

GAETANO INSOLERA

CONSENSO



Isbn 9788828842613

Estratto dal volume:

STUDI IN ONORE DI CARLO ENRICO PALIERO

a cura di

CARLO PIERGALLINI, GRAZIA MANNOZZI, CARLO SOTIS, CHIARA PERINI,
MARCO SCOLETTA, FEDERICO CONSULICH

con la collaborazione di Sara Bianca Taverriti

2022

GAETANO INSOLERA (*)

CONSENSO

1. Se si vuole individuare una collocazione particolare dell'opera del Prof. Carlo Enrico Paliero, studioso e docente di discipline penalistiche, nel panorama della nostra letteratura, una chiave la troviamo nelle battute finali delle conclusioni di una delle sue più recenti pubblicazioni (1).

L'autore dice ai lettori, confermando l'originalità di metodo che ne ha sempre caratterizzato il discorso, come abbia inteso offrire un contributo alla oggi "poco coltivata" scienza della legislazione penale.

Chiarisce Paliero come non si debba proprio pensare ad una teoria che ci porti ad una visione della penalità improntata ad una ottimistica razionalità, dico io *à la maniere* del Leibniz criticato da Voltaire.

Il modello proposto è un possibile strumento di verifica delle possibilità di accettazione, « nei limiti di ragione e di etica sociale », della pena come violenza istituzionalizzata.

La questione da porsi è, quindi, quella della verifica del consenso sociale all'esercizio della più afflittiva delle coercizioni esercitate dal potere dello Stato.

È questa una ricerca e una riflessione che lo studioso ha sempre affiancato nei numerosi contributi con i quali ha partecipato al dibattito penalistico, nel vasto campo degli specifici settori che ha privilegiato.

Penso che Paliero, in questo modo, si sia anzitutto sottratto a quello che definirei la retorica delle "colpe" del cattivo legislatore.

Già negli scritti dello scorcio finale del secolo scorso il declino dell'ideologia penalistica classica, pur se rimodellata e rinvigorita dal riferimento costituzionale, non era attribuito ad un difetto dell'*ars legiferandi* (2) del ceto

(*) *Professore di Diritto penale dell'Alma Mater Studiorum - Università degli Studi di Bologna.*

(1) C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021.

(2) Un' arte che non può riferirsi solo al dato linguistico, anche se, sempre più spesso, ciò deve essere consentito, ma che, soprattutto, non riesce a definirsi, nei contenuti, attraverso autonomi canoni scientifici avulsi dai contesti sociali e politici.

politico, ma a mutamenti del sistema politico e sociale comunicanti con quello penale.

A farne le spese la funzione critica del bene giuridico, il criterio di *extrema ratio* e la conseguente inflazione penalistica. In breve, la transizione da un diritto penale classico verso la modernità (3). Gli avvenimenti successivi comprometteranno anche il riparto dei poteri: con il tramonto del principio di legalità e l'acclamata supremazia dell'*ars interpretandi* giudiziaria.

2. Torniamo alla ipotesi dei criteri di verifica delle dinamiche del consenso a sostegno delle scelte penalistiche.

È del 1992 un approfondito lavoro (4) in cui sono poste le basi metodologiche dell'indagine: l'illustrazione dei modelli esplicativi della criminalizzazione in astratto, la dinamica dei diversi paradigmi, gli attori del consenso etc.

L'approccio anticipava nell'oggetto l'intento di individuare i rapporti tra consenso sociale e scienza della legislazione penale: ritenuta una pagina centrale dei processi di criminalizzazione primaria.

Lo studio si caratterizzava per il dialogo e il confronto con la ricerca criminologica e sociologica e per la ricchezza dei riferimenti bibliografici: presente la considerazione, nella veste di un approccio "induttivo", premesso dall'autore, della teoria dei sistemi sociali e della comunicazione tra consenso del sistema sociale e sistema punitivo.

Rispetto ai due modelli che costituiscono il punto di partenza dell'indagine — quello consensuale e quello conflittuale — Paliero propone una prospettiva "multifattoriale", con una interazione diversificata a seconda delle aree di tutela riconducibili al penale classico — quelle del conflitto — ovvero a quello moderno, del consenso.

La tassonomia degli attori della produzione del consenso e delle sue prestazioni fornisce una molteplicità di spunti che hanno influenzato la riflessione sul tema.

Si tratti dello Stato, con un *cave* per gli esiti "sconvolgenti" che possono prodursi se il comando penale da violenza legalizzata si trasforma in "costume di vita, in morale".

Quanto alla comunità, le conseguenze provenienti dai diversi sinonimi che possono connotarla, si diversificano a seconda dei processi di identificazione

(3) C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento e trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1220 ss.

