

INSORGENZE POPULISTE E PRODUZIONE DEL PENALE *

Enrico Amati



SOMMARIO 1. Contesto. — 2. Il “laboratorio Italia”. — 3. Genesi. — 3.1. Sottomissione. — 3.2. Complesso accusatorio. — 3.3. Competizione. — 4. Populismo politico e populismo penale. — 5. Verso l’abisso. — 5.1. Materialità/Vendetta. — 5.2. Purificazione/Emarginazione. — 5.3. Percezione/Dimisura/(In)efficienza. — 5.4. Legalità vs. Grande Semplificazione. — 5.5. Prima *ratio*. — 5.6. Sicurezza — 5.7. Vittime — 5.8. Potere giudiziario — 6. Gli argini e le mura — 7. Per una nuova penalistica civile.

«Perché un regime si possa dire liberale non basta che esso sia ordinato secondo il principio di legalità, ma occorre qualcosa di più: occorre che la libertà individuale sia assicurata anche contro le leggi ed anche nel periodo di formazione delle leggi»

P. CALAMANDREI, *Non c’è libertà senza legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2013

1. Contesto

Limitando il campo d’osservazione all’Italia, un’istantanea del presente illustra un panorama penalistico desolante: il codice penale è ormai diventato terreno di bivacco per chiunque voglia ottenere un facile (e, talvolta, effimero) consenso elettorale.

La produzione del penale è sempre più “selvaggia”, con la conseguenza che «il diritto penale è in crisi, cioè in salute»¹.

È in crisi rispetto a tutti i principi garantistici, perché si sviluppa fuori da qualunque disegno razionale.

* Si tratta del testo, rivisto e aggiornato, della relazione al convegno *“Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità”*, svoltosi presso la Certosa di Pontignano (SI), il 24 e 25 maggio 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione nel numero XL della collana di studi “Pietro Rossi” nuova serie del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Siena, edita da Pacini Giuridica.

¹ Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998 p. 540 e p. 546.

È in salute, perché si è fortificato: è sempre più “muscolare”, “massimo”². Non interviene più in via sussidiaria, bensì è la prima, se non l’unica, *ratio* degli interventi normativi.

La «pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra», cui faceva riferimento Francesco Carrara³, sembra rappresentare il *leitmotiv* delle politiche criminali degli ultimi anni.

Quali sono le cause della marcata “fascinazione” per un diritto penale sempre più illiberale, ormai concentrato ossessivamente sulla tutela della sicurezza pubblica (bene “onnivoro”⁴) e su istanze di de-secolarizzazione/rieticizzazione?

Lo storico René Grousset ha scritto che «nessuna civiltà viene distrutta da fuori senza essersi prima rovinata da sola, nessun impero viene conquistato dall’esterno, senza che precedentemente fosse già suicida. E una società, una civiltà, si distruggono con le proprie mani quando hanno smesso di comprendere la loro ragion d’essere, solo quando il pensiero dominante attorno al quale erano prima organizzati è come diventato straniero a loro stesse»⁵.

Occorre allora andare alla ricerca dei fattori di *continuità*, di lenta disgregazione, e dei *caratteri originali* che stanno portando alla “rottamazione” di ciò che rimane dei principi liberali del diritto penale.

2. Il “laboratorio Italia”

È «quasi un luogo comune dire che i contesti politico-istituzionali e i loro mutamenti incidono in modo rilevante sulla fisionomia del sistema penale»⁶: le questioni che riguardano la politica criminale, fino a quelle che coinvolgono il ruolo della giustizia passando per il processo, la funzione dei magistrati, i diritti dei

² L. FERRAJOLI, *Cos’è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, p. 135.; N. MAZZACUVA, *Le ragioni della clemenza nell’epoca del ‘diritto penale massimo’*, in S. ANASTASIA-F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, p. 199 s.

³ L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO-V. PANZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Bari, 2010, p. 122.

⁴ G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Messina, 13-14 giugno 2008)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 20 s.

⁵ R. GROUSSET, trad. it., *Bilancio della storia*, Jaca Book, Milano, 1980; il passaggio è citato in S. CASSESE, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 24.

⁶ F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 27.

cittadini, la salvaguardia della legalità, implicano in primo luogo opzioni politiche, culturali e di civiltà⁷.

Se il diritto penale è lo specchio della democrazia, allora la democrazia liberale non sembra godere di buona salute.

Da un secolo a questa parte l'Italia è il laboratorio di tutte le correnti che hanno attraversato la società europea. «Da quando le masse hanno fatto il loro ingresso nell'arena pubblica, all'indomani della prima guerra mondiale, il paese ha vissuto in presa diretta tutte le grandi fratture internazionali, anticipandone e riflettendone le forme come nessun altro luogo»⁸.

Dopo la “caduta” della c.d. Prima Repubblica, in particolare, il nostro Paese ha inaugurato la lunga stagione della fuga dalla politica, nel corso della quale si sperimenteranno praticamente tutte le forme di post-democrazia possibili: dalla democrazia giudiziaria alla democrazia del *leader*, dalla tecnocrazia al populismo.

Tra l'inizio degli anni novanta e oggi non c'è formula politica che l'Italia non abbia messo a punto e testato prima degli altri. Non c'è allora da stupirsi se il nostro Paese è attualmente considerato la *Silicon Valley* del populismo⁹. L'Italia, peraltro, è oggi «la prima democrazia occidentale che ricostruisce la propria sfera pubblica intorno a due forze politiche che si sono sviluppate al di fuori e contro l'establishment»¹⁰.

Sebbene il fenomeno del populismo abbia una portata mondiale, la situazione italiana rappresenta dunque un paradigma significativo del complesso rapporto tra giustizia e politica.

3. Genesi

In ogni democrazia liberale possono essere individuati regimi “ibridi” che mischiano democrazia e autoritarismo. Due tipi possibili (fra i tanti) sono la “*democrazia giudiziaria*” e la “*democrazia illiberale*”.

⁷ M. SBRICCOLI, *Caratteri*, cit., p. 493 s.; sull'evoluzione della politica criminale a partire dagli anni '60, v. G. INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1165 s.; ID., *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2016, p. 1 s.

⁸ G. DA EMPOLI, *Gli ingegneri del caos. Teoria e pratica dell'internazionale populista*, Marsilio, Venezia, edizione digitale 2019, Cap. 6.

⁹ G. DA EMPOLI, *Gli ingegneri*, cit., Cap. 6.

¹⁰ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Marsilio, Venezia, 2018, p. 15; si veda anche S. CASSESE, *La svolta*, cit., p. 10 s.

Nella prima «il governo è solo formalmente al comando. Nei fatti, la discrezionalità politica di cui esso gode è quasi nulla. Non c'è decisione politica possibile se essa non ottiene il *placet*, quanto meno tacito, delle magistrature»¹¹.

Nella “democrazia illiberale”, invece, vige il *pan-politicismo*: «il governo controlla, almeno in linea di principio, tutto e tutti. Anche i giudici dipendono dal governo. Qui la politica non deve sottostare a vincoli giuridici»¹².

Come è stato rilevato, è dai tempi di “Mani Pulite” che l'Italia «bordeggia intorno alle coste della democrazia giudiziaria»: spinge in quella direzione, in particolare, il richiamo all'«anti-politica» e l'idea che “il sistema”, nel suo complesso, sia “corrotto”¹³.

Tangentopoli rappresenta «un caso di eutanasia attiva della democrazia rappresentativa»¹⁴ ed è un capitolo importante del processo di progressiva crescita del populismo all'interno della politica italiana¹⁵.

Si è stimato che l'intervento della magistratura ha avuto l'effetto di estromettere circa il 70% dei professionisti della politica dall'arena parlamentare¹⁶.

Tre quarti dei cittadini, secondo i sondaggi di quegli anni, speravano di farsi giustizia e di vendicarsi dei politici e della politica attraverso l'azione della magistratura¹⁷.

Nell'esaltazione del “popolo dei fax” e del suo ostentato giustizialismo «si celebrano simultaneamente il trionfo della Piazza sul Palazzo, il rifiuto della mediazione che è alla base della democrazia rappresentativa e la promozione dei mass media – cartacei, audiovisivi o telematici che siano, anche se quest'ultimo ambito è appena agli albori – a unica voce autentica della volontà popolare, autorizzata a organizzare quotidianamente un plebiscito per giudicare l'operato di coloro ai quali la gente, nel-

¹¹ A. PANEBIANCO, *Politica, giustizia, ipocrisie*, in *Corriere della Sera*, 27 gennaio 2019; sulle origini della crescita del potere giudiziario, C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997.

¹² A. PANEBIANCO, *Politica*, cit.

¹³ A. PANEBIANCO, *Politica*, cit.; su Tangentopoli come emergenza processuale, punitiva e politica, v. T. PADOVANI, *Il problema “Tangentopoli” tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 s. Per un inquadramento dei rapporti tra politica e giustizia ai tempi dell'inchiesta “Mani pulite” si veda, in particolare, M. FELTRI, *Novantatré. L'anno del terrore di Mani pulite*, Marsilio, Venezia, 2016.

¹⁴ G. INSOLERA, *La “Democrazia del leader”*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 1 s.

¹⁵ M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 230; sugli effetti a lungo termine di Tangentopoli, si veda A. AASSVE-G. DANIELE-M. LE MOGLIE, *Never Forget the First Time: The Persistent Effects of Corruption and the Rise of Populism in Italy*, reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3280498.

¹⁶ L. RICOLFI, *L'ultimo Parlamento. Sulla fine della Prima Repubblica*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, p. 19.

¹⁷ M. TARCHI, *Italia populista*, cit., p. 235.

la cabina elettorale, ha provvisoriamente affidato il proprio mandato. Ed è proprio la “*gente*” la parola chiave di questo nuovo populismo distribuito fra destra e sinistra ma in grado di esercitare la sua efficacia soprattutto nella seconda»¹⁸.

A seguito dell’esperienza di Tangentopoli e di “Mani pulite” si è progressivamente passati dal modello della *democrazia del confronto* e della rappresentanza, organizzato intorno alla competizione dei partiti, dei programmi e dei progetti, al modello della *democrazia dell’imputazione* con conseguente messa in gioco della responsabilità penale per compensare il mancato funzionamento della responsabilità politica¹⁹.

La “*questione morale*” è diventata dapprima una “*questione politica*” e, da ultimo, una “*questione penale*”²⁰.

3.1 - *Sottomissione*

Ogni provvedimento teso a limitare il potere d’inchiesta dei magistrati viene letto, in questo periodo, come un tentativo di limitare l’opera di “disinfestazione” intrapresa.

Il decreto predisposto dall’allora guardasigilli Giovanni Conso – che depenalizzava il reato di illecito finanziamento ai partiti e introduceva una serie di sanzioni, tra cui la restituzione triplicata delle “tangenti” e l’interdizione dai pubblici uffici da tre a cinque anni²¹ – viene subito definito dai media “*salva-ladri*” e non verrà firmato dal Presidente della Repubblica anche a seguito della netta presa di posizione contro una soluzione “politica” della questione da parte dei magistrati di Milano.

Stessa sorte toccherà, nel 1994, al c.d. “*decreto Biondi*” – che riformava il sistema delle misure cautelari personali, fatto cadere dal Parlamento a seguito di vibranti proteste della magistratura.

¹⁸ M. TARCHI, *Italia populista*, cit., p. 238.

