

# LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

**FONDATA NELL'ANNO 1893**

da Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

## COMITATO SCIENTIFICO

**FERRANDO MANTOVANI**

Emerito di diritto penale

**GIOVANNI CONSO**

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

**CORRADO CARNEVALE**

Presidente di sezione della Corte di Cassazione

**PAOLO DELL'ANNO**

Ordinario di diritto amministrativo

**ORESTE DOMINIONI**

Ordinario di procedura penale

**ANGELO GIARDA**

Ordinario di procedura penale

**FAUSTO GIUNTA**

Ordinario di diritto penale

**CARLO FEDERICO GROSSO**

Ordinario di diritto penale

**GIUSEPPE RICCIO**

Ordinario di procedura penale

**GIORGIO SANTACROCE**

Primo Presidente della Corte di Cassazione

**VINCENZO SCORDAMAGLIA**

Ordinario di diritto penale

**GIORGIO SPANGHER**

Ordinario di procedura penale

**NATALE MARIO DI LUCA**

Ordinario di medicina legale

**FRANCESCO BRUNO**

Ordinario di pedagogia sociale

**Direttore**  
**PIETRO NOCITA**

**COMITATO DI REDAZIONE:** GUSTAVO BARBALINARDO, Magistrato; FRANCESCO BUFFA, Magistrato; ANTONELLA DE BENEDETTIS, Avvocato; FABIANA FALATO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; ALESSANDRO LEOPIZZI, Magistrato; Dott.ssa ROBERTA MARRONI; IRENE SCORDAMAGLIA, Magistrato

**REDAZIONE:** ERCOLE APRILE, Magistrato; GIOVANNI ARIOLLI, Magistrato; FRANCESCO CALLARI, Dottore di Ricerca procedura penale; VITTORIO CORASANITI, Magistrato; DIANA CAMINITI, Magistrato; LUIGI CIAMPOLI, Magistrato; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; ANTONIO UGO PALMA, Avvocato; CATERINA PAONESSA, Dottore di Ricerca diritto penale Univ. di Firenze; MARIA SCAMARCIO, Magistrato; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Università "Tor Vergata" di Roma; ROBERTO ZANNOTTI, Professore associato diritto penale Univ. LUMSA Roma

00195 ROMA - Viale Angelico, 38

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

E-mail: giustpen@gmail.com

edizione digitale (ebook): [www.lagiustiziapenale.org](http://www.lagiustiziapenale.org) | webmaster: Spolia - [info@spolia.it](mailto:info@spolia.it)

---

---

## DIBATTITI

---

### **Quale diritto penale? Note cursorie sul sistema delle garanzie tra crisi e rifondazione (\*)**

1. Diritto penale. Il nome di questa disciplina ci è sempre più familiare e vale la pena di soffermarsi sulla sua analisi grammaticale, sulla circostanza che esso, al pari della denominazione di altri rami dell'ordinamento, è composto da un sostantivo, "diritto", e da un aggettivo qualificativo. La particolarità del diritto penale sta nel fatto che l'aggettivo, per l'appunto "penale", non indica un campo di materia, come accade con gli altri rami dell'ordinamento, ma una tecnica di intervento sociale, che fa leva sulla categoria della punizione. Il "penale" fa male per definizione, affliggere è il suo compito precipuo; ma ciò non accade perché è moralmente giusto che al male segua il male, secondo le oramai superate concezioni retributive assolute. Da quando si è affermata l'idea dello scopo nella teoria della pena, si insegna che il "penale" fa male a fin di bene, ossia per prevenire i reati. Il "penale" infatti non ripara, giunge tardivo rispetto al fatto da trattare, è, per dirla con Massimo Nobile, un'immoralità

---

(\*) È il testo dell'intervento svolto al Convegno dell'Unione delle Camere penali, dal titolo: "Inauguriamo la Giustizia del futuro" (Palermo, 6 e 7 febbraio 2015).

necessaria, il bastone dell'ordinamento; uno strumento rozzo, ma indispensabile per corrispondere ai bisogni di tutela.

