

SOMMARIO: 1. L'illusione illuministica e il perdurante irrazionalismo della pena. — 2. Tramonto della razionalità. — 3. Insicurezza, paura e moralizzazione nel diritto penale. — 4. Populismo penale. — 5. Diritti e democrazia in penale. — 6. La Corte costituzionale e (è) Antigone.

1. L'illusione illuministica e il perdurante irrazionalismo della pena

Neppure la rivoluzione illuministica è riuscita a liberare il mondo della giustizia penale dalle sue incrostazioni irrazionalistiche. Il transfert psicologico, che attraverso la colpevolizzazione del reo ci consente di sentirci liberati dal *male* che è in noi e nella società, rimane alla base del paradigma punitivo sostanzialmente ispirato al meccanismo del capro espiatorio, garanzia di sicuro successo e diuturna sopravvivenza della giustizia punitiva. Certo, oggi la costruzione illuministica della giustizia punitiva è in crisi, ma essenzialmente perché si è persa la fede illimitata nella forma legale dello strumento penale, non per altro. La contrapposizione tra Creonte ed Antigone viene solitamente avvertita ed enfatizzata proprio come contrapposizione tra un diritto espressione delle ragioni del potere ed un diritto espressione dei bisogni profondi dell'uomo: Antigone non libera la giustizia penale dalle incrostazioni irrazionalistiche. Al contrario, il suo ribellismo, il suo integralismo fortemente emotivo sembrano alimentarle proprio in antitesi a quella ponderazione che in taluni punti della tragedia rende Creonte quasi perplesso (e pertanto tutt'altro che esecrabile).

Non è dunque Antigone il simbolo di una giustizia penale necessariamente "migliore" e più razionale. L'eliminazione delle incrostazioni irrazionalistiche del diritto punitivo, o per meglio dire delle sue radici irrazionalistiche alimentate dal "capro espiatorio", può passare solo dall'adozione di un paradigma radicalmente alternativo a quello punitivo. Un paradigma ispirato alla mitezza, se non addirittura alla carità e alla pietà, al riconoscimento nel colpevole di quella stessa umanità che è in "noi" che intendiamo giudicarlo. Questo paradigma, certamente non sconosciuto all'umanità per

* Queste brevi riflessioni traggono spunto dal libricino di L. Pepino e N. Rossi, *Il potere e la ribelle. Creonte o Antigone? Un dialogo*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2019, e sono state svolte oralmente all'incontro organizzato da Magistratura Democratica e dell'Associazione di studi giuridici Giuseppe Borrè, sul tema *I diritti e la pena. Il garantismo al tempo della sicurezza* (Firenze, 4 dicembre 2019).

la sua chiara derivazione evangelica, non è certo attuale, nonostante siano fiorenti le riflessioni sulla cosiddetta giustizia riparativa. E proprio perché è ben lontano da trovare la sua attuazione nelle istituzioni civili dei nostri civili Stati, è allora tanto più necessario cercare di disincrostrare quanto più è possibile il paradigma dominante dalle sue concrezioni irrazionalistiche. È indispensabile fare un costante, forte esercizio di razionalità senza peraltro cedere interamente all'illusione della modernità illuministica. Sotto questo profilo, allora, le ragioni di Creonte appaiono quasi più fondate della passionale disobbedienza di Antigone: la straordinaria fascinazione culturale esercitata dalla tragedia sta proprio nella complementarità dei due personaggi principali, nella dilemmaticità del groviglio delle loro rispettive ragioni.

2. Tramonto della razionalità

Nel momento storico attuale l'esercizio della razionalità in campo penale sembra particolarmente arduo, per ragioni più o meno strutturalmente radicate nel tessuto politico e culturale delle nostre società. Intanto, va segnalato (anche se non stupisce di certo) che le componenti irrazionalistiche sono alimentate proprio da quelle fasce e da quegli strati della popolazione che più dovrebbero temere il "potere" e la sua tendenza a nascondere oggi dietro la giustizia penale le sue incapacità di governo delle società complesse. Alla nota richiesta di pena che sale prepotente dal basso è facile e comodo rispondere con l'altrettanto noto abuso del diritto penale in chiave consensualistica ed elettoralistica. Con le gravi conseguenze che ne derivano in termini di dilatazione illimitata della penalizzazione e in termini di formulazione evocativa, quasi massmediatica, della legge penale.

