

LEGGE, RAGIONE ED EMOZIONE NELLA GIUSTIZIA PENALE*

Gaetano Insolera



1. “Una presa d’atto di quanto le scienze e le neuroscienze cognitive ci hanno consentito di conoscere sul funzionamento dei meccanismi decisionali”, questo con riferimento all’amministrazione della giustizia. È l’invito degli autori (A. Forza-G. Mengon-R. Rumiati) de “*Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*” (Il Mulino, Bologna, 2017) formulato a conclusione della loro ricerca (p. 216).

È la via che il “decisore” deve seguire per acquisire consapevolezza, e tenere a freno gli impulsi dell’intuizione e delle sensazioni emotive, che possono irrompere a detrimento di valutazioni critiche che dovrebbero sorreggere le conclusioni nel giudizio.

La questione può sintetizzarsi nella necessità, che incombe su chi ha il ruolo, e la responsabilità, di decidere una controversia, di “allenarsi” a resistere a intuizioni, impulsi, convinzioni, stereotipi ed errori cognitivi.

Il volume, nel suo carattere interdisciplinare, è veramente ricco di spunti, esempi e sollecitazioni.

Richiama questioni archetipiche del giudicare.

Questioni che, nella giustizia criminale, si caricano del *pathos* che ne circonda gli esiti di sofferenza: protagonisti dei riti che conducono a quei risultati, in questo modo resi legittimi, sono anzitutto anche emozioni e intuizioni.

Le emozioni sono quelle delle vittime, quando vi sono, e del contesto sociale di riferimento, e, allora, la questione, che qui più ci interessa, riguarda quanto esse possono trasmigrare nella convinzione del giudice. Le emozioni, inutile ricordarlo, sono un prodotto “caldo”, composto dall’immediatezza dei tempi in cui si producono nella vittima e nel diffondersi dei racconti del fatto. Le emozioni – la giustizia criminale ha a che fare con il male – dovrebbero stare lontano dalla decisione: quanto allo spazio e al tempo¹. La compassione, come condivisione e identificazione con la vittima,

* È il testo dell’intervento al convegno “*La formazione della prova tra ragioni ed emozioni*”, Giornate tridentine di retorica, svoltosi a Trento, il 13 giugno 2019.

¹ Ecco le parole del Presidente Lavau, che allontana la folla imbestialita che vuole fare massacro dell’accusato Bachman, maggiore della guardia svizzera del re, portato davanti al Tribunale rivoluzio-

è un sentimento a cui deve allenarsi a resistere chi deve giudicare.

Le emozioni riguardano l'interiorità del decisore, un suo abito deontologico, la sua necessaria distanza dall'atrocità del fatto. L'intuizione ci porta ad altra attitudine. Quella cognitiva e ricostruttiva. Quella della prova, del "vero" prodotto nel giudizio: è qui che entra in gioco soprattutto la ragione. Con le sue griglie normative. Crivelli che setacciano le due ragioni del decidere: quella storico-ricostruttiva del fatto e della sua ascrizione (le regole probatorie) e quella sostanziale (l'interpretazione della disposizione normativa, in base al principio di legalità).

Ecco il conflitto ed il problema: da una parte emozioni e intuizioni del "decisore", dall'altra la ragione che potremmo definire giuridica, per quanto è definita da ordinamenti costituzionali come il nostro.

Voglio ricorrere a due citazioni.

La prima è di Carlo Ginzburg, risale a un saggio di più di trent'anni orsono², sul paradigma indiziario volto ad aiutare il superamento "*delle secche della contrapposizione tra 'razionalismo' e 'irrazionalismo'*".

«Nessuno impara il mestiere del conoscitore o del diagnostico limitandosi a mettere in pratica regole preesistenti. In questo tipo di conoscenza entrano in gioco (si dice di solito) elementi imponderabili: fiuto, colpo d'occhio, intuizione.

Ci siamo scrupolosamente guardati fin qui dal servirci di questo termine minato. Ma se proprio si vuole usarlo, come sinonimo di ricapitolazione fulminea di processi razionali, bisognerà distinguere un'intuizione bassa da un'intuizione alta.

