendo il tiro e subordinando *re melius perpensa* l'esercizio dell'anzidetto potere di disapplicazione al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, primo tra tutti quello di legalità. Non è mancato chi ha edulcorato questo confronto considerandolo come l'ennesima puntata della saga, sempre più romanzata, del "dialogo tra le Corti". In verità si è trattato di una prova di forza ispirata semmai al brocardo *si vis pacem, para bellum*.

Il girotondo giurisprudenziale si è chiuso con la sentenza 115/2018 della nostra Corte costituzionale, che ha respinto la questione di costituzionalità sollevata dai giudici remittenti ritenendola non fondata alla luce delle rassicurazioni ricevute in seconda battuta dalla Corte di giustizia. In questa occasione 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.

A tutta prima se ne può trarre la morale che quando i nodi ven-

gono al pettine, a nulla vale prendersela con il pettine. Stante la particolare importanza della posta in gioco, la Corte costituzionale ha svolto, con la necessaria fermezza e una strategia indubbiamente sapiente, il suo ruolo di custode della Carta fondamentale, riaffermando il primato del “garantismo” fondato sul principio di legalità, per come si è storicamente sviluppato nel contesto culturale dell'Europa continentale, ossia indissolubilmente connesso alla separazione dei poteri.

Il rapporto, sempre più stretto, tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea – è questo il succo del discorso – non può giustificare una surrettizia trasformazione del paradigma penalistico interno (peraltro comune alla quasi totalità degli stati membri, tradizionalmente di *civil law*). Né alla giurisdizione, né al diritto dell'Unione europea compete rimettere in discussione l'impianto illuministico del nostro diritto penale costituzionale, quale condensato di principi supremi, non negoziabili e non subalterni alla dimensione giuridica sovranazionale, per la cui tutela è lecita, anzi doverosa, l'attivazione, seppure *in extremis*, dei controlimiti. Una competenza, quest'ultima, esclusiva della Corte costituzionale e insuscettibile di essere “comunitarizzata”, ossia demandata alla stessa Corte di giustizia, senza con ciò banalizzarla.

Non si tratta di sovranismo fuori del tempo, ma di valori identitari, che fondano la nostra irriducibile e inderogabile specificità penalistica.

6. Notazioni a margine

Quanti denunciano la crisi della riserva di legge, sottolineando la partecipazione di altre fonti alla formazione del diritto penale, dovrebbero preoccuparsi del rischio di un diritto penale “governativo”. Diversamente, una parte della dottrina utilizza strumentalmente l'argomento della “crisi della riserva di legge” per giustificare l'ampliamento di discrezionalità che il giudice riconosce a se stesso.

D'altro canto, il diritto dell'Unione europea – l'altro antagonista della riserva di legge – mostra ancora carenze sul versante delle garanzie fondamentali tipiche della materia penale, offerte invece, nonostante tutto, dalla legalità interna: si pensi alla legittimazione

democratica diretta dell'organo produttore del diritto penale e al controllo di legittimità operato dalla Corte costituzionale.

Queste e altre preoccupazioni, appena attenuate dal Trattato di Lisbona attraverso il potenziamento della procedura di codecisione, hanno indotto la Corte costituzionale tedesca (con sentenza del 30 giugno 2009) a porre se non un freno, almeno una serie di condizioni alla ratifica del Trattato di Lisbona, richiamando l'attenzione sulla centralità del Parlamento nazionale come cinghia di trasmissione del diritto europeo in diritto interno.

Resta ancora un obiettivo, non certo secondario, da conseguire: l'affermazione, sullo scenario del diritto penale europeo, del complesso delle garanzie consolidate sotto l'egida della legalità nazionale, la cui irrinunciabilità è stata opportunamente sottolineata dal "Manifesto sulla politica criminale europea" (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262 s., su cui v. Luigi Foffani, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia* 2010, p. 657 s., e anche in *disCrimen*).

Nondimeno, al momento sembra prevalere un atteggiamento rinunciatario, forse nella convinzione che ciò possa costituire un biglietto di ingresso privilegiato nella partnership europea.

L'ETÀ DELLA CRISI. QUALE DIRITTO PENALE?

SOMMARIO: 1. Un'epoca di grandi cambiamenti. – 2. Gli anni '80. – 3. Gli anni '90. – 4. Il pluralismo delle fonti e l'acrofobia ermeneutica della giurisprudenza. – 5. Ancora sul principio di necessaria lesività del reato. – 6. La colpevolezza. – 7. La rivalutazione delle fattispecie e delle interpretazioni illiberali. – 8. Le prospettive dischiuse dalla crisi del diritto penale.

1. *Un'epoca di grandi cambiamenti*

Viviamo in un'epoca di grandi trasformazioni dentro e fuori i confini del nostro paese. Nell'ultimo quarto di secolo sono cambiate molte cose: sono crollate le ideologie e la loro proiezione geopolitica nella contrapposizione tra est ed ovest. Lo sviluppo della tecnica e della tecnologia ha globalizzato il mondo, dai mercati alla comunicazione. Un divario sempre più accentuato divide piuttosto il sud e il nord del mondo, il premoderno con la sua zavorra fondamentalista e il postmoderno nichilista e disgregatore. Anche nel campo del diritto penale il lascito della modernità sta esaurendo la sua spinta.

2. *Gli anni '80*

Negli anni '80 del secolo scorso – durante i quali regrediva, pressoché sconfitto, il terrorismo eversivo e montava la criminalità mafiosa – ha raggiunto l'apice culturale un modello di diritto penale saldamente ancorato a paradigmi garantistici, largamente condivisi, di rilevanza costituzionale.

Forte era la sensibilità per il principio di stretta legalità, collegato al carattere assoluto della riserva di legge, ossia alla fondamentale scaturigine politica e democratica del "penale". Giovane e vigoroso era il principio di offensività con le sue ambizioni di revisione critica dell'esistente normativo e di guida delle future scelte politico-crimi-

nali. Rin vigorita dal celebre intervento della Consulta in materia di *error iuris* scusabile (sent. 364/1988), la colpevolezza vinceva la sua battaglia contro la responsabilità oggettiva espressa e apriva un nuovo e non meno impegnativo fronte di ostilità contro quella occulta.

Si trattava di principi di garanzia solidi, la cui forza era accresciuta dalla loro sinergia operativa. Il fatto di reato veniva concepito come anzitutto tipico, poi anche offensivo, infine colpevole. La legalità e l'offensività assicuravano la laicità del reato, tracciando una chiara differenza di piani tra la scelta politico-criminale e lo stigma morale; la colpevolezza esprimeva una soggettività dotata di funzione selettiva, perché, operando all'interno di un fatto già ritenuto tipico e offensivo, esprimeva una componente di personalizzazione dell'illecito in termini di appartenenza ed evitabilità.

3. *Gli anni '90*

Gli anni '90 registrano i primi importanti segnali di un cambiamento profondo che oggi decifriamo con maggiore consapevolezza. "Mani pulite" non è solo una storica stagione giudiziaria: segna l'inizio della crisi della politica in generale e, per quel che qui più interessa, della politica criminale parlamentare, intesa come confronto delle forze politiche in relazione a modelli di prevenzione. A partire da quel momento, la magistratura ha assunto l'atteggiamento di controllore antagonista del potere politico (come scordare il veto televisivo di quattro sostituti procuratori a un disegno di decreto legge che si prefiggeva di escludere la custodia cautelare per i delitti contro la pubblica amministrazione). Per questa via la giustizia penale ha iniziato ad operare a un tempo come presidio e surrogato dell'etica pubblica, con conseguente accentuazione di quella supplenza giudiziaria inaugurata nel 1974, attraverso l'ampliamento del potere discrezionale del giudice nella gestione di alcuni importanti istituti (quali il reato continuato, il bilanciamento delle circostanze concorrenti e la sospensione condizionale).

La storia – come si sa – non è sempre lineare. Non deve meravigliare pertanto che, nell'epoca della crisi del diritto penale come sistema compiuto e coerente, la codificazione incarnasse ancora un ideale normativo meritevole di essere perseguito. Negli anni '90

prendono avvio grandi progetti di riforma, tutti destinati a rimanere sulla carta, come quelli che seguiranno con l'inizio del nuovo millennio. Il potere politico in crisi non è in grado di produrre riforme di sistema.

Nondimeno, i segnali della svolta sono molteplici e si svilupperanno fino ai giorni nostri. Essi si sostanziano nel processo di destrutturazione del modello culturale di reato, cui si è fatto riferimento sopra. Vediamo sinteticamente come.

4. *Il pluralismo delle fonti e l'acrofobia ermeneutica della giurisprudenza*

La garanzia della legalità, che irradia principalmente la categoria del fatto tipico, registra una flessione che va ben oltre la relativizzazione della riserva di legge, perché, con l'affermarsi dell'ordinamento multilivello, ossia del pluralismo delle fonti, da quelle interne subordinate e integratrici a quelle sovraordinate di matrice europea, si giunge a marginalizzare, nella produzione del diritto penale, proprio la legge parlamentare. Sempre più spesso, la scelta politico-criminale proviene da poteri diversi da quello legislativo.

Sul piano ermeneutico si afferma progressivamente, se non in modo sistematico, l'interpretazione estensiva, come valorizzazione del massimo significato consentito del testo, il quale però è all'occorrenza agevolmente superato da applicazioni analogiche (come noto, vietate) del tutto incontrovertibili (per alcune esemplificazioni, v. *supra* Cap. XIV, § 4). Così facendo, l'interprete rappezza le necessarie scuciture del tessuto penalistico, delle quali dovrebbe essere garante proprio il giudice. La giurisdizione soffre oggi di acrofobia ermeneutica. Il vuoto di tutela, a parole reputato fisiologico, provoca sgomento sotto la pressante richiesta di tutela che si leva dal corpo sociale.

Per questa via, la politica criminale si sposta dal momento genetico parlamentare a quello applicativo. Nondimeno l'attuale diritto giurisprudenziale è per lo più instabile e disuguale. È, inoltre, poco dialogante con la dottrina. I giudici distillano un diritto penale in realtà culturalmente autarchico, sostanzialmente giudiziario. La determinatezza non è più prerogativa dell'enunciato normativo (quan-

do va bene essa è una graziosa elargizione del capo di imputazione).

Con la crisi della tipicità come corrispondenza descrittiva, muta anche la funzione della fattispecie, che diventa il luogo dove l'interprete trova null'altro che una generica *ratio* di tutela, assumendo il fatto descritto come parametro non vincolante, ma puramente esemplificativo.

In breve: la garanzia legalitaria che tiene di più è quella della irretrattività della legge penale, che rappresenta il nucleo culturale irriducibile e non negoziabile. Per il resto, il principio di legalità muta pelle e significato complessivo: cessa di essere il tradizionale limite invalicabile della giurisdizione e diventa il dover essere della pena, con un'evidente messa in discussione della stessa separazione dei poteri. Non a caso la giurisdizione è spesso reattiva nei confronti della legge delimitatrice, come dimostrano le frequenti questioni di costituzionalità *in malam partem*, prontamente sollevate, talvolta senza speranze (come nel caso del falso in bilancio dopo la riforma del 2002), talaltra con inaspettato e inopinato successo, come nel caso dei falsi elettorali ritenuti espressione di una ingiustificata disciplina di favore (sent. 394/2006, su cui v. le riflessioni critiche raccolte nel volumetto: *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007). D'altro canto, la giurisprudenza costituzionale, nonostante l'inesplicito segnalato, si guarda bene dal decretare la fine della riserva di legge. Nel campo penale il superamento del diritto legislativo comporterebbe irreparabili contraccolpi costituzionali. Da qui l'odierna situazione di stallo istituzionale: non c'è alternativa alla riserva di legge e non c'è alternativa alla crisi del principio. La legalità soffre, ma resiste. La stessa dottrina, che ha descritto la progressiva relativizzazione della riserva di legge, riconosce che al momento non esistono equivalenti funzionali. L'ancoraggio del diritto penale alla *lex doctoralis* è estranea al principio della separazione dei poteri, pietra angolare del sistema costituzionale.

5. Ancora sul principio di necessaria lesività del reato

Il principio di offensività non ha prodotto la sperata ragionevolezza sanzionatoria. Sono davvero poche le sentenze della Consulta che ridisegnano verso il basso i tariffari di pena. Si registra piuttosto

una diffusa e generalizzata assuefazione agli eccessi repressivi; l'incremento del rigore punitivo non fa più notizia.

L'offensività dunque svapora. Nella migliore delle ipotesi, la logica dell'offesa al bene giuridico diventa un valore bilanciabile con la determinatezza della legge penale. È quanto accade, per esempio, nel campo della tutela dell'ambiente, affidata, prima dell'avvento degli eco-delitti (Cap. XIII, § 7), principalmente a microviolazioni formali, perlopiù eterointegrate da fonti regolamentari. Forse proprio per precludere la riedizione della giurisprudenza c.d. d'assalto anni '70, il sistema si è evoluto nel segno della massima formalizzazione, salvo a svoltare, da ultimo, verso un traguardo certamente discutibile, rappresentato dall'introduzione, in aggiunta alle fattispecie già esistenti, di reati di evento, largamente indeterminati (Cap. II, § 5).

Anche in altri settori la perdita di quotazioni dell'offensività è secca, ossia manca di compensazioni garantistiche e apre alla discrezionalità giudiziale. La politica criminale, fortemente influenzata dal rigorismo europeista, non disdegna di coltivare l'obiettivo del massimo etico. Basti pensare alla rilevanza penale della pedopornografia del tutto virtuale, che sfugge ad ogni giustificazione in un diritto penale del fatto (Marta Bertolino, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2008, p. 109). Per non dire dell'approvazione che incontra, nell'ambito della dottrina internazionale, la proposta di assoggettamento a pena del c.d. negazionismo (Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, del 28 novembre 2008), anche a costo di reprimere, per suo tramite, la carenza deontologica di certa storiografia.

In breve, con la crisi dell'offensività muta la stessa funzione del diritto penale: per un verso, regredisce la sua natura di strumento di conservazione sociale, per l'altro, si accentua la sua aspirazione alla palingenesi morale dei consociati. Sia chiaro: abbiamo bisogno di questa rigenerazione; ma può fondatamente dubitarsi che lo strumento per perseguirla efficacemente sia il diritto penale.

6. *La colpevolezza*

La colpevolezza sembrerebbe la categoria del reato destinata, almeno nelle aspirazioni del sistema, alla maggiore tenuta garantistica. In effetti, la cultura giuridica odierna ha a cuore la prevedibilità

della responsabilità penale, al punto da farne un perno ideologico svincolato dalle sorti della legalità, quale prezioso, ancorché non esclusivo, punto di partenza nella conoscenza del diritto penale.

Anche questa garanzia, però, ha una resa disomogenea. L'ampio ricorso al dolo eventuale, con effetti dilatativi dei reati privi di una corrispondente fattispecie colposa, ha trovato un salutare freno nella recente sentenza a Sezioni Unite sui tragici fatti della Thyssen Krupp (Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Giurisprudenza penale*), la quale ha fissato importanti principi probatori volti a evitare che il requisito dell'accettazione dell'evento finisca per essere presunto dal giudice. La restante giurisprudenza, tuttavia, insiste a voler cogliere nel dolo eventuale null'altro che un'eventualità di dolo, oggetto di semplificazioni probatorie affidate ad altrettanto facili congetture, che desumono dalla consapevolezza del rischio l'attrazione dell'evento nel fuoco della volontà.

Per contro, l'imputazione colposa continua a fondarsi su modelli di agente dotati di capacità irrealistiche e su pretese comportamentali ispirate al principio di precauzione, che pretende dal singolo agente una prudenza addirittura compensatrice delle carenze di conoscenza scientifica.

La crisi della psichiatria chiude, in negativo, il bilancio del principio di colpevolezza: la scienza è oggi incapace di offrire soluzioni stabili e univoche alle questioni in materia di imputabilità.

In breve: a dispetto delle affermazioni di principio, la colpevolezza è terreno di una balcanizzazione antigarantistica, che cede interi territori alla responsabilità oggettiva ora occulta, ora dichiarata (si pensi alla responsabilità per il reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti o alla materia della sicurezza del lavoro, la quale costituisce un piano inclinato colpevolista).

7. La rivalutazione delle fattispecie e delle interpretazioni illiberali

Un cenno merita il terreno della parte speciale, che registra la riscoperta della perversa attualità del codice Rocco e segnatamente la rivalutazione dei reati di pericolo perlopiù presunto, posti a tutela di interessi superindividuali. Il riferimento non è solo alle fattispe-

cie associative, che oggi condiscono, pressoché sistematicamente, i capi di imputazione con tre o più indagati, ma anche a talune figure di reato che erano diventate fossili libreschi. Si pensi alla recente e progressiva dilatazione applicativa del disastro innominato (art. 434 c.p.), contestato nelle sue molteplici trasfigurazioni, l'ultima delle quali "sanitaria". La struttura di questa fattispecie incriminatrice ha i suoi indubbi vantaggi processuali: consente di sostituire allo schema del disvalore di evento, tipico dei delitti colposi, quello del pericolo creato dolosamente, più facile da provare, stante la combinata evanescenza del fatto e della colpevolezza nei delitti di comune pericolo.