Ma, come da più voci si segnala in generale sul piano degli orientamenti socio-culturali, c'è un altro e più profondo fattore che rende viepiù difficile l'esercizio della razionalità nel mondo della giustizia penale, come del resto altrove. Si tratta di quel fenomeno che potremmo chiamare "sentimentalismo" diffuso, molto presente ad esempio tra i giovani, e per il quale gli affetti, le emozioni, i sentimenti appunto, diventano i criteri prevalenti per la valutazione e la motivazione dei nostri comportamenti, da quelli più banali e quotidiani a quelli socialmente più significativi. Un orientamento psicosociale, questo, che sembra alimentato da una sorta di disillusione nei confronti della ragione e della razionalità: il ruolo della ragione viene per così dire sospinto e confinato nell'ambito – certo vastissimo ma non totale – della scienza e della tecnica, alle quali indubbiamente si chiede sempre di più (si pensi in special modo alla

medicina) ma in quadro generale dove alla fine sono i sentimenti a governare la nostra esistenza individuale e sociale. Spesso si nota un lasciarsi andare al “giudizio emotivo” nell’implicita convinzione che solo questa dimensione sia quella in cui è possibile ritrovare la profondità, la verità, la genuinità dell’essere uomini e donne.

3. Insicurezza, paura e moralizzazione nel diritto penale

Vero tutto ciò, è chiaro che questo diffuso atteggiamento psicosociale non può non reagire con speciale vigore nell’universo della giustizia penale: un mondo da sempre esposto, come abbiamo detto, all’influenza dell’irrazionale. Si sviluppano così *forze emotive* che, al di là del colore politico dei governanti di turno e solo con sfumature e accentuazioni diverse, condizionano pesantemente la fisionomia del diritto penale odierno.

La prima di queste forze è la *paura*: sulla quale è stato scritto e detto così tanto che ci si può qui limitare ad un cenno. La paura è fondamentalmente generata dall’insicurezza e dall’incertezza, due sentimenti a loro volta quasi connaturati all’evoluzione della società economicamente globalizzata e altamente tecnologizzata. Caduto il miraggio di un *welfare* totale e totalmente rassicurante con l’esposizione ai contraccolpi devastanti di un’economia interconnessa che ci rende impotenti come individui e come Stati, l’insicurezza s’insinua nel nostro futuro più prossimo fomentando subdoli sentimenti di rancore verso i più diversi capri espiatori. Su un altro piano, le grandi incertezze che proprio la scienza apre in misura sempre progressivamente maggiore rispetto alle conoscenze acquisite, suscitano paure verso un ignoto che prima non potevamo nemmeno concepire (si pensi ad esempio alla dimensione del pericolo innescato dalla maggior parte delle attività altamente tecnologizzate): paure che, irrazionalmente, pretenderebbero di essere neutralizzate dal diritto cui si chiede di surrogare con i suoi divieti quelle incertezze spesso angoscianti. E il diritto penale è così chiamato in prima linea a rassicurare la paura soggettiva più che a creare sicurezza oggettiva.