¹⁹ Cfr. P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, Editons du soles, Paris, 2006; trad. it. A. Bresolin, *Controdemocrazia*, Castelvecchi, Roma, edizione digitale, 2017, Cap. III, par. 3.

²⁰ G. GARGANI, *La democrazia debole. Repubblica giudiziaria?*, Edizioni Il Pavero, Moncalzati, 2017, p. 121 s.; M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, *passim*.

²¹ L. CHIARA, *Politica e magistratura negli anni della Seconda Repubblica: profili storici*, in A. APOLLONIO (a cura di), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, Roma, 2015, p. 27 s.

Alla fine del 1993, anche sotto la forte pressione dell'opinione pubblica, il Parlamento modifica la Costituzione abolendo l'autorizzazione a procedere²².

Fino ad arrivare alla attuazione del c.d. *Legge Severino* (d.lgs. n. 235 del 2012), con la quale tutti i partiti hanno concordato sulla necessità di una norma impeditiva della candidatura che si fondasse sulle condanne penali, «di modo che chi apparisse senza carichi penali potesse essere considerato di per sé degno di chiedere, e ottenere, il consenso dei cittadini»²³.

Al codice penale ricorrono i partiti per attribuire alla magistratura funzioni che invece dovrebbero essere loro proprie.

Il giudiziario si è trasformato in luogo di conflitto anche tra le élite, ricorrendo a pratiche tradizionalmente riservate alle sole “classi pericolose” o ai “nemici”²⁴.

3.2 – *Complesso accusatorio*

Sul fronte della produzione normativa si diffonde l'idea di un modello o di stile di azione politica che è stato definito “*complesso accusatorio*”²⁵: gli esponenti politici pongono al centro del loro impegno o del loro programma di governo, innanzitutto sul piano simbolico e della comunicazione pubblica, la lotta alla criminalità o la difesa della legalità.

Ne deriva che il politico «tende a vestire più i panni del pubblico ministero che del giudice: egli pone infatti l'accento sulla necessità di denunciare, indagare, accertare, impiegare mezzi di contrasto efficaci per sradicare il crimine e fare terra bruciata attorno ad esso, applicare sanzioni rigorose, controllare e neutralizzare le persone pericolose ecc.»²⁶.

Il complesso accusatorio che ha colpito il legislatore si è tradotto, in particola-

²² L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, p. 41, il quale sottolinea come in questo modo sia caduto «l'ultimo scudo che la politica aveva assicurato a se stessa per garantirsi l'immunità e per evitare che il potere giudiziario potesse condizionarne le vicende».

²³ L. VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge”*, in C. GUARNIERI-G. INSOLERA-L. ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Carocci, Roma, 2016, p. 32.

²⁴ P. PERSICHETTI, *La sinistra giudiziaria*, in www.insorgenze.net, 22 settembre 2005, p. 2.

²⁵ Cfr. J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy*, Oxford University Press, 2007; trad. it. di A. De Giorgi, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008, p. 47 s.; G. FIANDACA, *Populismo giuridico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 99.

²⁶ G. FIANDACA, *Populismo*, cit., p. 99.

re, nella formulazione di norme come prodotti “semilavorati”²⁷, dalla *tipicità* “*umbratile*”²⁸ (si pensi, ad esempio, ai delitti di *false comunicazioni sociali* così come riformulati nel 2015, all’*autoriciclaggio*, al *traffico di influenze illecite*, all’*induzione indebita*, al *disastro ambientale* e al *depistaggio*), da sperimentare attraverso l’esperienza pratica e l’interpretazione giudiziale²⁹, nonché nel ricorso (anch’esso sempre più frequente) alle misure di prevenzione nell’ottica della *logica del sospetto*.

A) La conseguenza della *perdita della tipicità penale* è che la fattispecie rimane sullo sfondo, integra solo uno degli strumenti alla stregua dei quali valutare la fondatezza dell’ipotesi accusatoria³⁰.

Ciò comporta che il processo penale si trasforma in utile terreno di conquista del *più forte* (la pubblica accusa), anziché strumento di tutela del *più debole* (l’imputato)³¹. Piuttosto che rappresentare il mezzo per giungere all’accertamento del *fatto* di reato, esso diviene in una sorta di strumento *di lotta* contro l’impunità.

Sul versante del diritto penale sostanziale è la norma stessa a funzionare come strumento per scopi ad essa anche esterni. Si usa la sanzione penale per disciplinare un *fenomeno generale*: «non si guarda più al disvalore del singolo fatto e alla meritevolezza di pena per tale fatto, ma si stravolge la regola della responsabilità per prevenire un fenomeno»³².

Lo scopo è vincere (non solo combattere) quel fenomeno, e tanto il diritto penale sostanziale quanto il processo ne sono direttamente coinvolti³³.

²⁷ F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di “autoriciclaggio”: una fonte inesauribile di “effetti perversi” dell’azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.*, - *Riv. trim.*, 2015, 1, p. 137 s.

²⁸ Cfr. C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in *Criminalia*, 2015, p. 417 s.

²⁹ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193.

³⁰ Con particolare riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, si veda V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1126 s.

³¹ Sulla giustificazione della legge penale come legge del più debole, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2002, p. 329.

³² M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 440, il quale riporta – in particolare – l’esempio del delitto di omicidio stradale (art. 589-bis c.p.); ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI-R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007, p. 131 s.

³³ M. DONINI, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto eccezionale, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in www.discrimen.it, 30 maggio 2019, p. 18. In questo contesto vanno altresì evidenziati gli ampi margini di discrezionalità attribuiti a talune autorità amministrative «nell’applicazione di sanzioni che incidono in modo rilevante sui diritti individuali e, quindi, rientranti nella *matière pénale*» (F. SGUBBI,

Questo, tuttavia, «è l'esatto contrario del garantismo penale, dato che ne risulta violato il suo principio cardine che è quello della legalità: utilizzare il diritto come un'arma contro un fenomeno significa che la regola è uno strumento di politica criminale, non la definizione vincolante della premessa di un giudizio di responsabilità individuale. Il giudice si sentirà autorizzato a realizzare programmi di scopo che strumentalizzano la libertà e i diritti dei singoli a obiettivi collettivi»³⁴.

In questo contesto il ricorso alla penalità è funzionale, principalmente, a legittimare chi la propugna: la “catarsi punitiva”³⁵ serve anzitutto come meccanismo di identificazione, contrassegnando come “diversi” i suoi promotori, per consacrarsi tra gli “incontaminati” dal malaffare³⁶.

B) Per quanto attiene alla *logica del sospetto*, si assiste ad un processo di espansione generalizzata a tutti i settori del diritto penale delle misure di prevenzione (originariamente riservate alle persone socialmente pericolose e ai sospetti mafiosi) e con esse, *in primis*, le misure di prevenzione patrimoniali quali la confisca.

Trainato dall'asserita ineffettività del “diritto penale classico”, l'armamentario della prevenzione si è ormai affermato in chiave di “surroga” come paradigma non più “eccezionale” ma come regola ormai consolidata, «fino a diventare elemento centrale della odierna meccanica punitiva»³⁷.

In particolare, la riforma del “*Codice antimafia*” (che ha rappresentato – anche dal punto di vista mediatico – uno dei punti caratterizzanti l'azione politica di Governo nell'ultimo scorcio della XVII legislatura) ha esteso le misure di prevenzione patrimoniali agli indiziati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione, comportando così una

Osservando il diritto penale: brevi riflessioni, in M. MANTOVANI-F. CURI-S. TONDINI CAGLI-V. TORRE-M. CAIANIELLO - a cura di -, *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 84). Ci si riferisce, in particolare, ai poteri discrezionali conferiti al Presidente dell'ANAC in materia di gestione degli appalti pubblici, che consentono al medesimo di richiedere al Prefetto di ordinare l'adozione di alcune misure di carattere preventivo-cautelare nei confronti dell'ente “sospetto” (v. T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 203 s.).

³⁴ DONINI, *Mafia e terrorismo*, cit., p. 19.

³⁵ Come posto in luce da F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Bari-Roma, 1986, 13 s., «l'ordigno penalistico pubblico [...] nasce dalle catarsi collettive»; v. anche M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, Modena, 2019, p. 23.

³⁶ V. MANES, *Diritto penale no limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019, p. 3.

³⁷ V. MANES, *Diritto penale no limits*, cit., p. 6.

indebita applicazione di una “pena alternativa” al di fuori del principio di legalità e delle regole del processo³⁸.

Come è stato rilevato, il Parlamento è rimasto preda di pulsioni contingenti, «agitate in modo nevrotico e confuso nella pubblica opinione fino a diventare degli “imperativi categorici” tanto vacui quanto sonori a cui sottomettere le scelte legislative [...] Indagini e processi del momento mettono in luce connessioni tra agire mafioso e pratiche corruttive? La risposta delle agenzie populiste è immediata: a tamburo battente, si diffonde impetuosa l’idea assertivamente inedita che mafia e corruzione sarebbero ormai diventate gemelle inseparabili e quindi la seconda va colpita dalla repressione giudiziaria come la prima»³⁹.

Al diritto penale della tipicità legale si affianca, dunque, il paradigma del diritto penale preventivo, che prospetta come modello possibile – dal formidabile impatto sul fronte del consenso – quello di una “*giurisdizione senza fatto*”⁴⁰.

Nessun partito politico, oggi, prenderebbe seriamente in considerazione propo-

³⁸ Cfr. V. ONIDA, *Le scorciatoie inaccettabili sulla corruzione*, in *La Stampa*, 30 settembre 2017. Il “nuovo” Codice antimafia è stato definito un vero e proprio sistema compiuto di «sdrucite “fattispecie” di pericolosità soggettiva e di conseguenti misure afflittive, svincolato dunque dal quadrimio reato-colpevolezza-processo-pena» sostituito da un sistema di vere e proprie “pene nascoste” (così G. FLORA, *Il diritto penale sostanziale nella produzione normativa della XVII legislatura: una inquietante rapsodia disarmonica*, in *Parola alla difesa*, 2018, 5-6, p. 302, anche in relazione a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto giuridico*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*; sulle misure di prevenzione sempre attuale è F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. Dir.*, 1974, p. 351 s., e in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 871 s.). Come è stato autorevolmente posto in luce, «Riforme che incidono profondamente sui diritti fondamentali, come quella volta a estendere la confisca preventiva antimafia [...] non dovrebbero essere varate in assenza di una elaborazione tecnico-giuridica adeguata. Purtroppo, in Parlamento predominano incompetenze, confusione, improvvisazione e approssimazione» (G. FIANDACA, *Antimafia per tutti nel Parlamento degli incompetenti*, in *Il Mattino*, 30 giugno 2017). In generale, sulle misure di prevenzione previste dal Codice antimafia, G. INSOLERA-T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 189 s.

³⁹ Cfr. C. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 2, 145 s.; si vedano anche A. GAITO-A. MANNA, *Premesse introduttive allo studio delle recenti riforme in tema di giustizia penale*, in www.archiviopenale.it, speciale riforme, 11 giugno 2018; A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pacini, Pisa, 2017, p. 102 s.; G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell’alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2, p. 374 s., il quale sottolinea «la lotta alla corruzione pare [...] essere divenuta una lotta alla prevenzione della corruzione, cosicché, invece della ricerca di strumenti anche penalistici efficienti e proporzionati, vi è in atto una sistematica proposta di strumenti simbolici [...] che preoccupano non solo in punto di tenuta dei principi liberali ma anche per i prevedibili risultati fallimentari nello stesso contrasto alla corruzione».

