

IL "PENALE" SENZA "DIRITTO"?(*)

di Carlo Piergallini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “crisi” del sistema penale nella post-modernità. – 3. Il ‘trionfo’ del “penale”. – 3.1. Conclusione intermedia. – 3.2. L’incontenibilità, a monte, del “penale”. – 3.3. I luoghi di riduzione, a valle, del “penale”: la “depenalizzazione” e la “(non) punibilità”. – 4. La “crisi” del “diritto”. – 4.1. Che fare? – 4.1.1. Il principio di tassatività. – 4.1.2. La ‘pena’ prima del giudicato: la gogna mediatica e le misure cautelari. – 4.1.3. La legittimazione della pena. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

« Il fondamento autoritario [...] costituisce, per il diritto penale, una caratteristica *genetica* e strutturalmente ineliminabile ». Tuttavia, « il diritto penale non è — e non può più essere — interamente espressione del paradigma autoritario in quanto *comunque* temperato dal *compresente* paradigma democratico »¹. Con queste parole, il Maestro, al quale questo saggio è dedicato, scolpisce il rapporto di tensione dialettica che intercorre tra il “*penale*” (lo *ius terribile*, espressione della *coercitio publica*) e il “*diritto*” (come compendio delle garanzie, sostanziali e processuali, che fondano, per lo meno a partire dalla svolta illuministica, la legittimazione democratica dello strumento coercitivo). Una tensione dialettica che ha conosciuto e conosce diversificati punti di equilibrio, che, a loro volta, consentono di apprezzare quale sia il ‘vero’ volto del sistema della giustizia penale (liberale, autoritario, effettivo, ineffettivo, ecc.). La “punizione” appartiene al metabolismo sociale², alla stregua di una struttura elementare; più arduo scrutare “*come e perché*” si punisce: qui si entra nel territorio della “Politica”, chiamata a modellare (e ri-modellare) la complicata trama delle relazioni che intercorrono tra l’*imperium merum* e il perimetro dei principi e delle regole deputati a picchettare la forza espansiva. La storia dei sistemi penali è, in proposito, emblematicamente evocativa e non è il caso di indugiare. Per contro, è preferibile soffermarsi sui cromosomi della giustizia penale nell’epoca della *post-modernità*, solcata da *rischi, reali e virtuali*, che alimentano una diffusa condizione di *incertezza* (cognitiva, sociale, politica, ecc.), che fatalmente sospinge a reclamare l’uso, con finalità ansiolitiche, dello strumento penale e

(*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, [Studi in onore di Carlo Enrico Paliero](#), Giuffrè, 2022. Si ringraziano l’Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista.

¹ C.E. PALIERO, *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 95-96.

² F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 5.

dei suoi 'riti' intrisi di simbolismo (non soltanto, oggi, quelli fisiologicamente correlati al 'processo', ma anche quelli massmediatici, che tendono ad issarsi a nuovi 'produttori' di penalità). Una riflessione, questa, che avrà, come osservatorio privilegiato, la condizione spirituale del nostro Paese, non foss'altro che per l'ossessivo rilievo che contraddistingue la 'trattazione' sociale dei temi della giustizia penale. Del resto, da sempre il diritto penale è un tema ingombrante, affascinante e minaccioso: associato all'idea del carcere e, dunque, ad una cultura patibolare, è, nel contempo, "vicino" e "lontano": "vicino" perché viviamo all'interno del suo "ordine", appartiene al nostro quotidiano, tanto che ciascuno di noi vanta idee su cosa sia giusto punire, sul suo modo di operare; "lontano" perché ne abbiamo "paura", temiamo il suo intervento. Dunque, l'arnese penalistico ci affascina finché non ci tocca: quando ciò accade, si reclamano le "garanzie", vale a dire gli strumenti di difesa.

