

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **In tema di legalità**
- ◇ **Sul moralismo penale**
- ◇ **Sul reato abituale**
- ◇ **L'ergastolo e la rieducazione**
- ◇ **Giustizialismo e populismo giudiziario**



Giuridica Editrice

LE MODIFICHE AL SISTEMA PENALE FRA «GIUSTIZIALISMO» E «POPULISMO GIUDIZIARIO»*

1. Muoviamo dall'intitolato per operare un preliminare chiarimento su due primi punti concettuali: "le «modifiche», il «sistema penale»".

Le «modifiche». Non è affar d'oggi! La frenetica, compulsiva produzione normativa – non escluso il cd. «diritto vivente»– improntata a sempre maggiore severità, non è un fenomeno solo recente; è – non possiamo non riconoscerlo – un fenomeno ormai risalente nel tempo. E fenomeno che, di emergenza in emergenza – la cd. perenne emergenza: il terrorismo degli anni '70, la criminalità organizzata degli anni '80, la «tangentopoli» degli anni '90, il terrorismo internazionale del nuovo secolo – circolarmente alimenta ed è alimentato dal crescente rigore che viene a caratterizzare il «momento punitivo».

In estrema quanto rapsodica sintesi alcuni esempi emblematici, da tempo consolidati: la del tutto vaga, sovente in chiave sociologica, descrizione delle fattispecie incriminatrici e la demolizione in via interpretativa del criterio causale in tema di concorso di persone (l'associazione di stampo mafioso ed il concorso cd. esterno ad essa); l'introduzione della figura – improponibile già sul piano lessicale – dell'omicidio stradale e la mancata abrogazione della del tutto inutile ipotesi di reato di immigrazione clandestina; le nuove norme in materia di terrorismo e l'estensione agli atti preparatori dell'area di rilevanza penale del fatto; la giurisprudenza creativa che in tema di dolo eventuale scambia – e non ingenuamente – l'oggetto della prova con la prova, che anticipa l'inizio dell'attività punibile nello schema del tentativo e che crea aree di rilevanza penale in materia di delitti di corruzione, di disastro innominato come di tentativo di rapina impropria¹.

* Testo – arricchito della bibliografia essenziale – della relazione tenuta all'Incontro di formazione della Camera Penale di Milano il 29 gennaio 2019.

¹ Parlano, ad es., di «disastro populistico» ovvero «innominato» D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, e S. CORBETTA, *Disastro innominato: una fattispecie «liquida» in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, entrambi in *Criminalia*, 2014, rispettivamente, p. 254 s. e p. 275 s..

2. «Sistema penale». Di sistema penale, in realtà, neppure è possibile parlare.

Alla frenetica produzione normativa, soprattutto sul fronte della legislazione cd. complementare si sono associati l'incapacità di realizzare una riforma organica del codice, il naufragio dei diversi Progetti di riforma succedutisi nel tempo, sino al maturare dell'idea, insana, dell'opportunità di abbandonare una prospettiva di codificazione. Siamo così venuti, per un verso, ad affidarci alla «riforma continua», alla novellazione anche di parte generale disgregante (le ripetute e contrastanti modifiche della disciplina della sospensione condizionale della pena, delle circostanze, della recidiva, della prescrizione e così via); e si è finito, per l'altro, per attribuire al giudice le stesse scelte di politica criminale (illuminanti al riguardo, fra l'altro, gli strumenti della pronuncia a Sezioni Unite come le Relazioni dell'Ufficio del Massimario: interventi entrambi sempre più frequenti e tesi a definire l'area effettiva di rilevanza penale di fattispecie di nuova introduzione: un esempio fra tutti, la pronuncia a Sezioni Unite «Maldera» e l'elemento (definito) «implicito» di fattispecie del vantaggio indebito)².

Di qua un sistema normativo sfigurato dove non solo parlare di «certezza del diritto» risulta improponibile, ma la attualmente tanto auspicata e fantasiosamente decantata «prevedibilità della decisione giudiziaria» – di marca sovranazionale – per chi pratica le aule di udienza ha il sapore dell'irrisione.

Al contempo, alla sostanziale rinuncia alla «forma» codice si accompagna, e del tutto irrazionalmente, l'esaltazione del «codice antimafia», elevando a dignità di sistema uno strumento sanzionatorio, quale quello delle misure di prevenzione, sul quale si infittiscono sempre più, nonostante le «manipolazioni» a livello interpretativo della Corte di Cassazione, i dubbi di legittimità costituzionale.

Al di fuori di questa area, puramente illusoria, la «forma» codice appare tramontata. E ciò – occorrerebbe chiederci – per quale ragione? Per il carattere «liquido» dell'attuale esperienza giuridica ovvero per la non rinvenibilità negli attori principali delle qualità che un'opera di «riedificazione» del sistema richiede, ed ai massimi livelli, in un contesto storico-culturale di pluralismo dei «valori»?