Per non dire poi della stabile preferenza del diritto vivente per l'esaltazione interpretativa dei difetti strutturali di alcune fattispecie dalla vocazione chiaramente antigarantistica. Si pensi al delitto di bancarotta fraudolenta: per l'elaborazione giurisprudenziale la rilevanza del fallimento prescinde dalla sua derivazione causale dalla condotta distrattiva e dalla copertura del dolo. Ciò consente di riqualificare, anche a distanza di molti anni, come condotte distrattive tipiche della bancarotta atti di gestione infedele o condotte di semplice appropriazione, commesse addirittura quando l'impresa era *in bonis*.

8. *Le prospettive dischiuse dalla crisi del diritto penale*

La crisi dei principi garantistici di matrice illuministica libera il giudice penale da un fascio di vincoli delimitativi della sua giurisdizione, la cui *ratio* è quella di assicurare contro il rischio di valutazioni politico-criminali marcatamente giudiziarie, quando non addirittura soggettivistiche. È inutile ricordare, però, che il nostro giudice, reclutato per concorso in ragione delle sue capacità giuridiche, è l'altra faccia dei principi di legalità e soggezione alla legge.

Da qui una domanda perfino scontata: è conciliabile il cambiamento profondo del sistema delle fonti con l'immutabilità dei meccanismi di reclutamento di un giudice sempre più calato nel ruolo di facitore del diritto? E ancora: su quali garanzie può contare oggi il cittadino di fronte alla perdurante violenza del "penale"? Né può ritenersi che queste preoccupazioni siano meno forti quando sono riferite al diritto penale di uno stato democratico. Il "penale", infatti, è un diritto autoritario (Cap. III, § 9), inconcepibile senza un cor-

redo di specifiche garanzie aggiuntive rispetto alla terzietà del giudice. Lo si ripete: “terzo non basta” (Cap. XIX, § 2). Diversamente ragionando, il diritto penale finirebbe per appiattirsi al livello del problematico capitolo delle misure di prevenzione, la cui principale garanzia è la riserva di giurisdizione. Non bisogna mai perdere di vista che le garanzie – sia quelle rigide e formali, sia quelle sostanziali che operano come criterio di ragionevolezza – segnano il grado di civiltà del diritto penale, rappresentando quanto di più importante dispone il cittadino esposto all’azione repressiva dell’ordinamento.

L’inscindibilità del diritto penale dalla cultura dei suoi limiti – da qualche tempo, invece, bersaglio di denigrazioni politicamente corrette – deve portare a riflettere sull’esigenza di una urgente rifondazione garantistica del sistema, attraverso il completo potenziamento dei principi liberali ancora vitali e lo studio di equivalenti funzionali delle garanzie in via di superamento. Che sia peloso o glabro il garantismo non è l’arma con cui il difensore sabotava l’attività del magistrato, ma il linguaggio penalistico comune, con funzione legittimante di tutti gli attori del processo penale. Questo programma, essenzialmente culturale, dovrebbe coinvolgere le capacità progettuali del mondo del diritto nella completezza delle sue componenti.

Prendere atto di ciò è la preconditione per il ripensamento del pianeta della giustizia penale: si parta pure dalle esigenze di tutela – la funzione tipica della prevenzione generale – ma si estenda contestualmente la riflessione al sistema delle garanzie, quale quintessenza del diritto penale, limite invalicabile da parte della prevenzione. Se le vecchie garanzie non sono più attuali, bisogna individuarne i sostitutivi funzionali; e bisogna fare presto, perché la macchina oramai incontrollata della giustizia rischia di produrre ogni giorno disuguaglianze di trattamento e ingiustizie. Soprattutto bisogna evitare l’antigattopardismo di ritorno, apparentemente conservatore ma potenzialmente eversivo: il non cambiare nulla affinché tutto cambi; il non guidare il cambiamento affinché il cambiamento irrompa con la forza incontrollabile del fatto rivoluzionario. La strada da seguire è quella opposta: cambiare, se del caso tutto, affinché riviva, nei nuovi equivalenti funzionali, lo spirito liberale e garantistico che anima la nostra Costituzione.

Coltivare l’immobilismo, lasciando che le spinte illiberali si consolidino, è il vero delitto culturale.

SOMMARIO: 1. Metafore. – 2. “Civile” e “penale”. – 3. Settori di intervento e modelli di disciplina. – 4. Indipendenza e dipendenza dal processo. – 5. L’influenza del diritto civile nell’interpretazione della fattispecie penale. – 6. Verso il chiasmo funzionale? La prevenzione del *civile* e la riparazione nel *penale*. – 7. Trasformazione “continentale” dell’illecito penale?

1. *Metafore*

In una pubblicazione di qualche anno fa, Eugenio Raúl Zaffaroni (*Prima lezione di diritto penale*, in *Ius17*, 2011, p. 9, e anche in *disCrimen*) descrive l’ordinamento giuridico come un organismo nel quale il diritto civile rappresenta la colonna vertebrale, il diritto costituzionale il cervello e il diritto penale il sistema immunitario. Volendo utilizzare un’immagine non antropomorfa, si potrebbe paragonare il sistema complessivo delle *giustizie* a un veicolo nel quale il diritto pubblico costituisce il telaio, da cui dipendono l’assetto e la tenuta di strada, il diritto civile il motore, che simboleggia il dinamismo sociale, e il diritto penale l’impianto frenante.

Le due metafore, seppure diverse, convergono nell’offrire del diritto penale una visione ancora molto diffusa e condivisa, che fa leva sulla sua indole votata alla conservazione sociale (Cap. XXIII, § 5). La giustizia penale non persegue lo sviluppo del nostro senso morale, ma contrasta le immancabili tendenze degenerative della nostra vita di relazione; mira a evitare che la società si imbarbarisca cedendo alla logica della vendetta, non serve a migliorare comunità e umanità.

Naturalmente, altro è la funzione di conservazione che svolge il diritto penale, altro è il conservatorismo politico, come ancoraggio alla fissità del passato. Anche coloro che assegnano alla norma giuridica una qual certa funzione promozionale, riconoscono che la

giustizia penale ha come compito precipuo il mantenimento dello *status quo* sociale.

Con ciò non si intende negare l'esistenza di spinte, soprattutto da parte della giurisprudenza, intese ad accentuare la vocazione promozionale di alcune categorie di matrice solidaristica, incentrate sul dover essere; il riferimento è alla normatività dell'omissione e segnatamente della colpa; categoria, quest'ultima, che ha visto amplificare oltre misura il suo potenziale repressivo in nome del c.d. principio di precauzione. Ma si tratta di fughe in avanti controverse e per lo più criticate, proprio in nome del tradizionale orientamento retrospettivo dello strumento penale (Gabrio Forti, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità, in *Criminalia* 2006, p. 177 s., e anche in *disCrimen*).

Il diritto penale moralistico e pedagogico viene talvolta praticato, ma (salvi sporadici e rapsodici accenni, come quelli che riservava Francesco Antolisei alla fattispecie di omissione di soccorso: *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Milano, 2008, p. 125) raramente risulta teorizzato. L'entrata in scena – all'alba del XIX secolo – del concetto di bene giuridico – peraltro originariamente agganciato da Anselm Feurbach alla categoria civilistica dei diritti soggettivi (*Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, rist., Aalen, 1986, § 21 s., p. 45 s.) – ha impresso al diritto punitivo l'impronta conservativa di cui si diceva, la quale sopravvive significativamente alla crisi della teoria del bene giuridico, anche in nome del suo elevato tasso di laicità.

2. "Civile" e "penale"

Ancora oggi "civile" e "penale" si caratterizzano per funzioni tra loro diverse e talvolta antagonistiche: l'attuazione dei diritti della persona e le relazioni tra privati nell'un caso; il controllo sociale nell'altro.

Conseguentemente, mentre il diritto civile, quale terreno dell'inventiva negoziale, è più aperto alla globalizzazione, il diritto penale è ancora legato a categorie tipicamente sovraniste, per usare un neologismo oggi in voga, quali il territorio e, in misura minore, la cittadinanza (cfr. Dario Micheletti, *Reato e territorio*, in *Criminalia*

2009, p. 565 s., e anche in *disCrimen*). Sebbene l'unificazione europea passi attraverso la formulazione di obblighi di tutela penale a carico dei legislatori nazionali, l'idea di uno spazio giuridico sovranazionale incontra non irrilevanti ostacoli a una sua realizzazione diretta nel campo penale. Ciò dipende dalla difficoltà di disancorare dalla cornice dello stato nazionale i requisiti della sovranità – autorità e poteri indipendenti – cui si aggiunge quello dell'identità linguistica, anch'esso storicamente collegato al diritto penale in quanto forma di comunicazione (scritta) dei divieti. Nel settore penale è davvero rara, a livello storico e comparatistico, l'associazione tra unità del diritto e pluralismo linguistico (su cui, in termini generali, v. Piero Schlesinger, *Linguaggio e diritto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 404). Una certa dose di sovranismo linguistico resiste tuttora alle correnti della globalizzazione (Gherardo Minicucci, *Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale*, in *Criminalia* 2018, p. 747 s., e anche in *disCrimen*, 30.7.19).

3. Settori di intervento e modelli di disciplina

Quella appena enunciata non è ovviamente la sola differenza tra le due giustizie. La particolarità assoluta del *penale* sta, in negativo, nella mancanza di un suo proprio campo di materia e, in positivo, nell'essere un tipo di disciplina (Cap. IX, § 2).

Il diritto penale, dunque, è trasversale, al pari del diritto costituzionale, e connotato, inoltre, dalla verticalità della potestà punitiva e dal carattere dis-analogico della disciplina; connotati, questi, che mancano al diritto civile, il quale, a sua volta, tende alla completezza regolativa: aborre e non celebra la lacuna.

E ancora: non deve trarre in inganno il concetto di “materia penale” elaborato dalla giurisprudenza CEDU (Cap. VIII, § 5). Da tale angolazione, infatti, la “materia penale” è pur sempre desunta dal tasso di afflittività della sanzione; la nozione non esprime un programma di politica criminale. Questa impostazione supera cioè l'approccio formalistico alla nozione di pena, a favore di un concetto sostanziale e maggiormente garantistico di sanzione punitiva. Per il resto, essa non smentisce, ma semmai corrobora la connotazione del penale come tipo di disciplina.

A fronte di ciò, le modalità di espansione dei due settori normativi presentano significative similitudini. Il riferimento è alla decodificazione, ossia alla perdita di centralità regolativa del codice a favore del diritto *extra codicem*. Anche nel campo penale si assiste alla gemmazione di sottosistemi, contrassegnati da una diversa tenuta dei principi garantistici, secondo il modello predisposto dall'art. 16 c.p. e giustamente temuto dalla dottrina più sensibile al valore dell'uguaglianza garantistica *nel e del* punire.

Per esempio, da ultimo, la legge 3/2019 (c.d. spazzacorrotti, in realtà “negaprincipi” e “spazzagaranzie”) si inserisce a pieno titolo in questo solco, disciplinando lo statuto penale dei delitti contro la pubblica amministrazione alla stregua di un sottosistema che deroga alla disciplina generale sotto più profili, quali: a) la sproporzione della pena comminata; b) il rafforzamento della funzione incapacitante delle pene accessorie, divenute perpetue (art. 317-*bis* c.p.), destinate a sopravvivere alla riabilitazione (art. 179, ultimo comma, c.p.) e non sospendibili condizionalmente a discrezione del giudice (art. 166, comma 1, ultima parte, c.p.); c) la consistente premialità per le condotte antagonistiche e di collaborazione investigativa (art. 323-*bis* c.p.), alle quali è comunque subordinata la fruibilità dei benefici penitenziari (art. 4-*bis* ord. pen.); d) le deroghe alle condizioni di procedibilità dei reati commessi all'estero, posto che la richiesta del Ministro della giustizia o la querela dell'offeso non sono necessari per i fatti di concussione e corruzione (artt. 9 e 10 c.p.).

La parte generale sta diventando un ricordo del passato. A rigore si dovrebbe parlare di parte semigenerale.

Ed è paradossale che tutto ciò accada poco dopo l'introduzione della c.d. riserva di codice (d. lgs. 21/2018), i cui propositi velleitariamente ordinatori hanno finito per sfigurare del tutto i pochi tratti somatici dell'ultraottuagenario codice sostanziale.

4. *Indipendenza e dipendenza dal processo*

Illecito civile e illecito penale sono modelli di responsabilità nettamente distinti e per alcuni aspetti opposti. L'uno atipico, fondato sul danno e tendenzialmente oggettivo, l'altro tipico, caratterizzato dalla modalità dell'offesa e necessariamente colpevole. La stessa

causalità, caratterizzata fino a un recente passato da una elaborazione unitaria, si atteggia in modo differente nei due contesti: nel diritto penale la spiegazione causale è ancora legata a un approccio nomologico (come tale, fondato su leggi scientifiche), contribuisce alla narrazione del fatto di reato e va provata “oltre ogni ragionevole dubbio”; nel diritto civile opera come criterio di ascrizione del danno, secondo la logica del più probabile che non.

Anche il rapporto tra diritto sostanziale e processo è diverso nell'ambito della giustizia civile e in quello della giustizia penale.

Com'è noto in termini generali, la patologia del diritto sostanziale trova la sua correzione naturale attraverso il processo. Si pensi al negozio giuridico affetto da annullabilità e finanche da nullità; esso continua a produrre effetti (e, se del caso, a essere soggetto a imposta), finché il fattore di invalidità non venga dichiarato con sentenza. Da qui il carattere c.d. servente di ogni processo.

Sennonché, mentre la norma civile può svolgere una funzione regolativa per la spontanea osservanza delle parti, ciò non accade nel diritto penale, la cui funzione di disciplina presuppone l'infrazione del divieto.

La specificità penalistica risiede, dunque, nella già segnalata *necessaria strumentalità* del processo (Cap. V, § 1), dovuta al carattere “fisiologicamente patologico” del diritto penale. L'esistenza e la persistenza del divieto, infatti, non sono in grado, in sé e per sé, di sanare il conflitto sociale. La previsione di reato diventa efficace solo quando le sue violazioni vengono accertate, processate e punite (Cap. IX, § 5).

Ciò significa che il diritto penale non esiste al di fuori del reato, quale ente giuridico che lo incarna, là dove il diritto civile ha una funzione regolativa molto più ampia, esiste anche dove non vi è un illecito contrattuale o extracontrattuale, e si estende su territori oggi del tutto privi di connotazione patrimoniale; come dimostra l'importanza che negli anni è venuto assumendo il libro I del codice civile, dedicato ai diritti della persona e alla disciplina della famiglia.

E ancora: muta nei due casi il rapporto tra la regola giuridica e la sentenza che la applica. Di recente si è osservato: ogni mezzo di risoluzione delle controversie giunge al risultato di sostituire la regola generale astratta con una regola concreta che, in relazione a quel

soggetto, a quel bene della vita, opera al posto della regola generale astratta (così Francesco Paolo Luiso, *Effetti sostanziali della domanda e processo*, in *Diritto e processo*, Torino, 2015, p. 109 s.). Può dirsi lo stesso sul versante della giustizia penale? Certamente, per il condannato è la sentenza, in quanto titolo esecutivo, che regolerà il suo futuro. Nondimeno, è ancora la norma giuridica, riletta alla luce del formante giurisprudenziale, che svolge la funzione di orientamento comportamentale, non la singola sentenza, che può essere la rondine che non fa primavera. La sequenza legge-interpretazione-processo ha nel “penale” una circolarità inscindibile. La sentenza non sostituisce la regola generale e astratta, ossia la fattispecie incriminatrice, ma la riconferma o ridefinisce, in modo che essa continui a svolgere la funzione – effettuale e priva di rilevanza giuridica – della prevenzione dei reati. Diversamente ragionando, la scelta politico-criminale taglierebbe fuori il legislatore, quale specchio del corpo sociale, a favore del ceto magistratuale. In ogni caso, altro è la singola sentenza, altro è la giurisprudenza: entrambe discendono dal processo, ma la seconda è frutto di maggiore democrazia discorsiva, per la ragione che una stessa interpretazione è fatta propria da una pluralità di giudicanti. In breve: nel nostro sistema penale la democrazia rappresentativa è la base di quella discorsiva, cui partecipa anche la dottrina.

5. *L'influenza del diritto civile nell'interpretazione della fattispecie penale*

Un cenno merita il rapporto tra il tipo di disciplina proprio del diritto penale e i diversi campi di materia regolati dal diritto civile.

Va detto subito che si tratta di un terreno sul quale si misura il grado di autonomia della giustizia penale dal diritto civile e, a un tempo, la complementarietà tra questi due importanti rami dell'ordinamento.

Viene adesso in rilievo l'influenza che il diritto civile esercita sulla narrazione penale contenuta nella fattispecie e sulla sua interpretazione.