⁴⁰ M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incoltabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2015, p. 1 s.

ste di modifica dell'assetto normativo che non fossero nel segno del potenziamento del mezzo⁴¹.

Le «misure di prevenzione sono l'orizzonte che si schiude davanti ai nostri occhi come un'alba radiosa»⁴²; un orizzonte nel quale si vede, tuttavia, «la minaccia di un uragano destinato a travolgerci, a travolgere l'intera società civile»⁴³.

Come si legge ne “*Il giudice beffato*” di De Sade «paragonate, signore, tutti i mali che il crimine può produrre sulla terra con il male esiguo dell'esecuzione di una dozzina di disgraziati a titolo preventivo»⁴⁴.

Paure e sospetto sono destinati a dominare i rapporti tra individuo e autorità⁴⁵.

3.3 - *Competizione*

L'atteggiamento di “sottomissione” della politica al potere giudiziario ha convissuto, in alcune fasi della vita politica del Paese, con un più o meno accentuato atteggiamento di *competizione* (se non di vera e propria contrapposizione) con la magistratura.

Il potere politico vuole tornare ad essere la guida della repressione penale, se non altro perché si è reso conto che la repressione “paga” in termini di consenso.

La magistratura è rappresentata come *lassista* nei confronti della criminalità ed insensibile alla domanda di sicurezza dei cittadini.

È in questo contesto che si sviluppa, in particolare, un populismo penale *vittimocentrico e securitario*. In occasione dell'introduzione della *legittima difesa domiciliare* del 2006, ad esempio, durante i lavori parlamentari si è parlato di irrazionale applicazione giurisprudenziale dell'art. 52 c.p. e di trasformazione di un istituto diretto a tutelare le vittime in uno strumento che giova agli aggressori⁴⁶. Così è anche il caso della novella in tema di *recidiva* del 2005, concepita come risposta alla tendenza della giurisprudenza di concedere indiscriminatamente attenuanti generiche.

Analoghe considerazioni valgono per la linea dura sul terreno degli *stupefacenti*, che si concretizzò con la legge 21 febbraio 2006 n. 49 che eliminò la distinzione tra droghe “leggere” e droghe “pesanti” (con l'effetto di un complessivo appesanti-

⁴¹ M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione*, cit., p. 2.

⁴² T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 19.

⁴³ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza*, cit., p. 19.

⁴⁴ Cfr. M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 23.

⁴⁵ F. SGUBBI, *Osservando* cit., p. 85.

⁴⁶ M. DANI, *Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali*, in www.gruppodipisa.it, 10 giugno 2016, p. 41.

mento della risposta sanzionatoria, che la Corte Costituzionale dichiarò illegittima con la sentenza n. 32 del 2014)⁴⁷.

Anche l'introduzione dell'*omicidio stradale* è un evidente indice di sfiducia nei confronti del giudice, considerato troppo mite nella commisurazione della pena.

Nel dibattito parlamentare si è posto l'accento sulla necessità di una risposta «*di estremo rigore*», con «*sanzioni esemplari*» in grado di dare una «*risposta alle famiglie delle vittime*»; si è altresì emblematicamente sostenuto che «*il legislatore è quindi obbligato ad individuare minimi di pena molto alti, per garantire almeno dei periodi minimi di effettiva detenzione in carcere. In Italia, senza pene minime elevate, non si va in prigione*»⁴⁸.

Alla stessa matrice sono riconducibili tutte quelle riforme – operate sul finire della Seconda Repubblica – che hanno contemplato *l'innalzamento delle pene* edittali per i reati ritenuti più odiosi (corruzione, furto, scambio elettorale politico mafioso), con la neanche tanto nascosta finalità di rendere meno probabile la fruizione della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova (oltre che di allungare i termini di prescrizione, peraltro oggetto di modifica da parte della “*riforma Orlando*”)⁴⁹.

In linea generale, non è solo la magistratura ad essere bersaglio delle critiche. Analoga svalutazione investe la dimensione tecnica della legislazione penale e, più in generale, il complesso delle garanzie costituzionali⁵⁰.

Siamo in presenza a questo riguardo di un *profilo costitutivo* del populismo, consistente nella sfiducia nei confronti delle competenze tecniche e nella svalutazione di orientamenti normativi percepiti come esclusiva espressione di élite autoreferenziali⁵¹.

⁴⁷ M. PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 5.

⁴⁸ P. DELLA SALA, *I dati della paura, la paura dei dati*, in *Dir. pen. e uomo*, 8 maggio 2019, p. 6.

⁴⁹ G. FLORA, *Il diritto penale sostanziale*, cit., p. 301 s.

⁵⁰ Si pensi anche alla mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, considerato del tutto disfunzionale al sistema e prodotto di una legislazione penale puramente simbolica (A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, p. 8 s.; C. SOTIS, *Intervento*, ivi, p. 18 s.).

⁵⁰ M. DANI, *Libertà personale*, cit., p. 27.

⁵¹ M. DANI, *Libertà personale*, cit., p. 27.

4. Populismo politico e populismo penale

Venendo ad oggi.

«Per molti aspetti l'odierno populismo penale non dà vita, nel nostro Paese, ad una realtà totalmente nuova. Piuttosto esso raccoglie ed esalta molte eredità negative del nostro ordinamento penale: l'idea che l'aumento delle pene edittali sia la soluzione necessaria e sufficiente di ogni problema di deterrenza e di prevenzione, la propensione del legislatore a scrivere norme incriminatrici vaghe e indeterminate con funzione di messaggio o manifesto; l'avversione ed il sospetto verso forme di fisiologica discrezionalità del giudice»⁵².

Dal 2018 ad oggi i tradizionali aspetti del populismo penale si sono tuttavia fortemente accentuati, perché si sono rivelati perfettamente funzionali al populismo politico.

E qui occorre fare alcune considerazioni sul nuovo contesto politico-istituzionale che si è delineato con l'avvento della autoproclamata Terza Repubblica (da parte di forze politiche che si autodefiniscono populiste), se non altro al fine di tentare di individuare le *coordinate ideologiche* sottese ai recenti interventi normativi in materia penale.

Già all'inizio degli anni '70, riferendosi alla situazione politica italiana, lo storico del pensiero politico Nicola Matteucci scrisse che stava prendendo forma una nuova "*insorgenza populista*", offrendo una definizione del fenomeno ancora attuale.

«Useremo il termine "populismo"», scriveva l'Autore, «non nel suo significato

⁵² N. ROSSI, *Il privilegio dell'utopia... e la necessità di non abusarne*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, p. 4. Ampia è la letteratura sul populismo penale; si vedano, tra gli altri, S. ANASTASIA-M. ANSELMI-D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Cedam, Padova, 2015; M. ANSELMI, *Populismo*, Mondadori, Milano, 2017, p. 79 s.; G. FIANDACA, *Populismo*, cit., 95 s.; ID., *Il paradigma garantista: un progetto politico mancato*, in A. APOLLONIO (a cura di), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica. Riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, Roma, 2015, p. 79 s.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 s.; C. SOTIS-D. PULITANÒ-S. BONINI-T. GUERINI-G. INSOLERA-A. SESSA-A. MANNA, L. RISICATO-N. MAZZACUVA, *La società punitiva*, cit.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, cit., p. 118; J. PRATTS, *Penal Populism*, Routledge, London and New York, 2007, p. 94 s.; E.J. PRATS, *Los peligros del populismo penal*, Ius Novum, Santo Domingo, 2011; D. SALAS, *Il populismo penale*, in *Questione giustizia*, 2006, 2, p. 389 s.; ID., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Pluriel, 2010; A. F. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in corso di pubblicazione in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1 s.; R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 1 s.; ID. *La paura del crimine*, Giuffrè, Milano, 2018; R. E. BARKOW, *Prisoners of Politics. Breaking the Cycle of Mass Incarceration*, Cambridge, 2019; M. DONINI, *Populismo*, cit.; v. anche M. DELAMSMARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Éditions du seuil, Paris, 2010.

strettamente storico (ad es.: il populismo russo), ma in quello più sociologico, col fine di cogliere l'apparire, al di sotto del sistema partitico, di un nuovo clima di *idee semplici e di passioni elementari*, in radicale protesta contro la tradizione e, quindi, contro la cultura della classe politica che ne è l'espressione ufficiale. Con il populismo si coagula una nuova sintesi politica, che non può essere definita, secondo il comune linguaggio parlamentare, conservatrice o progressista, perché supera e mantiene entrambe le posizioni, affermando da un lato una volontà autoritaria, che *nella fretta del fare è sempre più insofferente degli impacci e delle remore imposta dalle procedure costituzionali di una democrazia moderna*, e dall'altro, quando arriva al potere, manipola le masse con slogan genericamente rivoluzionari. A questo populismo si accompagna un diffuso *anti-intellettualismo*, un atteggiamento di rivolta contro la ragione critica, che è poi una rivolta contro lo specialista, l'esperto, lo studioso, in nome di sentimenti o passioni elementari primitiviste [...]»⁵³.

Più di recente Jan-Werner Müller ha evidenziato come il populismo non è nulla di simile a una dottrina codificata, ma rappresenta piuttosto una particolare immagine moralistica della politica, un modo di percepire il mondo politico che contrappone un popolo moralmente puro e pienamente unificato – ma, in definitiva, fittizio – a delle élite che sono ritenute corrotte o in qualche altro modo moralmente inferiori⁵⁴.

In estrema sintesi, la “logica interna” del populismo ruota attorno a tre concetti: il popolo, le élite e la volontà generale⁵⁵.

A) *Il popolo («Noi siamo il popolo. Voi chi siete?»⁵⁶)*

I movimenti populistici, rivendicando il *monopolio morale* della rappresentanza, affermano implicitamente che la considerazione politica è dovuta solo ad alcuni cittadini e non ad altri. Il populismo si traduce, quindi, in una «forma moralizzata di antipluralismo»⁵⁷, che evoca l'idea di uno Stato-padre che tende all'autoritarismo.

⁵³ N. MATTEUCCI, *Dal populismo al compromesso storico*, Edizioni della Voce, Roma, 1976, p. 50 (corsivo mio).

⁵⁴ J.W. MÜLLER, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, 2016; trad. it. di E. Zuffada, *Cos'è il populismo*, Università Bocconi Editore, Milano, 2017, p. 26 s.

⁵⁵ C. MUDDE-C. R. KALTWASSER, *Populism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2107, p. 9 s.; si veda anche J. KYLE-Y. MOUNK, *The Populist Harm to Democracy: An Empirical Assessment*, in <https://institute.global/insight/renewing-centre/populist-harm-democracy>.

⁵⁶ La frase viene attribuita a Erdoğan, e sarebbe riferita ai suoi oppositori (cfr. Y. MOUNK, *The People's vs. Democracy*; trad. it. di F. Pe', *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Feltrinelli, Milano, 2018, p. 48).

⁵⁷ J. W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?*, cit., p., 27.

Che la storia si ripeta o meno sta di fatto che essa offre lezioni importanti. E la storia del monopolio morale della rappresentanza è lunga e non sempre edificante⁵⁸.

Giovanni Gentile affermava che «*Lo Stato fascista [...] è uno stato del popolo, e, in quanto tale, lo stato democratico par excellence*»⁵⁹. «*Le masse devono sapere che [...] loro compito sarà l'implacabile annientamento del nemico*»⁶⁰, sosteneva Lenin.

