

LIBERALISMO PENALE. UN FRUTTO FUORI STAGIONE?*

Fausto Giunta **



1. Il diritto penale è lo strumento di controllo sociale più liberticida di cui dispone l'ordinamento. Pertanto, espressioni come "diritto penale liberale" o, per attingere al lessico di Ferrando Mantovani, "diritto penale della libertà"¹, suonano retoriche, e non senza ragione. L'ossimoro, infatti, intende scardinare la combinazione dei significati codificati. Il suo obiettivo non è descrivere qualcosa, bensì disorientare il lettore. Il non-senso – questo il messaggio – è solo apparente; i significati sottesi, però, rimangono ancora da scoprire.

Ultimamente, del nostro tema si è occupato, tra gli altri, Filippo Sgubbi, soffermandosi sull'opposto modello del diritto penale totale², caratterizzato da un generalizzato e inquietante abbassamento degli standard garantistici.

Tale è, per estensione, l'odierno "panpenalismo" che, continuamente alimentato dal diritto vivente, nessuna depenalizzazione è riuscita a contrastare. Dietro il decantato pluralismo normativo ha mano libera una molteplicità di fonti atipiche e variamente disseminate³.

Sul piano dell'intensità repressiva, invece, l'apice è costituito dal diritto penale del nemico⁴, il cui destinatario ideale (segnatamente il terrorista e il mafioso irriducibili) è un'entità declassata, una non-persona sacrificabile, di fatto senza limiti, secondo le contingenti necessità politico-criminali.

Fin qui il confine esterno del diritto penale liberale, ciò che esso non è.

* Testo dell'intervento svolto al convegno sul tema "*Il paradigma liberale nel diritto penale postmoderno: un requiem evitabile?*", Catanzaro, 17-18 novembre 2023.

** Ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze

¹ F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2023, p. XLII.

² F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

³ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, cit., p. 25 s.

⁴ G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, März 2004, p. 88 s.; Id., *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, 2007, p. 121 s.

2. Più impegnativo è definire il diritto penale liberale in positivo.

Solitamente si muove dall'importanza non negoziabile del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta et stricta*, che spiega la natura indisponibile della lacuna di tutela e, a cascata, la preferenza, da un lato, per gli esiti restrittivi dell'interpretazione e, dall'altro, per l'applicazione estensiva, anche sotto il profilo intertemporale, delle norme favorevoli. Risiede ancora nel principio di legalità la ragione per cui il dubbio ermeneutico apre a soluzioni liberatorie.

Come noto, le garanzie formali sono solo la cornice del diritto penale liberale, nella quale si colloca un concetto di reato altrettanto garantista in quanto necessariamente materiale, offensivo e colpevole⁵.

E ancora: l'accertamento della responsabilità deve avvenire nel rispetto del diritto di difesa, in contraddittorio con l'accusa, nella parità delle parti e davanti a un giudice imparziale, tenuto a motivare la sua decisione.

3. Sennonché, se si vuole cogliere il nucleo autenticamente ideologico del diritto penale liberale non basta ricordare le sue forme di manifestazione storiche collegate, nei secoli XVIII e XIX, al processo di codificazione. Le categorie, infatti, possono cambiare pelle e perdere l'originario smalto garantistico. Per esempio, un sistema rigidamente legalistico può diventare illiberale se tale è la politica criminale sottostante. La teoria del bene giuridico, nata per delimitare il raggio di azione della pena, ha giustificato la tutela di beni sfuggenti, come l'ordine pubblico⁶. La stessa colpevolezza rischia di vedere rovesciata la sua valenza personalistica ove la si intenda come *Gesinnung*, ossia atteggiamento interiore⁷.

Bisogna chiedersi, allora, se un modello di diritto penale liberale possa riproporsi (come opportunamente suggerisce il titolo del nostro convegno) nell'odierna postmodernità caratterizzata da decodificazione ed entropia. A nostro avviso la risposta deve essere affermativa, alla condizione che non si pretenda un ritorno al passato, alla centralità codicistica, cui aspira in modo velleitario la riserva di codice⁸, e al

⁵ Una chiara eco di questa impostazione si riscontra nella manualistica. Cfr. per esempio F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale, parte generale*, cit., parte II.

⁶ Sul punto v. per tutti G. Insolera, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, p. 149 s.

⁷ G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 6 s.

⁸ Per tutti C.E. Paliero, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia 2019*, p. 31 s.

minimalismo punitivo proposto da parte della dottrina⁹. Il liberalismo penale va cercato altrove, nel senso profondo dei rapporti tra autorità e cittadino, tra libertà e pena.

Da questa angolazione il diritto penale liberale può esistere solamente nella cornice dello stato costituzionale di diritto, dove il legittimo esercizio della potestà punitiva è consentito nelle forme previste dalla Carta fondamentale. Detto altrimenti: è certamente corretto definire liberale il diritto penale dei limiti. La reale identità di un sistema repressivo non dipende, però, solo dall'esistenza di confini invalicabili, ma anche dal loro posizionamento rispetto ai valori retrostanti. Tra questi primeggia la libertà come bene evocativo di tutti gli altri diritti fondamentali della persona. Oggi, il liberalismo penale è prima di tutto personalismo costituzionale applicato.

4. Il divieto penale comporta un doppio sacrificio: il dovere di obbedienza, tipico del diritto punitivo, incide sulla libertà morale; la detenzione, quale prototipo di sanzione punitiva, sacrifica la libertà personale. Il primo rileva come categoria logica, collegata alla funzione di prevenzione generale. La seconda è una categoria storica regressiva, sebbene il suo radicale superamento resti al momento utopistico.