La inversione di tendenza da alcuni segnalata, il recupero di uno spirito codificatorio che, in particolare, esprimerebbe l'introduzione del «principio della riserva di codice» costituiscono indicazioni solo nominalistiche. Con l'art. 3-bis d. lgs. 1 marzo 2018 n. 21 si intende attrarre «nel» codice le norme penali di nuovo conio o, in alternativa, dar vita a «sotto-sistemi», a coordinate discipline di settore. In realtà, l'introduzione del principio della cd. riserva di codice, prevista a livello di legislazione ordinaria, paga un chiaro *deficit* di effettività, dal momento che il legislatore resta, per l'impraticabilità di un possibile intervento del giudice delle

² Parla di «riscrittura» più che di «adattamento» da parte del cd. diritto vivente del sotto-sistema dei delitti di corruzione-concussione-induzione indebita M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sull'inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 cp.) e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis cp.) nel disegno di legge Bonafede*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3577 s.

leggi (e per la sostanziale indeterminatezza dell'espressione «disciplina organica della materia»), pienamente libero di non osservare detto principio. Il proposito di rendere meglio conoscibili precetti e sanzioni rischia così di rivelarsi illusorio; e, piuttosto, l'inserimento in via diretta ed immediata nel codice di norme dal carattere disomogeneo ne potrebbe determinare la definitiva implosione³.

Dunque, assolutamente manifesta e da tempo avvertita la necessità di ritrovare un «ordine», una sistematicità, appunto, quanto meno tra norme e corpi di disciplina che valga a superare il vero e proprio attuale disorientamento, prima ancora del cittadino, dello stesso operatore del diritto; ed innanzitutto un ri-ordine del sistema sanzionatorio – necessariamente comprensivo di misure di sicurezza ed ordinamento penitenziario – già solo per esigenze di leggibilità delle norme. Sistema sanzionatorio che, per giunta, oggi si colloca sul più vasto quadro penalistico afflitto da una sorta di sindrome bi-polare: su un fronte, irragionevoli, sproporzionati inasprimenti sanzionatori, su l'altro, l'aspirazione alla deflazione ed alla non punibilità. La sindrome, per dirla con Palazzo, di carattere «maniacale» del diritto penale di «lotta» e quella di stampo «depressivo» del diritto penale della «non punibilità» (la depenalizzazione delle offese agli interessi privatistici da convertire in illeciti civili ovvero in reati procedibili a querela; le condotte riparatorie quali cause estintive; le cause di non punibilità quale la cd. tenuità del fatto)⁴.

3. Anche la nozione di «giustizialismo» necessita di una messa a fuoco, per meglio raffrontarla con l'altro polo del fenomeno qui in discussione: il «populismo giudiziario».

³ Sul tema cfr. G. RICCARDI, *Riserva di codice*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 20 dicembre 2018, p. 1 s., il quale – fra l'altro – rileva: “Il principio della riserva relativa di codice sancito dall'art. 3-bis si iscrive, dunque, non già nell'ambito di un ampio progetto di contenimento dell'intervento penale (il c.d. diritto penale minimo), che, per le recenti traiettorie della politica criminale tracciate dal legislatore, appare estraneo all'attuale Zeitgeist politico-culturale, bensì nell'ambito di un tentativo (decisamente timido e velleitario, se posto a confronto con la portata ambiziosa dell'idea) di contenere il processo di decodificazione del sistema penale...L'idea sottesa al progetto di riforma delineato dal legislatore delegante era quello di garantire una “migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena”, quale “presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali”...In generale, tuttavia, è l'assenza di un'ampia visione progettuale di riforma della parte speciale che tradisce l'approccio miope e poco meditato del riformatore. Oltre all'assenza di un contesto socio-culturale e politico in grado di fondare una seria e meditata opera di “ricodificazione”, l'idea della centralità del codice, come proposta dalla riforma del 2018, appare antistorica e inconsapevole della trasmutazione dello stesso rapporto codice penale/legislazione speciale: secondo una felice metafora urbanistica, il codice, da tempo non più “città ideale” del diritto penale circondata dalle “periferie” degradate della legislazione complementare, ha assunto sempre più le sembianze di un “centro di accoglienza”, in quanto contenitore di reati della più disperata formulazione stilistica, lessicale, e contenutistica”. V. anche in argomento M. PAPA, *Dal codice penale «scheumorfico» alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, n. 5, p. 129 s.

⁴ F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale, Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 216.

Per riprendere le parole di Didier Fassin, sociologo-antropologo francese, è il «punire la passione contemporanea»; un po' ovunque nel mondo si assiste ad un «momento punitivo» caratterizzato da sempre maggiore severità⁵: la novellazione nel tempo operata come le proposte di politica criminale in discussione si connotano in tal senso.