I “fondamentalisti” della democrazia sembrano subire una pericolosa “fascina-zione” per le medesime retoriche del passato. E nelle condizioni del discorso, che Michel Foucault chiamava *episteme*, si esprimono le varie «verità pubbliche» delle diverse epoche e società⁶¹.

B) Gli “altri”: le élite corrotte

L'elemento comune a tutti i movimenti populistici è rappresentato dalla costante presenza di una componente reattiva, che proietta la difesa del popolo contro il *nemico*.

Sotto attacco non è una singola personalità o un singolo partito politico: è *l'intero sistema*, messo sotto accusa da chi di quel sistema fa pienamente parte. Le élite politiche, economiche e culturali sono giudicate superflue, approfittatrici e costitutive di un blocco nei confronti della piena, libera e sapiente espressione della volontà del popolo⁶².

Ne derivano «l'inutilità della distinzione tra governati e governanti e il superamento, a parole, della democrazia rappresentativa, i cui principi rischiano di essere sostituiti in via di fatto dall'Unico al comando, che azzeri i corpi intermedi e pretende un rapporto diretto, esclusivo e permanente con i governati»⁶³.

C) La volontà generale («Il leader politico è colui che fa ciò che il popolo vuole»⁶⁴)

Oltre a stabilire chi fa davvero parte del popolo, i populistici devono esprimersi

⁵⁸ Cfr. F. CUNDARI, *Corrispondenze da Weimar*, in *Il Foglio*, 7 luglio 2018.

⁵⁹ J.W. MÜLLER, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, Yale University, 2011; trad. it. di L. Giaccone, *L'enigma democrazia. Le idee politiche nell'Europa del Novecento*, Einaudi, Torino, 2012, p. 146.

⁶⁰ Cfr. V. SERGE, *L'anno prima della rivoluzione russa*, Einaudi, Torino, 1991, p. 29.

⁶¹ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966; trad. it., *Le parole e le cose*, Rizzoli, Milano, 1967, p. 10 s.

⁶² L. VIOLANTE, *Democrazie senza memoria*, Einaudi, Torino, 2017, p. 39.

⁶³ L. VIOLANTE, *Democrazie*, cit., p. 39.

⁶⁴ La frase è attribuita a Juan Perón da J.W MÜLLER, *Cos'è il populismo*, cit., p. 39.

sul contenuto delle effettive richieste di un mitizzato “*popolo autentico*”⁶⁵. Il governo si assume così la funzione di assecondare le spinte sociali evidenti, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai dibattiti televisivi, dai *social network*⁶⁶.

La “democrazia telematica” è tuttavia l’espressione massima del conformismo, perché anziché difendere il pluralismo e il pensiero critico «ci vuole pensanti tutti allo stesso modo»⁶⁷. Non già di vera democrazia si tratta, bensì di “*olocrazia*”, di governo della massa (inevitabilmente strumentalizzata da autocrati e gruppi di potere)⁶⁸.

L’enfasi su un unico bene comune comporta, inoltre, il rischio di un’eccessiva semplificazione, con conseguente marginalizzazione degli argomenti razionali e sopravvalutazione di quelli emotivi. L’illusione della democrazia diretta risponde ad una *logica semplificatrice*, binaria (sì o no, pro o contro, bene o male, amico o nemico, loro o noi), che si pone in antitesi con la ponderazione, il compromesso, l’attenzione al pluralismo⁶⁹.

Per i populistici non esistono problemi complicati, ma unicamente soluzioni semplici, facili da attuare ma che non tengono conto delle conseguenze a lungo termine⁷⁰. La loro temporalità è quella dell’*immediatezza*, e il loro regime di storicità è il “*presentismo*”. In questo modo si annientano i tempi dell’osservazione, della valutazione, della riflessione, della mediazione, della deliberazione e poi dell’azione⁷¹.

Come ha sottolineato la scienziata e senatrice a vita Elena Cattaneo, «ogni fola-

⁶⁵ «Chi si riempie la bocca della parola popolo è raro che spieghi di cosa si tratta» (G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, Edizione digitale, 2012, Cap. II, par. 2.3, “*La società di massa*”).

⁶⁶ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 202.

⁶⁷ S. CARRUBA, in A. PANEBIANCO-F. FORTE-S. CASSESE-A. SIMONCINI, *Che cos’è la democrazia? Lettura di Alexis de Tocqueville. Dalla democrazia in America alla democrazia in Europa*, Società Editrice Fiorentina, Edizione digitale, Cap. “*L’autonomia della politica. Alexis de Tocqueville, sociologo liberale*”; v. anche A. KALIA-C. BARR-A. GIUFFRIDA, *Revealed: how Italy’s populists used facebook to win power*, in *The Guardian*, 17 dicembre 2018.

⁶⁸ Cfr. A. MORELLI, *L’elettore “buon selvaggio” e il Parlamento esautorato: i mostri della nuova mitologia politica e gli strumenti per fronteggiarli*, in www.lacostituzione.info, 26 dicembre 2018, p. 3; si veda anche A. RUGGERI, “*Forma di governo*” e “*sistema dei partiti*”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale, in *Consulta online*, 3, 7 dicembre 2018, p. 607 s.; evidenza come «se è vero – come è vero – che la rappresentazione mediatica del crimine contribuisce, mediante la formazione e l’interpretazione della “opinione pubblica” sulla criminalità, a orientare la produzione legislativa in materia, ciò significa che siamo in presenza di un problema di democrazia», F. PALAZZO, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. Dir. dei Media*, n. 3/2018, pp. 2-3.

⁶⁹ S. CASSESE, *Logica semplificatrice a scapito del pluralismo*, in *Il Sole 24 Ore Domenica*, 21 ottobre 2018; ID., *La democrazia reale? E’ solo parlamentare*, ivi, 9 settembre 2018.

⁷⁰ T. TZVETAN, trad. it. di E. Lana, *I nemici intimi della democrazia*, Garzanti, Milano, 2012, p. 183 s.

⁷¹ P. TARCHI, *Italia populista*, cit., p. 77 s.

ta di anti intellettualismo, ogni sberleffo al sapere accademico è un brutto segno, un indicatore di una crisi culturale e civile del sistema liberaldemocratico»⁷². Del resto, l'anti-intellettualismo non ha affatto padri nobili ed è efficacemente riassunto in uno dei più celebri slogan del secolo scorso: «quando sento parlare di cultura, metto mano alla pistola»⁷³.

5. Verso l'abisso

Quali le ricadute del populismo politico sulla produzione del panale?

Il cosiddetto contratto per il Governo del cambiamento e i conseguenti provvedimenti “attuativi” sembrano dare concretezza alla previsione di un «futuro penalistico non soltanto in espansione, ma anche ideologicamente sempre meno rispettoso dei canoni del liberalismo penale»⁷⁴.

In linea generale «l'assolutismo politico e l'autoritarismo penale, che ne è figlio, tendono [...] a considerare i singoli reati non tanto nel loro proprio e specifico disvalore empirico, fattuale e criminologico, quanto piuttosto nel loro significato “politico” di trasgressione e inosservanza dell'autorità sovrana»⁷⁵.

La trasgressione non è certo oggi concepita in chiave di violazione delle prerogative regie, bensì, «quasi più pericolosamente, tutta una larga fetta di reati viene accomunata ed equiparata per l'attentato alla *sicurezza del popolo* che essi producono,

⁷² E. CATTANEO, *Ogni giorno. Tra scienza e politica*, Mondadori, Milano, 2016, p. 42. Sul tema del “declino” delle competenze, si vedano anche T. NICHOLS, *The Death of Expertise. The Campaign Against Established Knowledge and Why It Matters*, Oxford University Press, 2017; trad. it. di C. Veltri, *La conoscenza e i suoi limiti. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2018, *passim*; Z. BAUMAN, *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-Modernity and Intellectuals*, Polity Press, Cambridge, 1987; trad. it. di G. Franzinetti, *La decadenza degli intellettuali*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, *passim*.

⁷³ Cfr. E. CATTANEO, *Ogni giorno*, cit. p. 42; A. CORTELLESA, *Goebbels, come è nato il mito*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 2017.

⁷⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari-Roma, 2017, p. 189. In generale, sulla tendenza – non nuova – all'arretramento rispetto ai principi del diritto penale illuministico-liberale, v. G. COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 1 s. In relazione alle opzioni di politica sanzionatoria penale illustrate nel c.d. contratto del Governo del cambiamento, v. E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019, p. 1 s.

⁷⁵ F. PALAZZO, *Innalzare le pene per tutti i reati? Un vizio tipico degli Stati autoritari*, in *Il Dubbio*, 1° dicembre 2018.

per il (ri)sentimento di paura che suscitano nel popolo di cui si fa interprete e portavoce un capo carismatico o leader politico»⁷⁶.

Nel complesso, si delinea una preoccupante trasformazione della stessa forma di Stato «in una paternalistica e populistica democrazia penal-giudiziaria, con contestuale abdicazione di ogni altra forma e istituzione di controllo sociale nonché di responsabilità»⁷⁷.

Il diritto penale assume una funzione “purificatrice”, è inteso quale suprema forma di “igiene sociale”; è un diritto penale che “spazza via” il reo, una sorta di *mal-leus maleficarum* che invoca lo splendore dei supplizi.

Più nello specifico, senza alcuna pretesa di esaustività e di organicità, cercherò di illustrare i principali “segni distintivi” della politica penale populista.

5.1 – *Materialità/Vendetta*

L’aspirazione punitiva⁷⁸ – spesso confusa con la pubblica opinione del penale – è tesa a soddisfare la bramosia di uno *ius criminale* che si rende “finalmente” visibile e concreto⁷⁹.

Ne è un esempio la legge c.d. “spazzacorrotti” che, con l’inclusione di alcuni tra i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione nell’elenco dei reati c.d. assolutamente ostativi di cui all’art. 4-*bis* o.p. promette (almeno nelle intenzioni del legislatore) il sicuro “avvio in discarica”⁸⁰ del reo. L’idea di fondo è quella della vendetta, del “fargliela pagare”⁸¹ (con riferimento alla precedente classe politica). Occorre «togliere all’uomo la sua parte migliore, la sua buona reputazione, il suo onore»⁸².

E quale misura è più visibile della “*confisca del corpo*”⁸³?

⁷⁶ F. PALAZZO, *Innalzare*, cit.

⁷⁷ F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 53.

⁷⁸ D. FASSIN, *Punir. Une passion contemporaine*, Éditions du seuil; trad. it. di N. Alunni, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

⁷⁹ Cfr. L. BARON, ‘Spazzacorrotti’, *art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019/5, p. 153 s.

⁸⁰ Così T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 9.

⁸¹ C. SOTIS, *Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenza della scienza*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 9.

⁸² E. NOELLE-NEUMANN, *Die Schweigespirale*, München, 2001; trad. it., *La spirale del silenzio*, Meltemi, Milano, 2017, p. 214

⁸³ Sottolineano come il diritto penale abbia «come teatro il corpo, che si tratti del corpo del sofferente della vittima o del corpo prigioniero dell’aggressore» A. GARAPON-D. SALAS, *La République pé-*

Anche la riforma della legittima difesa, allorché promette che “la difesa è sempre legittima” – anche in assenza di necessità – «asigna al privato il potere di decidere nel suo territorio sul se e sul quando punire»⁸⁴ nell’ottica di una sorta di *deregulation* securitaria.