2. La "crisi" del sistema penale nella post-modernità.

Se, privilegiando l'angolatura massmediatica, provassimo ad immaginare il "diritto" e la sua qualificazione "penale" come altrettante "persone" in carne ed ossa, da sottoporre ad una delle innumerevoli interviste disseminate nei *media*, ne ricaveremmo che le ricorrenti, sfiancanti affermazioni della "crisi" della giustizia penale rilasciano una visione parziale ed incompleta, perché fatalmente condizionata dal "punto di vista" da cui si muove. La parola "crisi" ha assunto, come si sa, una valenza trasversale: crisi dello Stato liberale, crisi dello Stato di diritto, crisi della sovranità, per non parlare delle cicliche crisi economiche e finanziarie. La sopravvenuta pandemia, oltre a rappresentare essa stessa un nuovo, raggelante fattore di "crisi", ha contribuito, non solo emozionalmente, ad acuire quelle preesistenti. Eppure, per quanto concerne il "diritto penale", evocarne indistintamente la crisi rischia di porre in ombra la complessità delle trame che ne restituiscono il volto. Proviamo, dunque, ad interpellare gli 'attori', per appurare se e dove si addensano la crisi.

3. Il 'trionfo' del "penale".

Nel contesto di una immaginaria intervista, il "penale" (quello 'vivo', non libresco) si ribellerebbe all'intervistatore che lo tacciasse di versare in crisi. Sdegnato, opporrebbe, convintamente, il suo 'trionfo', oggi. Eccone le plurime ragioni.

a) Perché la 'misura' del suo impiego non conosce ostacoli: tramanda una estensione topografica enormemente *dilatata*, qualificabile nei termini di un'autentica 'invasione', che deriva da cause i) *esogene* ed ii) *endogene*.

i) Sul versante delle *fonti di produzione*, il tracciato che dovrebbe governare la domanda e l'offerta di penalità, secondo paradigmi di razionalità³, ha assunto

³Per come da ultimo tratteggiati da C.E. PALIERO, *Il Mercato della Penalità*, Torino, 2021.

caratteristiche di ingovernabilità. Mai come oggi il “penale” ha sembianze autenticamente bulimiche: è un arnese senza freni. La riserva di legge, specie se concepita come assoluta o tendenzialmente tale, avrebbe dovuto conformarne l’adozione, grazie al coinvolgimento dell’organo massimamente rappresentativo della volontà popolare, deputato ad assicurarne un impiego ponderato, proprio in virtù della ‘lentezza’ dell’*iter legis*, sinonimo di una meditata riflessione sugli interessi in gioco nella materia penale. Così non è: le fonti di produzione, è sotto gli occhi di tutti, sono frastagliate, perché nuovi ‘soggetti’ sono entrati sulla scena⁴. Si pensi alle norme sovranazionali⁵, che veicolano sempre più “penalità” e che sono spesso il frutto di istanze tecnocratiche, in cui l’idea della rappresentatività e, perciò, della democraticità del prodotto, scadono a meri ‘simulacri’. Sul piano interno, il ricorso agli atti dell’Esecutivo, in varia misura integrativi del precetto, è una vera e propria costante. Lo stesso dibattito parlamentare è vieppiù ‘striminzito’, coscritto da voti di fiducia su maxiemendamenti⁶. Così, la riserva di legge, deputata ad offrire la traduzione legislativa delle richieste del popolo, con la mediazione dei suoi rappresentanti, è ormai “all’angolo”: la si continua ad invocare, ma la si pratica poco.

Non è tutto. Non può sfuggire la forza sempre crescente di un ‘attore’ non contemplato dalla Costituzione: il *formante mediatico*. Si badi, i *media* non entrano in gioco solo perché strumentalizzati dalla politica: il *legislatore è oggi geneticamente mediatico*, nel senso che « detta l’agenda politica selezionando [...] le materie (i valori) da assegnare prioritariamente alla competenza del sistema penale »⁷, imbastendone, altresì, il modo di disciplina e il lessico (di foggia grezza e talvolta bellico), grazie all’immediatezza del messaggio, non gravato dal vincolo del confronto parlamentare.