La seconda di queste forze emotive è costituita dall’*istanza moralizzatrice*: un bisogno di moralità rivolto per lo più nei confronti degli strati apicali della società: le famose “caste”, della politica, dell’imprenditoria, dell’università e ora finanche della magistratura. E questa intensa richiesta di moralizzazione da un lato si alimenta nella convinzione – più o meno fondata – che si tratti di élite profondamente corrotte e prevaricatrici e dall’altro spesso alimenta a sua volta sentimenti truceamente astiosi sconfinanti dal risentimento fino all’odio. Il diritto penale degli ultimi anni risente in

modo evidente, in certi suoi connotati, di questa spinta emotiva, finendo talvolta per essere usato quasi come strumento di risanamento o addirittura di annientamento della casta: almeno è questa l'intonazione assunta dagli interventi di riforma, essendo poi tutt'altro discorso quello della reale loro effettività. Gli esempi non mancano, ma quello più significativo è certamente offerto dalla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione e di corruzione in particolare (legge n. 3 del 2019). Alla stessa istanza, seppure più culturalmente connotata, risponde anche la riforma contro la violenza di genere (legge n. 69 del 2019): fenomeno, quest'ultimo, senza dubbio criminologicamente assai rilevante (ed anch'esso, peraltro, riconducibile nelle sue motivazioni appunto culturali a quel generale "sentimentalismo" che esaspera l'incapacità, e in fondo la debolezza, del genere maschile di accettare l'autonomia e la libertà della donna moderna), che il diritto penale affronta nei termini di forte stigmatizzazione quasi morale prima ancora che culturale.

Il *furore punitivo* alimentato dalle forze emotive dominanti nella società non è dunque il risultato di un mero calcolo della politica, più o meno contingente e comunque sovrastrutturale alle dinamiche sociali più profonde: al contrario, è in queste ultime che esso affonda e che esso riflette. E oggi, come s'è visto, il furore punitivo non è più rivolto solo verso le "classi pericolose" e il loro equivalente della modernità (drogati e immigrati): esso si estende con particolare veemenza anche nei confronti delle classi del vecchio establishment, in un anelito che forse può essere genuino e anche nobile nei suoi intenti ma pericoloso nel suo risultato di "spazzare" via la classe dirigente di un paese lasciandolo in balia dell'improvvisazione. Anche nei confronti della piaga della corruzione il diritto penale diventa uno strumento alla fine controproducente se maneggiato con furore punitivo.

Le conseguenze sul diritto penale ispirato all'intento di rassicurare dalla paura e all'istanza moralizzatrice sono ormai sotto gli occhi di tutti. Non c'è solo, dal punto di vista per così dire quantitativo, una crescita esponenziale dell'ambito del punibile e del numero delle norme repressive, che si pone in contrasto con una saggia politica di *ultima ratio*, che lasci il risanamento sociale a strumenti più efficaci e più "interni" al tessuto della società. C'è anche, dal punto di vista per così dire qualitativo, l'intonazione nemicale che il furore punitivo conferisce al diritto penale, col rischio molto serio che questa connotazione si espanda, più o meno intenzionalmente, dal piano legislativo a quello dell'applicazione giudiziale col risultato di avviare il sistema ad un generale imbarbarimento.

4. Populismo penale

Questo volto così oscuro del diritto penale odierno, deturpato dalle pressanti forze dell'irrazionale collettivo, non può non avere corrispondenze ed implicazioni sul piano più propriamente politico e politico costituzionale. Sono due i poli principali intorno ai quali gravitano le trasformazioni del nostro sistema punitivo: il populismo penale e un serio problema di democrazia.

Sul populismo sono stati versati fiumi d'inchiostro e, dunque, non è proprio il caso d'indugiare. Ma è indubbio che il terreno della giustizia penale è un settore privilegiato per la manifestazione del populismo. Il populismo non è solo ascolto, certamente non disinteressato, della voce più emotiva delle fasce più deboli e intellettualmente meno attrezzate della popolazione. Esso si connota anche e soprattutto per il rapporto diretto che viene ad instaurarsi tra le masse e un capo carismatico (sintomatica è una terminologia che ha abbandonato la più neutrale qualificazione di "*leader*" per utilizzare espressioni più pregnanti quali "capitano" o "capo politico"), con conseguente smantellamento di tutte le vecchie strutture intermedie di formazione del consenso politico e di elaborazione della decisione legislativa, che costituivano altrettanti luoghi di esercizio di una certa razionalità discorsiva.