Si assiste a politiche penali autoritarie, per un verso, indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali ed inefficaci sul fronte della protezione dai medesimi fenomeni (le ripetute novelle in tema di delitti contro la P.A.); per l'altro, faurici di un diritto penale (non «minimo» e «ragionevole», ma) «massimo», «smisurato» e «perpetuo»⁶, in quanto tale, gravemente lesivo dei diritti fondamentali del cittadino. Come ammonisce l'autore da ultimo citato, il «problema» dovrebbe essere il crimine ed il castigo la sua soluzione; ora, invece, nell'ottica de "il momento punitivo, è il castigo a diventare il problema".⁷

⁵ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, il quale chiarisce al riguardo (p. 11): "Quando simili costanti si manifestano a livello mondiale, dobbiamo supporre che siano espressioni di un dato fondamentale che va al di là delle singole storie nazionali. Tale constatazione ha una sua temporalità: emerge negli anni settanta e ottanta e poi accelera a ritmi variabili a seconda del paese. Propongo allora di parlare di momento punitivo. Il termine "momento" si riferisce evidentemente a un periodo particolare, o piuttosto a uno spazio-tempo: il fenomeno che esso indica si estende infatti su più decenni e riguarda tutti i continenti, con solo alcune eccezioni. Ma "momento" va inteso anche nell'accezione dinamica della sua etimologia latina, che, in inglese, la fisica ha continuato a utilizzare per indicare il movimento, l'impulso e l'influenza: è la forza che determina il cambiamento al quale assistiamo. L'inglese dispone peraltro di due termini: *moment* e *momentum*".

⁶ Sul tema della riforma della prescrizione v. D. MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, in *Parola alla difesa*, 2018, n. 5-6, p. 371 s., il quale, fra l'altro, osserva: "Già intaccato in profondità dalla recente riforma Orlando – che ha imposto una "tassa temporale" di un anno e mezzo per ogni grado d'impugnazione – uno degli istituti cardine del nostro sistema di giustizia pare destinato a uno scellerato progetto demolitorio che altro non riflette se non la sua totale incomprendenza. Lungi dall'essere «l'ancora di salvezza dei delinquenti e una delle principali cause di intasamento dei Tribunali», come il ministro Alfonso Bonafede proclamava prima d'insediarsi in via Arenula (www.beppegrillo.it del 24 ottobre 2015), la prescrizione è in realtà il rimedio, la soluzione, l'imprescindibile contromisura adottati da un ordinamento doverosamente rispettoso dei diritti umani (il riferimento è al principio della ragionevole durata dei processi previsto dagli artt. 6 C.E.D.U. e 111 Cost.) per impedire che un individuo rimanga intrappolato per sempre in un processo penale. Nulla di più subdolamente deformante v'è dunque nella ricorrente affermazione che la prescrizione costituisca un fallimento dello Stato (www.beppegrillo.it del 24 ottobre 2015). Casomai la prescrizione registra il fallimento dello Stato che non è riuscito per tempo a giudicare il fatto. E non comprendere la differenza altro non è che il frutto di un fraintendimento così macroscopico da superare quello del tifoso che addossa la sconfitta della propria squadra all'arbitro che ha fischiato la fine della partita... Questo – e non già la prescrizione – è il vero dramma della giustizia penale italiana a cui, oramai, gli operatori si sono assuefatti. E nessun esempio migliore del processo per la strage di Viareggio si presta a comprendere, lontano da facili populismi, che il meccanismo estintivo connesso al decorso del tempo non è il male ma la "reazione a un male": come la febbre lo è di un agente patogeno, o l'elevato indice glicemico lo è di un regime alimentare sbagliato".

⁷ D. FASSIN, *op. cit.*, p. 11 s., rileva in argomento: "Mi sembra che esso corrisponda a questa specifica congiuntura in cui la soluzione diventa il problema. In linea di principio, di fronte ai disordini vissuti da una società, alla violazione delle sue norme e all'infrazione delle sue leggi, i suoi membri si affidano a una risposta fatta di sanzioni che alla maggior parte degli individui appaiono utili e necessarie. Con il momento punitivo, è il castigo a diventare il problema. Lo diventa a causa del numero di persone rin-

Ad un tale risultato concorrono, da un lato, una accresciuta sensibilità sociale per gli atti devianti; dall'altro, il concentrarsi dell'attenzione e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Fenomeno «culturale» il primo aspetto; fenomeno «politico» il secondo.

In tale quadro le proposte di legge assumono la veste di messaggi tesi a riscuotere-mantenere consenso politico, tesi a soddisfare «sentimenti di giustizia» *repressiva*, non infrequentemente *vendicativa*; ma anche messaggi volti a vincere «paure», spesso alimentate da propagande mirate⁸.