Sul piano dei *contenuti*, gli argini all’invasione della “penalità” sono poco più che virtuali. La funzione critica, in ottica delimitativa, del bene giuridico, magari rafforzata in una prospettiva costituzionale, ha riempito significative pagine di dottrina, ma, volgendo lo sguardo alla prassi, è da prendere atto che il bene giuridico si è risolto in un formidabile volano di espansione del “penale”. Pure il principio costituzionale di *offensività* ha conseguito risultati modesti. È da riconoscere che gli ideali illuministici dell’*extrema ratio*, la loro estremizzazione ideologica nel cd. “diritto penale minimo”, la funzione ‘critica’ del bene giuridico sono stati ormai bypassati. L’idea di confinare il diritto penale in uno spazio ristretto si atteggia come un’utopia: il presente è, *bon gré mal gré*, distopico. Del resto, il “penale”, da sempre, è *instrumentum regni* e il suo processo di espansione ha conosciuto, fin dal secolo scorso, un’accelerazione non di rado forsennata⁸. Così, la dimensione solidaristica dello Stato sociale ha fatto segnare l’irruzione, in *amphitheatro iustitiae*, di nuovi beni giuridici (l’ambiente, il territorio, le funzioni, ecc.), tradottisi in domanda di “penalità”, spesso magnificata in un’ottica di promozione sociale. E, fin qui, l’allargamento, pure non immune da ipertrofie, poteva reclamare una

⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books and law in action*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3, 2016, pp. 4 ss.

⁵ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.

⁶ Cfr., in proposito, F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, pp. 106-107.

⁷ C.E. PALIERO, *L’Agorà e il palazzo*, cit., p. 116.

⁸ Cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L’espansione del diritto penale*, Milano, 2004.

legittimazione politica e culturale. La successiva frantumazione politica e sociale, seguita alla caduta delle ideologie, accompagnata da dirompenti crisi finanziarie globali e dall'incedere di flussi migratori, ha fomentato un senso di insicurezza sociale e di timore del futuro, che ha favorito un ulteriore, dissennato ricorso al "penale" come 'ansiolitico' sociale, in cui alla pena si assegna una funzione prevalentemente *placativa*. Si pensi al florilegio della "penalità" nel diritto dell'economia, deputata a contrastare la criminalità economica, sia nella sua tradizionale configurazione imprenditoriale, sia nella sua dimensione macrocriminale; oppure al traffico di Esseri umani, che ha 'costretto' i legislatori a riscoprire arnesi che si pensavano sepolti (il reato di schiavitù su tutti). Ma non basta. Spicca pure il ruolo svolto dai cc.dd. imprenditori di moralità⁹: la laicizzazione del diritto penale, frutto maturo dell'illuminismo penale, ha subito significativi contraccolpi con la penalizzazione delle condotte di detenzione, persino virtuale, di materiale pedopornografico, la cui *ratio* repressiva si risolve interamente nell'istanza, economicistica, di contrastare la 'domanda' di tali materiali, senza curarsi del fatto che la punizione attinge un soggetto non tanto per ciò che fa, bensì per ciò che è (un bersaglio di riprovazione etico-morale). Per non parlare della ricomparsa sulla scena dei reati di opinione: si allude ai discorsi d'odio, alla libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca dei *social*, alle istigazioni innervate di nostalgie totalitarie, al negazionismo. Il tutto è compendiabile nel titolo di una recente monografia: "Punire la parola pericolosa?"¹⁰ Un tema delicatissimo, questo, in cui, tuttavia, ancora una volta, il "penale" ambisce ad insinuarsi con tutto il carico dei prevedibili rischi che si trascina.

Persino, *a latere subiecti*, il "penale" ha conosciuto una significativa *duplicazione*. *Societas delinquere et puniri non potest*: come si ricorderà, questa pregiudiziale ontologica, di stampo naturalistico, ha a lungo contraddistinto la storia del "penale", disegnato esclusivamente per l'uomo. Un argine, questo, che, già all'inizio del secolo scorso, si è dissolto nei Paesi di *Common Law* e che, giusto vent'anni or sono, è stato demolito anche in Italia. Una dilatazione che vanta indiscutibili appigli sul terreno politico-criminale e che ha partorito il 'raddoppio' dei soggetti 'puniti'. Una duplicazione che, però, tende ad assumere, per stare al nostro ordinamento, un andamento preoccupante. Ormai, non v'è reato che non trascini la responsabilità dell'ente, senza che si innalzi un filtro a sondarne la coerenza politico-criminale. Basti pensare, per fare un esempio, non tanto alle vistose 'eccentricità' (infibulazioni, alterazioni nummarie, ecc.), ma soprattutto all'inclusione dei delitti associativi, come se una *societas illicita* potesse piegarsi ad una *compliance* preventiva. In definitiva, anche su questo terreno il "penale" prova ad allargarsi oltre la misura della sua coerenza politico-criminale.