L'antica fisiognomica araba era imperniata sulla firāsa: nozione complessa. Che designava in generale la capacità di passare in maniera immediata dal noto all'ignoto, sulla base di indizi. Il termine, tratto dal vocabolario dei sufi, veniva usato per designare sia le intuizioni mistiche, sia forme di penetrazione e di sagacia come quelle attribuite ai figli del re di Serendippo. In questa seconda accezione la firāsa non è altro che l'organo del sapere indiziario.

Questa "intuizione bassa" è radicata nei sensi (pur scavalcandoli) – e in quanto tale non ha nulla a che vedere con l'intuizione sovrasensibile dei vari irrazionalismi otto e novecenteschi. È diffusa in tutto il mondo, senza limiti geografici, storici, et-

nario, il 2 settembre 1972. L'intimazione "*di rispettare la legge e l'accusato che è sotto la sua spada*". S. Satta, *Il mistero del processo* (1949), in *Il mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994, 13. Sulla dislocazione e la distanza nel tempo e nello spazio, indispensabili al simbolismo della giustizia, A. Garpon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, R. Cortina, Milano, 2007, 222 ss.

² C. Ginzburg, *Spie. Radici del paradigma indiziario*, in *Miti, emblemi, spie*, Einaudi, Torino, 1986, 192 ss.

nici, sessuali o di classe – e quindi è lontanissima da ogni forma di conoscenza superiore, privilegio di pochi eletti. È patrimonio dei bengalesi espropriati del loro sapere da Sir William Herschel; dei cacciatori; dei marinai; delle donne. Lega strettamente l'animale uomo alle altre specie animali».

La seconda citazione è certamente più nota, e ci porta immediatamente al tema delle emozioni nel giudicare.

“Certo, cento conigli non fanno un cavallo e cento sospetti non fanno una prova, come dice un proverbio inglese, ma questa è logica, mentre le passioni, provate voi a fare un po' i conti con le passioni, perché anche l'inquirente è un uomo” (F. Dostoevskij).

2. Il giudice è un uomo: quello che il testo su cui discutiamo gli propone è quindi la grande questione che il ruolo del giudicare gli propone ogni giorno.

Povero Montesquieu! Quanto è servita la metafora del giudice “bocca della legge” per alimentare la caricatura del suo pensiero, che costituisce invece la base della moderna concezione dello Stato di diritto e della separazione dei poteri. E lo sprezzo nei confronti del giuspositivismo, degradato a “giuridismo”, affare per azzeccarbugli, professionisti nel travisare il senso delle cose e dei diritti contro la Legge. Risuona l'aria della vendetta di Bartolo, nelle Nozze di Figaro: *“Se tutto il codice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo qualche garbuglio si troverà. Tutta Siviglia conosce Bartolo: il birbo Figaro vinto sarà!”*.

Come mi è capitato di rilevare la questione del rapporto tra la regola e il giudizio molto ha a che fare con la divisione dei poteri e, in penale, con la libertà del singolo e con i requisiti di legittimazione della coercizione: in definitiva con la qualità della democrazia³.

È per questo che, rispetto, agli “spensierati teorici dell'interpretazione”⁴ della legge penale, oggi assai diffusi, preferisco Giuseppe Bettiol, quando parla del “dramma della interpretazione”⁵, vissuto anzitutto da chi deve giudicare.

Il vincolo al testo della legge, in via generale affermato dall'art. 101, 2° comma

³ Richiamo le linee tracciate da M. Gallo, *La regola e il giudizio*, Giappichelli, Torino, 2016; Sul tema alcuni dei saggi in G. Insolera, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, ETS, Pisa, 2019.

⁴ G. Marinucci, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1255.

⁵ *“Che consiste nel cercare di mettere d'accordo la norma penale, per natura sua astratta e generica, on la concretezza e variabilità del caso singolo”*, G. Bettiol, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1969, 107.

Costituzione, si specifica nello speciale campo della legittimazione della afflizione penale, attraverso i corollari della legalità sostanziale e processuale.

Contrasta due possibili degenerazioni, ben presenti a chi ha ancora a cuore la questione della legittimità della coercizione penale: l'affermarsi di un "giudice di scopo" che si sostituisce, anche con le migliori intenzioni, nell'individuare i limiti delle opzioni punitive della legge, che dà attuazione a proprie opzioni di politica criminale. È il tema dell'analogia *in malam partem* delle fattispecie incriminatici. Ma l'abuso del decisore può annidarsi anche deformando le regole processuali, per via di interpretazioni e prassi, perseguendo obiettivi di giustizia sostanziale, che il decisore ritenga imbrigliate da quelle regole e dalle invalidità conseguenti.