Ecco perché il braccio violento dell'ordinamento - per l'appunto il "penale", la cui (non acritica) accettazione è fuori discussione - non deve rimanere scompagnato dal provvidenziale sostantivo che lo precede: diritto. Il baricentro del diritto penale sta nel sostantivo, non nell'aggettivo. Il "penale" reclama efficacia ed efficienza, il "diritto" contempera queste istanze con le garanzie per il colpevole. Il diritto penale è reocentrico, mentre il "penale" è vittimocentrico, ma solo occasionalmente, perché la vittima è una presenza eventuale, là dove il colpevole è coesistente al diritto penale. In un ordinamento liberale l'efficacia e l'efficienza del "penale" non sono valori assoluti; prima viene la legittimazione del potere punitivo, ossia le condizioni della sua accettabilità e sopportabilità. Il penalista è un giurista, non un fustigatore: egli è chiamato a bilanciare la brutalità dello strumento punitivo con le indispensabili esigenze di razionalità, umanità, stretta necessità e legittimazione democratica della sua disciplina. È vero che - per dirla biblicamente - in principio è la prevenzione, perché essa traccia il perimetro del diritto penale. Ma questo non significa che l'imperiosa istanza di prevenzione valga più delle garanzie individuali. L'una e le altre stanno e cadono insieme. È dal loro ottimale equilibrio che prende vita il diritto penale.

Avanzo subito la mia tesi: il nostro attuale diritto penale si sta polarizzando eccessivamente sulla dimensione del "penale", termine che, non a caso, nell'uso linguistico è oramai diventato un aggettivo sostantivato.

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

Negli anni '80 del secolo scorso - durante i quali regrediva, pressoché sconfitto, il terrorismo eversivo e montava la criminalità mafiosa - ha raggiunto l'apice culturale un modello di diritto penale saldamente ancorato a principi di garanzia di rilevanza costituzionale, largamente condivisi. Forte era la sensibilità per il principio di stretta legalità, collegato anche al carattere assoluto della riserva di legge, ossia alla fondamentale scaturigine politica e democratica del "penale", assicurata dal monopolio della *lex parlamentaria*. Giovane e vigoroso era il principio di offensività con le sue ambizioni di revisione critica dell'esistente normativo e di guida delle future scelte politico-criminali. Rin vigorita dalla celebre sentenza della Consulta sulla rilevanza dell'*error iuris* scusabile, la colpevolezza vinceva la sua battaglia contro la responsabilità oggettiva espressa e apriva un nuovo e non meno impegnativo fronte di ostilità contro quella occulta. Si trattava di principi di garanzia solidi, la cui forza era accresciuta dalla loro sinergia operativa. Il fatto di reato veniva concepito come anzitutto tipico, poi anche offensivo, infine colpevole. La legalità e l'offensività assicuravano la laicità del reato, tracciando una chiara differenza di piani tra la scelta politico-criminale e lo stigma morale; la colpevolezza esprimeva una soggettività dotata di funzione selettiva, perché, operando all'interno di un fatto già ritenuto tipico e offensivo, esprimeva una componente di personalizzazione dell'illecito in termini di appartenenza ed evitabilità.

3. Gli anni '90 registrano i primi importanti segnali di un cambiamento profondo che oggi decifriamo con maggiore consapevolezza. Mani pulite non è solo una storica stagione giudiziaria: segna la crisi della politica in generale e, per quel che qui più interessa, della politica criminale parlamentare, intesa come confronto delle forze politiche in relazione a modelli di prevenzione. La magistratura assume un atteggiamento antagonista votato al controllo

del potere politico (come scordare il veto televisivo di un *pool* di sostituti procuratori a un decreto legge che escludeva la custodia cautelare per i delitti contro la pubblica amministrazione). Per questa via la giustizia penale viene ad operare a un tempo come presidio e surrogato dell'etica pubblica, con conseguente accentuazione di quella supplenza giudiziaria inaugurata nel 1974, attraverso l'ampliamento del potere discrezionale del giudice nella gestione di alcuni importanti istituti (quali il reato continuato, il bilanciamento delle circostanze concorrenti e la sospensione condizionale).