(4) C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 ss.

che producono, determinando la classificazione di autori e vittime, con permanente validità del duplice volto del penale: protezione di beni giuridici e minaccia per la libertà personale.

I gruppi esponenziali si esprimono in due tipologie: le *lobbies* economiche e gli imprenditori di moralità.

Le caratteristiche e gli esempi portati per le prime colgono l'operare del consenso "in uscita" rispetto al penale, attraverso la efficace espressione di una "criminalizzazione difensiva".

Gli imprenditori di moralità, come vedremo, hanno sempre più assunto, con la comunicazione politica populista e con i suoi successi, un ruolo di primi attori in crociate capaci di incidere sul sistema penale sia in entrata sia in uscita. Profetico — è il 1992 — il richiamo del monito di Giorgio Marinucci: « l'errore più grande sarebbe quello di delegare in qualche misura le scelte al consulto popolare, da cui potrebbero derivare in questo caso solo indicazioni forcaiole e criminogenetiche ».

Paliero elaborava una paradigmatica del consenso in quattro modelli.

Per i modelli conflittuali citava, ad esempio, la tutela del patrimonio. Per quelli consensuali tabù (incesto) o, comunque modelli interiorizzati (omicidio, anzitutto). All'opera gli imprenditori della morale nella implementazione di modelli pseudo-conflittuali: conflitti fittizi, manipolati, inscenati (criminalizzazione dell'aborto e del portatore di Hiv). Fino all'induzione artificiosa di consenso da parte di enti esponenziali o direttamente dallo Stato (le guerre alla droga). Infine i modelli pseudo-consensuali per i quali viene rappresentato un consenso che in realtà maschera conflitti irrisolti (legislazione penale economica e ambientale).

Paliero concludeva il saggio del 1992 dedicandosi alla dinamica del consenso.

Con una prima acquisizione: sono le valutazioni politiche, ideologiche, non la dogmatica giuridica, ad orientare il peso del consenso sociale nel diritto penale.

A una lettura metasistemica che colloca il consenso come scopo e *ratio essendi* del sistema penale, l'autore contrappone una collocazione intrasistemica. In breve: si tratta di un'ottica, critica nei confronti di Jakobs, che esclude l'iperconsensualismo, conseguente, invece, alla prima prospettiva, quella di un consenso « non solo canalizzato dal basso, ma creato *ex novo* di giorno in giorno attraverso la produzione di norme penali ».

Il rilievo topografico svolto sui due sistemi e, in particolare, la conoscenza dei congegni e della struttura del consenso può fornire la strumentazione, per una teoria limitativa del consenso con l'argine delle garanzie; per un modello razionale di controllo — orientato dalla Costituzione e dal principio democra-

tico — in considerazione del fatto che « il consenso sociale in sé non è mai fonte assoluta di legittimazione ».

Complesso, ma necessario, un modello intrasistemico di gestione razionale del consenso in cui si gioca la partita decisiva di un diritto penale legittimato in quanto effettivo e garantista.

Infine la proposta di postulati della razionalità.

La selettività di un legislatore “giudice del consenso”: « non su qualunque oggetto il consenso sociale può essere coagulato attraverso lo strumento penale ».

Il postulato della reattività. Il legislatore deve riconoscere e dare risposte a domande di pena sostenute da un significativo ed empiricamente verificabile quoziente di vittimizzazione.

Nella parte finale del saggio Paliero si confrontava con una possibile paradigmatica della gestione del consenso, con l'individuazione di tre aspettative comportamentali: quelle concernenti la sicurezza, il clima istituzionale o sociale, il clima dei valori etici.

3. Paliero ritorna espressamente sul tema del rapporto tra consenso e sistema penale visto attraverso i criteri di criminalizzazione in astratto nel 2006 (5).

L'analisi si concentrava sul ruolo dei *media*.

Anche in quel caso con spunti capaci di fornire una strumentazione che si rivelerà utile nella lettura di quanto è avvenuto successivamente.

Il sistema penale si presenta come “*media-orientato*”: alla tendenziale stabilità testuale con la quale si confrontava la scienza penalistica si sostituisce un diverso, mobile, orizzonte culturale.

Il circuito comunicativo che si stabilisce tra il sistema penale e quello mass-mediatico vede corrispondere a *inputs* irritativi “ansiofori”, messaggi ansiolitici, in funzione placativa. Ciò avviene con flussi sia intersistemici, sia intrasistemici.

I vettori provenienti dal sistema sociale implicano, come visto, nuovi impegni e nuove sfide che rappresentano il volto di un diritto penale della modernità: secondo Paliero la nuova epifania è quella che « privilegia una dimensione esclusivamente collettivistica dei conflitti sociali da rielaborare attraverso la pena », di qui un'analitica individuazione degli obiettivi: la stabi-

(5) C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 467 ss.

lizzazione della sicurezza collettiva; la neutralizzazione dei grandi rischi indotti dallo sviluppo economico-produttivo; la difesa del monopolio statale dell'organizzazione sociale.