Ed è ancora l'adempimento dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, il controllo di legalità e di coerenza logica degli argomenti e delle soluzioni adottate a impedire quelle degenerazioni.

Strumenti certamente imperfetti, verso i quali occorre fuggire da mitizzazioni che vogliono escluso qualsiasi apporto emotivo, che immaginano un dominio della razionalità.

Come conclude F. Iacoviello nella postfazione, si tratta di evitare una contrapposizione tra giudice emotivo e giudice razionale, trovando un punto di equilibrio, una sintesi: che non dia prevalenza né a giudizi sospinti da passioni e intuizioni, né alla pretesa di rinchiudere i percorsi del decidere in paradigmi regolati da aprioristica razionalità.

E questo è buon senso! Che ci dice anzitutto come il giudicare di colpe e di punizioni, sia forse l'arte più difficile, sempre sul punto di precipitare nell'abiezione: inutile cercare soluzioni inattaccabili, meglio aspirare a quelle decenti.

E tale resta quella che grava il decisore dell'obbligo di spiegare il percorso che lo ha portato a conclusioni che incidono in modo tanto significativo su vita, dignità e affetti delle parti: imputati e offesi.

Da una parte il "libero convincimento", è gravato da rischi e degenerazioni⁶, dall'altra, posto che nulla di meglio, rispetto a quello sforzo di sintesi di cui si è detto, non è stato ancora trovato quanto a regole ricostruttive del fatto e a limiti dell'interpretazione da rinvenirsi in una motivazione, si può finire ai dadi del giudice Brigliadoca.

⁶ Esemplari le conclusioni del gran libro di M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, 451 ss.

Senza celiare, la suggestione del giudice solo razionale si coglie invece oggi su un altro fronte: con l'estromissione dell'umano a favore dell'algoritmo⁷.

La giustizia digitale è diventata una *vedette* del momento, coerentemente a un'epoca nella quale l'intelligenza artificiale ha abbandonato le narrazioni fantascientifiche o distopiche⁸.

«Gli algoritmi rischiano di sostituirsi al rituale simbolico, alla parola pronunciata nel processo. Dinanzi a questa mutazione antropologica occorre domandarsi, sottolineano gli autori, come stare in questo spazio, come usare questi applicativi, ricordandosi la specialità del diritto e della giustizia e la componente umana del fare giustizia. La giustizia predittiva, vuole (pre)dire il futuro, assegnando al passato e alla relazione con quest'ultimo un ruolo determinante. Ne consegue una intensificazione del presente, poiché il passato e il futuro vengono rappresentati in maniera cifrata, sotto forma di proiezioni e predizioni. Il futuro si basa sul passato, predicendo il futuro. Un individuo rischia di commettere un crimine in base alla sua famiglia, al suo contesto sociale o alla sua storia familiare, col risultato di profezie che si autoavverano. La posta in gioco è molto alta: pensare con gli strumenti della modernità, in modo che rimanga, con le regole che ne disciplinano l'esistenza e la sopravvivenza, abitabile dall'essere umano»⁹.

Ma penso anche ad un altro fronte, nel quale si manifestano temibili nubi di un altro razionalismo tecnocratico e di un'altra antropologia: mi riferisco all'ingresso delle neuroscienze nell'agone del processo penale. Rimando ad alcune letture sul tema¹⁰.

Mi sembra che prevalga l'opinione che, comunque, non contempi una "rifondazione" delle categorie penalistiche sulla base di acquisizioni neuroscientifiche: il rischio evidente è quello di riproporre una deterministica antropologia criminale di scuola positiva. La novità costituita dall'aggiornamento della ricerca scientifica po-

⁷ A. Garpon-J lasséque, *Justice digital. Revolution graphique et ropture anthropologique*, PUF, Paris, 2018.

⁸ *Justice machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, scoperto e pubblicato con quel titolo da Liberilibri (Macerata), nel 2015, è una novella di J. Charpentier - Batonnier di Parigi negli anni della occupazione e in viso al regime di Vichy per la sua difesa dell'indipendenza del foro, così da costringerlo alla clandestinità per sfuggire alla Gestapo.

⁹ Sono le conclusioni di E. Fronza nella sua bella lettura del testo di Garapon e Lasséque, sopra citato. In www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2018.