Sul piano descrittivo, è noto che alcune fattispecie incriminatrici si avvalgono di concetti civilistici. Si parla al riguardo di elementi c.d. normativi della fattispecie; essi indicano un requisito del reato

per relationem, ossia attraverso lo schema di qualificazione di altri rami del diritto (il fenomeno è molto esteso: si pensi, solo per fare un esempio di scuola, al matrimonio avente effetti civili, quale elemento costitutivo del reato di bigamia, di cui si è detto *supra* Cap. IX, § 3). Qui il diritto civile entra a comporre la fattispecie penale. Si pone a questo punto il problema se la norma integratrice civile possa essere interpretata analogicamente (attività consentita nel diritto civile), quando essa partecipa alla narrazione del fatto di reato. Entrano in tensione due opposte esigenze: da un lato, l'unità dell'ordinamento, in nome del quale la norma civile incorporata dovrebbe mantenere la sua originaria disciplina, che ne consente l'applicazione analogica (Antonio Pagliaro, *Testo e interpretazione delle leggi penali*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 162); dall'altro, le istanze di garanzia che presiedono al diritto penale come tipo di disciplina, che contemplan il divieto di analogia di tutti i requisiti costitutivi della fattispecie, originari o derivati da altri rami dell'ordinamento. Ebbene, deve ritenersi che la specificità penalistica sia destinata a prevalere in nome del *favor libertatis*.

Naturalmente, non sempre i concetti civilistici sono elementi normativi, valvole di comunicazione tra "civile" e "penale". Tali non sono, per esempio, la gran parte delle nozioni che trapuntano il sistema dei delitti contro il patrimonio: possesso, detenzione, patrimonio, profitto, altruità vengono per lo più intesi in modo autonomistico, in nome di esigenze di razionalità e coerenza proprie della tutela penale.

In breve: il penalista è oggi sempre più interessato al colloquio con gli altri rami dell'ordinamento. Ciò non deve comportare, però, una svalutazione delle specificità che connotano il suo settore disciplinare, in nome delle quali si impone la salvaguardia dei principi di garanzia, quale che sia il campo di materia presidiato dalla pena.

6. Verso il chiasmo funzionale? La prevenzione del civile e la riparazione nel penale

La netta alterità di funzioni tra sanzione civile e sanzione penale viene messa oggi in discussione alla luce di recenti innovazioni legislative.

Da un lato, si richiama l'attenzione su quegli istituti che consentono alla sanzione civile di surrogarsi all'originaria comminatoria penale, ora in astratto, ora in concreto. Con riguardo al primo caso, si pensi all'ingiuria, che, a seguito della depenalizzazione ad opera del d. lgs. 7/2016, è soggetta a una sanzione civile punitiva devoluta alla Cassa delle ammende. In relazione al secondo caso, il riferimento è ai meccanismi di diversione processuale che incentivano forme di riparazione patrimoniale sostitutive della pena (come accade nell'ambito della giurisdizione penale di pace, che ha anticipato l'introduzione, come istituto di portata generale, dell'estinzione per condotte riparatorie, di cui al nuovo art. 162-ter c.p.).

Ebbene, che qualcosa stia cambiando è fuor di dubbio (Carlo Piergallini, *Pene 'private' e prevenzione penale*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, p. 631 s.). Bisogna evitare, però, di prendere per assolutamente nuovo ciò che tale non è. Infatti, altro è l'impiego della sanzione civile in chiave autenticamente punitiva, ossia commisurata secondo criteri tipicamente penalistici (è il caso dell'ingiuria), altro è la ritrazione della pena a favore del risarcimento previsto all'art. 185 c.p. e quantificato secondo i consueti parametri del danno emergente e del lucro cessante. In quest'ultimo caso la sanzione civile non registra un mutamento di funzioni; è la pena che, come accade in molti altri casi, non viene irrogata in concreto.

7. *Trasformazione "continentale" dell'illecito penale?*

Il discrimine tra "civile" e "penale" si riverbera sulla struttura dei rispettivi illeciti. È affermazione ricorrente che il reato sia saldamente ancorato al requisito della tipicità-frammentarietà, il quale risulta ben più flebile, invece, nell'ambito dell'illecito civile extracontrattuale, che vive in un mondo "universale" (Carlo Piergallini, *Civile e penale a perenne confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1301). A ciò si aggiunga la tendenziale oggettivazione della responsabilità aquiliana, là dove il reato costituisce la massima espressione della personalizzazione dell'illecito (*personales Unrecht*).

Sebbene questi insegnamenti costituiscano un imprescindibile punto di partenza, essi meritano di essere rivisitati, anche al costo della loro relativizzazione.

Innanzitutto il carattere modale dell'illecito penale è per definizione assente nei reati causalmente orientati, caratterizzati da una tipicità "debole", perché affidata alla massima irradiazione del disvalore di evento consentita dal sapere causale. Si tratta di "reati aquiliani", la cui identità penalistica dipende in definitiva dalla descrizione dell'evento e dalla tenuta della strutturazione garantistica, pure essa in crisi, della causalità.

In secondo luogo, la segnalata attitudine del diritto vivente a praticare interpretazioni analogiche depotenzia l'ancoraggio del reato alla modalità della lesione, anche quando essa è tipizzata. Per questa via vengono ridisegnate le carte nautiche della nostra materia e ne risente la stessa insularità del diritto penale, la cui morfologia è alterata dall'emersione di terre che dovrebbero rimanere sommerse dal mare del penalmente indifferente. La mobilità dei confini tra il vietato e il consentito, sebbene non escluda una qual certa e imprevedibile discontinuità punitiva, favorisce visioni peninsulari, se non continentali, del diritto penale. Ne consegue l'indebolimento dell'avamposto garantistico oggettivo della nozione di reato, a favore di una frammentarietà "ferdinanda": nell'arcipelago affiora anche l'isola che non c'è (Cap. XVI, § 6).

Il discrimine tra reato e illecito aquiliano sembra spostarsi sul versante soggettivo. Ma non è certo un progresso, perché la piena attuazione del principio di colpevolezza, ammesso e non concesso che sia un traguardo oggi conseguito, non può compensare in termini garantistici la destrutturazione della tipicità oggettiva, la quale offre piuttosto al giudizio di colpevolezza il suo necessario oggetto. Nel diritto penale non esiste, fortunatamente, la colpevolezza come mera qualità soggettiva; esiste la colpevolezza del fatto tipico, quale categoria delimitata dall'illecito. Se si consente all'interprete di disporre in via interpretativa dei confini del fatto tipico, lo si autorizza a disporre anche del giudizio di colpevolezza.

LA FORMAZIONE EMPIRICA DEL PENALISTA
E I TIROCINI PRESSO GLI UFFICI GIUDIZIARI

SOMMARIO: 1. Il diritto e il giurista. – 2. La formazione *post lauream*. – 3. Il reclutamento concorsuale dei magistrati. – 4. I tirocini. – 5. Futuribili.

1. *Il diritto e il giurista*

Chi si occupa di diritto non può disinteressarsi della formazione e del reclutamento del giudice, che svolge un ruolo centrale nell'amministrazione della giustizia. Il tema, a lungo negletto, è diventato di attualità. Giudici non si nasce, si diventa. È importante vedere come, concentrando l'attenzione sulle principali novità.

Da qualche anno gli studenti del corso di laurea e soprattutto i neolaureati in giurisprudenza possono svolgere dei periodi di tirocinio (anche) presso gli uffici giudiziari. L'innovazione, certamente apprezzabile, merita attenzione, intervenendo nel punto di intersezione di due problematiche generali, notoriamente centrali e lasciate in ombra, invece, dalla cultura giuspositivistica tradizionale, che distingueva fin troppo nettamente tra diritto e giurista. Da un lato, il riferimento è alla trasformazione degli studi giuridici e ai suoi riflessi sulla formazione del laureato che aspiri a esercitare una professione legale. Dall'altro lato, viene in rilievo il meccanismo di reclutamento della magistratura e il ruolo che la formazione *post lauream* può svolgere (o potrà svolgere in futuro) nella selezione di giudici e pubblici ministeri.

2. *La formazione post lauream*

Iniziando dal primo filone problematico, va ricordato che la formazione del giurista è l'altro aspetto dell'identità del diritto. In un'epoca di cambiamento, qual è la nostra attuale, non meraviglia dunque che l'evoluzione della prima risenta delle incertezze della seconda. Nelle età di transizione – “dove scopi e forme di ieri non ci

sono più, e scopi e forme di domani non ci sono ancora” (Natalino Irti, *La formazione del giurista nell’università del “saper fare”*, in *Rivista giuridica degli studenti dell’Università di Macerata*, 2010, p. 29 s.) – le bussole sono smagnetizzate e le costellazioni confuse. Così, talvolta, nel tentativo di sfuggire all’abbraccio mortale del conservatorismo, si sottovaluta il rischio dell’avventatezza innovatrice.

L’università dalla quale proveniamo non si interessava né della dimensione empirica del diritto, né di quella professionale. La formazione *post lauream* le era istituzionalmente estranea. Questo compito era appaltato – a beneficio di chi voleva fare l’avvocato o il notaio – alla frequenza degli studi professionali, su iniziativa dei singoli interessati e a titolo perlopiù di volontariato. Ad uso e consumo degli aspiranti magistrati, oltre trent’anni addietro, era già pienamente fiorito, invece, il lucroso mercato delle scuole private, votate al miglioramento della performance concorsuale degli aspiranti concorrenti. Solo marginalmente alcune università offrivano corsi di preparazione alle prove scritte per l’abilitazione professionale e a quelle per il concorso per uditore giudiziario. Si trattava, però, di lezioni pur sempre *ex cathedra*, del tutto omogenee – a dispetto delle etichette dell’offerta didattica – a quelle impartite nei corsi universitari. Del resto, fino agli anni ottanta del secolo scorso le prove scritte di abilitazione alla professione di procuratore legale consistevano in due temi; e tuttora le principali prove di concorso per diventare magistrato ordinario sono costituite da tre temi di taglio teorico-nozionistico, con tutti i pregi e i difetti di questa scelta quasi centenaria.

Vale la pena di osservare che, mentre le professioni di avvocato e di notaio presentavano profili di cooptazione segnatamente nella fase del praticantato, almeno questo rischio era grandemente ridotto per l’accesso alla magistratura, la cui selezione era (e resta) affidata principalmente alle prove scritte di concorso, notoriamente complesse sul piano delle conoscenze richieste, a fronte di una prova orale impegnativa soprattutto sul piano emotivo (stante l’elevato numero delle materie di esame).

Con la recente istituzione delle Scuole di specializzazione per le professioni legali si è sperato di poter realizzare una significativa innovazione progettuale. Certamente felice era l’idea di una forma-

zione giuridica unitaria, finalizzata a cementare una cultura – non solo giuridica, ma anche e soprattutto forense – comune: un percorso di studi di eguale dignità curriculare affidata a un corpo docente comprensivo di avvocati, docenti universitari, magistrati e notai; e destinata a svilupparsi dentro l'università, quale istituzione deputata alla formazione, come tale astrattamente impermeabile alle rivendicazioni corporative delle categorie professionali interessate.

Purtroppo l'esperienza delle Scuole è disomogenea. In termini generali non si può dire che il progetto originario sia stato coronato da successo. Questo bilancio si deve soprattutto al carattere circoscritto dell'innovazione, che ha lasciato immutato il suo “prima” – la formazione universitaria – e il suo “dopo”, ossia i criteri di accesso alle professioni legali.

Quanto al rapporto con il corso di laurea (un itinerario formativo troppo a lungo immutato e di recente martoriato dal susseguirsi di riforme incompiute), l'introduzione del biennio di specializzazione presupponeva un incremento della qualità della formazione universitaria, non solamente la sua maggiore diluizione temporale, realizzata portando a cinque anni la durata del percorso universitario. Nelle nostre università abbiamo oggi un eccesso di offerta didattica, dall'effetto disorientante, là dove sarebbe stato preferibile un modello di formazione ricorsivo (destinato a tornare su alcune macroaree disciplinari con progressivo approfondimento), quale doveva essere in origine l'articolazione del corso di laurea nel c.d. 3 + 2. Ma ciò non si è verificato; l'esperienza delle lauree brevi, prontamente ridimensionata, è stata quella, prevedibile, di lauree minori, non di primo stadio formativo. Solo sulla struttura del buon laureato poteva costruirsi quella dello specializzato. Il passaggio dalla laurea alla scuola avrebbe necessitato di un filtro selettivo serio, onde evitare la creazione di una nuova area di parcheggio.

Per quel che riguarda il secondo profilo, le Scuole di specializzazione sono state condizionate negativamente dal sistema di concorso per magistrato ordinario, per accedere al quale – e salvo quanto si dirà a proposito dei tirocini negli uffici giudiziari – la frequenza delle scuole di specializzazione costituisce uno dei passaggi obbligati (a differenza di quel che avviene per l'accesso alle altre carriere professionali legali). A fronte delle ambizioni didattiche della scuo-

la, il cui programma abbraccia un amplissimo ventaglio di insegnamenti impartiti, l'interesse degli specializzandi è comprensibilmente mirato al superamento delle prove scritte del concorso per magistrato ordinario che, come noto, riguardano le tre aree tematiche del diritto amministrativo, del diritto civile e del diritto penale. Da qui la disaffezione per la frequenza delle altre materie e per converso il disappunto dei docenti degli insegnamenti di fatto "declassati". Lo scarto tra le aspettative dei discenti – l'addestramento alle prove scritte – e le rigidità regolamentari della SSPL hanno rivitalizzato le scuole di formazione private, rispetto alle quali la scuola universitaria rimane complementare, in forza della normativa che la impone, e non sostitutiva. Si assiste oggi a una tendenziale dissociazione tra cultura giuridica e tecnica concorsuale.

3. Il reclutamento concorsuale dei magistrati

Passando al meccanismo di reclutamento dei magistrati, si è già detto come esso sia tuttora insensibile alle profonde trasformazioni che hanno investito il ruolo della magistratura negli ultimi decenni.

Le prove di concorso per magistrato ordinario non si sono evolute e non presentano quella vocazione professionale che hanno invece le prove previste per accedere alle altre due professioni legali. Per diventare notaio o avvocato, infatti, il candidato deve cimentarsi in atti o pareri tipici di quelle professioni. In breve: nell'epoca in cui il magistrato e soprattutto il giudice sembra essere il solo signore del diritto, il suo reclutamento avviene sulla base di un pur fondamentale sapere nozionistico che nulla dice, tra l'altro, sulle indispensabili doti di equilibrio del futuro magistrato. In tal modo la prova scritta, ossia il principale filtro selettivo per l'ingresso in magistratura, si risolve nell'elaborazione di temi per lo più manieristici e standardizzati, frutto di un addestramento in batteria.

Le scuole di preparazione alle prove di concorso insegnano tecniche di redazione del tema, abbinandole alle conoscenze ritenute necessarie, nel cui contesto assume sempre più importanza il diritto giurisprudenziale (anche contingente, se così ha deciso la commissione giudicatrice cui compete l'elaborazione delle tracce) e regredisce l'importanza dei principi. Non si dimentichi che la cultura giu-

ridica è la principale garanzia del cittadino, operando nella materia penale da criterio di autoregolazione tanto dell'accusa, quanto e soprattutto della giurisdizione. Cambia, dunque, anche il sapere sulla cui base vengono reclutati i giovani magistrati, con la progressiva perdita di importanza del formante dottrinale, dovuto – sia chiaro – a cause anche endogene.

4. *I tirocini*

In questo contesto va collocato e correttamente valutato il nuovo percorso formativo del tirocinio presso gli uffici giudiziari, che tuttavia – deve precisarsi subito – costituisce un fenomeno sfaccettato e articolato.

Attualmente, infatti, sono previste molteplici modalità di svolgimento del tirocinio presso gli uffici giudiziari, che possono distinguersi da plurimi punti di vista, a seconda che il tirocinio: a) sia curriculare o meno (ossia faccia parte di un percorso formativo o al contrario non persegua in via prioritaria questo obiettivo); b) sia *ante lauream* o *post lauream*; c) consista in un'attività di supporto al personale amministrativo, svolta principalmente presso le cancellerie, o si sostanzi nell'affiancamento del magistrato c.d. "affidatario"; d) sia equivalente o meno al tirocinio presso studi legali o aziende convenzionate; e) sia gratuito o retribuito.

5. *Futuribili*

La differenza e la necessaria complementarità tra teoria e pratica del diritto non sono certo una novità. In passato, però, la pratica legale equivaleva all'applicazione del diritto; era sinonimo di passaggio dall'astratto al concreto, dalla enunciazione normativa alle mille condizioni della sua operatività. Oggi il tirocinio vorrebbe porsi su un piano diverso: non si esaurisce nell'incontro con il caso, ma aspira a fungere da ponte che conduce dal sapere al saper fare. Il tirocinio non guarda solo all'empiria, ma all'apprendimento della tecnica, che il corso di laurea non offre.