Il messaggio è quello secondo cui la reazione difensiva può abbattersi sul “corpo” dell’intruso senza alcun limite.

Poco importa se il “prodotto” venduto al popolo “funzionerà” davvero. Se l’applicazione della norma non soddisferà le aspettative (ma non pare che ciò sia verificabile, stante l’esiguità dei casi di legittima difesa) sarà probabilmente colpa dei giudici – non eletti dal popolo – che stanno dalla parte dei ladri.

Infine, si è ritornati a discutere di interventi sul corpo dei cittadini nel quadro della possibile scelta tra la c.d. castrazione chimica e la prigionia⁸⁵.

L’affermazione di Rudolf von Jhering, secondo cui «*La storia della pena è una continua abolizione*»⁸⁶, risulta oggi tristemente inattuale.

La “*geopolitica delle emozioni*”⁸⁷, fatta di paura e frustrazione, richiede risposte rapide e decise, magari giustificate dalla mera ricerca di stabilità e di tranquillità. E nella retorica che fa leva sul “*demone della paura*”, i “criminali” non sono più visti come esclusi momentaneamente dalla vita sociale normale e destinati a essere rieducati, riabilitati e restituiti alla comunità, ma come «individui emarginati in via permanente, *inadatti a essere “riciclati socialmente”* e destinati a rimanere a lungo lontano dai guai, separati dalla comunità dei cittadini rispettosi della legge»⁸⁸.

nalisée, Hachette Livre, Paris, 1996; trad. it. di S. Sinibaldi, *La Repubblica penale*, Liberlibri, Macerata, 1998, p. 98. L’“esibizione” del corpo del condannato ha trovato la sua massima espressione con la diretta sui *social*, trasmessa dallo stesso Ministro della Giustizia, della cattura di Cesare Battisti (cfr. M. CORBI, *Il palco e la diretta social. L’arrivo di Battisti in Italia si trasforma in uno show*, in *La Stampa*, 15 gennaio 2019, p. 2; C. SARZOTTI, *Cattura di Cesare Battisti e muta da caccia: un giorno che difficilmente dimenticheremo*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, 104 s.). Tentazione non nuova quella di esibire il “prigioniero mediatico”: in piena Tangentopoli (di nuovo emergono similitudini con il passato) Enzo Carra, ex portavoce di Forlani, venne condotto al processo con gli schiavettoni (v. L. LA SPINA, *La democrazia non si salva con le manette*, in www.lastampa.it, 5 maggio 2016; G. ORSINA, *La democrazia*, cit., p. 152).

⁸⁴ C. SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 9.

⁸⁵ Cfr. G. VARANO, *La castrazione della ragione*, in https://www.huffingtonpost.it/giorgio-varano/la-castrazione-della-ragione_a_23704608/.

⁸⁶ G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffré, Milano, 2018, p. 3 s.

⁸⁷ D. MOÏSI, trad. it., *Geopolitica delle emozioni. Le culture della paura, dell’umiliazione e della speranza stanno cambiando il mondo*, Grazanti, Milano, 2009.

⁸⁸ Z. BAUMAN, trad. it., *Il demone della paura*, Laterza, Bari-Roma, edizione digitale 2014, cap. 3 (corsivo mio).

Un nuovo Medioevo penale sembra davvero alle porte.

5.2 –Purificazione/Emarginazione

La politica penale populista sembrerebbe ispirata da un intento di moralizzazione della vita sociale ed ha trovato la sua massima espressione nelle norme anticorruzione, nella modifica della prescrizione, nella “lotta” all’immigrazione e, più in generale, nella tendenza a rendere inesorabile la risposta punitiva⁸⁹.

Moralizzare vuol dire guardare al reo più che al fatto; e prima ancora all’imputato e all’indagato⁹⁰, sacrificando la presunzione di non colpevolezza sull’altare del colpevolismo dell’opinione pubblica⁹¹.

Il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado è un esempio di (neanche tanto) implicita affermazione della *presunzione di colpevolezza*.

La riforma comporterà che la sentenza di primo grado sarà, nella sostanza, equiparata ad una sentenza definitiva. Con la conseguenza che, in caso di condanna, la presunzione di innocenza si trasforma in presunzione di colpevolezza e il condannato sarà “marchiato” come “moralmente indegno” per un tempo indefinito⁹².

5.3 – Percezione/Dismisura/(In)efficienza

Si legifera in base ad asserzioni che non hanno (non è richiesto che abbiano) un fondamento empirico ma che fanno leva sulla presunta volontà popolare, sulla percezione di insicurezza e di paura: variabili che, evidentemente, non possono essere verificate e provate⁹³.

Ciò comporta due conseguenze.

A) La prima è che la *dismisura e l’irragionevolezza* connotano l’attuale politica

⁸⁹ F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 5 s.

⁹⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Il volto*, cit., p. 5 s.

⁹¹ Sottolinea il tendenziale colpevolismo dell’opinione pubblica L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, p. 79.

⁹² Si veda l’intervento di G. PECORELLA in occasione della presentazione del “*Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*” (Università Statale di Milano, 9-10 maggio 2019), reperibile in <https://www.penalecontemporaneo.it/d/6677-manifesto-del-diritto-penale-liberale-e-del-giusto-processo-video-registrazione-del-convegno-dell-u>.

⁹³ M. DONINI, *Populismo*, cit., p. 8.

penale populista, anche a scapito della tanto decantata *efficienza* (almeno se la si intende come buon funzionamento della “macchina” giudiziaria).

Ne è un esempio l'*esclusione del rito abbreviato* per i delitti “da ergastolo”. Si tratta di un intervento normativo che, oltre a restringere il diritto alla difesa dell'imputato (che viene discriminato in ragione dell'ipotesi d'accusa) e a risultare distonico rispetto al recente orientamento della Corte Costituzionale (sent. n. 149 del 2018), secondo cui il principio della rieducazione del condannato non è sacrificabile sull'altare di ogni altra funzione della pena, risulta altresì disfunzionale perché sacrifica un istituto che risponde proprio a criteri di efficienza.

Come rilevato dal CSM, infatti, la novella normativa avrà ripercussioni sul carico di lavoro delle Corti di Assise, di primo e secondo grado, competenti a giudicare un maggior numero di reati⁹⁴.

I dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia, relativi al rapporto tra i procedimenti concernenti reati puniti con la pena dell'ergastolo definiti con rito ordinario e quelli definiti con rito abbreviato, indicano una percentuale di procedimenti definiti con il rito speciale pari al 68% nel 2016 e al 79% nel 2017⁹⁵.

Anche l'inserimento dei più gravi *reati contro la pubblica amministrazione* tra i *reati ostativi* di cui all'art. 4-*bis* o.p. è certamente disfunzionale nell'ottica dell'efficienza.

Chi mai ricorrerà al patteggiamento sapendo che comunque finirà in carcere?

La possibilità di beneficiare della sospensione condizionale della pena, peraltro, parrebbe piuttosto limitata considerata l'entità dei minimi edittali. Inoltre, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 166 c.p., il giudice può disporre di non estendere gli effetti della sospensione condizionale alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Occorre poi considerare come allorché la “nuova” prescrizione entrerà a regime all'imputato converrà, molto probabilmente, “scommettere” sui tempi indefiniti dell'appello: vivrà, cioè, la sua esistenza nella condizione di “temporaneamente libero”, sebbene (con ogni probabilità) in condizioni di maggiore “povertà” nel caso in cui i suoi beni siano gravati da un sequestro a fini di confisca, destinato a durare potenzialmente “in eterno”.

⁹⁴ Il parere è reperibile in <https://www.csm.it/web/csm-internet/-/parere-sulla-proposta-di-legge-ac-392-c-abbinata-alla-n-ac-460-c-avente-ad-oggetto-inapplicabilita-del-giudizio-abbreviato-ai-delitti-puniti-con-la-pe>.

⁹⁵ Cfr. pag. 5 del citato parere del CSM.

B) La seconda conseguenza è che il reato è costruito, talvolta, sul “*falso*”⁹⁶.

Quanto alla *corruzione*, che da tempo rappresenta una vera propria ossessione del legislatore⁹⁷, occorre prendere atto della «*grande bugia*» – favorita anche da un trentennale “circo mediatico giudiziario”⁹⁸ – secondo cui la corruzione percepita e la corruzione reale coincidono⁹⁹.

Su questo controverso tema¹⁰⁰, invero, è stato evidenziato un forte divario tra la percezione di un alto livello di corruzione e un relativamente basso numero di denunce e condanne¹⁰¹. Come posto di recente in luce dall'Eurispes nella ricerca “*La corruzione tra realtà e rappresentazione*”, la “lotta” alla corruzione innesca un curioso circolo vizioso (il c.d. “*Paradosso di Trocadero*”): più forti sono il contrasto e la condanna della corruzione, più questa è resa visibile, più corrotto appare il Paese, più si cerca di porre rimedio e prevenire¹⁰².

Eppure, lungi dal cadere in un “*benefico letargo*”¹⁰³, il legislatore continua ad intervenire sui reati contro la pubblica amministrazione all’insegna dell’inasprimento sanzionatorio.

Similmente, in tema di *legittima difesa* si rileva come la riforma abbia un’inutilità statistica evidente.

In materia di legittima difesa domiciliare risultano appena 58 sentenze giunte

⁹⁶ Sottolinea come la tendenza del populismo sia quella di costruire verità alternative, A. BARBANO, *Le dieci bugie. Buone ragioni per combattere il populismo*, Mondadori, Milano, 2019, p. 17 s.

⁹⁷ Sull’evoluzione delle politiche penali anticorruzione, v. S. SEMINARA, *Corruzione e anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1125 s., secondo il quale occorre evitare di «cedere alle suggestioni delle crociate e all’uso in chiave esasperatamente simbolica del diritto penale».

⁹⁸ D. S. LARIVIÈRE, *Du cirque médiatico-judiciaire et de moyens d’en sortir*, Éditions du Seuil, Paris, 1993; trad. it. di M. Giustozzi, *Il circo mediatico giudiziario*, Liberlibri, Macerata, 1994.

⁹⁹ A. PANEBIANCO, *Stereotipi (e bugie) sull’Italia di oggi*, in www.corriere.it, 29 aprile 2018.

¹⁰⁰ Si veda l’indagine dell’Istat, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, reperibile in <https://www.istat.it/it/archivio/204379>.

¹⁰¹ S. CASSESE, *La corruzione sviscerata*, in *Il Sole 24 Ore Domenica*, 6 maggio 2018; M. D’ALIBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017, *passim*.

¹⁰² Il comunicato stampa relativo alla ricerca “*La corruzione tra realtà e rappresentazione. Ovvero come si può alterare la reputazione di un Paese*” è pubblicato in www.eurispes.ue; v. anche S. CASSESE, *La corruzione*, cit.; evidenzia come «tutte le informazioni si basano sulla corruzione percepita, che dipende, a sua volta, dall’enfasi che danno i mezzi di comunicazione all’avvio di indagini e dal silenzio che accompagna i proscioglimenti», L. VIOLANTE, *Democrazia senza memoria*, cit., p. 112.

¹⁰³ S. CASSESE, *La corruzione*, cit.; G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., p. 190, sottolinea come sarebbe – in linea generale – opportuno un “fermo normativo” di non breve durata «in modo da avere tempo sufficiente per tornare a riflettere in profondità sulle ragioni sostanziali che possono giustificatamente indurre, in questo momento storico, a qualificare alcuni fatti come reato e a reprimerli con la sanzione più drastica e invasiva».

in Cassazione negli ultimi 12 anni, di cui 3 procedimenti iscritti nel 2015, 2 nel 2016 e 5 nel 2017¹⁰⁴.