ii) L'inarrestabile produzione penalistica rinviene, poi, un ulteriore, preoccupante propellente *endogeno* nel mutato ruolo della *giurisdizione*, sempre meno legata al vincolo, costituzionale, di un'ermeneutica prescrittiva. Plurime le cause: la dimensione reticolare delle fonti (il giudice nel labirinto¹¹), le interpretazioni 'conformi', la crisi di determinatezza dei precetti, l'emancipazione del cd. diritto vivente e, non

⁹ Cfr., in proposito, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 876 s

¹⁰ A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa?*, Milano, 2020.

¹¹ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

ultimi, i frequenti scavalcamenti del 'testo', destrutturato in chiave analogica. Si smarrisce, per questa via, la funzione 'insulare', frammentaria del "penale": questo tende a deformalizzarsi e a flessibilizzarsi, ricorrendo a tecniche interpretative distanti dai principi di derivazione illuministica, sì da avvicinarsi sempre più ad una sorta di attrezzo di "ingegneria sociale". Una tendenza, questa, che, nella Società del rischio¹², fomenta le coordinate di un omologo "diritto penale del rischio". Il descritto processo, tra l'altro, non si arresta solo alle fattispecie criminose, ma investe pure istituti di parte generale. Si pensi, per fare un esempio, alla colpa: sempre più condizionata dalla deformante logica del "senno di poi", reclama spesso agenti-modello sovraumani, forgiati dal giudice alla bisogna. Al cospetto della volatilizzazione del principio di tassatività, tende però a profilarsi un atteggiamento di rassegnato disincanto: la complessità della post-modernità è ardua da tradurre in precetti ben scolpiti e privilegia la vaghezza e la promiscuità semantica. L'ideale giuspositivistico non garantisce simili prestazioni: ne deriverebbe che l'unico argine garantista non sarebbe più da rintracciare nel 'testo', nella logica della 'fattispecie', bensì nella *prevedibilità degli esiti*, per come intesa nei sistemi di *judicial law-making*. Riservandoci di approfondire questo aspetto più avanti, mette conto, però, di segnalare subito che la 'prevedibilità' è una regola di giudizio; dunque, è il giudice a 'governarla', con un paradosso evidente: ci si consegna nelle mani di un soggetto che costituisce, come detto, un fattore di propulsione della penalità. C'è poco da fidarsi, verrebbe da dire.

b) Anche sul versante delle *funzioni della pena*, il "penale" non sembra trovare resistenti ostacoli alla sua invasività. Retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale, modello sincretistico-dialettico di Roxin, rieducazione: questa è la complicata ed intellettualmente stimolante trama che ha intessuto il dibattito sulla legittimazione della pena. In un'ottica retrospettiva, la pena veniva intesa come « potenza infestante che spoglia, lega, sfigura, uccide [...], rito, spettacolo, giudizio »¹³. Il progredire della storia ha scansato i supplizi, ma la sanzione detentiva ha comunque mantenuto una propria centralità, alimentando, nel contempo, la ricerca delle possibili alternative (*probation*, lavori di pubblica utilità, riparazioni, mediazioni). Inoltre, dal lato patrimoniale, la confisca, con il suo volto poliedrico, ha raggiunto livelli di incisività sconosciuti, sì da assurgere, non di rado, ad uno 'spauracchio' di gran lunga più temuto rispetto alla stessa pena detentiva, che, come si sa, nel nostro ordinamento, trova effettiva esecuzione solo al di sopra di un limite, non proprio trascurabile, di pena.