¹⁰ I. Merzagora, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, R. Cortina, Milano, 2012; O. Di Giovine, *I presupposti della responsabilità penale tra diritto e scienze*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 giugno 2018; F. Basile-G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2017, 269 ss.

trebbe condurre ancora agli stessi esiti. Con l'esclusione dai percorsi della decisione del fattore costituito dalla libertà e responsabilità dell'uomo.

Le ricerche delle neuroscienze devono contribuire ad una evoluzione della psicopatologia forense allargando il campo delle "cause patologiche"¹¹, ma – è la mia opinione – nella cornice, che non esito a definire garantista, tracciata da regole processuali di esclusione probatoria, mi riferisco anzitutto all'art. 220, 2° comma c.p.p.

E ha ragione F. Iacoviello quando coglie nell'abbandono del principio di oralità, insegnato da maestri come Pagano e Chiovenda, la faglia che dà ingresso alla non comprimibile emotività del giudicare. È nel giusto anche quando constata come il principio sia oggi in malinconico declino¹². Declino voluto, fin da quando ancora non era entrato in vigore il codice dell'89¹³, che riguarda, oggi più che mai, nell'epoca delle riforme Bonafede, l'intero impianto accusatorio¹⁴.

3. Sorge una domanda, se questo è lo stato dell'arte del nostro processo, quali sono i momenti e i modi nei quali si esprime la sintesi tra giudice razionale e giudice emotivo?

Mutabilità del decisore, abbandono, per prassi o per alternative inquisitorie, della separatezza delle fasi, predominanza delle indagini preliminari e dei suoi padroni, polizia e Pubblici ministeri, non ci hanno riportato ad un inquisitorio più insidioso e altrettanto illiberale di quello abbandonato nel 1989? Più insidioso come tutte le contraffazioni delle etichette.

Si affacciano altre domande.

Su cosa si forma il salvifico "libero convincimento" del decisore? Qualcosa che sia diverso dai racconti delle carte di polizia e dagli esercizi stocastici dei capi di imputazione. Riprendo in mano il gran libro di Nobili: nell'esprimere il suo *cave!* verso l'affermarsi del libero convincimento «*I veri termini del problema non sono comun-*

¹¹ Nella direzione delle SS.UU., 25 gennaio 2005, n. 9163, Raso, sui disturbi della personalità.

¹² In questa logica la "rimeditazione" della immutabilità del giudice che decide, Corte Cost. n. 132 del 29 maggio 2019 e SS.UU. 30 maggio 2019, n. 41736.

¹³ P. Ferrua, *Governo della legge ed egemonia del potere giudiziario*, relazione al Convegno del Centro studi giuridici e sociali "A. Marongiu" (Unione delle Camere penali Italiane): *Nei limiti della Costituzione: Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo* (Roma 28-29 settembre 2018). Gli atti, con lo stesso titolo sono pubblicati da Cedam, 2010.

¹⁴ Si vedano gli interventi al citato convegno, *Nei limiti etc.*

que: legge-giudice, ma piuttosto, come sottolinea opportunamente Bobbio: ‘quale legge?’-‘quale giudice?’»¹⁵.

Si apre il paesaggio nel quale collocare oggi le emozioni del decisore penale: occorre chiedersi quale sia la “materia” che le alimenta e le compone.

I giudici che incontriamo ogni giorno possono veramente essere portatori di una “*recta ratio*”, di una saggezza del decidere, intrisa di ragioni ed emozioni?

Non occorre piuttosto chiedersi quali sono i riferimenti sociali, gli interessi che orientano le idee e le soluzioni del formante giurisprudenziale, del diritto vivente. Il ripetersi di conflitti con il potere legislativo e con le funzioni amministrative pone la questione di quali siano la base sociale, gli interessi che si esprimono nella azione giudiziaria.

Chi sono i giudici? Quali le modalità di reclutamento e di formazione di questo nuovo attore politico? L’istanza di certezza che oggi si vuole garantita dall’intensificarsi della nomofilachia della Corte di cassazione, quanto è compatibile con la nuova attribuzione di poteri e con la liquidazione del “giuridismo”? Quali sono, nella realtà, le dinamiche che presiedono alle carriere o ad incarichi speciali, che governano la produzione di élite giudiziarie in funzione del definirsi in modo uniforme della nuova legalità?¹⁶.