Ma è realmente così? O siamo di fronte al nuovo rivestimento verbale di una sostanza antica?

Una risposta definitiva non è possibile: pochi e parziali sono ancora i dati conoscitivi e disomogenea è l'esperienza. Non c'è materia per critiche demolitrici e per apprezzamenti apologetici.

Possono avanzarsi solo alcune considerazioni, concentrando l'attenzione sui soli tirocini che consentono al tirocinante di assistere e partecipare all'attività che svolgono quotidianamente i magistrati. La frequentazione delle cancellerie sarà certamente utile per il migliore funzionamento degli uffici giudiziari, ma è dubbio che si tratti di uno scambio alla pari. Ordinare faldoni, inventariare fascicoli, predisporre notifiche e via discorrendo sono attività che comportano un apprendimento che non vale lo studio di un buon libro di testo.

Diverso discorso va fatto per i tirocini professionalizzanti *post lauream*. La loro riuscita dipende da molti fattori, tra i quali la varietà dell'esperienza formativa, la sua prossimità al lavoro reale del magistrato, la dedizione del tutor, il controllo del progetto formativo da parte dell'università (dove richiesto), il raccordo con lo studio del diritto nella sua forma tradizionale, che segnatamente nel campo penale, è tuttora costituito dal confronto sia con i testi normativi, sia con le elaborazioni teoriche e giurisprudenziali. In mancanza di ciò non è facile dire quanto il tirocinio differisca dalla mera empiria e dalla *routine*.

Ma il vero punto di svolta è costituito dal tirocinio c.d. lungo che è sostitutivo della frequenza della Scuola di specializzazione per le professioni legali, ai fini dell'accesso diretto alle prove di concorso per magistrato ordinario. Esso è retribuito, mentre l'iscrizione alla Scuola di specializzazione per le professioni legali comporta un costo a carico dello specializzando. Tra i suoi vantaggi vi è quello di costituire titolo di preferenza per la nomina a giudice onorario di tribunale e vice procuratore onorario. Ma soprattutto la maturazione del tirocinio è titolo di preferenza, a parità di merito, nei concorsi indetti dall'Amministrazione della giustizia.

In breve: siamo in presenza di un percorso, riservato ai laureati migliori (stante la richiesta di un voto di laurea non inferiore a 105/110), del tutto esterno all'itinerario formativo universitario *post lauream*. Poiché consiste nell'affiancamento di un magistrato in tutte le attività da questo svolte, esso pecca di eccessiva specificità e

dipende interamente dalla capacità di insegnamento del magistrato affidatario. Si tratta dunque di un tirocinio che può definirsi domestico e monopolistico, perché interamente nelle mani del magistrato affidatario, forse per questo più attento all'esigenza lavorativa dell'ufficio (o meglio del singolo magistrato), che non alla formazione del neolaureato.

Da qui la domanda: siamo in presenza di un progetto di formazione culturale e professionale o di una soluzione volta a soddisfare le esigenze lavorative dell'ufficio del magistrato affidatario, dal quale il tirocinante desumerà un bagaglio di conoscenze tecniche specialistiche molto settoriali?

Ma a tali interrogativi se ne può aggiungere un altro di fondo: un tirocinio così concepito segna la fine del progetto della formazione condivisa, lasciata ordinariamente alla frequenza della Scuola di specializzazione per le professioni legali da parte dei laureati meno brillanti? Si delinea un orizzonte nel quale la formazione del futuro magistrato è affidata ad altro magistrato, con il rischio di proiettare sulla magistratura l'ombra della cooptazione, che è presente nell'avvocatura, anche se temperata dalle dure leggi del mercato professionale. È questa la direzione lungo la quale marciamo? È ancora presto per dirlo. Ma se in futuro la disciplina del tirocinio sostitutivo della Scuola di specializzazione per le professioni legali dovesse diventare un titolo direttamente valutabile in sede di reclutamento, il dubbio sarebbe risolto; con parziale svalutazione del vincolo costituzionale che impone il reclutamento del magistrato per concorso.

Ciò non significa che non si debbano ripensare le prove di selezione dei futuri magistrati. Parimenti non si può aprioristicamente escludere il valore dei titoli curriculari. Si tratta di una prospettiva meritevole di approfondimento, ma che deve restare sottratta alla gestione esclusiva da parte della categoria professionale ricevente. Il corporativismo che alligna nei processi di cooptazione va contrastato. Questo vale per l'avvocatura e a maggior ragione, stante la sua funzione pubblica, per la magistratura.

CAPITOLO VENTISEIESIMO

“DIMMI CHE GIUDICE HAI,
TI DIRÒ CHE DIRITTO AVRAI”.
LA RISCOPERTA DI UN’OVVIETÀ?

SOMMARIO: 1. La giuristocrazia. – 2. Il sentimento punitivo del processo. –
3. Il giudice di scopo. – 4. Il giudice empatico. – 5. La garanzia vale
meno ma conta più della giustizia.

1. *La giuristocrazia*

Una riflessione sul ruolo odierno della giurisdizione deve spingere lo sguardo oltre i confini nazionali, al fine di investigare non solamente la variegata esperienza straniera, ma anche l’attuale identità della giurisdizione nell’ambito dell’Unione europea. L’attivismo giudiziario sembra segnare, infatti, una nuova stagione del diritto, quella di una *giuristocrazia* cosmopolitica e globale (Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Mass., 2004), con corrispondente contrazione degli spazi decisionali della scelta politica, tradizionalmente di competenza dei parlamenti.

Da giuristi positivi, l’‘oggi’ cui bisogna fare riferimento non è soltanto il punto dove finisce ‘ieri’, ma soprattutto quello da cui inizia ‘domani’: è un oggi prospettico, più che retrospettivo.

Il tema, nella sua ampiezza e complessità, è stato arato di recente da Carlo Guarnieri (*I giudici delle corti europee*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*, Roma, 2018, p. 17 s.), che ha lumeggiato l’anatomia della Corte di giustizia, sottolineando l’esiguo numero dei giudici penali che ne fanno parte e consentendo così di comprendere l’*humus* culturale (nella specie: la sua carenza sotto il profilo della specificità penalistica) di certe sorprendenti statuizioni, come la recente pronuncia Taricco in materia di prescrizione, aspramente criticata dalla nostra dottrina, con una consonanza di voci che non è azzardato definire senza precedenti (Cap. XXII, § 5).

2. *Il sentimento punitivo del processo*

Come noto, la lunga stagione del giuspositivismo ha posto al centro della riflessione giuridica la norma, lasciando nell'ombra tutto ciò che di diverso influisce nella produzione del diritto. L'eccessiva delimitazione dell'analisi ha portato a separare l'oggetto dal soggetto, l'enunciato normativo dall'interprete, la staticità della regola dalla dinamica della sua attuazione, accentuando la distanza tra il mondo della teoria del diritto e quello dell'empiria, che coincide con il momento applicativo, oggi valorizzato, invece, in seno alla stessa filosofia del diritto (Giorgio Pino, *Teoria analitica del diritto*, I, Pisa, 2016, p. 124 s.).

Fino a pochi lustri or sono la base (anche formativa) del sistema (e dei suoi attori) era costituita dalla *dogmatica*, quale elaborazione concettuale delle categorie penalistiche, ancorata al primato del diritto sostanziale su quello processuale.

Oggi, l'interesse crescente per la dimensione applicativa della giustizia penale non può esaurirsi nell'approfondimento dei modelli di accertamento del fatto di reato e, segnatamente, nella ricapitolazione della giovane e travagliata vita del nostro processo penale, terreno di scorribande riformistiche dall'incerto disegno riformatore.

Bisogna prendere atto piuttosto che, in questo scorcio della tarda modernità, il processo penale, uscendo dal cono d'ombra della sua originaria subalternità al diritto sostanziale, è diventato artefice di un potere normativo concorrente ancora tutto da definire. Da qui l'interrogativo se e in che misura questa trasformazione inciderà sull'identità del paradigma penalistico consegnatoci dalla tradizione postilluministica, fatta propria dall'impianto costituzionale.

Primato del processo significa, dunque, per quel che qui più interessa, espansione del ruolo della giurisdizione. Se il giudice è l'altra faccia del diritto, i giuristi non possono occuparsi solo del prodotto, prescindendo dal produttore.

In breve: la luce declinante della modernità rischiarà un orizzonte ancora più ampio e trascurato, qual è quello dell'identità delle giurisdizioni, cui compete la ricostruzione del fatto di reato e l'interpretazione, sovente ardimentosa, del diritto.

Sennonché, a quest'ultimo proposito, *l'invenzione* del diritto, per riprendere le parole di Paolo Grossi (*L'“invenzione” del diritto*,

Bari, 2017, p. X), più che sinonimo di *rinvenimento* di regole che esistono già, sembra identificarsi – giocando sui significati impropri dell’espressione – in un’inammissibile *creazione* del diritto, peraltro solipsistica, ossia esclusivamente giudiziaria, nella misura in cui si sottrae, come avviene con crescente frequenza, al confronto con il testo e con l’elaborazione dottrinale. Il disinvolto scavalcamento di questi due avamposti dialogici e antimonopolistici nella produzione del diritto penale, il cui ruolo trova ancora argomentato sostegno, sta favorendo un passaggio dall’assolutismo legislativo a quello, non meno imperfetto e riduttivo, dell’assolutismo magistratuale.

Concludendo sul punto: nell’attuale stagione penalistica l’animo esegetico dei giuristi segnati “da una avvilente pigrizia culturale”, per citare ancora Paolo Grossi (*Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 25), sta lasciando spazio a una produzione giuridica di marca giudiziaria nel segno, peraltro, di una sistematica e debordante applicazione di pena, quasi a voler simboleggiare il valore salvifico della incultura penalistica illiberale, ossia il suo asserito volto nobile. Il giudice è sempre più animato dal “desiderio di non essere mai burocratico e cieco applicatore della legge” (Paolo Borgna, *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Bari, 2008, p. 88); ma a che prezzo?

3. *Il giudice di scopo*

Ben venga, allora, l’approfondimento dell’identità delle giurisdizioni, nazionali ed europee. Sgomitolando questo nuovo filo di Arianna non si riscopre soltanto che il diritto sostanziale non è l’unica gamba del tavolo; è giocoforza osservare, anzi, che il processo è la seconda gamba, ma soprattutto che ce n’è una terza, non meno fondamentale per la tenuta del piano su cui poggia il sistema: l’ordinamento giudiziario (Cap. XVIII, § 5). Al capovolgimento della piramide – il riferimento è ai rapporti tra diritto sostanziale e processo – si accompagna lo sdoganamento del convitato di pietra: il tema della selezione, formazione e organizzazione dei giudici. Parafrasando un noto proverbio, si potrebbe dire: dimmi che giudice hai, ti dirò che diritto avrai. Traendo ancora spunto dalla vicenda Taricco (Cap. XXII, 5), al giudice della forma, sottoposto alla legge e governato dal diritto sostanziale, rischia di subentrare il giudice di scopo, severamente cri-

ticato (v. Corte costituzionale ord. 27/2017 e sent. 115/2018), ma già insediatisi sugli scranni delle corti nazionali ed europee.

Da qui l'indifferibilità della riflessione sul giudice, che da astratto concetto di genere, uomo senza volto, quale appare tuttora nella cornice del nostro diritto penale sostanziale, entra nel vortice della concretizzazione dei processi di formazione del diritto, diventando il perno della dimensione empirica della giuridicità, sempre più entropica, con buona pace di chi cerca nel diritto ordine e coerenza (Giuseppe Zaccaria, *Nuove fonti, nuove categorie per il "post-diritto"*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, p. 53).

Sia chiaro: non si tratta di tornare alla visione meccanicistica di Cesare Beccaria, al timore che la produzione del diritto possa dipendere dalla "facile o malsana digestione del giudice" (*Dei delitti e delle pene*, § IV). Né l'empiria cui si fa riferimento coincide con l'opinione che dei singoli giudici si formano gli avvocati sulla base della loro esperienza forense. Sebbene questo tipo di sapere raggiunga talvolta la preveggenza delle massime di esperienza, e tenda ad accreditarsi attraverso l'applicazione al campo della giustizia di appositi algoritmi predittivi (Alessandro Traversi, *Intelligenza artificiale applicata alla giustizia*, in *Questione giustizia*, e anche in *disCrimen*, 6.5.2019, § 4), esso può essere generalizzato solo in parte, ossia limitatamente alla realtà di singoli fori, considerati in determinati contesti temporali.

Se si prescinde dalle vociferazioni locali – spesso in bilico tra verità e mitologie – il punto, dunque, è un altro e attiene alle condizioni che legittimano le giurisdizioni, le quali impongono un delicato bilanciamento tra la politicità e la tecnicità dell'attività giurisdizionale. Il loro dosaggio deve essere autenticamente trasparente, onde evitare di ammantare la scelta politico-criminale con il velo di una finta tecnica; nel qual caso la depoliticizzazione del diritto, oggi ancora professata, sarebbe solo apparente, perché spostata dalle mani del legislatore a quelle della giurisdizione, che diventa "nuovo attore sulla scena politica" (Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *Il sistema giudiziario*, Bologna, 2017, p. 11 s).

In ogni caso, "[q]ualunque sistema processuale moderno e democratico, piaccia o non piaccia, è antimachiavellico; il fine non giustifica mai i mezzi utilizzati per raggiungerlo" (Michele Consiglio, in *Giudice difensore e P.M. in aula*, Milano, 2010, p. 354).

4. Il giudice empatico

In questa prospettiva l’esperienza storica e comparatistica consente di enucleare due modelli diversi di legittimazione delle giurisdizioni, l’uno polarizzato sull’investitura, l’altro sul controllo.

Nei sistemi di *common law* sembra prevalere il primo modello, anche per il ruolo svolto dalla giuria popolare, che esprime il suo insindacabile giudizio di colpevolezza con verdetto immotivato; la qual cosa spiega perché in quel contesto ordinamentale “i controlli sui giudici da parte dei loro colleghi di rango più elevato s[ia]no scarsi e comunque piuttosto deboli” (Carlo Guarnieri, Patrizia Pedersoli, *Il sistema giudiziario*, cit., p. 140). Si aggiunga, inoltre, il ruolo legittimante delle parti processuali nella misura in cui, contribuendo alla selezione dei giurati, accettano per ciò stesso la composizione dell’organo giudicante.

Nei sistemi di *civil law*, com’è il nostro attuale, almeno sulla Carta (costituzionale), la legittimazione per investitura caratterizza le giurisdizioni supreme. Da noi, non tanto, o non soltanto, la Corte di cassazione, collocata *in apicibus* ma composta in assoluta prevalenza da giudici, in origine, reclutati per concorso, quanto e soprattutto la Corte costituzionale, sulla cui composizione, come noto, non è estranea la voce della politica parlamentare, per non dire di quella, più paludata, magistratuale. Lo stesso va detto per le Corti europee. Per questa ragione le richiamate riflessioni di Carlo Guarnieri assumono ulteriore pregnanza: la mancanza di cultura penalistica della Corte di giustizia incide negativamente sulla sua legittimazione sostanziale quale giudice della politica criminale europea.

Diverso discorso va fatto per le nostre giurisdizioni di merito, la cui matrice concorsuale disegna una investitura tecnica, che si completa, ancora una volta sulla Carta, con un forte sistema di controllo, tra cui spiccano l’obbligo di motivazione e i mezzi di impugnazione. Non può sottacersi che, da ultimo, questo impianto sta registrando crepe sempre più profonde. Il depotenziamento del controllo, infatti, è minato non tanto dai filtri di ammissibilità cui sono sottoposti gli atti di impugnazioni, estremo e inadeguato rimedio al sovraccarico giudiziario che affligge le Corti di appello e la Corte

di cassazione, quanto dalle ricorrenti proposte di semplificazione dell'impianto motivazionale.

Per non dire della crisi che investe la dimensione razionale dello *jus dicere*: la scoperta delle componenti empatiche del giudizio non registra solo un dato di fatto (di recente, Antonio Forza, Giulia Menegon, Rino Rumiati, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017); giunge a delineare una nuova figura, quella del giudice emotivo, volta a superare la favola del giudizio anaffettivo. È facile, però, scorgere, dietro questa euristica delle emozioni, un terreno molto scivoloso per la giustizia penale: sarà in grado il giudice di sminare il campo della sua emotività? O la consapevolezza che i nostri processi mentali registrano uno stretto intreccio tra la dimensione emotiva e quella cognitiva legitimerà una postura non equidistante del giudicante, più vicina al soggetto debole, che reclama tutela? L'empatia, *feeling with*, può diventare l'anticamera della compassione: *feeling for* (Laura Boella, *Empatie*, Milano, 2018, p. 81), fino a trasformare il libero convincimento in un contenitore di emozioni (Luigi Lanza, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia* 2011, p. 373, e anche in *disCrimen*). Nel campo del diritto penale ciò segnerebbe il preludio del postgarantismo e il miglior viatico per la partigianeria sociale (Cap. VI, § 4).