Al centro dell'universo penale non sta l'osservante, il cui sacrificio è minimo perché resta libero di compiere l'infinità delle condotte non vietate, bensì il reo, che paga con la libertà personale l'illecito esercizio della sua libertà morale. Sebbene solo il precetto infranto abbia rilevanza penale, nel diritto liberale anche il dovere di obbedienza, quale *a priori* del reato, è condizionato dal concetto di libertà da cui si muove. Quest'ultimo, infatti, si presta a essere declinato in senso "debole" o "forte". Nel primo caso la libertà costituisce un diritto negativo, misurabile al netto dei divieti; nel secondo caso viene in rilievo come un diritto a-causale, una condizione preesistente, la cui compressione ordinamentale richiede quell'espressa giustificazione, che non è necessaria invece per l'esercizio delle libertà ad opera del cittadino.

Il concetto non è certo nuovo. In passato era affidato ancora alle risorse della retorica, questa volta *sub specie* di metafora: il contratto sociale¹⁰, di cui non è testimone nessun notaio, chiarisce i termini di partenza, per i quali la libertà è la regola, il reato l'eccezione presidiata da un suo peculiare statuto garantistico¹¹. Si potrebbe ritenere che in fin dei conti non cambi nulla, perché divieto e libertà sono inversamente

⁹ Di recente, per tutti, L. Ferrajoli, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia 2014*, p. 130.

¹⁰ J.-J. Rousseau, *Du contract social*, Amsterdam, 1762.

¹¹ F. Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, Milano, 2023, p. 35 s.

proporzionali. Sennonché nel diritto, mutando l'ordine dei fattori, può cambiare il prodotto. Ebbene, la giustizia liberale esprime le sue priorità: la concezione "forte" della libertà ammette il sacrificio dei diritti del reo solo come *extrema ratio*. La sussidiarietà viene così elevata a principio indisponibile.

5. Tre sono, tra gli altri, i punti di osservazione privilegiati del diritto penale liberale.

Innanzitutto, viene in rilievo la asimmetria deontica tra la posizione del cittadino, tenuto all'*osservanza* del diritto (art. 54 Cost.), e quella della giurisdizione *soggetta* all'ordinamento giuridico (art. 101, comma 2, Cost.). Le parole della Costituzione non sono usate a caso. Esse esprimono un vincolo di intensità crescente: l'obbedienza porta con sé il valore di una scelta¹²; la soggezione non ammette alternative. Per il giudice, non anche per il cittadino, la legalità è l'unico mondo possibile. Ciò non significa riabilitare la figura del giudice bocca della legge. Ogni enunciato normativo ammette plurime letture, tra cui il giudice è chiamato a scegliere in base a criteri valoriali e di scopo. Nello svolgimento di questo compito il giudice può ridimensionare il bisogno di pena, ma non può farsi promotore di una meritevolezza di pena maggiore di quella formalizzata nella disposizione. Si tratta di un ulteriore argomento storico e funzionale a favore del vituperato principio di legalità. Il passaggio dal diritto casistico medievale a quello moderno, fatto di regole, segna la chiara preferenza per un modello di giudice penale dotato di maggiore discrezionalità applicativa *in bonam partem*, il cui senso di giustizia non può estendersi, invece, sul versante opposto. La casistica spinge al ragionamento analogico più della regola: la prima si coglie *a posteriori*, quale criterio di giudizio, la seconda opera *ex ante* come fattore di orientamento comportamentale.

Il secondo punto di osservazione riguarda il ruolo della dogmatica. Lo studioso, al pari del giudice, ha margini di discrezionalità nella ricostruzione delle categorie e dei loro equilibri. Il pensiero liberale porta a valorizzare, per quanto possibile, la regola di condotta perché, a differenza della regola di giudizio, non è suscettibile di bilanciamento¹³. Questo spiega perché l'approccio liberale considera la conoscibilità un carattere oggettivo del divieto prima ancora che un presupposto della colpevolezza. Non si può pretendere che l'agente faccia uso della massima diligenza per colmare l'indeterminatezza linguistica del precetto. Più in generale, nel contesto della dialettica tra

¹² N. Irti, *Inizio e obbedienza*, in *Criminalia 2021*, p. 73 s.

¹³ In argomento, F. Giunta, *Bilanciamenti e regole di condotta*, in *disCrimen*, 18 luglio 2023.

oggettivismo e soggettivismo, il secondo non può surrogare il primo. È ben vero, anzi, il contrario: la dimensione impersonale del dolo e della colpa, tradizionalmente trattata in sede di colpevolezza, si trova maggiormente “al sicuro” se collocata nell’ambito della illiceità, quale categoria che meglio resiste alla logica imperversante del bilanciamento¹⁴.

Viene in rilievo, infine, l’esecuzione penale. Il personalismo liberale propone, ma non impone percorsi rieducativi, emendativi o riparativi. Il detenuto mantiene i suoi diritti di persona, incluso quello di rifiutare la legalità. Il diritto sociale di punire e di difendersi dalla pericolosità individuale deve avvenire nel rispetto di standard di umanizzazione anch’essi irriducibili. In un ordinamento liberale la pena detentiva non può comportare la perdita generalizzata *delle* libertà. Il suo nucleo punitivo, consistente nella segregazione fisica, è già molto afflittivo. Ogni altro diritto, compatibile con la privazione temporanea della libertà personale, deve essere riconosciuto al detenuto, incluso quello all’affettività.

Per il diritto penale liberale il personalismo è una parola d’ordine, un’obbligazione di risultato.

¹⁴ F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 123 s.