Un’analisi necessaria, se la produzione di penalità e le strategie politico criminali sono, anche solo, codeterminate dal potere giudiziario. Con attributi di sovranità che si definiscono all’interno del corpo giudiziario, mantenendo solo l’apparenza di subordinazione alla legge.

4. Nello scorcio dell’ultimo trentennio la transizione politica coincide con un altro aspetto: la progressiva perdita di peso e di centralità della democrazia parlamenta-

¹⁵ M. Nobili, *op. cit.*, 453 che invita a riflettere al modo in cui, in tempi e contesti diversi, si è utilizzato il principio di legalità: come freno contro il dispotismo o, al contrario come legalismo e dogma positivista di “fedeltà del giudice alla legge”, responsabile della degenerazione autoritaria dello Stato. «*La prospettiva assume dunque chiarezza solo quando ci si riferisce a un certo momento storico-sociale, a un certo contenuto della legge, e, soprattutto, a determinati orientamenti della magistratura*».

¹⁶ Sono le domande che ponevo in un confronto intitolato all’*Anatomia del potere giudiziario* (a cura di Guarnieri-Insolera-Zilletti, Roma, Carocci, 2016, 89). Rinvio, per le possibili risposte, agli interventi di L. Zilletti, L. Violante, N. Zanon, V. Velluzzi, A. Gamberini, F. Giunta, C. Guarnieri, G. Spanger, G. Di Federico, E. Bruti Liberati, B. Migliucci.

re, come democrazia dei partiti. Nell'interpretazione della legge penale si assiste a una affermazione della "creatività" della giurisprudenza e del potere giudiziario¹⁷.

Sul piano politico si afferma quella che è stata definita, con efficacia, *Democrazia del leader*¹⁸.

La comunicazione politica è ormai personalizzata, sfrutta la macchina del partito, ma se ne emancipa.

Ingredienti essenziali della democrazia del leader sono almeno due.

I media, la capacità di farne un uso abile, e la Magistratura. Ma mentre per la seconda si può cogliere una continuità con le stagioni della supplenza e del collateralismo, soprattutto dopo l'esperienza di *Mani pulite*, per i media, enormemente potenziati dalle nuove tecnologie informatiche, l'influenza è cresciuta in modo esponenziale¹⁹.

Si tratta comunque di un blocco compatto che, salvo eccezioni isolate, influenza in modo determinante contenuti e chances del leader nella conquista e nel mantenimento del consenso. È così "il fattore M", ad essere uno dei caposaldi del nuovo stile: "In un crescendo bulimico, la dinamica del capro espiatorio, da sempre il palinsesto preferito delle campagne di stampa, si moltiplica *ad infinitum*. Al posto della generica accusa al fallimento di una classe dirigente, si afferma l'impianto accusatorio, personale e circostanziato, di una lista di proscritti eccellenti"²⁰.

Carattere comune del ruolo svolto "dal fattore M" nel rapporto con il leader è l'antipolitica, nel dare voce assordante a quella che è stata definita una "società giudiziaria", 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 affidate all'agenzia giudiziaria.

¹⁷ Quello del rapporto, e dei conflitti, tra Potere giudiziario e gli altri poteri della Stato è argomento che, nel dibattito politico ha preso la scena soprattutto dall'ultimo decennio del secolo scorso. Nell'ambito specifico delle riflessioni sulla giustizia penale un capitolo importante ha riguardato i limiti dell'interpretazione. Molti i convegni e i saggi dedicati al tema. Richiamo il mio *Declino e caduta del Diritto penale liberale*, ETS, Pisa, 2019 e le acute riflessioni di F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, ETS, Pisa, 2019, in particolare 131-166.

¹⁸ M. Calise, *La democrazia del leader*, Bari, 2016.

¹⁹ E si può leggere un altro capitolo sul Potere giudiziario: riguarda l'elevatissimo impatto di cui dispongono gli uffici di Procura, "grazie alla copertura data loro dai media. Per chiunque essere sottoposto a indagini rappresenta una sanzione." C. Guarnieri, *Magistratura e politica. Una storia senza fine*, in *Il Mulino*, 5/19, 726 ss., a cui si rinvia per le esemplificazioni nel caso di indagini svolte contro politici. Dura, ma da condividere, l'analisi di G. Di Federico, *Il potere incontrollabile del Pm italiano*, in *Il Riformista*, 31 gennaio 2020.