5. *La garanzia vale meno ma conta più della giustizia*

Il quadro tratteggiato è molto complesso, ma merita di essere scandagliato, affinché le virtù del giudice, nelle quali bisogna continuare a credere, siano ancora quelle di sommo garante, quale talvolta dimentica di dovere essere anche la Corte di giustizia.

Solo in questa veste le giurisdizioni, nazionali ed europee, potranno maneggiare, con competenza diretta o indiretta, lo strumento del diritto penale quale *magna charta* della persona e, principalmente, del colpevole. Nell'assiologia penalistica la garanzia conta più della giustizia e, in caso di conflitto, deve prevalere (Cap. XI, § 2). È meglio che soffra il senso di giustizia sostanziale dell'interprete, nel caso di denegata punizione, che il cittadino, nel caso della punizione non consentita.

CAPITOLO VENTISETTESIMO
POLITICA CRIMINALE E CONTROLLO
DI COSTITUZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. A mo' di premessa. – 2. Il controllo delle leggi tra legittimità e merito politico-criminale. – 3. A proposito dell'impermeabilità della Consulta alla 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, in ragione della sua investitura elettorale (Cap. V, § 4).

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.

Meglio, allora, riservare la scelta politico-criminale a procedure il più possibile democratiche (Ferrando Mantovani, *Erosione del principio della riserva di legge*, in *Criminalia* 2017, p. 121 s., e anche in *disCrimen*).

Il giudice – sempre secondo l'assetto costituzionale vigente – è

tenuto invece a rispettare l'opzione politico-criminale condensata nell'enunciato normativo.

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 alla 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 (in modo appassionato, Gustavo Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, p. 309 s.). 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 la sua rappresentazione 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 revan-scistiche 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 il vero non è mancato qualche supremo scivolone (si pensi alla già citata sentenza 394/2006, in materia di falsi elettorali: Cap. XXIII, § 4); per il resto risulta confermata 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 (Cap. XXI, § 4).

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 (Cap. II, § 4).

Con la richiamata giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza la Consulta si è fatta artefice di una discutibile mo-

dificazione di competenze e ruoli (Cap. XIII, § 7), 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, cui si rinvia (Cap. XXII, § 5).

6. *Il ritorno all'autoritarismo 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 perlopiù di inusitato e irragionevole rigore. Basti pensare alle innovazioni introdotte della recente legge in materia di corruzione, significativamente denominata dagli stessi proponenti "spazzacorrotti" (Cap. XXIV, § 3), 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, se e quando entreranno in vigore, realizzeranno il progetto, anch'esso punitivo, del processo penale eterno.

È ancora presto per fare previsioni sull'opera di resistenza culturale che si sta facendo strada nel discorso pubblico. C'è da augurarsi che la magistratura voglia contrastare l'odierno imbarbarimento del diritto penale, aprendo la strada all'intervento della Consulta.

LA DEONTOLOGIA DEL PENALISTA

SOMMARIO: 1. Empiria e deontologia. – 2. Per una deontologia condivisa. – 3. La deontologia come autocontrollo modale. – 4. Il pubblico ministero e l'abuso del processo. – 5. La deontologia del difensore. – 6. La deontologia del consulente tecnico e del perito. – 7. La deontologia del giudicante. – 8. La deontologia del foro.

1. *Empiria e deontologia*

La formazione giuridica *post lauream* mira, tra gli altri obiettivi, a colmare il deficit di empiria di cui soffre, secondo l'opinione corrente, il percorso universitario curriculare (Cap. XXV, § 2). Ai fini dell'integrazione sapienziale tra teoria e pratica del diritto, l'insegnamento di un maestro è una guida tanto preziosa, quanto rara. Solo i più fortunati possono fruirne nell'*habitat* ristretto del singolo ufficio giudiziario o dello studio professionale. A questo modello di formazione, infatti, non riesce ad accedere un rilevante numero di operatori del diritto. Ci si riferisce soprattutto (e non soltanto) ai giovani avvocati che si affacciano alla professione. Con lodevole intento surrogatorio, soccorrono allo scopo i tanti (per)corsi (per)formativi, oggi disponibili, che, appunto, promuovono l'aggiornamento sul campo, valorizzando il "diritto in azione", comprensibilmente decantato, ma capace di favorire atteggiamenti conformativi del tutto passivi e acritici.

D'altro canto, la dimensione pratica dell'operare nel mondo del diritto e per il diritto non può prescindere dall'etica professionale, come suo fondamento, prima ancora che come completamento formativo dei suoi protagonisti. A tal fine non basta la lettura dei codici deontologici, inevitabilmente laconici. Il perseguimento di un'ottimale consapevolezza deontologica richiede un deciso cambio di passo: bisogna partire dalle improprie assuefazioni comportamentali, dalle loro consolidate e non localistiche morfologie, al fine di valutarle criti-

camente, allentando la presa di un assopimento prasseologico talvolta soffocante e restituendo ossigeno al miglior dover essere.

È fin troppo chiaro che la deontologia non deve appiattirsi sull'empiria; è l'empiria che deve nutrirsi di deontologia, valorizzando la sua funzione integrativa dei doveri professionali. La misura della deontologia non è offerta dalla prassi, che in questo settore non ha funzione normativa. Spetta alla deontologia correggere le consuetudini scorrette, che non diventano ammissibili o tollerabili solo perché diffuse e finanche familiari. L'etica del foro non è la consacrazione del così fan tutti: la norma deontologica non può arrendersi al fatto, ma è destinata a vincere sull'esistente, pena la sua inutilità. La a-problematica stagnazione comportamentale, avallata da letture giustificative di ispirazione corporativa, è nemica mortale della deontologia.

La materia sconta notevoli e fisiologici vuoti di determinatezza. Anche per questo è controvertibile e controversa. Ma la sua vitalità è fuori discussione, al pari della sua funzione di indispensabile integrazione del diritto positivo, il quale, pur governando l'universo penalistico, non lo esaurisce. Il codice di procedura penale, in particolare, disciplina il processo, ma non può contemplare l'infinito catalogo dei comportamenti processuali.

La deontologia non è solamente una costellazione di regole di condotta, è dover essere allo stato puro, un condensato di valori professionali, prima ancora che di precetti espressi. La sua fonte non risiede, miniaturizzata, unicamente nei singoli codici di condotta, siano essi testi normativi o linee-guida; sta soprattutto nei valori che alimentano precipitati comportamentali in continua evoluzione.

Se ci si incammina lungo questa via, la lamentata carenza di tipicità dell'illecito disciplinare cessa di essere un limite della materia. La migliore inquadratura della deontologia, infatti, non viene dalla sua patologia (sebbene sia il suo più frequente punto di emersione), ma, come si è detto, dalla dialettica tra valori e prassi. Diritto disciplinare e deontologia sono dimensioni normative osmotiche, che presentano tuttavia una diversa profondità di respiro: la deontologia non ha solo un volto censorio, è un programma aperto e proattivo, che sopravanza il guscio formale della regola scritta e della sanzione posta a presidio della sua effettività.

Del resto, la tipicità è una categoria storica del reato, non è un

contrassegno logico dell'illecito, nemmeno di quello disciplinare, specie quando è stigmatizzato con sanzioni dai contenuti simbolici, come la censura o il richiamo, parafrasi del mero rimprovero, chiamate a trapuntare una tessitura casistica, orientata *pro futuro*.

La punizione dell'illecito disciplinare – sia chiaro – deve risultare prevedibile, ma la tipicità è solo uno dei mezzi – il più efficace – per il raggiungimento dello scopo. Per questa ragione, la tipicità è contrassegno del reato, quale illecito caratterizzato dalla massima afflittività sanzionatoria; per converso, le garanzie procedurali che presiedono all'accertamento dell'illecito disciplinare possono risultare sufficienti a compensarne una più duttile strutturazione sostanziale. A differenza del diritto penale, il diritto disciplinare non corre il rischio di trasformarsi in uno strumento ingiustamente liberticida e vessatorio.

Questa rassicurazione consente alla deontologia di non fermarsi alla necessaria osservanza del diritto positivo e di distinguersi, anche sotto il profilo della forza cogente, dall'educazione, quale tratto della persona e irrinunciabile costume sociale, che, in quanto antica-mera della deontologia, le è estraneo, ma di certo non guasta.

2. Per una deontologia condivisa

Tra queste sponde svolge il suo irrinunciabile ruolo interstiziale la deontologia, il cui massimo orizzonte non è costituito dalle singole violazioni disciplinari, bensì dalle prassi su larga scala, che, in quanto generalizzate, raramente vengono percepite come scorrette o perfettabili, mentre tali possono risultare ad una disamina più attenta e passionata.

Un programma così impegnativo e ambizioso richiede tuttavia un approccio concreto, dinamico e pluriangolare. L'aspettativa deontologica che riguarda ogni figura professionale di penalista – giudice, pubblico accusatore e difensore – merita di essere esaminata dalle rispettive interfacce processuali, al duplice fine di superare l'angustia nociva delle letture domestiche – e talvolta addomesticate – dell'illecito disciplinare e, per altro verso, di promuovere in ultima istanza una visione della deontologia se non condivisa in ogni sua sfaccettatura, almeno condivisibile nel suo insieme. Bisogna abbandonare, cioè, la trincea delle letture corporative a favore di aperture

e riconoscimenti vicendevoli, che tributino alla deontologia forense la dignità di patrimonio unificante, minimo comune denominatore di funzioni processuali per loro natura diverse.

L'obiettivo dovrebbe essere quello di una riflessione che, modellata anzitutto sulle specificità di ogni singola figura professionale, consideri al tempo stesso l'aspettativa di correttezza che gli altri soggetti processuali possono legittimamente coltivare. Soddisfatta questa condizione, si potrà parlare allora di deontologia del penalista come concetto di genere, quale sintesi delle deontologie del giudice, del pubblico ministero e dell'avvocato difensore esaminate nei rispettivi punti di intersezione.

Solo considerando l'*habitus* valoriale del penalista, quale *prius* etico della funzione di giudice o parte processuale, potremo avere una deontologia vivente e una empiria deontologicamente orientata, destinata a cementare l'altro fondamentale perno della vita forense: la cultura giuridica comune. Tutto ciò non solo per consolidare una pratica illuminata da valori, ma anche per l'importante contributo che l'etica professionale può offrire alla legittimazione della giustizia penale in un momento storico di crisi del sistema complessivamente considerato.

3. *La deontologia come autocontrollo modale*

La deontologia segue il penalista come un'ombra: è con lui nella comunicazione pubblica (si pensi ai rapporti con la stampa), nella formazione e nell'aggiornamento professionale (sia come suo oggetto, sia come parametro di svolgimento di questa importante attività), nei rapporti con la persona assistita, indagata o imputata, nell'attività che il magistrato svolge nel suo ufficio e l'avvocato nel suo studio professionale; in breve, dentro e fuori dall'aula.

Un panorama così ampio, che comprende i doveri deontologici concernenti la fase delle indagini preliminari, non può non privilegiare, come punto di irradiazione della riflessione, lo scenario dell'aula di udienza, quale teatro della contesa e luogo della decisione.

Non è questa la sede per misurare quanto puro sia il DNA accusatorio del nostro processo penale. Certo è che l'istruttoria dibattimentale costituisce uno dei momenti in cui il confronto tra le parti

processuali provoca naturali e contrapposte tensioni, che possono degenerare in scontro non solo argomentativo, com'è nello spirito del confronto dialettico tra tesi, ma comportamentale, secondo la logica competitiva per la quale l'importante è prevalere, costi quel che costi. In tribunale si applica il diritto; ogni altro vincitore che si autoproclami tale è un abusivo.

La deontologia – sia chiaro – non è chiamata a ostacolare la piena esplicazione delle funzioni processuali. Accusa e difesa non si confrontano con spirito decubertino. Ciò non significa, però, che non esista una cultura del limite chiamata a operare come forma di autocontrollo modale.

4. *Il pubblico ministero e l'abuso del processo*

Chi, meglio di giudici e avvocati difensori, può esaminare dall'esterno prassi e deontologia dei pubblici accusatori? Il pubblico ministero ha, come noto, grandi poteri nella fase genetica del procedimento penale, della quale è *dominus*. Essi vanno esercitati nel rispetto non solo delle forme processuali proprie, ma anche delle regole sostanziali che governano l'individuazione e la repressione dei fatti di reato. Il processo è pena esso stesso, ammoniva Francesco Carnelutti (*Principi di diritto penale*, Napoli, 1960, p. 54 s.). La sua attivazione richiede senso di responsabilità, onde evitare di trasformarlo in una sanzione atipica e disonorante.

Vengono qui in rilievo alcune costellazioni di casi riconducibili alla categoria problematica dell'abuso del processo (su cui, da ultimo, Domenico Notaro, *In foro illicito versari*, Torino, 2015, p. 6 s.). Si pensi alle imputazioni ultracreative, perché estranee al perimetro di ogni plausibile tipicità, o all'avvio delle indagini su reati eventualmente prescritti o troppo prossimi alla prescrizione per avere realistiche speranze processuali. Il processo non serve a graffiare l'autore di un fatto destinato a sfuggire per il malfunzionamento del sistema alla punizione, né può diventare un placebo sociale, ossia strumento per placare l'opinione pubblica.

Per non dire del ritardo dell'iscrizione della persona indagata, quando esso si accompagna allo svolgimento di atti di indagine in assenza delle necessarie garanzie difensive.

E si potrebbe continuare con i capi di imputazione solo apparentemente determinati, ma in realtà volutamente tautologici (come avviene spesso nei casi di colpa generica), e con le liste dei testi dai capitoli laconici (rilievo, questo, che vale anche per gli atti simmetrici delle difese).

Per venire al comportamento in udienza, è certamente deplorabile l'abbandono dell'aula in segno di disinteresse per la discussione dei difensori, come a dire che non potrà derivarne materia per una eventuale replica. Anche l'empatia con la vittima va mantenuta sotto controllo, posto che il pubblico ministero non è, né deve apparire, il difensore di fiducia della persona offesa.

L'uso di toni inappropriati e finanche offensivi all'indirizzo della controparte – anche questo è un rilievo generale – sono per lo più manifestazioni di scarsa professionalità, ma, a tacer d'altro, possono assumere rilievo deontologico quando toccano la persona del professionista e la sua funzione.

5. *La deontologia del difensore*

La stessa logica andrebbe seguita per le prassi e la deontologia del difensore. Qui prezioso è il punto di vista di magistrati giudicanti e pubblici ministeri.

Questa prospettiva lascia sullo sfondo la deontologia nel rapporto con l'assistito, per privilegiare – come uno dei perni della riflessione – il dovere di lealtà processuale, la cui attuazione può interferire sul diritto, comunemente riconosciuto all'imputato, di non collaborare affatto e finanche di mentire. In che misura questa facoltà dell'imputato si trasmette inevitabilmente al suo difensore? Alla base sta l'incertezza del confine tra la difesa *nel* processo e la difesa *dal* processo, opzione, quest'ultima, per lo più stigmatizzata, ma anche autorevolmente teorizzata in dottrina (Massimo Nobile, *La difesa dal processo e regole costituzionali*, in <https://vimeo.com/31859240>).

Un punto pare indiscutibile: la deontologia non può costituire un limite alla funzione difensiva, un pretesto per infiacchire in modo surrettizio il ruolo del difensore quale antagonista dell'accusa. Ne deriva la necessità di distinguere le ipotesi di autentico ostruzionismo processuale dalle scelte processuali insindacabili, perché

non ostruzionistiche anche quando producono effetti dilatori.

Si pensi alla continua e ripetuta sostituzione del difensore in udienza, con conseguente richiesta di un termine per lo studio degli atti. Questo espediente non ha nulla a che fare con il diritto di difesa, che non trae vantaggio alcuno dalla sistematica revoca del difensore. La difesa, al contrario, ha bisogno di continuità di azione.

Parimenti inaccettabili sono le piccole (e ingenuie, perché in realtà infruttuose) astuzie dilatorie come la mancata citazione dei testi, del tutto estranee all'esercizio del diritto di difesa.

Ben altra valutazione meritano le opzioni processuali che aumentano le probabilità della prescrizione, come la preferenza per il rito ordinario, anziché per quello abbreviato, in ragione del suo maggiore ingombro temporale. Qui manca a rigore una condotta ostruzionistica e con essa l'abuso del diritto di difesa, trattandosi di una scelta processuale insindacabile, peraltro a favore del rito maggiormente garantito.

Analoghe considerazioni dovrebbero valere per le impugnazioni giudicate inammissibili. Senza entrare nel merito degli incerti contorni di questa sanzione processuale, si tratta di una censura che riguarda l'atto, non la condotta del professionista che lo ha proposto esercitando il suo pieno diritto ad impugnare.

Al fondo c'è il tema della prescrizione, quando viene vissuta come aspettativa e traguardo dell'imputato. Coltivarne la maturazione come obiettivo collaterale di un atto processuale idoneo alla difesa non dovrebbe ritenersi deontologicamente censurabile, perché altrimenti si finirebbe per sanzionare l'esercizio del diritto costituzionale di difesa.