Il terreno privilegiato della politica diviene così quello della «sicurezza». Come rileva Luigi Ferraioli, a dispetto delle statistiche storiche che segnalano la diminuzione dei delitti contro la persona e persino contro il patrimonio, “in Italia, come del resto quasi in tutti i paesi occidentali, è cresciuta la percezione dell'insicurezza e si è sviluppata una domanda drogata di sicurezza, enfatizzata e sollecitata dai media e in particolare da quella fabbrica della paura che è divenuta la televisione. Si tratta di una paura in gran parte costruita dalla politica e dai media”⁹.

Il mondo del penale con le sue inchieste, con le relative conferenze stampa, col non infrequente pilotaggio delle cd. fughe di notizie, colla spettacolarizzazione delle vicende [l'arrivo in Italia di Battisti!], collo stesso «rito» del dibattito, ma anche cogli «abusi di motivazione» [i giudizi morali sui protagonisti del processo] “ha conquistato una immediata centralità nella sfera sociale e nell'immaginario collettivo” quale “«strumento di risanamento sociale», «mezzo per acquistare consenso elettorale», «terreno di legittimazione personale e di delegittimazione dell'avversario politico»”¹⁰.

Si dà vita per questa via ad una identificazione illusoria tra sicurezza e diritto penale, come se il diritto penale possa magicamente determinare la cessazione del crimine: è il nostro l'apparato sanzionatorio più severo esistente in Europa senza che siano stati affrontati e risolti i reali problemi di contrasto alla criminalità. Del carattere fallace e funesto della illusione panpenalistica, del resto, già era ben consapevole Francesco Carrara per il quale “la pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore”.

chiuse o poste sotto sorveglianza, dello scotto pagato dalle loro famiglie e comunità, del costo economico e umano che ciò determina per la collettività, della produzione e riproduzione di disuguaglianze che favorisce, della crescita della criminalità e dell'insicurezza che genera e, infine, della perdita di legittimità derivante dalla sua applicazione discriminatoria e arbitraria. Ritenuto ciò che dovrebbe proteggere la società dal crimine, il castigo appare sempre di più ciò che invece la minaccia. Il momento punitivo incarna questo paradosso”.

⁸ D. PULITANO, *Sulle politiche penali in discussione*, in *Giurisprudenza penale*, WEB, 2018, p. 11. Dello stesso Autore, *Intervento a La società punitiva, Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 21 dicembre 2016, p. 3 s. Sui temi della paura, insicurezza, gestione della collettività, comunicazione di massa ed uso finalizzato dei *mass media*, v. l'ampia indagine criminologica di R. BIANCHETTI, *La paura del crimine*, Milano, 2018.

⁹ L. FERRAIOLI, *L'illusione della sicurezza*, in www.festivaldeldiritto.it, 26 settembre 2008.

¹⁰ L. VIOLANTE, *La produzione del penale tra governo e parlamento maggioritario*, in *Criminalia*, 2016, p. 339 s.

Ed il cd. sistema penale incentrato sulla punizione (di cui si propone l'immagine erronea del carattere salvifico) dà a sua volta vita ad un'illusoria equazione: *più minaccia di punizione, più moralità!*

Ecco che allora la politica, smarrita la propria etica, dal momento che lo stesso cittadino apprezza la condotta del politico sulla base della volontà di penalizzazione da questi manifestata, ripiega sul primato del penale, inteso non più come *extrema ratio* ma quale strumento del risanamento sociale. Ed a tale scopo la politica punta sull'eliminazione dei cd. vuoti di tutela, sulla indeterminatezza delle figure di reato che agevola l'intervento penale, sul trattamento sanzionatorio più grave.

Ora, la «politica» – che mira a drammatizzare ed alimentare la «paura», quale fonte di consenso a misure penali repressive in materia di «sicurezza»– viene appunto definita «giustizialismo», forse meglio, «populismo politico» in materia penale. Un potere che dalla insicurezza trae demagogicamente legittimazione politica; e che proponendosi quale garante della sicurezza rispetto ai più disparati «nemici» (il politico, il pubblico funzionario, il «contiguo» alla criminalità organizzata, l'immigrato clandestino), trova legittimazione per misure emergenziali integranti vere e proprie «rottture della legalità», asseritamente necessarie per il raggiungimento di quella sicurezza.

4. Tramontata, come accennato, l'«etica pubblica» (nelle sue diverse declinazioni: cattolica, comunista, repubblicana, liberale) che, pur nella tensione del conflitto politico, consentendo il dialogo, ha in passato preservato la dignità e la credibilità delle Istituzioni, si è ad essa sostituito un «moralismo» becero, di piazza che è venuto a ravvisare nella legge penale, sostanziale e processuale, un complesso di regole espressione di valori, del tutto personali, comunque idonei a costituire parametri di condotta e regole suscettivi di produrre le agognate punizioni.