La storia - come si sa - non è sempre lineare. Non deve meravigliare pertanto che nell'epoca della crisi del diritto penale come sistema compiuto e coerente la codificazione incarnasse ancora un ideale normativo meritevole di essere perseguito. Così gli anni '90 sono anche l'epoca in cui prendono avvio grandi progetti di riforma, tutti destinati a rimanere sulla carta, come quelli che seguiranno con l'inizio del nuovo millennio. Il potere politico in crisi non può produrre riforme di sistema.

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

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

Sul piano ermeneutico si afferma progressivamente se non in modo sistematico l'interpretazione estensiva, come valorizzazione (sia chiaro, legittima) del massimo significato consentito del testo, il quale però è all'occorrenza agevolmente superato da applicazioni analogiche (come noto, vietate) del tutto incontrovertibili (si pensi alla riconduzione della creazione di campi elettromagnetici nella fattispecie contravvenzionale del getto pericoloso di cose). Conseguentemente si attenua la frammentarietà della legge penale, della quale dovrebbe essere garante proprio il giudice. La giurisdizione soffre oggi di acrofobia ermeneutica. Il vuoto di tutela, originariamente reputato fisiologico, atterrisce anche perché forte è la richiesta di tutela che si leva dal corpo sociale. Per questa via, la politica criminale si sposta dal momento genetico parlamentare a quello applicativo. Nondimeno l'attuale diritto giurisprudenziale è per lo più instabile e disuguale. È, inoltre, poco dialogante con la dottrina (si pensi alla recente presa di posizione sul tentativo di rapina impropria: la soluzione delle Sezioni Unite contrasta frontalmente con insegnamenti dottrinali consolidati). I giudici distillano un diritto penale in realtà culturalmente autarchico, sostanzialmente giudiziario. Pochissime sono le questioni di costituzionalità per indeterminazione della legge penale, le quali vengono prontamente sanate dalla giurisprudenza costituzionale in nome del diritto vivente, quale che sia, purché stabile o presunto tale. La determinatezza non è più prerogativa dell'enunciato normativo (quando va bene essa è una graziosa elargizione del capo di imputazione). Con la crisi della tipicità come corrispondenza descrittiva, muta anche la funzione della fattispecie, che diventa il luogo dove l'interprete trova null'altro che una generica *ratio* di tutela, assumendo il fatto descritto valore non più vincolante, ma puramente esemplificativo.

In breve: la garanzia legalitaria che tiene di più è quella della irretroattività della legge penale, che rappresenta il nucleo culturale irriducibile e non negoziabile. Per il resto, il principio di legalità muta pelle e significato complessivo: cessa di essere il tradizionale limite invalicabile della giurisdizione e diventa il dover essere della pena, con una evidente messa in discussione della stessa separazione dei poteri. Non a caso la giurisdizione è spesso reattiva nei confronti della legge delimitatrice, come dimostrano le frequenti questioni di

costituzionalità *in malam partem*, prontamente sollevate, ancorché senza successo, per censurare il merito di scelte politico-criminali non condivise (si pensi alla riforma del falso in bilancio e al più recente decreto Balduzzi, in materia di colpa medica).

5. Il principio di offensività non ha prodotto la sperata ragionevolezza sanzionatoria. Sono davvero poche le sentenze della Consulta che ridisegnano verso il basso i tariffari di pena. Si registra piuttosto una diffusa e generalizzata assuefazione agli eccessi repressivi; il furore punitivo non fa notizia. Si pensi alla nuova cornice sanzionatoria del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, riformato di recente: l'ipotesi aggravata dalla morte (necessariamente non voluta) è punita con una pena pari nel massimo a quella prevista per l'omicidio doloso.