Ebbene, cosa c'è di meglio dell'insicurezza suscitata dalla criminalità violenta e dell'ansia moralizzatrice indotta dalle malefatte delle varie "caste" per intessere un rapporto diretto, quasi di compenetrazione empatica, tra il capo e le masse? E così il diritto penale diventa lo strumento in cui in qualche modo si esprime e si formalizza quell'empatia emotivamente fondata. E poi quale linguaggio è più adatto di quello della giustizia penale per manifestare questa corrispondenza, per realizzare questa comunicazione? Un linguaggio che si presta assai bene ad essere impoverito di ogni affinamento dovuto alla riflessione razionale per dare invece voce immediata alle paure e al risentimento delle masse di cui si nutre il populismo.

5. Diritti e democrazia in penale

I rapporti tra populismo e democrazia sono complessi. Il rischio incombente è che il populismo sia gabellato come un progresso della democrazia, addirittura come la quintessenza della democrazia. E per arginare questo pericolo sarebbe vano tornare ad insistere sul lato "formale" della democrazia, sulle sue procedure incentrate nella rappresentanza parlamentare e sul rilancio del ruolo del parlamento, che invece si

tende sempre più a ridimensionare e che invero sarebbe difficile fare oggetto di un efficace rilancio fino a quando non sia rientrato il predominio delle forze emotive che agitano la nostra società.

Maggiore successo contro i pericoli di deriva autoritaria insiti nel populismo si potrebbe forse avere rilanciando il ruolo fondativo della democrazia giocato dai *diritti fondamentali*. E in effetti non si può dubitare che i diritti sono davvero il nocciolo duro della democrazia, la quale esiste con tutto il suo complesso apparato decisionale proprio perché le sue forme sono orientate a realizzare l'armonica massimizzazione dei diritti: almeno nelle democrazie liberali e costituzionali. E Antigone può ben rappresentare questo lato dei nostri sistemi democratici che si fondano appunto sul "riconoscimento" dei diritti, esistenti prima ancora che una legge positiva ne regoli ampiezza ed esercizio.

Però occorre aver chiara la consapevolezza che, con riferimento specifico al campo penale, i diritti giocano un ruolo bivalente che ne mette parzialmente in forse la loro capacità di garantire la sostanza liberal-democratica del diritto penale. I diritti, infatti, operano non solo quali *limiti* al potere punitivo ma anche come *fòmite* di sempre nuove incriminazioni a tutela di sempre nuovi diritti e di sempre nuove loro forme di manifestazione. E questo aspetto della fenomenologia dei diritti si lega con gli umori emozionali della società nel motivare la richiesta pressante di un diritto penale invasivo, penetrante, repressivo e incondizionato. L'esemplificazione potrebbe essere davvero ampia, ma qui basterà fare un cenno a due di questi diritti potenzialmente capaci di far perdere ogni ragionevolezza al diritto penale se maneggiati troppo disinvoltamente.

La dignità, prima di tutto, che potrebbe essere definita la madre di tutti i diritti e la cui riscoperta sembra essere addirittura la bandiera della nostra epoca dei diritti. La tutela della dignità è divenuta appannaggio anche del diritto penale in svariati settori in cui proliferano nuove fattispecie incriminatrici: nella tutela del lavoro e dei lavoratori, in materia di pornografia e pedopornografia, di prostituzione, di negazionismo, di bioetica, ecc. Ma non è tanto l'incremento quantitativo delle incriminazioni a colpire quanto la natura qualitativa delle nuove fattispecie a segnare la trasformazione più profonda. Ed è naturale che sia così poiché la dignità è un bene prima di tutto *ideale*, le cui offese si realizzano con qualunque comportamento che, anche senza ricadere sulla fisicità dell'essere umano, abbia il significato socio-culturale di negare o anche solo di mettere in discussione il valore ideale della dignità. La dignità, inoltre, come valore ideale, non è nemmeno propria ed esclusiva di una persona umana in

carne ed ossa, ma può essere offesa anche mediante comportamenti senza vittime determinate, con la conseguenza che qualunque fatto che abbia un significato socio-culturale espressivo di disprezzo, di negazione o rifiuto della dignità può potenzialmente assurgere a illecito penale.