Dati ufficiali del Ministero della Giustizia, relativi alla legittima difesa *tout court*, dimostrano come nel 2018 risultavano iscritti nei Tribunali italiani solo 14 procedimenti “contenenti l’art. 52 c.p.” e 12 procedimenti “contestanti l’art. 55 c.p. (eccesso colposo) limitatamente all’art. 52 c.p. (legittima difesa)”¹⁰⁵.

Accade dunque che la paura del crimine (talvolta indotta) realizza due prototipi della simbologia penale: il conio di nuove fattispecie ostentate come “imprescindibili” e la «scorciatoia dell’aumento edittale delle sanzioni»¹⁰⁶.

5.4 - Legalità vs. Grande Semplificazione

I padri fondatori del diritto penale costituzionale hanno individuato la *ratio* della riserva di legge nella legittimazione democratica delle scelte punitive.

Come insegna Marcello Gallo «*Il Costituente ha conferito alla legge il monopolio della enunciazione della fattispecie penalmente sanzionata (e delle conseguenze sanzionatorie penali) perché le regole penali incidono sui beni fondamentali dei loro destinatari [...]. La ragione della disciplina adottata sta nel consentire, ed è tipico del pensiero liberal-democratico, una riflessione particolarmente attenta sulle ragioni che portano a qualificare reato un certo fatto umano, nonché la possibilità alle minoranze di intervenire sugli indirizzi e sulle scelte di politica penale della maggioranza:*

¹⁰⁴ L. FERRARELLA, *Il tentativo di trasformare i tribunali in spettatori*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2019, p. 6.

¹⁰⁵ G. L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019, p. 8; in generale, sulla riforma della legittima difesa: ID., *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019; F. CONSULICH, *La legittima difesa. Considerazioni non populistiche sui rinnovati art. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. Pen. Web.*, 2019, 5, p. 1 s.; G. INSOLETA, *Dalla legittima difesa all’offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica dell’art. 52 c.p.*, in www.discrimen.it, 5 novembre 2018; ID., *Il governo della paura*, in *Parola alla difesa*, 2018, 5-6, p. 359 s.; R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”?*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 1, p. 17 s.; S. MOCCIA, *Legittima difesa e furto domestico, una proposta indecente*, in *Il Manifesto*, 15 agosto 2018.

¹⁰⁶ S. BONINI, *Funzione “strumentale” e funzione “simbolica” del diritto penale, fra discorsività “critica” e discorsività “dialogica”*, in AA.VV., *La società punitiva*, cit., p. 28; ID., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2018, p. 158 s.

in un processo dialettico al quale si partecipa – si dovrebbe partecipare – per convincere ed essere convinti»¹⁰⁷.

Da tempo, tuttavia, il Parlamento ha progressivamente perso le proprie prerogative¹⁰⁸: il baricentro del potere gravita sempre più intorno all'esecutivo e al suo *leader* (che punta tutto sul rapporto diretto con l'elettorato), cosicché la legislazione di origine governativa diventa predominante e selettiva, concentrandosi su un numero ristretto di provvedimenti ad alto impatto mediatico ed "emozionale"¹⁰⁹.

In un tale orizzonte complessivo trovano spazio con maggiore facilità costruzioni *semplificate*, a diverso titolo, delle fattispecie, aventi lo scopo di offrire un messaggio all'opinione pubblica o, semplicemente, di permettere, senza altra velleità progettuale, l'intervento su date situazioni da parte della magistratura penale¹¹⁰.

Oggi, peraltro, l'anti-parlamentarismo non ha più bisogno di essere alimentato: nella visione dei populistici il controllore e il controllato coincidono, cosicché il Parlamento «si spegne per consunzione, per un prolasso di efficacia e legittimazione»¹¹¹. Inoltre, la tendenziale *identificazione dello Stato con il Governo* - che costituisce una delle dimensioni strutturali storicamente capaci di indurre caratteristiche deformanti nel sistema penale italiano¹¹² - comporta inevitabilmente che l'opportunità politica prevale sulla regola giuridica, lo scopo sul diritto.

Quando dai cittadini sale una (presunta) domanda la risposta deve essere data¹¹³. E se qualcuno nutre dubbi sull'esistenza di ostacoli giuridici poco importa, perché i giuristi devono assecondare le indicazioni (moral?) che verrebbero dalla "pancia" del Paese¹¹⁴. Insomma, l'*intendance suivra*¹¹⁵.

¹⁰⁷ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 35 s.; v. anche G. FIANDACA, *Prima lezione cit.*, p. 120 s.

¹⁰⁸ L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1668 s.; G. INSOLERA, *La produzione del penale*, cit., p. 1 s.; A. MANNA, *Il lato oscuro*, cit., p. 15 s. Sulla crisi della legalità si veda G. PECORELLA, *La crisi della legalità come crisi della democrazia rappresentativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 945 s.

¹⁰⁹ Sul tema si veda M. CALISE, *La democrazia del leader*, Laterza, Bari-Roma, 2016.

¹¹⁰ L. EUSEBI, *L'insostenibile*, cit., p. 1668 s.

¹¹¹ C. FUSI, *Idea: aboliamo tutti gli onorevoli. Che fare di un Parlamento diventato passacarte?*, in *Il Dubbio*, 19 dicembre 2018; si vedano anche S. CURRERI, *In memoriam del giusto procedimento legislativo*, in www.lacostituzione.info, 25 dicembre 2018, p. 1 s.; A. MORELLI, *L'elettore "buon selvaggio"*, cit., p. 1 s.

¹¹² Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri*, cit., p. 491; S. CASSESE, *Il governo è lo Stato?*, in *Il Foglio*, 16 ottobre 2018.

¹¹³ M. LUCIANI, *Le salmerie della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, 2, 15 maggio 2015, p. 3.

¹¹⁴ M. LUCIANI, *Le salmerie cit.*, p. 3.

¹¹⁵ M. LUCIANI, *Le salmerie cit.*, p. 3.

In questo contesto si inserisce, infine, la proposta di legge costituzionale sulla modifica dell'art. 71 della Costituzione in materia di iniziativa legislativa popolare senza alcuna delimitazione per la materia penale¹¹⁶. Con il rischio che, come precizzava il filosofo Ortega y Gasset nel 1930, più di quanto sta già accadendo i «*luoghi comuni da caffè*» chiederanno di essere mutati in norma¹¹⁷.

5.5 – *Prima ratio*

Il diritto penale è la prima *ratio*, se non l'unica, degli interventi legislativi ai tempi del populismo¹¹⁸.

Ciò produce quella che già a fine Ottocento Francesco Carrara chiamava “*nomorrea penale*”¹¹⁹. Gabrio Forti ha di recente etichettato l'inflazione di sanzioni come “*sanzionorrea*”, che ha come effetto – oltre all'ineffettività – quella di considerare l'essere umano come un automa da ridurre all'obbedienza con la minaccia e la coercizione¹²⁰.

Il diritto penale funge peraltro da efficace strumento di “distrazione di massa” (oltretutto “a costo zero”) rispetto, ad esempio, ai ben più rilevanti temi economici e sociali¹²¹.

Il “messaggio” veicolato dal legislatore non è solo il prodotto del bisogno popolare di giustizia sommaria, ma ne è anche un fattore di *formidabile rinforzo*, che ca-

¹¹⁶ Cfr. R. BIN, *Riforma della Costituzione: l'introduzione del referendum propositivo. Invito al dibattito*, in <http://www.lacostituzione.info/index.php/2019/05/16/riforma-della-costituzione-lintroduzione-del-referendum-propositivo-invito-al-dibattito/>.

¹¹⁷ G. ORSINA, *La democrazia*, cit., p. 37.

¹¹⁸ M. DONINI, *Populismo*, cit., p. 35. Lo stesso Autore sottolinea come l'ultima *ratio* sia un principio univocamente liberale, «perché liberale è il diritto che accresce le libertà o le tutela con il minor sacrificio possibile» (M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in www.discrimen.it, 24 maggio 2019, p. 5 s.).

¹¹⁹ Cfr. G. FORTI, *L'eccesso di leggi penali nasce dall'eccesso di rancore*, in *Corriere della Sera*, 7 aprile 2019.

¹²⁰ G. FORTI, *L'eccesso*, cit.

¹²¹ G. INSOLERA, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2018. Sottolinea come la «penalizzazione» crescente delle nostre società ha – tra le molte ragioni – anche la richiesta di capri espiatori alimentata continuamente dai mezzi di comunicazione di massa e una legislazione che spesso, al di là delle promesse, non fa altro che moltiplicare i comportamenti punibili penalmente, C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 100.

rica il giudizio e la giusta riprovazione per i comportamenti negativi di un sovrappiù di risentimento, ira, astio, vendetta, rivalsa¹²².

Dal 52° rapporto sulla situazione sociale del Paese del Censis emerge, del resto, un'Italia divisa, impaurita e intollerante «*fino alla cattiveria*»¹²³. I cittadini, spiega il rapporto, sono in preda a «una sorta di sovranismo psichico prima ancora che politico», che «talvolta assume i profili paranoici della caccia al capro espiatorio, quando la cattiveria – dopo e oltre il rancore – diventa la leva cinica di un presunto riscatto e si dispiega in una conflittualità latente, individualizzata, pulviscolare»¹²⁴.

5.6 – Sicurezza

L'eccesso di ideologia penale perverte l'idea stessa di giustizia: lo Stato *non è più debitore di giustizia ma di sicurezza*. Dietro la criminalizzazione si profila così lo spettro della democrazia che sfocia nell'ingiustizia tramite l'applicazione della legge¹²⁵.

I decreti sicurezza sono un eccezionale strumento di propaganda securitaria e l'invocazione della “galera” è ormai parte importante di una retorica politica, che sembra soddisfare la propria “fame di consensi” solo in strategie punitive che escludono idee di clemenza e un approccio razionale alla penalità¹²⁶.

Eppure, come noto, le ricerche empiriche dimostrano che un carcere “aperto” – che consenta cioè il reinserimento nella società attraverso il ricorso ai benefici carcerari e alle misure alternative – riduce la recidiva e, per questa via, la popolazione carceraria, contenendo i costi e aumentando la sicurezza dei cittadini, contraddicendo così lo *slogan* e le politiche securitarie degli ultimi decenni¹²⁷.

¹²² G. FORTI, *L'eccesso*, cit.

¹²³ Cfr. A. AZZARO, *Cattivi e impauriti. Ecco l'Italia del sovranismo psichico*, in *Il Dubbio*, 8 dicembre 2018.

¹²⁴ V. NUTTI, *Italiani incattiviti e in preda al «sovranismo psichico»*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 dicembre 2018.

¹²⁵ A. GARAPON-D. SALAS, *La Repubblica penale*, cit., p. 89. Sul rapporto tra sicurezza e populismo penale, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 73 s.

¹²⁶ G. INSOLERA, *Le clemenze “anomale”*, in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2014, p. 3.

¹²⁷ D. STASIO-D. TERLIZZESE, *Il carcere «aperto» aumenta la sicurezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2014; L. FERRARELLA, *Le pene alternative aumentano la sicurezza*, in www.corriere.it, 12 maggio 2018; sulle ricerche condotte negli Stati Uniti si veda R. E. BARKOW, *Prisoners of Politics*, p. 42 s.