L'offensività dunque svapora. Nella migliore delle ipotesi, la logica dell'offesa diventa un valore bilanciabile con la determinatezza della legge penale. È quanto accade, per esempio, nel campo della tutela dell'ambiente, affidata a microviolazioni formali, per lo più eterointegrate da fonti regolamentari. Forse proprio per precludere riedizioni delle risalenti giurisprudenze c.d. d'assalto, il sistema si è evoluto nel segno della massima formalizzazione.

In molti altri settori, invece, la perdita di quotazioni dell'offensività è secca, ossia manca di compensazioni garantistiche. La politica criminale, fortemente influenzata dal rigorismo europeista, non disdegna di coltivare l'obiettivo del massimo etico. Basti pensare alla rilevanza penale della pedopornografia del tutto virtuale. Ed è noto il dibattito sul reato di negazionismo, la cui introduzione equivarrebbe a elevare il diritto penale a custode della deontologia dello storico.

In breve: con la crisi dell'offensività muta la stessa funzione del diritto penale, che vede regredire la sua natura di strumento di conservazione sociale e assumere la funzione di volano di una palingenesi morale dei consociati. Sia chiaro: abbiamo bisogno di questa rigenerazione; ma dubito che lo strumento possa essere il diritto penale.

6. La colpevolezza sembra essere la categoria del reato che registra la maggiore tenuta garantistica. In effetti, la cultura giuridica odierna ha a cuore la preventivabilità degli ambiti della responsabilità penale. Anche questa garanzia, però, è discontinua. L'ampio ricorso al dolo eventuale, con effetti dilatativi di reati anche privi di una corrispondente fattispecie colposa, ha trovato un salutare freno nella recente sentenza a Sezioni Unite sui tragici fatti della Thyssen-Krupp, la quale ha fissato importanti principi probatori volti a evitare che il requisito dell'accettazione dell'evento finisca per essere presunto dal giudice. Per contro, l'imputazione colposa continua a fondarsi su modelli di agente dotati di capacità irrealistiche e su pretese comportamentali ispirate al principio di precauzione, che pretende dal singolo agente una prudenza addirittura compensatrice delle carenze di conoscenza scientifica. La crisi della psichiatria, e la conseguente incapacità della scienza di offrire soluzioni stabili e univoche sul piano dell'imputabilità, chiude il bilancio anch'esso negativo del principio di colpevolezza.

7. Un cenno merita il terreno della parte speciale, sul quale si assiste alla riscoperta della perversa attualità del codice Rocco e segnatamente alla rivalutazione dei reati di pericolo astratto posti a tutela di interessi superindividuali. Il riferimento non è solo alle fattispecie associative, che oggi condiscono, pressoché sistematicamente, i capi di imputazione forgiati sul concorso di tre o più persone nel reato, ma anche a talune figure di reato che erano diventate fossili libreschi. Si pensi alla recente e progressiva dilatazione del disastro innominato, contestato nelle sue trasfigurazioni ambientali, sanitarie ecc., tutte ispirate a sostituire allo schema del disvalore di evento, tipico della colpa, quello del pericolo astratto creato dolosamente, più facile da provare, stante la combinata evanescenza sia del fatto che della colpevolezza nei delitti di comune pericolo, con l'ulteriore gradito vantaggio di un allungamento dei termini prescrizionali.

Per non dire poi della stabile preferenza della giurisprudenza per l'esaltazione interpretativa dei difetti strutturali di alcune fattispecie

dalla vocazione chiaramente antigarantistica. Si pensi al delitto di bancarotta fraudolenta, la cui elaborazione giurisprudenziale è volta a esaltare l'imputazione del fallimento a prescindere dalla sua derivazione causale dalla condotta e dalla sua copertura volitiva.