Si è così smarrito il necessario discrimine tra «riprovevole» e «penalmente rilevante», in una parola è svanita la «laicità» del diritto penale. Al contempo, si è finito per affidare al giudice, «creativo», la soluzione degli stessi conflitti sociali, reali o meno che siano, rendendo in tal modo la politica subalterna alla giurisdizione.

Come con fondamento rileva Violante, tra società civile e società politica è venuta ora a posizionarsi la «società giudiziaria», una società «di mezzo» la quale “si avvale di criteri di valutazione e di metodi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione”. Partecipata da cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, rivolgendosi alla magistratura ordinaria, “la società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole”, in specie, se “toccato dalla mano di una Procura della Repubblica”¹¹.

Del tutto singolarmente è stato il Papa a sollevare il tema della legittimazione e del contrapposto «abuso» del diritto penale – questione nodale nella descrizio-

¹¹ L. VIOLANTE, *op. cit.*, p. 342.

ne del rapporto tra «*libertà-garanzie dell'individuo*» ed «*autorità dello Stato*» – in occasione dell'incontro con gli studiosi della nostra materia. Egli individua la causa del degenerare in populismo del sistema penale nella «credenza» che attraverso la pena si possano ottenere quei benefici che, diversamente, “richiederebbero l'implementazione di un altro tipo di politica sociale economica”. E, continua il messaggio del Papa, “non si cercano solo capri espiatori che paghino con la loro libertà... per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c'è la tendenza a costruire deliberatamente dei *nemici*: figure stereotipate che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose”.

Ciò che va difeso, l'interesse reale e primario – osserva conclusivamente il Pontefice – è la «dignità della persona» ed è dovere del giurista (accademico, avvocato, magistrato) garantire simile «valore»¹².

Ora. Come garantirlo? Non può, infatti, essere trascurato che, ancor prima delle novelle, le pur spesso improbabili letture di istituti di parte generale trovino fondamento in concezioni che, almeno negli intendimenti, pretendono di essere di giustizia; che interpretazioni ed applicazioni «allargate» di schemi tipici si propongano una tutela più comprensiva degli interessi in gioco; che commisurazioni di pena di particolare rigore vengano operate sulla scorta di valutazioni ritenute di giustizia, sia pur essenzialmente in chiave retributiva. Rileva criticamente Domenico Pulitanò: “Nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione delle quali la magistratura penale tende a farsi portatrice... Il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio”¹³.

È questo un tema, problematico, che non può essere eluso. È lo zoccolo duro su cui poggia la contrapposizione tra magistratura ed avvocatura; è l'aspetto che innerva la dibattuta questione del cd. diritto vivente.

Posti di fronte a ciò, l'esperienza dimostra che una difesa di quel primario interesse, la dignità della persona, non è praticabile, risulta sterile ove ci si muova solo sul piano della legalità formale mentre, appunto, il rigorismo giudiziario trae alimento da istanze morali, seppure non da tutti condivise. Il diritto penale «liberale» ha bisogno di una difesa, innanzitutto, sul piano dell'*etica*: concezioni «riduzioniste», che mirino a tener fuori dall'area penalistica comportamenti riprovevoli, “hanno bisogno di rendere esplicita e comprensibile la propria diversa moralità, senza nascondere i problemi ch'essa comporta: *una moralità* [un'etica] *che arriva ad accettare la non punizione di fatti riprovevoli, per ragioni ritenute prevalenti*”¹⁴.

Ed, appunto, la *moralità* che caratterizza come liberale un sistema penale va individuata nell'«eticità» di un ordinamento improntato ai principi di garanzia (le-

¹² In L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 197.

¹³ D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 143.

¹⁴ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 144.

galità, offensività e colpevolezza) e di ragionevolezza-proporzione, ovvero di quei principi – gli unici – in grado di tutelare la «dignità della persona».

È questa eticità, propria del diritto penale, che va prudentemente bilanciata con le istanze di giustizia provenienti dalla società comune e che va contrapposta con forza a populistici moralismi.

5. E veniamo all'ultima nozione in discussione: «populismo giudiziario».

Società, mezzi di comunicazione e potere politico sempre più di frequente chiedono all'Autorità giudiziaria non l'accertamento della responsabilità penale di singoli per mezzo dell'applicazione della legge, ma il raggiungimento di uno scopo generale: la «lotta» contro le mafie, contro il terrorismo, contro la corruzione ma anche il «riconoscimento» della possibilità di difendersi e respingere, almeno in ambito domiciliare, aggressioni alla persona ed al patrimonio: “anche la paura ha i suoi diritti”¹⁵.

Il magistrato in tale ottica assume la veste – anche di recente rifiutata dalla Corte costituzionale¹⁶ – di «giudice di scopo» e viene a sanzionare, non il fatto, ma il tipo di autore che il populismo ha configurato (il politico ed il funzionario corrotto, il contiguo dell'associazione mafiosa e così via), inserendo nella inchiesta giudiziaria «giudizi personali, quanto impropri sul sistema», di carattere generale o morale, suscettivi di essere *utilmente* ripresi dai media¹⁷.