Rispetto all'attuale *mainstream* populista, inoltre, l'idea di una nuova clemenza collettiva (assolutamente sensata e ragionevole) suona quasi provocatoria e "politicamente scorretta"; la depenalizzazione è ormai una "favola raccontata a veglia"¹²⁸.

Questo ostracismo parlamentare per i provvedimenti di clemenza richiede, tuttavia, la ricerca di soluzioni "alternative" per far fronte a un volume di affari penali e penitenziari ormai sempre più ingestibile dal plesso della giurisdizione e dell'esecuzione penale. Saranno, quindi, con ogni probabilità necessarie nuove clemenze "anomale": mi riferisco a quelle direttive di Tribunali e Corti d'Appello che assumono decreti organizzativi finalizzati alla "rottamazione" dei processi per reati destinati a prescrizione certa, disponendo invece la trattazione prioritaria di una serie di reati considerati di particolare allarme sociale¹²⁹.

Una democrazia senza clemenza, però, è una democrazia svilita: una democrazia dove le clemenze "non democratiche" utilizzano, per il raggiungimento degli stessi scopi dei provvedimenti di clemenza previsti dalla Costituzione, la tanto vituperata prescrizione (almeno finché questa strada sarà ancora praticabile anche dopo il giudizio di primo grado).

Ma le clemenze "anomale" rappresentano oggi, forse, l'unico rimedio possibile per far fronte alla smania repressiva del legislatore.

5.7 - Vittime

Le politiche penali populiste tendono a sacralizzare la vittima.

Lo Stato non si sostituisce più alle vittime ma *si identifica* con esse, se non altro per scongiurare qualsiasi "complicità" sospetta con il reo.

Quali le conseguenze sulla produzione del penale?

In primo luogo il diritto penale si *soggettivizza*, si frammenta per compiacere questo o quel gruppo. Inoltre, nella retorica populista il "sistema" è il problema, la vittima è la chiave; con la conseguenza che la produzione legislativa privilegerà si-

¹²⁸ S. MOCCIA, *La perenne emergenza: Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 1997, p. 41.

¹²⁹ A. PUGIOTTO, *Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva*, in S. ANASTASIA-F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza*, cit., p. 34; N. MAZZACUVA, *Le ragioni della clemenza*, cit., p. 199 s.; G. INSOLERA, *Le clemenze "anomale"*, cit., p. 6 s.;

stematicamente la *vendetta* e il risentimento ritualizzato rispetto alla prevenzione della criminalità e alla riduzione della paura¹³⁰.

Emblematica, sotto questo aspetto, è la genesi dell'*omicidio stradale*, ove nel dibattito parlamentare chi è intervenuto si è sentito spesso in dovere di ripercorrere uno o più incidenti mortali con, immancabile, denuncia dell'inadeguata risposta sanzionatoria¹³¹.

Similmente, l'emendamento sulla "sospensione" della prescrizione è stato annunciato dal Ministro della Giustizia al termine della sua visita al cimitero di San Giuliano di Puglia, dove sono sepolte le vittime del crollo della scuola causato dal terremoto del 31 ottobre 2002. Pochi mesi prima il Ministro aveva scelto un'altra commemorazione, l'anniversario della strage di Viareggio, per proporre la sua riforma della prescrizione, aggiungendo pure che l'avrebbe chiamata "legge Viareggio"¹³².

È evidente il parallelismo con altri ordinamenti che hanno adottato politiche di *law and order*. Negli Stati Uniti un certo numero di leggi penali porta la firma della vittima: così le *Megan's laws* sugli archivi dei delinquenti sessuali portano il nome della piccola Megan Kanka assassinata nel New Jersey¹³³. Sempre negli Stati Uniti, le c.d. *three strikes laws* sono state introdotte in California nel 1994 – tramite referendum popolare – sulla scia dell'emozione suscitata dall'assassinio di una ragazzina¹³⁴. Similmente, in Argentina una serie di riforme in senso fortemente repressivo, le c.d. "*Leyes Blumberg*", sono state introdotte a seguito di una petizione (sottoscritta da migliaia di cittadini) promossa Juan Carlos Blumberg, il padre di un ragazzo sequestrato e ucciso¹³⁵.

¹³⁰ J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., p. 139; ampiamente, sul tema, E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Rizzoli, Milano, 2007, *passim*.

¹³¹ Cfr. M. DANI, *Libertà personale*, cit., p. 22; si veda anche G. DOMENICONI-T. GUERINI-G. INSOLENERA-N. MAZZACUVA, *Sulle linee emergenti di politica criminale*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 459 s.; A. MANNA, *Alcuni recenti esempi*, cit., p. 10 s.

¹³² E. ANTONUCCI, *Perché la riforma Bonafede sulla prescrizione è inutile, dannosa e anticostituzionale*, in *Il Foglio*, 1 novembre 2018; v. anche A. BONAFEDE, *Con la legge Viareggio riformiamo la prescrizione*, in https://www.ilblogdellestelle.it/2018/06/con_la_legge_viareggio_riformiamo_la_prescrizione.html.

¹³³ D. SALAS, *Il populismo penale, una malattia delle democrazie*, in <https://insorgenze.net/2008/07/13/il-populismo-penale-una-malattia-democratica/>, 13 luglio 2018.

¹³⁴ E. GRANDE, *Il terzo strike*, Sellerio, Palermo, 2007, p. 64. V. anche J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., p. 208 s.

¹³⁵ Cfr. C. CESARONI-D. FELDMAN-G. IRRAZÁBAR, *Reflexiones en torno a los diez años de las "Leyes Blumberg"*, reperibile in <https://www.academica.org/gabriela.irrazabal/18.pdf>. Il testo della petizione è reperibile in <https://www.lanacion.com.ar/588575-el-texto-completo-del-petitorio-de-juan-carlos-blumberg>.

Le logiche securitarie, tuttavia, si pongono in potenziale conflitto con la visione reo-centrica (o individual-garantista) che innerva(va?) la cultura penalistica e il diritto costituzionale continentale: il sistema punitivo, per implementare e rendere effettivo il *diritto* alla sicurezza-protezione che riconosce in capo alla “comunità delle potenziali vittime”, si prodiga in una serie di attività di *doverosa* neutralizzazione dei rischi da reato, di *doverosa* «tranquillizzazione della paura»¹³⁶ e di *doverosa* rassicurazione dal timore di crimini¹³⁷.

Alla stessa logica vittimaria risponde, peraltro, anche la riforma della *legittima difesa*, ove riecheggia la retorica della *Castle Doctrine* nordamericana: il cittadino è Re in casa propria, libero di fare fuoco su chiunque senza invito vi faccia ingresso, se ciò appare come una difesa ragionevole¹³⁸.

Denis Salas ha efficacemente descritto il conflitto tra le garanzie costituzionali e l'ideologia vittimaria attraverso un dialogo immaginario tra “diritti” e “vittima”.

«*La presunzione d'innocenza?* “Come accettarla – dice la Vittima – io che ho perso il mio bambino per colpa di quest'uomo che è accusato? Voi lo definite presunto innocente, ma mi è impossibile accettare la parola: innocenza. Per me i fatti sono incontrovertibili. Il crimine è iscritto nella carne del mio bambino. Il colpevole non è un imputato presunto più di quanto io non sia una vittima presunta”.

La prescrizione? “Mi è insopportabile poiché il trauma che mi colpisce è irreparabile. La violenza del trauma che ho ricevuto risuona sempre in me. L'oblio sarebbe una capitolazione, il perdono uno scandalo [...]”.

La pena, in democrazia, deve essere commisurata e proporzionale all'atto e alla personalità? “Certamente, ma la mia sofferenza è senza misura. Il mio bambino è condannato a una “pena” che non ha alcuna comune misura con quella che colpirà il suo autore, il quale vivrà per qualche tempo in prigione, leggerà dei libri, potrà lavorare e uscirà un giorno, mentre il mio bambino è per sempre nella tomba”»¹³⁹.

L'approccio securitarista (o apparentemente tale), dunque, “filtra” ed altera il diritto penale classico, aprendo alla rilettura in chiave vittimocentrica di ciò che resta e dovrebbe restare del diritto penale inteso come “*Magna Charta del reo*”¹⁴⁰.

¹³⁶ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558.

¹³⁷ Cfr. V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 1, p. 97 s.

¹³⁸ E. GRANDE, *La legittima difesa armata negli Usa: un buon modello per l'Italia?*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/la-paura-fa-90-la-legittima-difesa-armata-negli-usa-un-buon-modello-per-l-italia/>, 29 giugno 2018.

¹³⁹ D. SALAS, *Il populismo penale*, cit. (corsivo mio).

¹⁴⁰ V. VALENTINI, *Le garanzie liberali*, cit., p. 104.

5.8 – Potere giudiziario

Nell'espone le sue nove massime di deontologia giudiziaria, Luigi Ferrajoli, richiamando Montesquieu, ha precisato che il potere giudiziario è un «potere terribile»: non un potere buono, ma un potere «odioso» perché, diversamente da qualunque altro pubblico potere – legislativo, politico o amministrativo – è «un potere dell'uomo sull'uomo, che decide della libertà, ed è perciò in grado di rovinare la vita delle persone sulle quali è esercitato»¹⁴¹. Dunque, un potere terribile e odioso – soprattutto quello penale – che solo le garanzie possono limitare, ma non annullare, e che è perciò più legittimo quanto più è limitato dalle garanzie.

Oggi il potere giudiziario è corteggiato e osteggiato.

È corteggiato fin tanto che raggiunge l'effetto utile (nell'ottica “giustizia=condanna”)¹⁴²; è osteggiato quando delimita la portata applicativa delle norme in chiave garantista e in senso conforme alla Costituzione o alla CEDU.

In relazione alla riforma della legittima difesa si è osservato come il legislatore, aggiungendo l'avverbio “sempre” all'interno dell'art. 52, co. 2, c.p., abbia voluto *battere un pugno sul banco del giudice*¹⁴³.

Più in generale, le attuali politiche criminali sembrano voler «ridurre il giudice ad una sorta di *juke-box* di una spiccia istruttoria (presunta) popolare, alle cui rime obbligate le Corti debbano conformarsi in una sorta di obbligazione di risultato: pena apparire magistrati insensibili al grido di sicurezza dei cittadini, schierati dalla parte dei banditi, nemici del popolo in quanto nemici della sicurezza del popolo».¹⁴⁴

Si inaugura così una nuova stagione del rapporto tra potere politico e potere giudiziario. Una stagione nella quale il potere politico tende a voler assumere un ruolo di assoluto protagonista nell'opera di “moralizzazione” della società, veicolan-

¹⁴¹ L. FERRAJOLI, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in *Ius17@unibo.it*, 2012, 3, p. 26.

¹⁴² Come è stato osservato, «Il pubblico ministero o il giudice, come è proprio delle fasi populistiche, diventano magistrati di scopo» (L. VIOLANTE, *L'infausto emergere del tipo d'autore*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, p. 102).

¹⁴³ G. L. GATTA, *La nuova legittima difesa*, cit.