Identificati ed esemplificati i diversi obiettivi, Paliero si interrogava sul potere comunicativo dei *media* confrontandosi con alcune interpretazioni.

I *media* come collettori di bisogni sociali di pena: l'autore individua il rischio che il discorso assuma una dimensione ideologica e strumentale condizionata da contingenti situazioni di crisi sociale.

I *media* possono assumere una funzione di "governo della cifra oscura": in modo condivisibile cita l'esempio di Tangentopoli, con la capacità dei *media* di elaborare messaggi general-preventivi. Il tema della rappresentazione della corruzione e della sua cifra oscura percorrerà ininterrottamente la legislazione penale dell'ultimo trentennio (6).

I *media* come organizzatori della scala dei disvalori penali e dei connessi stereotipi di autore.

Nell'esaminare la paradigmatica delle interazioni fra i sistemi si pone in rilievo come il sistema penale sia "chiuso" e orientato ai destinatari del tipo criminoso, mentre quello *mass-mediatico* sia "aperto" e rivolto al sistema sociale.

Il sistema penale, connaturato in funzione di destinatari reali, in una "mimesi comunicativa" si è adeguato ad una comunicazione artificiale rivolta a soggetti "fittizi e surrogati". Il meccanismo è di tipo "reattivo e di sostituzione" e viene esemplificato con riferimento ai settori cruciali del terrorismo e della macro-criminalità organizzata; della criminalità metropolitana diffusa; della criminalità del rischio.

L'autore infine delinea le diverse modalità della interazione tra sistema penale e sistema mass-mediatico.

Una interazione manipolativa con una interferenza biunivoca tra i due diversi poteri definitivi: può essere il sistema mediatico a influire sul formante penalistico, o può avvenire la comunicazione in direzione opposta. Ancora, un andamento circolare, come nel caso della strumentalizzazione spettacolare dei processi penali.

Si delinea quella che Paliero definisce una "collusione distorsiva": il sistema penale è collettore di bisogni di pena veicolati dal sistema sociale attraverso la cassa di risonanza del sistema mediatico, che, a sua volta manipola il consenso su richiesta del sistema penale per autolegittimarsi.

Il saggio del 2006 si conclude (provvisoriamente) ponendo un punto

(6) Qualche mia sintetica osservazione in *Ha senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, in *DisCrimen*, 21 febbraio 2019.

interrogativo « Il ‘nuovo volto’ del diritto penale: un diritto penale mass-mediatico? »

4. Provo a dare qualche risposta, oggi, alle ipotesi che Paliero formulava egualmente in forma interrogativa: « mero paradigma epistemologico o reale sub-sistema integrato di controllo sociale? Ovvero per altro verso: esemplare specchio dei tempi o rottura della routine? »

Mi sembrano più plausibili le ipotesi che pensano ad un sub-sistema integrato di controllo sociale nell’ambito di un significativo, progressivo cambiamento della sostanza e delle stesse dinamiche degli attori delle relazioni sistemiche.

Vero è che il sistema penale con le sue scelte di criminalizzazione in astratto non è mai stato pensabile in termini dissociati dalle ideologie e dalle istituzioni politiche che le incarnano (7).

Nello scorcio degli ultimi trenta anni si sono prodotti ulteriori mutamenti di grande rilievo nelle relazioni tra politica e diritto penale. Li sintetizzo richiamando alcuni miei contributi recenti (8), con l’intento di collocarli nella permanente vitalità dell’analisi di sistema condotta da Paliero.

Si tratta della interazione tra politica criminale e penale e connotazioni assunte, sul piano politico-istituzionale, dal nostro sistema democratico.

Il progressivo allontanamento dei partiti dalla società si è manifestato con la loro sostituzione da parte di eterogenei movimenti estranei alla loro tradizione.

È in questa ambientazione che si può riconoscere anche la nascita di una fase politica identificabile come “democrazia del leader” (9), la comunicazione con l’elettorato diretta, personalizzata si è generalizzata a tutto il ceto politico, è diventata quotidiana, sui temi più disparati.

Gli ingredienti essenziali della “democrazia del leader” diventano almeno due: *i media*, e la capacità di farne un uso abile, e la Magistratura.

(7) Efficace e, come sempre, suggestivo uno degli scritti più recenti di M. GALLO, *La chiave di vetro*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1, p. 10, spiegando perché ricorre « a idee e sentimenti confusi ed estranei alla nitida visione del mondo sulla scorta della quale la filosofia di chi fa il mestiere delle leggi ordina concetti e procedure ». « Mi faccio coraggio e ripeto una parola che oggi è considerata proibita: ideologia... Ideologia è l’insieme di tutto quanto rappresenta clima culturale: molti dei materiali sono impuri, c’è gesso sporco al posto di solida pietra di luccicante marmo, è un collante impuro, ma è un collante, regge e a questo modo ci fa pensare e leggere cose che si dispongono verso il fine che emotivamente ma realisticamente intravediamo ».