In un simile quadro è corretto parlare di «populismo giudiziario» ogniquale volta il magistrato pretenda di “assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza, se non addirittura di aperto conflitto, con il potere politico ufficiale”. Come in modo graffiante prosegue Fiandaca, “la funzione d'accusa come spada al servizio dell'indignazione e del bisogno di riscatto dei cittadini”¹⁸.

¹⁵ Così G. FLORA, *Quale diritto penale sostanziale nella prossima legislatura?*, in *Parola alla difesa*, 2018, n. 5-6, p. 357 s.: “*Quanto alla legittima difesa, v'è certo l'esigenza di garantire efficacemente i diritti di chi è aggredito nel proprio domicilio e che spesso non è in grado di “misurare” la propria reazione. Ed è certo vero che anche la paura “ha i suoi diritti”. Tuttavia, non è immaginabile che non intervenga la Magistratura a verificare la sussistenza dei requisiti della scriminante, soprattutto, ma non solo, in caso di morte dell'aggressore. Né, in un sistema che comunque tuteli i diritti fondamentali delle persone, è immaginabile che si possa prescindere dai requisiti della necessità di difendersi (che costituisce la stessa legittimazione dell'autodifesa) e della proporzione tra condotta aggressiva e condotta difensiva. Una soluzione equilibrata potrebbe essere quella di far leva sulla mancanza di colpevolezza in chi, aggredito nel proprio domicilio, si difende sotto la spinta di un grave perturbamento psichico causato dall'aggressione. Si potrebbe così inserire un ulteriore comma agli artt. 55 e 59 c.p., statuendo una presunzione assoluta di mancanza di colpa sia nella individuazione dei presupposti fattuali, sia nel superamento dei limiti della scriminante, nei casi di legittima difesa domiciliare*”. V. anche R. BARTOLI, *Verso la «legittima offesa»? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, 1, p. 17.

¹⁶ C. cost., ord. 26 gennaio 2017 n. 24, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1334 s.

¹⁷ L. VIOLANTE, *op. ult. cit.*, 2014, p. 198.

¹⁸ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 s.

Qui – cercando di esprimerci in modo più puntuale – si assiste ad una divaricazione tra la posizione assegnata all'autorità giudiziaria dalla Carta costituzionale ed il ruolo *di fatto* da essa assunto. La giurisdizione penale non ha come compito istituzionale quello di contrastare «fenomeni criminali», compito assegnato alla politica (e, appunto, neppure da questa assolvibile con l'arma della sanzione penale). Come con notazione fortemente critica rileva Violante, l'apparato giudiziario è venuto a costituire «una sorta di esercito di riserva della politica» che assolve alla funzione di verifica della dignità-moralità civile¹⁹ e che, pretendendo di processare la degenerazione del sistema, dà vita a distorsioni «illegittime, giuridicamente ingiustificabili»²⁰.

Ora, come con fondamento si è inteso rimarcare, il riferimento al «popolo» contenuto nell'art. 101 Cost. («*La giustizia è amministrata in nome del popolo*») individua, in realtà, una «proclamazione ideale» cui, purtuttavia, segue il vero «principio fondante» della funzione giurisdizionale: «*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*».

«In nome del popolo i giudici applicano la legge alla quale (*soltanto* alla quale) sono soggetti. Del *dictum* costituzionale, la chiave di lettura è data dal principio di legalità; da intendere, per la giustizia *penale*, nel senso forte, specificamente penalistico, articolato nei principi costituzionali pertinenti al penale. Il messaggio costituzionale è un messaggio di legalità democratica, niente affatto populista, se per populismo si intende un legame di rappresentanza del popolo o di condivisione di specifici valori «popolari»»²¹

A differenza della politica legislativa penale, il momento giudiziario (per definizione separato dalla politica) non dovrebbe essere un terreno attingibile da influenze populiste. In un orizzonte di democrazia liberale il diritto e la giustizia penale sono istituzioni rette dal principio di legalità e dalla separazione dei poteri: separazione fra il momento «politico» della legislazione e il momento «tecnico» dell'imparziale applicazione della legge. «La spada della giustizia (penale) è affidata a un giudice imparziale, non soggetto ad altri poteri, munito di garanzie d'indipendenza dal potere politico, soggetto soltanto alla legge. Ciò risponde ad esigenze di garanzia di una applicazione della legge uguale per tutti, non subalterna ad interessi di parte. Amministrata sì in nome del popolo...ma secondo criteri formalizzati di legalità, non secondo ottiche di rappresentanza popolare o di politica populista»²².