¹⁴⁴ L. FERRARELLA, *Il tentativo di trasformare i tribunali in spettatori*, in *Corriere della Sera*, 29 marzo 2019, p. 6.; parla di “obbligazione di risultato” V. MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., p. 13, il quale evidenzia come la «progressiva e pericolosa sovraesposizione della giurisdizione» comporterà, prima o poi, che la magistratura «sarà chiamata a dare conto dei risultati conseguiti – e/o degli obiettivi (eventualmente) mancati – alla politica o, forse peggio, alla “folla in tumulto”; e dove il giudice vedrà abbandonate le sue decisioni, sempre più, al “bacchanale delle opinioni”, senza più il riparo dal bagaglio tecnico di garanzie e principi che le guidano e proteggono».

do al potere giudiziario – attraverso politiche penali “populistissime”¹⁴⁵ – messaggi dal contenuto (neanche tanto velatamente) *intimidatorio*.

6. Gli argini e le mura

Il liberalismo insegna che se si dimentica l'importanza delle “mura” e degli “argini”¹⁴⁶ si aprono le porte ai totalitarismi, alle degenerazioni della democrazia e ai demagoghi. E nella visione del demagogo la comunità si divide in amici e nemici: «i suoi avversari sono nemici della comunità e i suoi amici, invece, si adoperano sempre e costantemente per il benessere dei cittadini. Il demagogo identifica l'avversario con il nemico, disprezza la rappresentanza politica, il Parlamento, i partiti; rigetta la mediazione, che è l'essenza della politica; usa un lessico primitivo ma efficace, perché immediatamente comprensibile. Si incarica di rappresentare il rancore o la sfiducia, senza risolverli, ma indicando negli avversari politici e, spesso, nel Parlamento i nemici responsabili di tutti i mali»¹⁴⁷.

Nel contesto appena descritto, le *giurisdizioni ordinarie, costituzionali ed europee* «sono l'ultima difesa contro un attacco esiziale portato ai principi e allo spirito di umanitarizzazione del diritto penale, frutto di un plurisecolare processo di civilizzazione»¹⁴⁸.

A) Per quanto riguarda la *Corte Costituzionale*, le più recenti pronunce dimostrano una tendenza ad ampliare, rispetto al passato, lo spazio di azione della Corte stessa.

Per un verso, a fronte di opzioni legislative ispirate da un *mix* emozionale vendicativo-securitario e finalisticamente orientate all'ottenimento del risultato – di marca spiccatamente general-preventiva e di immediata spendibilità elettorale – della *espulsione* del criminale (il «nemico»?) dal consorzio sociale, il Giudice delle leggi ha recentemente ribadito la centralità *primaria* che riveste l'opposto obiettivo del *recupero* del reo, affermando che il *finalismo rieducativo* costituisce un «*imperativo costituzionale*», corollario del quale è «*il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*» (sent. n.

¹⁴⁵ Parla di leggi “populistissime”, C. SOTIS, *Il diritto*, cit., p. 9 s.

¹⁴⁶ N. MATTEUCCI, *Il liberalismo*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 11.

¹⁴⁷ L. VIOLANTE, *Democrazie*, cit., p. 106 s.

¹⁴⁸ G. INSOLERA, *Una discesa nel Maelstroem*, in www.discriment.it, 20 settembre 2018, p. 14; anche in AA.VV., *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Navarra, p. 153 s.

149/2018, con ampi richiami a precedenti pronunce: tra queste, sent. n. 189/2010 e sent. n. 257/2006)¹⁴⁹.

Per altro verso, alle pulsioni repressive e general-preventive che animano la politica sanzionatoria contemporanea, spingendo il legislatore a confezionare dei corredi edittali *irragionevolmente* tendenti verso l'alto e spesso accompagnati da limiti alla discrezionalità commisurativa del giudice, sembra fare da contraltare una rinnovata "consapevolezza di sé" da parte della Corte costituzionale stessa.

Sotto questo aspetto una significativa novità si coglie nella sentenza n. 222 del 2018, che ha dichiarato illegittima la *pena accessoria fissa* prevista per il delitto di bancarotta fraudolenta senza arrestarsi davanti alla constatazione che la pena con cui sostituirla, per non aprire un vuoto di tutela, non si imponeva "a rime obbligate"¹⁵⁰.

E' un modo di procedere che è stato adottato anche dalla sentenza n. 40 del 2019, con la quale la Corte, in materia di *stupefacenti*, «pur restando ovviamente possibile una diversa scelta del legislatore, ha individuato nell'ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale per «la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., oltre che del principio di riduzione della pena di cui all'art. 27 Cost.»¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sul tema si rinvia alle autorevoli considerazioni di E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; si vedano anche ID., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, ivi, 17 dicembre 2018, p. 1 s.; ID., *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, ivi, 19 novembre 2018; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1359 s.; F. SIRACUSANO, *Dalla Corte Costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, ivi, p. 1787 s.; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018, p. 405 s.

¹⁵⁰ Cfr. Corte Costituzionale, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, p. 17 s., reperibile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_anuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf; P. INSOLERA, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*; evidenza come la legge "spazzacorrotti" abbia costruito una sorta di "ergastolo ostativo" delle sanzioni interdittive, A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 5.

¹⁵¹ Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi, cit., p. 18; C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019; P. INSOLERA, *Discrezionalità legislativa in materia penale-sanzionatoria ed effettività della tutela dei diritti fondamentali. La Corte prosegue il suo "nuovo corso" e invalida la pena minima dell'art. 73, co. 1, T.U. Stupefacenti*, in corso di pubblicazione in *Ind. pen.*

Su versante del recupero della *valutazione individualizzante* del giudice, inoltre, si segnala la sentenza n. 88 del 2019 in materia di omicidio e lesioni stradali, che ha dichiarato incostituzionale l'automatismo sanzionatorio della revoca della patente¹⁵².

B) Il controllo di legittimità spetta però non solo alla Corte Costituzionale, ma anche alle *giurisdizioni ordinarie* che dovrebbero esercitare un diritto di resistenza contro la tendenza del potere politico a strumentalizzare natura e funzioni del diritto (penale e processuale) per fini puramente propagandistici¹⁵³.

Sono, infatti, le giurisdizioni ordinarie le prime ad entrare in contatto, nello svolgimento delle loro attività, «con le politiche legislative di una maggioranza parlamentare e di un esecutivo che rivendicano apertamente il loro carattere populista»¹⁵⁴.

Sotto questo aspetto va salutato con favore un “moto riformista” inaugurato dalla giurisprudenza di merito in relazione all'art. 4-*bis* o.p. ed alla sua possibile applicazione retroattiva¹⁵⁵.

Da un lato, infatti, si registrano ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale che costituiscono una fondamentale – ancorché non scontata – risposta della giurisprudenza nazionale alle plurime censure di incostituzionalità della norma evidenziate dalla dottrina e dall'avvocatura; dall'altro un secondo indirizzo giurisprudenziale *garantista*, senza impegnare il Giudice delle leggi, ha bloccato l'efficacia degli ordini d'esecuzione (non sospesi), per il tramite di una *interpretazione costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata* della norma.

Questo moto riformista è significativo perché supera la visione formalistica consolidata secondo cui le norme sull'esecuzione penale sottostanno al principio *tempus regit actum*, affermando invece – sulla scorta di una diversa impostazione sostanzialistica di chiara derivazione convenzionale – l'opposto principio della natura *sostanziale* delle disposizioni che, pur afferenti all'orbita dell'esecuzione, concretamente incidono sulla qualità della pena irrogata. Principio che, appunto, sembrava ormai consolidato “diritto vivente”.

¹⁵² G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2019.

¹⁵³ Com'è stato evidenziato, il compito principale del giudice è quello di garantire la libertà dalla coercizione, che è la base di tutte le libertà pubbliche (C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, cit., p. 154, in relazione a G. SARTORI, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatam, Chatam House, 1987, p. 318).

¹⁵⁴ N. ROSSI, *Giudici, popolo e populismi*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, p. 14 s.

¹⁵⁵ Ampiamente, sul punto, L. BARON, *'Spazzacorrotti'*, cit., p. 153 s.

C) Un ruolo determinante, in questo processo di rivisitazione critica di approdi ermeneutici apparentemente consolidati, lo ha evidentemente esercitato l'influenza interpretativa (sempre più "assiologicamente" predominante) della *Corte di Strasburgo*. Probabilmente mai come in questo contingente storico che attraversa la politica criminale italiana, la Corte Edu offre ai giudici nazionali un arsenale determinante per ripristinare, *in concreto*, quei principi liberali che dovrebbero concorrere a delineare il volto costituzionale del giure punitivo e che, *in astratto*, sono costantemente assediati da un legislatore che pare aver elevato il *consenso popolare* a prima *ratio* delle opzioni punitive.

7. Per una nuova penalistica civile

Resta da chiedersi se le "mura" e "gli argini" della Corte Costituzionale resisteranno alla "nomorrea penale" o se, invece, vi è il rischio che interventi demolitori o correttivi vengano trascinati sull'insidioso terreno del confronto ideologico¹⁵⁶.

E i giudici di merito (e di legittimità) proseguiranno nell'opera riformista e "garantista" o si faranno affascinare dalle sirene del giustizialismo?

Se le mura e gli argini non dovessero resistere allora transiteremmo inevitabilmente in una *democrazia illiberale* (un ossimoro, come sosteneva Calamandrei¹⁵⁷), dove prevale il *pan-politicismo* in assenza di delimitazione dei poteri.

E in un siffatto contesto ci ritroveremmo non più a difendere le garanzie, bensì a supplicarle. Saremmo titolari, come giuristi, avvocati, cittadini, di un mero *ius supplicationis*, tipico delle tirannie¹⁵⁸.

Occorre allora recuperare quella vocazione all'apertura culturale e alla permeabilità politica che ha caratterizzato la penalistica civile italiana¹⁵⁹, nel tentativo di far entrare la società nell'esperienza della scienza giuridica. L'impresa non sarà facile, perché la cultura dei diritti e delle garanzie sembra decisamente in minoranza rispetto

¹⁵⁶ F. PALAZZO, *Il volto*, cit., p. 5 s.

¹⁵⁷ P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, Bari-Roma, Edizione digitale, 2013, par. 11, «Partecipazione dei cittadini alla formazione delle leggi. Libertà di partecipazione alla lotta politica come condizione della legalità».

¹⁵⁸ A. HELLER, *Two System Changes in Hungary*, in *Social Research*, New York; trad. it. di M. De Pascale, *Orbanismo*, Castelvecchi, Roma, 2019, p. 53.

¹⁵⁹ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE, (a cura di) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari-Roma, Laterza, 1990, pp. 147-232.

all'idea, diffusa nell'opinione pubblica, secondo cui "legalità" equivale ad "autorità"¹⁶⁰.

Ma in passato i penalisti l'hanno fatto: con gli scritti o dalle cattedre, lavorando come avvocati o come giudici¹⁶¹. Lo hanno fatto studiosi anche lontanissimi tra loro per opzioni metodologiche e scientifiche, mossi da ragioni talora inconciliabili, ma tutti in omaggio ad una verità: «*le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà*»¹⁶².

¹⁶⁰ Si veda M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 11 s., il quale evidenzia la tendenza, durante il periodo fascista, ad assimilare la legalità all'autorità, di modo che «chi aveva a cuore la legalità doveva favorire l'autorità, senza star troppo a sottilizzare la qualità e la legittimazione sostanziale di chi rappresentava l'autorità».

¹⁶¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri*, cit., p. 496.

¹⁶² M. SBRICCOLI, *Caratteri*, cit., p. 496-497, con riferimento a L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° Cinquantennio della Rivista*, in *Riv. pen.*, 1925, n. 101, p. 11-12.