Un altro capitolo problematico è quello delle indagini difensive, oggetto di protocolli stringenti il cui mancato rispetto non può non avere rilevanza addirittura disciplinare. Più in generale, tutto il tema della formazione della prova è deontologicamente sensibile. Si pensi ai casi in cui il difensore ascolta in modo del tutto informale e irrilevante il testimone prima di inserirlo nella lista o prima di esaminarlo in udienza.

E ancora: fermo restando che il difensore non deve introdurre prove che sa essere false, ha l'obbligo di vagliarne previamente la genuinità? Può utilizzare le prove sospettate di non essere genuine,

se già inconsapevolmente introdotte da altre parti processuali?

Quanto alla formazione della prova dichiarativa, valgono per il difensore, come per il pubblico ministero, le regole generali di correttezza che bandiscono le domande volte a vulnerare gratuitamente la vita privata del teste (come quelle sulla sua vita sessuale), al pari delle domande suggestive in sede di esame diretto. Qui il dovere deontologico si estende all'adeguata formazione professionale concernente le tecniche dell'esame.

6. *La deontologia del consulente tecnico e del perito*

Un capitolo particolarmente importante è quello della deontologia del consulente e del perito, ai quali spetta il delicato compito di introdurre nel processo un sapere specialistico, estraneo al patrimonio culturale e tecnico del giurista. Il loro ruolo è, come noto, sempre più centrale. A fronte di ciò il loro statuto deontologico risulta a tratti umbratile.

Qui il problema di fondo è il rapporto con la verità scientifica. Specie nei casi di sapere controverso, il dovere di verità da contenutistico diventa metodologico. Non si tratta di rappresentare un libero convincimento scientifico, bensì di argomentare sullo stato delle conoscenze. Ebbene, questo punto di partenza non dovrebbe essere negoziabile, soprattutto nel caso del perito, quale esperto del giudice, non solo perché depone sotto giuramento, ma per la sua funzione processuale, che, per quanto possibile, è dirimere il dubbio. È da ritenersi che sia suo dovere rappresentare anche le tesi minoritarie e quelle che personalmente non condivide. Il suo *habitus* deve essere quello del giudice: imparzialità e terzietà. Resta fermo, tuttavia, che disporre la perizia non equivale a delegare il giudizio: il brocardo *iudex peritus peritorum* vede accrescere la sua validità nell'epoca del sapere incerto, sottoposto anch'esso a regole di giudizio prerogative esclusive della giurisdizione.

La stessa conclusione parrebbe valere per il consulente della pubblica accusa, quale parte imparziale su cui grava la ricerca anche degli elementi a favore dell'accusato. Il suo incarico non sottende l'assunzione di un'obbligazione di risultato; un rischio, quest'ultimo, niente affatto ipotetico quando il consulente si sente fidelizzato da consuetudini professionali al ruolo di ausiliario dell'accusa.

Ben più complessa è la posizione del consulente della difesa circa il rapporto tra sostenuto e sostenibile. È da condividersi la prassi che ne vuole la deposizione sotto giuramento, perché il consulente – quale che sia il suo ruolo – giura fedeltà prima di tutto alla verità scientifica. Quel che dice non può essere falso. Il consulente della parte privata, tuttavia, risente della prospettiva difensiva, che deve essere piena e non è mai neutrale nell'illuminare la dimensione problematica del sapere tecnico-scientifico. Il consulente della difesa deve soffermarsi sui profili scientifici contrari agli interessi dell'imputato, anche su quelli che, per ipotesi, sono sfuggiti al consulente dell'accusa e al perito? Lo stesso interrogativo vale per il consulente della parte civile.

7. La deontologia del giudicante

Uno spazio a parte merita la massima delle riflessioni deontologiche: l'etica della giurisdizione, vista dalle parti processuali. La deontologia del giudice è la più complessa, perché nel nostro ordinamento è figura totipotente: gestisce la contesa e giudica, sia in fatto, che in diritto. Dalla deontologia del giudice dipende la credibilità della giurisdizione. Il giudice è l'altro volto del diritto, la sua equidistanza e la sua indipendenza sono frutto di un'educazione e di una postura che non vengono solo dalle elevate competenze tecniche che è lecito aspettarsi da lui. Il giudice, soggetto per dettato costituzionale a una legalità razionalmente ricostruita e argomentata, è stretto oggi tra due potenziali ed esiziali sconfinamenti: da un lato, la burocratizzazione dell'attività, dall'altro, la politicizzazione delle decisioni. Da qui gli opposti modelli del giudice funzionario, portato al conformismo decisionale, e del giudice di scopo, libero artefice della politica criminale (Cap. XXVI, § 3).

La deontologia del giudice discende dal previo corretto posizionamento della giurisdizione come garante della legalità e soggetta per prima alla legalità. La sua non può che essere una deontologia legalitaria. L'etica professionale del giudicante deve servire il rispetto del diritto, in coerenza con il nostro modello ordinamentale di giudice, che non è interprete diretto del conflitto sociale, ma del diritto, che guida la ricerca della verità e la risposta alla domanda di giustizia.

Viviamo una fase storica caratterizzata dalle contaminazioni cul-

turali. Bisogna guardarsi però dall'acritico scardinamento dei modelli, non in omaggio a cliché preconfezionati, ma in ragione del necessario equilibrio tra le componenti politiche e quelle tecniche della giustizia penale. La maggiore libertà di manovra del giudice di *common law* discende anche dalla circostanza che si tratta di un giudice di nomina per lo più governativa, se non elettiva; non è giudice del fatto, ma arbitro della contesa (Cap. XXVII, § 5). Per questo si può permettere di intervenire nella formazione della prova dichiarativa anche con domande suggestive a beneficio della giuria, che possono invece sbilanciare il baricentro del nostro giudice, al quale compete anche la valutazione di merito.

Comunque e soprattutto: “La costanza sostiene la giustizia, la prudenza applica la giustizia, la bontà modera la giustizia. Sarà quegli un buon giudice, colui che unirà ai lumi profondi un'integrità superiore ad ogni sospetto. Incapace di convertire le più chiare questioni in problemi oscuri e difficili, d'alterare la semplicità delle leggi con sottili interpretazioni, di credersi abile a misura che trovasi ingegnoso e fecondo, nell'inventare temperamenti che snervano la forza e il vigor delle leggi. Di questa integrità il più stabile fondamento è il puro disinteresse, non quello soltanto che ricusa i regali e per sé e per gli altri, ma quello ancora che dispregia l'ambizione, il favore, la gloria umana, il desiderio finanche di essere applaudito e lodato per la propria integrità” (Adeodato Turchi, *Opere inedite*, seconda ed., IV, Fuligno, 1828, p. 238-239).

8. *La deontologia del foro*

Nell'epoca di una giustizia penale in trasformazione, le letture conflittuali dei doveri deontologici non aiutano; quelle dialogiche, si spera di sì.

La condivisione della riflessione deontologica, infatti, può favorire il maggiore rispetto dei ruoli processuali, tra loro diversi, tutti necessari, se, nel piccolo laboratorio di una riflessione condivisa, giudici, pubblici ministeri e difensori proveranno a scambiarsi idealmente le rispettive visioni su come dovrebbe essere il comune operare per il diritto; per comprendere le ragioni dei rispettivi interlocutori e tornare a interpretare al meglio ciascuno la sua specifica parte.

COLPEVOLE PER *IGNORANTIA LEGIS* INESCUSABILE
(ANCHE SE ECCELLENTE IN DIRITTO)

SOMMARIO: 1. Il dovere di conoscenza. – 2. Nel dubbio, astieniti. – 3. Il dovere di diligenza dell'ordinamento virtuoso.

1. *Il dovere di conoscenza*

A seguito della storica sentenza 364/1988, con la quale la Corte costituzionale ha riformulato l'art. 5 c.p., l'evitabilità dell'*ignorantia legis* viene comunemente collegata all'adempimento, da parte del cittadino, di un dovere di diligenza finalizzato alla conoscenza dei divieti penali e, per converso, degli ambiti di liceità consentiti dall'ordinamento. Questo riferimento ad uno dei presupposti della responsabilità colposa, qual è il dovere di diligenza, fa sì che il problema dell'evitabilità dell'*error iuris* sia impostato mutuando dalla teoria della colpa alcuni schemi di ragionamento, il cui impiego come ha finito per oggettivare la responsabilità per colpa, così ostacola la piena valorizzazione del giudizio di colpevolezza.

In effetti, tale dovere di diligenza si ritiene adempiuto solo quando l'agente ha fatto tutto il possibile per acquisire la *scientia iuris* e nessun rimprovero, neanche a titolo di *culpa levissima*, può essergli mosso. Una così elevata pretesa di diligenza, da tempo criticata per il suo rigore (Elio R. Belfiore, *Brevi note sul problema dell'ignorantia legis*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 145), discende appunto dal parallelismo che si è inteso instaurare tra *culpa facti* e *culpa iuris*, fino all'estremo della loro identificazione, nel senso che l'ignoranza della legge penale finisce per rilevare come evento di una fattispecie colposa *sui generis*.

Ne discendono riflessi decisivi sull'impostazione dell'evitabilità dell'*error iuris*, nel senso che il giudicante deve considerare quei comportamenti (massimamente) diligenti, che avrebbero consentito all'agente (modello) di conoscere la legge penale. E per questa via, non è difficile giungere alla loro astratta individuazione; il cittadi-

no – si aggiunge – può sempre rivolgersi alle autorità competenti, seppure, in realtà, con scarse speranze, non solo per l’acquisita irrilevanza delle eventuali rassicurazioni verbali, ma perché *ex ante* le istituzioni sono solitamente laconiche. Il loro compito non è quello di indirizzare il cittadino, il quale, nel migliore dei casi, dovrà accontentarsi di risposte orientate prudenzialmente a considerare vietato qualunque comportamento. L’unico spiraglio è costituito da una qual certa estroversione della pubblica amministrazione, che in taluni settori, come per esempio l’ambiente, non disdegna di pronunciarsi in anticipo. Diversamente deve dirsi per i pareri legali rilasciati da liberi professionisti, che sono, ai fini dell’applicazione dell’art. 5 c.p., scarsamente affidabili, in quanto inficiati dal peccato originale di essere solitamente responsi prezzolati.

Ma il rischio di un’oggettivazione del giudizio sulla *scientia iuris* non è affatto scongiurato ove si adotti il parametro, in apparenza più temperato, dell’*homo eiusdem condicionis et professionis*, che valorizza perlopiù le caratteristiche intellettive, culturali e soprattutto professionali dell’agente. Se nemmeno l’analfabetismo è in grado di scusare (Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 2019, n. 26417, in *De Jure*), *a fortiori* l’esercizio di una specifica professione finisce per cucire addosso all’agente concreto l’aspettativa di una impareggiabile *scientia iuris* di settore. Da qui, la progressiva e surrettizia restaurazione di una presunzione di conoscenza della legge di fatto invincibile, in quanto implicito corredo di una data qualifica professionale. A fronte di ciò l’ordinamento è affetto da “una sciatteria da logorrea, spreco di norme ed incuria nella tecnica legislativa, dovute alla incompetenza dei redattori dei testi legislativi, e che, talora, offendono il più elementare decoro letterario e inducono l’interprete a continui interventi di ‘ortopedia giuridica’ per ricostruire una logica normativa là dove questa è stata al più pensata” (Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2017, p. 69). La conoscenza dell’atto-fonte risulta, poi, particolarmente difficile nelle (molte) materie gravate dalla stratificazione di leggi o vessate da rinvii a fonti non sempre agevolmente accessibili, come quelle dell’Unione europea.

Il quadro si aggrava ove si consideri che la *scientia iuris* non si ferma alla scorza formale dell’enunciato normativo, dovendo ab-

bracciarne i contenuti dispositivi, i quali emergono all'esito dell'interpretazione. Un'attività, questa, che, per la sua indubbia complessità, richiede le conoscenze proprie dei giuristi, ossia una specifica professionalità, non pretendibile da parte di qualunque cittadino. Né si può dire che la non infrequente infedeltà del diritto giurisprudenziale porti con sé almeno il dono della chiarezza. È ben vero il contrario: la giurisprudenza è attraversata da frequenti contrasti interpretativi e soggetta a cambiamenti di indirizzo disorientanti, anche se ritenuti fisiologici all'evoluzione del diritto. Da qui la chiara percezione che il tanto decantato diritto vivente si erga sulle sabbie mobili dello *stare indecisis*, dalle quali non manca di prendere lo slancio verso vette di dissociazione giudiziaria inimmaginabili (il 24 settembre 2012, una sezione della Cassazione, in quell'occasione particolarmente disunita al suo interno, ha emesso, con la stessa composizione, due sentenze in materia di bancarotta che affermano l'una il contrario dell'altra in ordine alla struttura della fattispecie incriminatrice e alle numerose implicazioni di disciplina che ne derivano: v. sez. V, Corvetta, n. 47502, rv. 253493 e Id., Sarno, n. 733, in *Riv. dott. comm.*, 2013, p. 695).

Gli operatori e i cittadini sono afflitti dal disorientamento prodotto da una sorta di labirintite giuridica collettiva. Vale sempre di più il brocardo relativistico *Tot capita tot sententiae*, versione aulica del detto popolare "ogni testa è un tribunale".

In breve: lo studente di giurisprudenza che illustra in sede di esame le tante sfaccettature del diritto incerto viene promosso a pieni voti; il cittadino, per le stesse ragioni, viene condannato.

2. Nel dubbio, astieniti

Nell'affrontare il problema della conoscibilità del diritto (penale), bisogna prendere atto allora che, per il cittadino, ancor più che per l'addetto ai lavori, la condizione del dubbio non è affatto eccezionale. Del tutto inadeguata appare, però, la soluzione elaborata per questi non infrequenti casi. Secondo la giurisprudenza, in mancanza di certezza circa la liceità del comportamento, scatterebbe la regola dell'astensione (ribadita *ex plurimis* da Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2016, n. 2506, in *De Jure*), che appare di per sé penaliz-

zante (Cap. XXI, § 6), specie nel caso di attività produttive. Non è esagerato affermare che il diritto penale dell'impresa è di fatto fondato su una presunzione di *scientia iuris* dell'operatore economico, in buona parte ingiustificata, per sottrarsi alla quale l'unica via di uscita è la rinuncia allo svolgimento di un'attività socialmente utile e per sua natura dinamica. Ciò costituisce per l'imprenditore un ulteriore fattore di esposizione al rischio penale, quale alternativa all'astensione dall'agire.

La dottrina, solitamente più sensibile della giurisprudenza ai principi di garanzia, cerca di sfuggire all'impasse osservando che non sarebbe giusto ritorcere contro l'agente il dubbio invincibile (Francesco Palazzo, *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 132). Ma quand'è che il dubbio può dirsi invincibile? La pretesa della massima diligenza ne assottiglia l'ambito di configurabilità, perché nel mondo (opportunamente idealizzato) del diritto anche i dubbi più problematici sono risolvibili; come il modello dell'esperto universale consente nel campo della colpa l'adempimento di qualunque regola cautelare. Lo stesso contrasto di giurisprudenza, espressione manifesta del diritto incerto, anziché fondare il dubbio invincibile, finisce per escluderlo, nel senso che l'agente non potrà affermare di avere agito nella piena certezza della liceità. Ciò ha portato a negare finanche l'imprevedibilità dell'*overruling*, per definizione repentino (Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2018, n. 37857, in *Ced* rv. 273876).

Volendo sintetizzare la filosofia di fondo: è il cittadino che deve attivarsi per conoscere il diritto, mentre poco conta che l'ordinamento sia talvolta oscuro e contraddittorio. Il sistema rovescia su di lui il dovere di farsi parte diligente, al fine di superare un limite proprio dell'ordinamento, ossia l'incertezza dei suoi contenuti dispositivi, la quale, a sua volta, viene oggettivata come un dato di fatto che caratterizza il sistema, ma non è ad esso imputabile. Questa impostazione, del tutto criticabile, non è esclusiva del nostro ordinamento. Anche altrove si grava il cittadino del dovere di conoscere e prevedere l'ambito del divieto, ricorrendo alla metafora dell'attenzione che deve approfondire, nell'interesse della sua stessa incolumità, l'uomo che pattina sul ghiaccio sottile. Costui – si prosegue – deve essere consapevole di muoversi su un'immensa lastra di ghiaccio,

pronta a cedere sotto il peso inevitabile dell'agire individuale; non può preventivare se e dove si romperà il ghiaccio. Non gli resta, pertanto, che sperare nella buona sorte e essere massimamente vigile, se non vuole sprofondare nell'acqua gelata (sulla metafora, Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2009, p. 63).

Senonché, il diritto – si può validamente replicare – non è una realtà naturalistica, ma è prodotto dalle istituzioni a ciò preposte. La metafora va dunque corretta: chi pattina su una pista a ciò adibita deve prevedere l'eventualità del ghiaccio sottile? La risposta più ragionevole è che egli possa fare affidamento sulla tenuta del ghiaccio, il cui difetto deve considerarsi, anzi, un'insidia a suo danno.