La sicurezza, poi, apre piste consimili. A parte la natura relazionale di questo concetto, che imporrebbe di precisare quali siano i pericoli e i pregiudizi da cui cautelarci, la sicurezza già di per sé non indica tanto un bene ma un sentimento che come tale può essere offeso da qualunque comportamento che accentui la percezione di un pericolo più o meno prossimo. Una volta elevata la sicurezza a bene giuridico autonomo praticamente qualunque comportamento che abbia una qualche relazione “negativa” coi beni finali del cui godimento vogliamo la sicurezza diventa suscettibile di essere incriminato.

In conclusione, i diritti sono certamente il segno dei nostri tempi e il vessillo con cui avanza la valorizzazione della persona umana; sono anche, e di conseguenza, il nocciolo duro, l'essenza sostanziale delle nostre democrazie liberali e costituzionali. Ma, una volta innestati sulla pianta del diritto penale, dovrebbero essere qui coltivati sotto uno stretto controllo della razionalità e della ragionevolezza: le incrostazioni irrazionalistiche insite nel diritto penale sono sempre lì in agguato, capaci di convertire in negativo anche la positività dei diritti.

Ci scopriamo alla fine quasi disarmati. Il populismo penale alimentato di furore punitivo si ammanta di democrazia. Ma dinanzi alle perversioni indotte dal populismo nel diritto penale non riusciamo a svelare l'inganno democratico del populismo opponendogli l'anima vera della democrazia, i diritti: anche i diritti, infatti, sono potenzialmente portatori di fattori degenerativi del diritto penale se utilizzati senza razionalità ed equilibrio, poiché sono suscettibili di essere anch'essi consentanei al furore punitivo dilagante. Che fare? Dove ritrovare un solido ancoraggio democratico al rischio della deriva penalistica?

6. La Corte costituzionale e (è) Antigone

Il punto di riferimento e di salvataggio non può che essere la Costituzione. E non per una sorta di retorica costituzionale che mitizza un testo che ha più di settant'anni sulle spalle. Ma perché nella Costituzione, più ancora che nelle Carte europee, è delineato un mirabile equilibrio tra i diritti e una giustizia penale dal “volto umano”, aliena da quel furore punitivo che oggi si intende accreditare in nome di una falsa

democrazia. Nella Costituzione, come è venuta precisandosi attraverso la consolidata interpretazione di giurisprudenza e dottrina, circola il senso del limite e della ragionevolezza del diritto penale e il riconoscimento fondamentale che la giustizia penale non può essere modellata solo sui *fatti criminosi* ma anche e soprattutto sull'*uomo che delinque*. E la Costituzione è la radice prima e vera della nostra democrazia, che non s'identifica certo con la volontà del "legislatore" di turno.

La nostra Antigone, dunque, sarà "oppositiva" se non addirittura "ribelle" in quanto deve avere il coraggio e la forza di contestare il Creonte legislatore e la sua interessata accondiscendenza verso la *vox populi* (oggi enfatizzata dai mass-media). Ma sarà anche un'Antigone "conservatrice" in quanto sappia ritrovare nella "vecchia" nostra Costituzione le ragioni della contestazione, essendo anche consapevole del fatto che Creonte non potrà mai distogliere lo sguardo dalle miserie della quotidianità ed essere insensibile alle esigenze del "potere" e del suo esercizio.

La nostra Antigone ha oggi le fattezze della Corte costituzionale. La Corte, negli ultimi tempi, sta sviluppando una giurisprudenza maggiormente contestativa in proporzione al crescente allontanamento del legislatore dallo spirito costituzionale. L'auspicio è che il rapporto tra il nostro Creonte e la nostra Antigone riesca a rimanere nei limiti dell'equilibrio costituzionale, lasciando al capolavoro sofocleo la tragicità dello scontro dal quale alla fine tutti escono perdenti.