È di questi giorni - solo per fare un ultimo esempio del nuovo clima culturale - il dibattito sulla riforma del falso in bilancio, la cui applicazione è oggi tarpata dalle famose soglie numeriche di rilevanza penale. Il falso in bilancio appartiene a un *genus* di reati che possono definirsi estimativi, dunque fisiologicamente difficili da accertare. Se, per ipotesi, consegnassimo copia della medesima contabilità a due stimati esperti di ragioneria, chiedendo loro di redigere due bilanci ciascuno all'insaputa dell'altro, molto difficilmente avremo due bilanci uguali. Con la conseguenza che se uno dei due esperti fosse l'autore del bilancio approvato e l'altro il perito nominato dal giudice in un ipotetico processo, il secondo bilancio costituirebbe il parametro della tipicità penale del primo. Il risultato non cambierebbe a parti invertite. Ebbene, chi può assicurare che, con l'eliminazione delle soglie di rilevanza penale, non si torni alla vecchia giurisprudenza, aspramente criticata dalla dottrina dell'epoca, che ravvisava il falso in bilancio in qualunque scostamento dal vero contabile, anche pari - come è accaduto in una famosa vicenda giudiziaria - allo 0,08%?

8. La crisi dei principi garantistici di matrice illuministica - primo tra tutti quello di stretta legalità - libera il giudice penale da un fascio di vincoli delimitativi della sua giurisdizione, la cui *ratio* è quella di assicurare contro il rischio di valutazioni politico criminali marcatamente giudiziarie, quando non addirittura soggettivistiche. È inutile ricordare, però, che il nostro giudice, reclutato per concorso in ragione delle sue capacità giuridiche, è l'altra faccia dei principi di legalità e soggezione alla legge. Da qui una domanda perfino scontata: è conciliabile il cambiamento profondo del sistema delle fonti con l'immutabilità dei criteri di reclutamento di un giudice sempre più calato nel ruolo di fattore del diritto? E ancora: su quali garanzie può contare oggi il cittadino di fronte alla perdurante violenza del "penale"? Né può ritenersi che queste preoccupazioni siano meno forti quando sono riferite al diritto penale di uno stato democratico. Il "penale", infatti, è un diritto irriducibilmente autoritario. Pertanto, anche il diritto penale di uno stato democratico è inconcepibile senza un corredo di specifiche garanzie aggiuntive rispetto alla terzietà del giudice. Come è stato detto in altra occasione, "terzo non basta". Diversamente ragionando, il diritto penale finirebbe per appiattirsi al livello del problematico capitolo delle misure di prevenzione, la cui unica garanzia è la riserva di giurisdizione. Non bisogna mai perdere di vista che le garanzie - sia quelle rigide e formali, sia quelle sostanziali che operano come criterio di ragionevolezza - segnano il grado di civiltà del diritto penale, rappresentando quanto di più importante dispone il cittadino esposto all'azione repressiva dell'ordinamento.

L'inscindibilità del diritto penale dalla cultura dei suoi limiti - da qualche tempo, invece, oggetto di denigrazioni politicamente corrette - deve portare a riflettere sull'esigenza di una urgente rifondazione garantistica del sistema, attraverso il completo potenziamento dei principi liberali ancora vitali e lo studio di equivalenti funzionali delle garanzie in via di superamento. Che sia peloso o glabro il garantismo non è l'arma con cui il difensore sabota l'attività del magistrato, ma il linguaggio penalistico comune, con funzione legittimante di tutti gli attori del processo penale. Pertanto, questo programma, essenzialmente culturale, dovrebbe coinvolgere le capacità progettuali del mondo del diritto nella completezza delle sue componenti. Purtroppo, però, esso è ancora lontano dall'essere avviato. Così, *dum Romae consulitur; Saguntum expugnatur*. Non fare nulla affinché tutto cambi (in chiave illiberale) è il vero delitto culturale; anche perché per questa via si rafforza, quale alternativa residuale, l'atteggiamento di conservatorismo, non privo di fondamento costituzionale, di chi ha a cuore i diritti di libertà del cittadino esposto allo *ius puniendi*.