3. *Il dovere di diligenza dell'ordinamento virtuoso*

Le considerazioni che precedono portano a individuare il vero nodo problematico nella condizione del dubbio soggettivo nell'epoca del diritto oggettivamente incerto, suggerendo un diverso modo di impostarne l'accertamento e la disciplina, svincolato dalla visione autoritaria sottesa all'originario art. 5 c.p. Da questa diversa angolazione, la *scientia iuris* va considerata un risultato conseguibile attraverso l'osservanza di doveri di collaborazione paritetici e convergenti, facenti capo tanto all'ordinamento, quanto al cittadino.

Iniziando dai primi, compito delle istituzioni non è soltanto la creazione del diritto, ma anche la sua efficace comunicazione ai cittadini, affinché possano rispettarne i contenuti. Si tratta di un'obbligazione di risultato, condensabile nel prioritario dovere di diligenza istituzionale, il cui mancato assolvimento fonda una colpevolezza dell'ordinamento, che non può far scattare, sotto la minaccia di pena, obblighi compensativi a carico del cittadino.

Si pensi ai fattori legati alla cattiva formulazione della legge, ossia ai vizi di indeterminatezza che impediscono la comprensione dell'area del divieto penale anche a chi è a conoscenza dell'atto-fonte. Nei casi più gravi – quali la mancanza di fattispecie, l'insanabile contraddittorietà della norma e la sua assoluta oscurità – si può dubitare finanche che la norma esista. Nelle ipotesi meno gravi, invece, tali carenze possono essere corrette in via interpretativa. Perché ciò accada, tuttavia, è necessario un certo numero di pronunce chiarifi-

catrici e stabilizzanti. Nel frattempo, il sistema dovrebbe fare salva, a rigore, la buona fede del cittadino, fin dall'entrata in vigore della disposizione incerta e per tutto il periodo del suo "rodaggio" ermeneutico. Diversamente ragionando, si avranno colpevolezze inverosimili, fondate sull'obbligo di astensione precauzionale.

Lo stesso deve dirsi per i casi di *overruling* e di contrasti interpretativi paritari, che danno luogo al dubbio irrisolvibile. Il cittadino non può essere chiamato a pagare il conto della fisiologica evoluzione del diritto penale.

Un diverso discorso va fatto per i contrasti non paritari e disomogenei. In relazione ai primi, non si potrà invocare l'inevitabilità dell'*error iuris* quando quest'ultimo si fonda su orientamenti minoritari, se non isolati, in seno alla giurisprudenza. Quanto ai secondi, la produzione del diritto vivente obbedisce a una logica gerarchizzata, per cui la giurisprudenza di legittimità ha una forza di formazione del diritto maggiore, perché proveniente da un giudice sovraordinato, la cui funzione precipua è la nomofilachia. Ciò spiega per quale ragione non varrebbe a fondare la scusabilità dell'*error iuris* l'ipotetico contrasto tra dottrina e giurisprudenza, stante il peso solamente culturale della prima. Il dovere di diligenza del cittadino, per essere credibile e non vessatorio, deve spingersi a chiarire queste ultime situazioni, le sole alla sua portata.

IL MITO DELLA PENA CERTA NELL'EPOCA DEL DIRITTO INCERTO

SOMMARIO: 1. La ricorrente invocazione della certezza della pena. – 2. I diversi significati della “pena certa”. – 3. La certezza della pena in chiave populista.

1. *La ricorrente invocazione della certezza della pena*

Tra i *refrain* penalistici degli ultimi lustri, l'invocazione della “pena certa” assume una posizione di indubbio spicco per frequenza, diffusione e, in linea di massima, plausibilità. Se la certezza costituisce una caratteristica irrinunciabile e un obiettivo costante del diritto, la sicurezza della risposta sanzionatoria appare addirittura coesistente al diritto penale. Detto altrimenti: se le norme penali fossero formulate in termini non assertivi (chi uccide sarà *certamente* punito), ma possibilistici (chi uccide *forse* sarà punito), esse darebbero vita a mere illusioni sanzionatorie, là dove storia e logica del diritto penale vogliono che la comminatoria edittale sia sinonimo di inesorabilità della risposta ordinamentale, la quale nel nostro settore è costituita, di regola, dalla pena.

Ebbene a giudizio di molti – e anche per questo il problema non va sottovalutato – il nostro diritto penale si sarebbe oramai trasformato in un fascio di velleitarie evocazioni di pena, quasi che le singole fattispecie incriminatrici scandissero meritevolezze sanzionatorie astratte in senso figurato, ossia destinate a non avverarsi.

I punti di emersione del fenomeno sono oltremodo noti e riguardano tanto la fase della irrogazione della pena (principalmente a causa della frequente ineffettività delle sanzioni condizionalmente sospendibili), quanto il momento della sua esecuzione (qui viene in rilievo la flessibilità della pena detentiva dovuta all'operatività dei c.d. benefici penitenziari, quali modalità esecutive favorevoli). Nel primo caso – si osserva – il condannato non patisce alcuna punizione; nel secondo la sua sofferenza sarebbe comunque sproporzio-

nata per difetto rispetto alla misura della sua colpevolezza. A ciò si aggiungano i recenti istituti della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.) e dell'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.), quali alternative radicali alla pena in concreto.

In breve, l'intero sistema punitivo avrebbe abdicato alle due elementari condizioni della prevenzione generale, come quintessenza di diritto penale: certezza e adeguata severità della pena. Pertanto, il sistema repressivo avrebbe perso – per dirla con una sola parola – la necessaria serietà.

Né, per contestare queste conclusioni, varrebbe denunciare il sovraffollamento delle nostre carceri. Il rilievo, di per sé inoppugnabile, che il carcere colpisce più duramente le fasce marginalizzate della società, pone l'accento sul tasso di ingiustizia che caratterizza i residui momenti di indubbia effettività della pena.

Ciò non toglie, che per il resto il diritto penale versi davvero in una crisi di efficacia difficilmente contestabile.

Non meraviglia, pertanto, che i fautori di un ritorno alla pena certa siano sempre più numerosi tra i giuristi e, significativamente, anche tra i politici. Per non dire poi della rappresentazione masmediatica del problema della criminalità, pronta a enfatizzare ogni scarcerazione anticipata seguita da recidiva. Non solo: il movimento registra oggi adesioni insospettite. Esse provengono dal diffuso disincanto per il mito della rieducazione e dal riflusso verso l'umanizzazione della pena, intesa come condizione di accettabilità della pena certa.

Ebbene, in questa "situazione spirituale", propensa a rivalutare il significato intrinseco della pena come concetto evocativo di sofferenza indisponibile, non può farsi a meno di ricordare che un modello di pena caratterizzato da tendenziale indefettibilità, contenuti custodialistici, rigidità esecutiva pressoché assoluta e alto grado di sofferenza l'avevamo già. Si trattava del sistema punitivo secondo il disegno originario del codice Rocco, nel cui contesto l'idea della centralità repressiva del carcere veniva sviluppata con indubbia coerenza ed efficacia.

Erano anche i tempi del tecnicismo giuridico, che riproponeva, in una rinnovata prospettiva di marca autoritaria, il mito del giudice

bocca della legge. Il sistema ideato dal codice Rocco, grazie al suo retroterra in materia di ermeneutica, era l'apoteosi di una concezione algoritmica della certezza, fatta di simmetrie perfette. La certezza dell'interpretazione trovava il suo necessario *pendant* nella certezza della pena, dando vita a una sorta di processo circolare caratterizzato da poche e marginali eccezioni, costituite essenzialmente dalla sospensione condizionale delle pene brevi, pensata esclusivamente per i delinquenti primari, e dalla liberazione condizionale per i detenuti che avevano completato con successo il processo emendativo.

In realtà, l'evoluzione del sistema sanzionatorio, quale si è sviluppata a partire dalla prima riforma dell'ordinamento penitenziario, è stata scandita da innovazioni intese a scalfire il primato del carcere soprattutto in relazione al raggio di azione delle pene brevi. Ma ciò non consente di denunciare un generalizzato lassismo del sistema punitivo. È ben vero, anzi, il contrario, se si considerano le controriforme, anche recenti, che hanno introdotto condizioni ostative alla fruizione dei benefici penitenziari, con grave depotenziamento della funzione risocializzante che la Costituzione assegna alla pena, ergastolo compreso (Luciano Eusebi, *L'ergastolo 'ostativo'*, in *Criminalia* 2010, p. 675 s., e anche in *disCrimen*). Per non dire dell'incrudelimento del regime di detenzione previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen., i cui contenuti solo in minima parte si giustificano con la dichiarata funzione di neutralizzazione del detenuto ancora pericoloso "all'esterno". Il volto torvo e occhiuto del diritto penale del nemico dice la sua anche, se non soprattutto, a proposito dell'esecuzione della pena. Forse troppo ottimisticamente si è colto nella storia della pena il segno di una continua abolizione (Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, 1877, trad. it., Torino, 1972, p. 269). La storia recente insegna purtroppo il contrario, testimoniando un ritorno all'idea dell'assoluta centralità del carcere come strumento di contrasto della criminalità non definibile "minore".

2. *I diversi significati della "pena certa"*

L'invocazione della "pena certa" non va comunque liquidata alla stregua di uno slogan demagogico e propagandistico, sebbene tale risulti in taluni contesti. Sul piano dei significati che essa racchiude,

infatti, l'espressione "certezza della pena" è tutt'altro che univoca, lasciando trasparire un ampio ventaglio di problematiche sottese. Pertanto, provare a chiarirne l'uso può essere utile per comprendere la varietà del suo retroterra e le ragioni della sua centralità nella cornice delle odierne riflessioni sui compiti del diritto penale.

In una prima e condivisibile accezione, la "certezza della pena" intende rimarcare un dato centrale che non può essere revocato in dubbio, senza travolgere l'essenza stessa del diritto penale: il riferimento è alla dimensione valoriale della pena. La funzione preventiva oggi riconosciuta alla pena – è questo il punto che si intende sottolineare – non autorizza a considerare l'afflizione come mero strumento di orientamento comportamentale. Per il fatto stesso di collegarsi a un reato, ossia a un fatto intriso di disvalore sociale, la pena costituisce il momento della riaffermazione dei valori violati, divenendo valore essa stessa. Questa precisazione, forse superflua, dà un senso più profondo alla sofferenza che si arreca con la pena e traccia un netto discrimine tra la concezione del diritto penale quale sistema normativo legittimo, per quanto migliorabile, e un programma abolizionistico, certamente nobile, ma ad oggi irrealistico. Ciò detto in termini di principio, resta da chiedersi se possa considerarsi un valore in sé il tempo della vita trascorsa in carceri sovraffollate, indecorose, talvolta prive delle condizioni essenziali di sopravvivenza, dove le attività riabilitative sono lettera morta o autentici privilegi. È con questa realtà che deve confrontarsi oggi l'invocazione della pena come valore. Per non dire delle sperequazioni sanzionatorie che caratterizzano il nostro sistema: la comminatoria edittale è spesso stabilita in ragione del maggior effetto deterrente possibile. Ciò porta a massimi edittali terrorizzanti, che prescindono dalla proporzione con la gravità del reato.

Ma la certezza della pena viene evocata anche in una seconda accezione per così dire funzionalistica, ossia legata alla logica tradizionale della prevenzione mediante deterrenza, prima del reato, e incentivazione, dopo. Da questa angolazione, la fruizione dei benefici penitenziari, per non risolversi in una forma di clemenzialismo inconciliabile con la natura repressiva del diritto penale, non deve risultare pianificabile *ex ante*: non bastando il dato oggettivo di una qualsiasi buona condotta *post factum*, deve snodarsi lungo

un percorso di autentico ravvedimento. Solo così, infatti, potranno trovare un'ottimale composizione le funzioni antagonistiche della prevenzione generale e di quella speciale *sub specie* di rieducazione. Ebbene, anche questa impostazione contiene un principio di verità, ma si presta a variabili attuative tra loro diverse. Bisogna intendersi, cioè, sui contenuti effettivi del traguardo rieducativo, perché un conto è la cessione, da parte del colpevole, della sua potenziale e residua antisocialità, lasciando ragionevolmente presumere che si asterrà dal commettere futuri reati; altro conto è la pretesa che il condannato collabori, altresì, alla punizione dei suoi eventuali complici. In passato la normativa antiterrorismo prevedeva due forme di dissociazione dai concorrenti, con o senza collaborazione. Oggi, la scelta effettuata dall'art. 4-*bis* ord. pen. è di segno opposto. L'elevazione del dovere di delazione quale modalità obbligata di risocializzazione non guarda tanto all'autenticità della resipiscenza in sé, ma la strumentalizza sull'altare della massima utilità repressiva nei confronti dei concorrenti.

In una terza accezione, la "certezza della pena" sottende, nemmeno troppo celatamente, l'esaltazione del furore punitivo nei confronti di talune forme di criminalità particolarmente inive e la legittimazione sociale della funzione custodialistica del carcere, non come estremo rimedio, bensì come principale azione di contrasto. Questo programma si compendia nel "gettare via le chiavi" dopo aver chiuso la cella, ossia nella disumanizzazione della pena e nell'abbandonando del condannato a un'inesorabile degradazione fisica e morale. L'immagine del detenuto che marcisce in carcere si commenta da sé. L'incultura del suo retroterra merita invece qualche ulteriore annotazione, per lo stretto nesso che essa presenta con l'odierno populismo penalistico.

3. La certezza della pena in chiave populista

Che la giustizia sia amministrata in nome del popolo, è affermato da un principio costituzionale coerente con l'impianto democratico del nostro ordinamento e indubbiamente saggio, perché si guarda bene dall'attribuire al popolo alcun ruolo attivo nell'amministrazione della giustizia. Del resto, l'impronta fisiologicamente autoritaria

del diritto penale esclude che esso possa “discendere dal basso”. Ed è un bene che sia così: un diritto penale amministrato secondo la volontà popolare, o peggio dal popolo, non sarebbe più democratico, ma più esposto al rischio degli umori delle folle. Altro è l’esercizio della sovranità da parte del popolo, nelle forme e nei limiti fissati dalla Costituzione, altro sarebbe l’esercizio popolare della funzione punitiva. Considerata l’onda lunga del giustizialismo che agita in modo ricorrente l’opinione pubblica, il diritto penale del popolo abbonderebbe verosimilmente di pubblici linciaggi.

“Pena” e “popolo” hanno bisogno, dunque, di mediatori, affinché non entrino in diretto contatto. Con altre parole: al popolo sono preclusi ruoli o funzioni nell’esercizio del diritto di punire; il popolo non può essere legislatore penale, vittima, accusatore, difensore e tantomeno giudice.

La grande tradizione della giuria popolare non smentisce l’assunto, perché, nei sistemi dove è prevista come giudice del fatto storico e della colpevolezza o meno dell’imputato, la giuria non si identifica con il popolo come entità indistinta, ma valorizza un giudizio laico affidato a singole persone opportunamente selezionate, elevate a giudice unico e irripetibile in un singolo processo. Sia detto *per incidens*: l’estraneità della giuria al nostro sistema processuale discende da una scelta di sistema, non da una preclusione di ordine costituzionale.

Tornando alla certezza della pena in salsa populistica, essa non è portatrice di valori aggiunti, ma esalta i rischi di una giustizia sommaria, viscerale, incontrollata, di ispirazione vendicativa (Ennio Amodio, *A furor di popolo*, Roma, 2019, p. 20 s.), refrattaria alle modulazioni premiali (Lucia Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino, 2019, p. 76): l’esatto contrario del modello penalistico di razionalità che la tradizione illuministica ha consegnato alle odierne democrazie fondate sullo stato di diritto.

SOMMARIO: 1. Il diritto cambia. – 2. Verso un mutamento del paradigma penalistico? – 3. Il diritto “veloce”. – 4. Tu vuo’ fa’ l’americano. – 5. Giudice e legislatore. – 6. Ti sei potuto difendere. – 7. Toghe pulite. La caduta degli dei.

1. *Il diritto cambia*

La staticità del diritto è contro la natura delle cose. Tutto scorre. Cambia anche il diritto che vive incarnato nel sociale. Un diritto stagnante non saprebbe trovare risposte adeguate alle nuove richieste di giustizia.

Non tutti i cambiamenti del diritto hanno, tuttavia, la stessa rilevanza e portata. Un conto è la modificazione di singole disposizioni penali o singoli comparti normativi, un altro conto sono le trasformazioni di sistema. E ancora: la modificazione del diritto può essere espressa o meno.

L’ordinamento disciplina unicamente la prima, concernente di solito specifici segmenti normativi. Il fenomeno della successione di norme viene assunto convenzionalmente come un’eccezione alla stabilità precettiva del sistema normativo, che non è un valore in sé, ma un riflesso della proiezione verso il futuro di ogni ordinamento giuridico, ossia la sua attitudine alla stabilità quale condizione della sua funzione regolativa e della sua elaborazione empirica. Il necessario adattamento del sistema normativo ai nuovi obiettivi politico-criminali ben si concilia con la concezione positivista del diritto.