Alla funzione giudiziaria, la quale tocca interessi di vitale importanza per la vita della *πόλις*, è affidato – ma, si badi – *per esigenze di garanzia del cittadino* (imparzialità nell'applicazione della legge uguale per tutti) il diritto penale, (in sé, a sua volta, *strumento di garanzia del singolo*, prima ancora che strumento di tutela della

¹⁹ L. VIOLANTE, *La produzione del penale*, cit., p. 339

²⁰ Così ancora G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 95 s.

²¹ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 123.

²² D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 129.

collettività e) strumento forte e centrale nell'assetto costituzionale per l'equilibrio fra poteri.

Anche qui, tuttavia, si profila un aspetto che non può essere eluso. È, invero, in rapporto ai «fatti», su cui viene espresso un giudizio legalmente fondato, che sorgono i problemi. La giurisprudenza non è fonte di diritto, è custode della legge penale; è la «neutralità politica» il carattere essenziale delle funzione giudiziaria. E, però, nell'accertare e nel qualificare in sede processuale, appunto, fatti concreti, in particolare l'applicazione del diritto tocca interessi di vitale importanza per i singoli e per la società, finendo per assumere una intrinseca dimensione politica dal momento che viene a incidere sulla vita della *πόλις*.

Ora, sul piano storico-fattuale influenze populistiche costituiscono un rischio immanente all'attività di interpretazione-applicazione di leggi generali e astratte. «Diversamente dai fatti ontologicamente inemendabili, le norme giuridiche sono una realtà socialmente costituita. Gli spazi aperti (quali che siano) all'ermeneutica ed ancor più alla discrezionalità applicativa, sono esposti ad influenze ideologiche provenienti da una realtà socio-culturale esterna all'ordinamento giuridico»²³.

Qui, il rischio di derive, torsioni ideologiche è immanente a quella stessa forma di legalità che dovrebbe offrire descrizioni precise del tipo di illecito, ma sovente è intrisa di riferimenti a valori da ricercare nel mondo sociale (ad es., i cd. elementi normativi e la concretizzazione di elementi di valutazione socio-culturale; la discrezionalità e la dosimetria della pena); riferimenti a valori in una società pluralista in cui diverse culture e diverse etiche possono legittimamente confrontarsi e convivere²⁴.

Un modo di essere del diritto penale che – almeno nelle aree ora segnalate – ha portato alcuno a parlare di un carattere «intrinsecamente populista» del diritto penale medesimo²⁵.

In ben altro, tuttavia, risiede l'«abuso» per via giudiziaria del diritto penale.

Non è dato non riconoscere che – su di un piano tutt'affatto diverso e connotato da vere e proprie istanze politico-populiste – gli Uffici di Procura sono spesso divenuti luoghi di elaborazione autonoma di politiche penali, dietro lo schermo di un'obbligatorietà dell'azione penale i cui presupposti restano incerti e sottratti a controllo (il potere di «prendere notizia» di un reato e l'inesistente potere di «ricerca» della notizia di reato). Fenomeno favorito dal consenso espresso da vittime ed enti esponenziali di interessi diffusi (prepotentemente entrati, ed in modo sempre più protagonista, sulla scena processuale), ma soprattutto da un'attenzione mediatica schierata sul fronte dell'accusa: «vi è un vistoso giustizialismo mediatico,

²³ D. PULITANO, *op.ult. cit.*, p. 132.

²⁴ In particolare, sul «confronto» tra ragione e religione, tra secolarizzazione e (diverse) tradizioni religiose e, dunque, sulla esigenza di un «apprendimento complementare» v. J. RATZINGER-J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, 2005.

²⁵ Riconosce al diritto penale carattere «intrinsecamente simbolico» C. SOTIS, *Intervento a La società punitiva, Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, p. 14.

anche con venature populiste e con ricadute politiche (fino all'entrata in politica di magistrati del PM, protagonisti di indagini...)»²⁶.

Non immune dal rischio di sbilanciamenti verso il polo del contrasto alla criminalità la stessa magistratura giudicante. Per una sorta di eterogenesi dei fini il «garantismo» viene ora riferito agli interessi penalmente protetti, ai diritti-sentimenti della vittima e, dunque, al polo opposto a quello delle garanzie liberali congegnate nel tempo a favore dell'inquisito; un garantismo *a contrario* «assunto a idea legittimante di un autoritarismo ben intenzionato vuoi nell'approccio probatorio, vuoi in interpretazioni rigoriste motivate da una maggiore sensibilità per effettive e supposte esigenze di garanzia mediante strumenti penali»²⁷.