²⁰ M. Calise, *op.cit.*, 61.

5. Dei tre fattori – politica, giustizia penale, media – quello che, per caratteristiche e “potenza”, introduce novità decisive, nei loro equilibri e interferenze, è la comunicazione, ciò quanto meno nello scorcio dell’ultimo decennio²¹.

Si è già detto della crisi dei Parlamenti e dei partiti e del ruolo che si rispecchia anche nel concetto di “democrazia giudiziaria”²², ma, se ci soffermiamo sulla comunicazione, è lì che troviamo un cambiamento, che non esitiamo a definire epocale.

Il populismo digitale è divenuto vettore prepotente nella formazione del consenso e della rappresentanza parlamentare nei regimi ancora retti da procedure di democrazia liberale²³.

Con gli occhiali del penalista, scommettere, per tale via, su un generale senso libertario e liberatore del popolo, significherebbe accettare soluzioni che incidono su tutti i più delicati equilibri dell’edificio delle democrazie liberali. Significa consegnarsi a una angosciosa distopia che vede in prima linea l’exasperazione della passione punitiva²⁴.

La nuova comunicazione politica (che è politica fin nel midollo, solo convenzionalmente parliamo di “antipolitica”²⁵), si nutre anzitutto dell’attacco feroce a tutte le élites e in special modo a quelle che si propongono come rappresentanza politica (fatti salvi ovviamente i propri leader, guru “visionari”, *maitre à penser* simpatizzanti, icone improvvisate²⁶); tra le parole più abusate quella di “sistema” e dei suoi appartenenti: “la casta”, individuando in questo modo, in termini indistinti, nemici interni sempre nuovi; anche le élites tecniche e scientifiche²⁷ sono nel mirino, come i professionisti della politica: attraverso i nuovi media ognuno può interloquire per risolvere ogni conflittualità sociale ed economica che gli stia a cuore e anche “contro la scienza”²⁸; lo sdegno – “gelida mummificazione del rapporto con

²¹ Ricco di spunti, che, forse, trascurano la sinergia tra media e Potere giudiziario, M. Barberis, *Populismo digitale come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano 2010.

²² Sul concetto, efficaci le considerazioni di A. Panebianco, *L’equilibrio perduto dei poteri*, in *Corriere della sera*, 27 dicembre 2019; Ibidem, *Gli squilibri di potere tra politica e giustizia*, 8 dicembre 2019;

²³ M. Calise-F. Musella, *Il principe digitale*, Laterza, 2019, 45ss.; M. Barberis, *op. cit.*, 34 ss.

²⁴ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019; E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, Roma, 2019; D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

²⁵ M. Gotor, *L’Italia del Novecento*, Einaudi, Torino, 455 ss.

²⁶ Jan-Werner Mueller, *Che cos’ è il populismo*, UBE, Milano, 2017, 26 ss.

²⁷ T. Nichols, *La conoscenza e i suoi nemici*, LUISS, Roma, 2017.

²⁸ L. Violante, *Democrazia senza memoria*, Einaudi, Torino, 46.

la vita”²⁹ – domina con costanza tutta la comunicazione, salvo poche eccezioni, anche quella tradizionale, di giornali e televisioni³⁰. In particolare l’informazione televisiva, nelle fasce di massimo ascolto, di per sé intrise di retoriche giustizialiste, aggiunge messaggi e immagini dei leader comparsi sui social, con un permanente rinvio ad essi.

Ritengo che, nell’ottica penalistica le questioni principali poste dai nuovi media, che affiancano quelle che, comunque, trovano punti di riferimento nelle tecniche di tutela riconducibili ai media tradizionali³¹, siano almeno due.

Anzitutto mi riferisco alla radicale mutazione subita dal contesto “storico” del conflitto tra controllo penale e libera manifestazione di pensieri, opinioni e critiche: necessariamente connotati anche da lecito radicalismo e ostilità nei confronti dello *status quo* politico e istituzionale.

Non solo nei nostri confini, ha ripreso vigore la tradizionale questione dei reati di opinione³², ridefinita dall’operare dei nuovi media.

L’era digitale, poi sconquassa l’assetto delle democrazie, poiché subordina legislativo ed esecutivo, con un collegamento diretto tra autonomia e indipendenza del potere giudiziario e poteri digitali: è la veste più nuova del “fattore M.”.