Diversamente, nel contesto di un diritto penale fondato esclusivamente su immutabili principi di ragione, l’evoluzione del diritto costituisce un fenomeno di difficile spiegazione, non a caso trascurato da giusnaturalisti illustri. E ancora: l’irretroattività della legge penale, benché invocata dagli imputati di crimini contro l’umanità fin dal processo di Norimberga, non riceve significativa accoglienza

nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali.

In effetti, al di fuori di una nozione di reato fondata sul convenzionalismo del principio di legalità, il fenomeno successorio perde progressivamente di rilevanza, al pari degli altri istituti a base temporale. L'espressa disciplina giuridica del fluire del tempo è l'altra faccia della dimensione secolare del diritto penale, che vede nella normazione il condensato di scelte politico-criminali, alcune destinate alla stabilità, altre meno.

Sennonché, il diritto penale legalistico, per via del suo formalismo, semplifica eccessivamente il capitolo dell'intertemporalità. Espressione di un siffatto riduzionismo è la disciplina dettata dall'art. 2 c. p., la quale identifica il fenomeno successorio con le modificazioni che interessano gli enunciati normativi, ossia gli involucri semantici delle norme. Vengono trascurati, invece, i significati che sprigionano dalla lettera della legge, i quali possono modificarsi in via interpretativa senza che muti il tenore testuale della norma. In astratto la loro rilevanza è destinata a riverberarsi principalmente sul piano dell'*error iuris*, ma con scarso successo. La giurisprudenza, in realtà, riconosce un rilievo davvero marginale al mutamento dei significati, ritenuto, come si è già visto, perlopiù prevedibile e quindi incapace di fondare un'ignoranza inescusabile.

Più sensibile al profilo sostanziale dell'intertemporalità è, fortunatamente, la giurisprudenza CEDU (chiaramente sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia), la quale, estendendo il divieto di retroattività sfavorevole all'interpretazione, integra la portata garantistica della legalità formale, una volta accolta dalla nostra giurisprudenza nazionale (Vincenzo Maiello, *La Cassazione ripristina la legalità convenzionale nel caso Contrada*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 224 s.).

2. *Verso un mutamento del paradigma penalistico?*

Concentrando l'attenzione sulle evoluzioni del diritto per così dire silenti, è difficile interpretare il cambiamento *in fieri*, ossia coglierne, da contemporanei, il senso e la direzione. Ancora più impegnativo è valutare (condividere o meno) i processi di trasformazione in corso.

Si tratta, nondimeno, di cimenti inevitabili. Il giurista non è un

contemplatore di fenomeni sociali, non aspetta che un ciclo evolutivo si completi. Ritiene di avere titolo per dire la sua mentre la storia si compie. Pretende anche di condizionarla. Ma prima di tutto, si sforza di individuare i cambiamenti autentici e significativi, tralasciando quelli pulviscolari che riguardano specifici profili di disciplina.

L'interesse maggiore si concentra, dunque, sulle trasformazioni generali che mutano i paradigmi giuridici e la grammatica penalistica, ossia non tanto o non soltanto i contenuti specifici, quanto e soprattutto i principi generali e il sistema di produzione del diritto.

3. *Il diritto "veloce"*

Secondo una convincente chiave di lettura (Harmut Rosa, *Accelerazione e alienazione*, trad. it., Torino, 2015, p. 5 e p. 20-21), la vita odierna si caratterizza per una costante accelerazione dei suoi ritmi. Le già elevate "velocità" individuali e sociali sono destinate a incrementare ulteriormente, perché l'umanità – insegna la sua storia – è in grado di sopportarne l'intensificazione e gli immancabili costi.

Il diritto penale della tarda modernità non sembra reggere questo processo evolutivo. Fatica a fornire le risposte ai problemi sociali. La sua formazione risulta troppo lenta: perché la volontà normativa si realizzi, occorrono i tempi lunghi della legislazione e del processo. Da qui, la tentazione di saltare la prima fase e di restringere la seconda, con il taglio di talune fondamentali garanzie come, per fare solo un esempio, il doppio grado di giurisdizione nel merito, ritenuto una incongruenza da sanare (Michele Vietti, *Facciamo giustizia*, Milano, 2013, p. 45 s.).

Cosa uscirà dal tunnel, ancora lungo, della crisi delle categorie illuministiche fondate su una tempistica meno assillante? Non è facile rispondere. Certo è che al modello del diritto penale legalitario, determinato e garantito, si sta sostituendo un panpenalismo giurisprudenziale destrutturato.

La velocità penalistica ambisce a un volto pretorio, che avversa il cuore pulsante della forma con funzione di garanzia, cosa diversa dai meri formalismi, il cui impiego ben può essere illiberale. Il sistema, insofferente al monismo monopolistico della normazione parlamenta-

re, evolve verso il pluralismo delle fonti, che marginalizza l'impronta democratica della legislazione. Sulla scena si affacciano nuovi registi, ma cresce soprattutto il ruolo di protagonista del ceto magistratuale e segnatamente della giurisdizione, che la tradizione moderna aveva inteso contenere nel solco di un preciso tracciato legislativo.

4. *Tu vuo' fa' l'americano*

Il nostro giudice parrebbe essersi americanizzato. Le apparenze indicano questa aspirazione. Ma la realtà è diversa. È sufficiente ricordare alcuni tratti peculiari del sistema di *common law*: anzitutto, il giudice del fatto è costituito dalla giura popolare, la quale emette un verdetto immotivato. Non solo: il giudice cui compete il governo del processo e la commisurazione della pena è di estrazione politica, governativa o elettiva (Cap. XXVIII, § 7). Senza contare che, nel sistema angloamericano, il giudice proviene sovente dall'avvocatura. Nell'assumere la funzione giurisdizionale, cessa tuttavia di essere collega dei professionisti che rappresentano le parti processuali, là dove da noi giudicanti e pubblici ministeri fanno parte, come noto, dello stesso ordine.

Né può ritenersi che l'improprio accostamento tra il nostro sistema e quello angloamericano sia giustificato oggi dalla dichiarata vocazione accusatoria (per il vero blanda) del "nuovo" processo penale. Le contaminazioni reali sono assai meno di quelle dichiarate, e comunque non sono in grado di spiegare un innegabile dato di fatto: l'ampliamento degli spazi d'intervento della giurisdizione. Più plausibile sembra la chiave di lettura sostanziale, che collega il sempre più incisivo decisionismo giudiziario all'inadeguatezza della legislazione, senza con ciò nascondere gli eccessi. Non a caso si è parlato, in ambito civilistico e in termini problematici, di *jurisimprudence* (François Terré, *Jurisimprudence?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 354 s.).

5. *Giudice e legislatore*

Seppure con le precisazioni che precedono, non può negarsi che anche il volto della giurisdizione stia cambiando. Il diritto giurispru-

denziale oscilla tra occasionali, ancorché vibranti, richiami all'ortodossia costituzionale (si pensi alla già citata sentenza della Consulta 115/2018: Cap. XXII, § 5) e approcci ermeneutici alquanto disinvolti, che degradano la norma penale al livello di uno schema di qualificazione del fatto di reato esemplificativo, non vincolante (Cap. XVIII, § 4).

Guardando la realtà giudiziaria, nel nostro odierno sistema c.d. multilivello il giudice sceglie il parametro di giudizio in vista della soluzione. A tal fine può sfruttare, nell'impostazione del singolo caso, lo strumento della disapplicazione diretta delle norme ritenute in contrasto con fonti gerarchicamente sovraordinate, come il diritto dell'Unione europea, scartando la strada del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia e finendo con l'accentuare la disomogeneità del diritto vivente (Cap. XXII, §2).

Un altro fenomeno degno di nota consiste nel progressivo abbandono di una metodologia interpretativa rispettosa della struttura della fattispecie, ossia aderente agli elementi costitutivi del fatto tipico. La giurisprudenza penale appare propensa a una rilettura critica del bilanciamento degli interessi in gioco. Così facendo, si finisce per trascurare che, nell'ambito della tipicità, tale bilanciamento è stato già risolto dal legislatore, quale organo competente in via esclusiva (Costanza Bernasconi, *La metafora del bilanciamento nel diritto penale*, Napoli, 2019, p. 8 s.). Detto altrimenti, il giudice-legislatore non si ritiene vincolato dal sigillo della fattispecie, ma si considera direttamente investito dal problema che la norma penale affronta. Da questa angolazione muta la stessa concezione della fattispecie, la cui funzione non sarebbe più la narrazione linguistica del fatto vietato, ma l'individuazione del conflitto sociale su cui intervenire. Ne risulta svalutata la tenuta garantistica della tipicità, quale regola di condotta. Il giudice-legislatore ha maggiore dimestichezza con le regole di giudizio.

In questo contesto, il legislatore si trova stretto tra due linee opposte, che percorre alternativamente: da un lato, la resistenza, che passa attraverso il recupero della massima precisione tipizzante, nell'illusoria convinzione di contenere le tracimazioni giurisprudenziali (si pensi alla riforma dei reati societari del 2002); dall'altro lato, la collaborazione servente, che prevede la produzione di fattispecie

vaghe e imperniate su valutazioni “a fisarmonica” di offensività (è il summenzionato caso degli eco-delitti).

6. *Ti sei potuto difendere*

Il protagonismo giudiziale porta con sé, come ricorso storico, un ritorno al primato del processo, che era stato depotenziato dalla svolta illuministica. Quest’ultima aveva attribuito alla “procedura” funzioni puramente “serventi” rispetto all’applicazione del diritto sostanziale di impronta legalistica.

La rivalutazione del processo, come fattore di legittimazione dell’intervento punitivo, si giustifica oggi con la ritenuta piena attuazione del contraddittorio tra le parti, il cui valore non è solamente endoprocedurale, ossia legato alla formazione della prova e all’accertamento del fatto, ma interesserebbe anche il piano del diritto sostanziale. Dall’ispirazione avversariale del nostro processo promanerebbero infatti virtù garantistiche in senso complessivo. Il processo – è questo lo schema di ragionamento sottinteso – consentirebbe all’imputato di difendersi provando. La dialettica processuale, inoltre, metterebbe fuori gioco il soggettivismo ermeneutico (Gianni Vattimo, *Verità e interpretazione*, in *Processo e verità*, Pisa, 2005, p. 14). Ciò compenserebbe, tra l’altro, la perdita di rigore della legalità sostanziale e favorirebbe, per converso, la riaffermazione di un corrispondente potere normativo del processo, *sub specie* di incremento della flessibilità decisionale del giudice. L’agognato ritorno al diritto con poca o senza legge.

Si tratta, tuttavia, di un teorema debole e illusorio: è ben vero che il processo non è una cinghia di trasmissione neutra del diritto sostanziale. Sennonché, il rafforzamento del contraddittorio e del diritto di difesa opera sul piano del metodo; nulla dice sulla correttezza o meno dei parametri di giudizio, che costituiscono l’oggetto del diritto sostanziale. Il processo, ammesso che sia divenuto realmente “giusto”, non può diventare il luogo delle scelte politico-criminali, senza con ciò relativizzare e rendere opinabile il ventaglio delle soluzioni. In breve: la crisi del diritto sostanziale e della legalità non è compensabile, e si risolve in una perdita secca sul piano delle garanzie. Senza un diritto sostanziale “forte” si indeboliscono

i binari del processo. Non è il diritto sostanziale che va ancorato al processo, ma il contrario. Non sorprende, allora, che anche da parte di chi si dichiara indulgente nei confronti della creatività giudiziale, giunga la proposta di un correttivo ordinamentale che impedisca l'abuso ermeneutico: la possibilità per il cittadino di ricorrere a un organo, diverso dalla Corte di cassazione, composto, oltre che da giudici, da avvocati e professori universitari, competenti a dichiarare, se del caso, il tradimento del disposto legislativo (Alberto Cadoppi, *Presentazione*, in *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, p. 15).

Ciò non significa che il principale strumentario sostanziale – la fattispecie – possa sopportare livelli di astrazione irrealistici. Il legislatore, nel narrare i fatti di reato, dovrebbe preoccuparsi di assicurarne la “provabilità”, ossia due funzioni che in via di prima approssimazione si possono chiamare “l'accusabilità” e la “difendibilità”. Una fattispecie che non è suscettibile di diventare idoneo strumento di accusa (perché priva di un plausibile ambito applicativo, com'era la figura del falso in bilancio dopo la riforma del 2002, o perché impossibile da dimostrare) non può perseguire alcuna istanza di tutela. Per converso, una fattispecie dalla quale non ci si può difendere, perché per esempio troppo generica, non soddisfa il minimo garantistico sostanziale.

Il processo deve assicurare piuttosto gli obiettivi garantistici suoi propri, che oggi rischiano di sfuggirgli. Si potrebbe partire da un dato empirico, che sarebbe laborioso dimostrare sul campo: lo si assumerà pertanto come frutto dell'esperienza personale, come tale, accettabile con beneficio d'inventario: la formazione della prova è soggetta al principio del *favor vittimae* e dello *sfavor rei*. La parola della presunta vittima è ammantata per definizione di credibilità (anche quando si è costituita parte civile), quella dell'imputato è inficiata, altrettanto per definizione, dal suo diritto di mentire. Da qui la vitalità di un nuovo principio: *in dubio pro culpa*.

I procedimenti avviati sulla base di accuse sgangherate non sempre finiscono bene per l'imputato. L'astrusità dell'accusa è uno svantaggio per la difesa. Ma quando il giudice fa giustizia di tali stravaganze, manca ancora qualcosa. I processi dalle accuse insostenibili dovrebbero concludersi con una nuova formula assolutoria: il

proscioglimento con tante scuse da parte dell'ordinamento. Invece finiscono come polvere sotto il tappeto.

Il processo, infine, rischia altri tragici regressi. Il giudice, proprio perché laborioso, soffre il peso del rendiconto motivazionale, amplificato dal sovraccarico processuale. È nota la giurisprudenza secondo la quale il giudice non deve necessariamente motivare le ragioni per cui, tra le tante ricostruzioni del fatto, sceglie l'una piuttosto che l'altra, anche se la tesi scartata è più plausibile. L'obbligo di motivazione si ferma alla spiegazione del percorso decisionale prescelto, non deve misurarsi con le possibili soluzioni alternative. Da qui, di fatto, i noti paletti alla ricorribilità per cassazione del travisamento del fatto, limitato all'errata comprensione di singoli elementi probatori, ritenuti decisivi.

7. *Toghe pulite. La caduta degli dei*

La produzione del diritto penale – che muova dalle leggi o dai precedenti giurisprudenziali – dipende in modo significativo dalla sensibilità garantistica e dalla cultura degli operatori del diritto.

Una buona sentenza è meglio di una buona legge; e un buon giudice – come ben sanno gli avvocati – vale più di un buon legislatore. Conta di più chi parla per ultimo.

I sistemi si distinguono, dunque, anche in base alla fiducia che ripongono nella figura del giudicante. Il tema non è nuovo, come confermano le pagine che vi dedicava Aristotele, quando esortava le leggi a lasciare il minore spazio possibile alla discrezionalità dei giudicanti (*Retorica*, Libro I, 1). Ma ci sono altrettanti validi argomenti per pensarla diversamente.

Sotto questo profilo, la tradizione illuministica, cui si rifà la nostra Costituzione, si è sviluppata all'insegna della prudenza. Le cose, adesso, stanno cambiando, per ironia della sorte nel momento in cui la magistratura raccoglie il suo minimo storico di fiducia sociale, anche in ragione dei recenti scandali che, al di là delle responsabilità individuali, hanno investito il sistema correntizio e lo stesso ruolo del CSM.

Ma al di là delle vicende nostrane, la crescita di importanza della giurisdizione è al centro dell'attenzione della dottrina internazio-

nale, che per lo più asseconda il nuovo corso, non senza voci di dissenso, che invece arrivano a considerare “cruciale” l’obiettivo di mitigare e arginare le aggressioni antidemocratiche sferrate dalle classi giudiziarie (queste le battute finali della riflessione di Robert H. Bork, *Il giudice sovrano*, 2002, trad. it., Macerata, 2006, p. 218, seppure riferite principalmente alla giustizia costituzionale).

Se muta il ruolo del giudice, occorrerà ripensare lo statuto etico e ordinamentale della giurisdizione e della magistratura in genere. L’ordinamento giudiziario non può rimanere fuori da questo importante processo di rinnovamento dei ruoli. La fiducia nel giudice, se non vuol essere solo empatica, va costruita fin dalla sua formazione e dal suo reclutamento. Non si tratta soltanto di ridisegnare l’equilibrio istituzionale complessivo, onde evitare un consolidamento corporativo della magistratura come elite sociale. Non va perso di vista il sistema delle garanzie, che dovrà riplasmarsi sulla figura di un giudice facitore del diritto.

I colpevoli sono sempre più nelle mani del giudice. Per questa ragione hanno diritto a un buon giudice. Anche gli innocenti.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2019