(8) G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019; ID., *Forca e melassa*, Milano, 2021.

(9) M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari, 2016.

Nel rapporto con il *leader* si crea una sinergia che dà voce assordante a quella che è stata definita una “società giudiziaria” (10), animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al *leader* e alla sua “recitazione”, cercando conferme in repliche pronte e dure.

Ed è questo il contesto nel quale un ruolo essenziale è occupato dalla produzione di penale: compulsiva e totale (11).

Sulle diverse ideologie politiche prevale il ricorso al penale per contribuire al dialogo diretto del *leader* con il popolo.

Nella interazione tra sistema politico, sistema penale e *media* il fattore che, per caratteristiche e “potenza”, introduce novità decisive è la comunicazione, ciò quanto meno nello scorcio dell’ultimo decennio: è lì che troviamo un cambiamento, che non esitiamo a definire epocale, con un ruolo decisivo occupato dalla comunicazione digitale.

È vettore prepotente delle idee del politico e della formazione del consenso.

La nuova comunicazione digitale, nei *social* si nutre dell’attacco feroce a tutte le *élites* con un rispecchiamento in quella tradizionale, di giornali e televisioni.

Altro ingrediente dei *media*, l’enfatica spettacolarizzazione del crimine: alla cronaca — un tempo si sarebbe detto “nera” — è lasciato ampio spazio nei *format* televisivi, di tutti i *media*, con un recitativo affidato alle vittime e ai giudizi sulla meritevolezza di pena degli autori del crimine, nelle aspettative provenienti dalle vittime e dal loro contesto sociale e affettivo.

Ma ricorre anche una memorialistica di fatti, già ampiamente “trattati” dai *media*, reiterata anche oltre la ricorrenza degli anniversari: serve a tener vivo lo sdegno, sempre attizzato dalla constatazione dell’inefficienza dello Stato — uno slogan ricorrente: “questi fatti non devono più accadere” — e delle sue leggi nel prevenire e nel reprimere i responsabili, nel non averli puniti tutti o abbastanza duramente.

Messaggi che si esasperano negli spettacoli inscenati sulle assoluzioni: sono raccontate come sconfitte della Giustizia, tradimenti da parte dello Stato e della politica.

È opinione ormai diffusa che sia dagli avvenimenti di “mani pulite” che si

(10) Efficace l’analisi di M. ANSELMINI, *Populismi e populismi*, in S. ANASTASIA-M. ANSELMINI-D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, pp. 1 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, pp. 197 ss.

(11) Rimando a AA.VV., G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006 e a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

può cogliere la sovrapposizione di una decomposizione, già in atto, del quadro delle istituzioni politiche della democrazia parlamentare, a cominciare da quella dei partiti, all'affermazione di un ingravescente influenza del potere giudiziario e, in quello penale, delle Procure della Repubblica.

A questo hanno contribuito: l'interesse del mondo politico uscito da quella tempesta per l'utilizzo delle inchieste penali nella competizione per l'ottenimento di consensi; il ruolo dei media, a ciò si aggiunge l'irresistibile degrado a propaganda e rabbia del "post-giornalismo" (12); le Procure, con i loro poteri e le loro iniziative assumono la missione di una pulizia morale del paese; il controllo generalizzato e diffuso di legalità, esercitato in forme esplorative, soppianta la funzione istituzionale volta ad innescare l'accertamento di responsabilità di fronte a notizie di reato (13).

È questo il contesto che determina la centralità, nell'operato, e negli scandali, del CSM, delle lotte di fazione, concentrate sulle nomine dei vertici delle Procure della Repubblica.

Sono questi alcuni aspetti della attuale realtà del nostro sistema penale, da inserire nella griglia già elaborata, con sicura efficacia epistemologica, da Paliero nel leggere il rapporto tra penalità, consenso e media.

Un piccolo contributo, il mio, per proseguire il dibattito sull'oggetto e sulle dinamiche delle interazioni colte soprattutto nei suoi studi che ho richiamato.

(12) Particolarmente interessante la lunga recensione di F. DEBENEDETTI, *L'altro processo ai giornali*, in *Il Foglio*, 23-24 ottobre 2021, alla ricostruzione di A. MIR, *Postjournalism and the death of newspapers. The media after Trump: manufacturing anger and polarization*, Toronto, 2020.

(13) Su questo ancora, di recente, L. VIOLANTE, *Casellario dei veleni che hanno intossicato la giustizia*, in *Il Foglio*, 14 novembre 2021.