²⁶ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 137. Sul ruolo e tutela della vittima v. S. ANASTASIA-M. ANSELMI-D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 32 s.: «Né – d'altro canto – l'emergenza dell'insicurezza sociale può ammettere e legittimare l'altra propaggine del populismo penale, volta a formattare un cd. diritto penale della vittima costruito proprio su quest'ultima e sulle sue sofferenze, senza tenere conto delle tensioni a cui viene sottoposto il principio di legalità, chiamato a definire, insieme con il fatto, chi ne può essere soggetto passivo, affinché i diritti dell'autore del reato non subiscano torsioni motivate da bisogni collettivi di prevenzione generale o di contrasto a fenomeni generali. Si attesta, nondimeno, come innovazioni normative interne e sovranazionali esaltino il ruolo della vittima del reato (in particolare nelle dinamiche del processo penale), prospettando – in nome della sicurezza pubblica – il possibile sovvertimento di relazioni consolidate proprie di una concezione liberale della giustizia che pone al centro dell'ordinamento i diritti e le garanzie individuali dell'imputato. L'attenzione, in questo contesto, si concentra sulla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/29/UE, recante «Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato» (2012/29/UE), che ha preso il posto della Decisione quadro 2001/220/GAI, già caposaldo della normativa sovranazionale in materia di tutela della vittima, con il chiaro scopo di rafforzare la protezione di tale figura «dal processo» e «nel processo»... Si innesca così la concatenazione reato-sicurezza pubblica-tutela della vittima del reato, in cui germina la pericolosa tendenza all'«abuso della vittima», con effetti di proliferazione di fattispecie penali sostanziali incentrate su di una logica punitiva tanto severa quanto simbolica; e con effetti emotivi – amplificati dai media – sull'opinione pubblica intera, capaci di condizionare anche pesantemente la macchina processuale e le sue concrete scansioni».

²⁷ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 138. Sembra assumere in argomento una diversa posizione S. ANASTASIA-M. ANSELMI-D. FALCINELLI, *op. cit.*, p. 24 s.: «La realtà italiana peraltro si cala peculiarmente nello scenario globale del populismo penale. Al bisogno della pena come fattore di assicurazione e di giustizia socialmente avvertito corrisponde sempre più spesso una produzione normativa penalistica segnata da trattative politiche, soluzioni di equilibrio o meglio di compromesso, spesso sciolte in controriforme. Così, nel corso degli ultimi decenni, ai fremiti securitari che hanno guidato la mano del legislatore dell'emergenza è poi corrisposta tanto una mediazione politica tanto un'applicazione giurisprudenziale capaci, tutte e ciascuna, di ricalibrare e infine marginalizzare gli impatti delle modifiche inserite nel quadro ordinamentale. Un effetto di cauterizzazione del sistema lo svolge difatti costantemente il diritto vivente, con una giurisprudenza prudente nel recepire il novum della normazione penalistica, dedita in particolare alla ricerca di rassicuranti profili di continuità: una sorta di sfida al legislatore in nome di un nostrano giusnaturalismo... Del resto, in questo palcoscenico sociale, in cui il diritto penale si muove naturalmente tra forze politiche e opinione pubblica, e la recente crisi economica è intervenuta in veste di terzo protagonista, la «crisi di identità» della legge ha indotto l'idea e la prospettiva di un riposizionamento funzionale del giudice, cui assegnare un ruolo da protagonista del sistema. L'ordinamento, in buona sostanza, guarda affascinato al sistema di common law – ove in primo piano sta il diritto vivente per bocca della giurisprudenza – ed ai suoi tratti di netta eterogeneità rispetto al vigente sistema di civil law, ove la legge scritta (il prodotto del Legislatore) domina sovrana sul terreno criminale».

Come fondatamente è stato osservato, i contrasti più significativi e marcati in tema di interpretazione-applicazione delle norme penali hanno ad oggetto il confronto fra «garantismo liberale» e «tutela autoritaria». E concernono i confini di istituti fondamentali: la soglia di offensività e l'anticipazione della tutela nel tentativo e nei reati di pericolo; i requisiti della partecipazione criminosa; i presupposti della responsabilità *per omissionem*; i necessari contenuti ed i corrispondenti confini del dolo e della colpa; l'interpretazione della fattispecie incriminatrice ed il carattere frammentario, puntiforme della tutela penale. Con uno sguardo più ampio e rivolto ad un futuro ormai prossimo la stessa individuazione e delimitazione della «*materia penale*».

Qui è dato oggi cogliere un moralismo autoritario ispirato ad attese dell'opinione pubblica, un moralismo autoritario che, in spregio al canone di imparzialità nell'applicazione della legge uguale per tutti, presta attenzione ai giudizi ed ai sentimenti della gente, venendo così a condividere e dare attuazione alle finalità del *law enforcement* penalistico.

A ciò – come detto – va fermamente contrapposta la specifica «etica» del diritto penale liberale; un'etica che in omaggio ai preminenti «valori» cristallizzati nei principi di legalità, offensività, colpevolezza e ragionevole proporzione non giustifica la punizione di fatti pur riprovevoli e che rifiuta le proposte populistiche del «penale perpetuo», lo scadimento a mera propaganda nel linguaggio, con la fuga dai problemi reali.

ROBERTO RAMPIONI

€ 40,00