Contrariamente alla retorica che ha sorretto fin dal principio la rivoluzione digitale, essa non è sinonimo di liberazione, di “disintermediazione”, capace di dare voce al popolo, di risolvere infine l’enigma democratico³³.

Alla concentrazione di poteri economici e politici, che ha sempre influenzato e gestito la comunicazione tradizionale in una dimensione nazionale, si sostituiscono enormi potentati economici digitali universali che, come visto, sono in grado di condizionare le sovranità democratiche.

Poche tirannie mediatiche globali, sostituiscono il frammentato “quarto potere”.

²⁹ Diverso, secondo M. Dogliani dalla indignazione, che è “*passione politica violenta*”. *Costituzione e virtù politica. Indignazione e sdegno*. In *Costituzionalismo.it* n. 3/2012.

³⁰ F. Cunderi, *L’anomalia italiana è il populismo delle élite*, in *Linkiesta.it*

³¹ Per un esame approfondito il recente lavoro di T. Guerini, *Fake News e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

³² Al tema è stato dedicato il IV Convegno dell’Associazione italiana dei professori di Diritto Penale, *La criminalizzazione del dissenso: legittimazione e limiti*, svoltosi a Genova il 13/14 novembre 2015. Gli atti in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2016, 859 ss. Si veda anche, di recente, L. Goisis, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019.

³³ Richiamo il titolo di un bel saggio di J.W. Mueller, *L’enigma democrazia*, Einaudi, Torino, 2012 le considerazioni di M. Barberis, *op.cit.*

6. È possibile distinguere emotività e intuizioni del decisore dalle costruzioni veicolate dai nuovi media?

Si può confidare sulla impermeabilità alla pervasiva verità somministrata dei *social network*, potenziata all'infinito dalla ubiquitaria connessione degli *smartphon*, al momento della ricostruzione storico-ricostruttiva da parte del giudice?

Si possono immaginare decisori indenni dalla macchina dei consensi formatisi nei *social network* e nei processi paralleli celebrati nelle reti televisive, a colpi di sondaggi *pret a porter*?

La sofferenza e l'ansia di ristoro delle vittime, sempre più al centro di ogni dettagliato racconto mediatico, può sfuggire a processi di identificazione compassionevole tali da alimentare la componente emotiva del decidere?

L'era della comunicazione digitale e dei suoi effetti dirompenti sulla formazione del consenso, a cominciare dall'influenza sulla sovranità politica in democrazia³⁴, non consente di continuare ad immaginare una componente neutrale nella empatica emotività del giudicante: ricostruzioni del fatto, colpevoli, necessità punitive oltre la Legge trovano artefici che non sono in un convincimento "libero" del giudice.

Si è inaugurata una svolta epocale che impone di ripensare ad un bagaglio concettuale sul quale si è costruito il sapere sulla giustizia penale³⁵.

E non è proprio detto che il futuro ci riservi qualcosa di migliore e più giusto.

³⁴ M. Barberis, *op.cit.*; M. Calise-F. Musella, *op. cit.*;

³⁵ Mi sembra significativo ad esempio, che, all'entrata in vigore di un codice accusatorio, si sia posta, da più parti, la questione della incompatibilità del nuovo sistema con il mantenimento della giuria popolare ereditata dal Fascismo. Vero è infatti che il legislatore fascista riformò la precedente disciplina temendone "tratti troppo democratici", "Ciò che il Regime non può in alcun modo 'salvare' è il fondamentale ruolo costituzionale dell'opinione pubblica che opera un controllo sull'amministrazione della giustizia e sui governanti ed è un pilastro dell'ordine liberale...", M. Stronati, *La grazia e la giustizia durante il Fascismo*, in *Il Diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista* (a cura di L. Lacchè, Donzelli, 2015, Roma, 143; Analogamente F. Colao, *Processo penale e pubblica opinione dall'età liberale al regime fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, (a cura di L. Garlati), Giuffrè, Milano, 252ss. Ha senso oggi riproporre la "vera" giuria popolare per i suoi tratti democratici e liberali e per la sua coerenza con il rito accusatorio? Posto che di rito accusatorio ancora si possa parlare. E cosa possiamo oggi intendere per "opinione pubblica". Ma questa è un'altra storia.