All'interno del descritto quadro, il "penale" non è chiamato a rispondere a verifiche di 'effettività': « lavora come un'azienda priva di libri contabili, nella beata ignoranza della misura dei suoi profitti come delle sue perdite »¹⁴. Si sa che l'efficienza del sistema è anche misura della sua "giustizia", ma il "penale" si sottrae a questo impegnativo riscontro. Anzi, vale l'opposto: mai come oggi tende ad *autoalimentarsi dei propri insuccessi*, grazie al senso di insicurezza collettiva. Sciolto da qualsiasi necessità di rendicontazione, campeggia come un vero e proprio battitore libero!

¹² Cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

¹³ Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 5.

¹⁴ D. GLASER, *The Effectiveness of a Prison and Parole System*, Indianapolis, 1964, p. 6.

c) Ma vi è un ulteriore ed inquietante ‘marcatore’ della pena: sfruttando l’azione sinergica di alcuni ‘alleati’, riesce a ‘degradare’ le sue vittime ben prima che ne vengano attinte o, addirittura, senza che abbia seguito. Un alleato è noto: il *processo penale*; l’altro, più subdolo, è il *foro massmediatico*. Sul fatto che il processo sia esso stesso una pena non è il caso di insistere. Ma l’affiancamento del processo massmediatico ha partorito una miscela esplosiva. L’esecrazione della folla mediatica soppianta, non di rado, il giudizio di coloro che sono deputati, istituzionalmente, a farlo, con costi umani non altrimenti suturabili. Come si è posto acutamente in luce, «all’interno della giustizia visibili si registrano [...] due “velocità” molto dissimili: quella dell’amministrazione della giustizia e quella della sua rappresentazione mediatica»¹⁵. La prima è *lenta*, perché lo *deve* essere: il processo è infarcito di forme e di regole (di prova, di giudizio, ecc.), che, se non le si vuole calpestare, richiedono, fisiologicamente, tempo. Altra cosa è la patologica lentezza dei processi, che mette capo agli apparati, in risaputa difficoltà nel governare una “penalità” smisurata. Il processo mediatico, per contro, è incalzante, rapido, non è gravato da vincoli. A ben vedere, il decorso del tempo lo depotenzia, distoglie l’attenzione del pubblico, tanto che, nella stragrande maggioranza dei casi, la grancassa mediatica cattura i procedimenti nella loro fase iniziale, più prettamente investigativa e, perciò (e questo è quello che conta), più vicina al fatto. Sfruttando il colabrodo del segreto investigativo, i *media*, nell’intento di non “bucare la notizia” (“vince” chi la dà per primo), pubblicano tutto, senza offrire alla collettività «notizie alacremenente cercate, scrupolosamente riscontrate, sapientemente collegate, criticamente analizzate»¹⁶. Per questa via, il sistema risente di una pesante distorsione, che tende a proiettare negli atti di indagine il crisma della definitività. Ne scaturiscono le seguenti perniciose assimilazioni: l’informazione di garanzia equivale ad una imputazione, il rinvio a giudizio ad una condanna di primo grado e l’applicazione di una misura cautelare detentiva alla esecuzione di pena¹⁷. Il “penale” assurge, così, a custode della “giustizia percepita”, che, è quasi superfluo specificarlo, provoca effetti degradanti tanto penetranti quanto ingiusti. Come si vede, il “penale” si affranca dall’accertamento giudiziale e marchio a fuoco *prima*, con conseguenze che vanno ben al di là dello stigma tradizionalmente consacrato nel certificato penale.

3.1. Conclusione intermedia.

Al termine di questa ideale intervista, aggalla l’immagine di un “penale” tutt’altro che in crisi. Non pare di esagerare, evocandone il ‘trionfo’; un compianto autorevole Studioso ha proiettato, icasticamente, l’immagine di un diritto penale “totale”¹⁸. La realtà lo conferma. Per descrivere il fenomeno, si potrebbe pure impiegare una diversa (e volutamente ambigua) parola: “civilizzazione”. Da interpretare in senso

¹⁵ G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, p. 61.

¹⁶ G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., p. 63.

¹⁷ Così, G. GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, cit., p. 65.

¹⁸ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

strettamente ordinamentale: si vuol dire non già che il “penale” si sia ‘civilizzato’, nel senso, cioè, che faccia meno ‘male’, bensì che lascia trasparire i cromosomi del diritto civile. Quest’ultimo, per struttura e funzione, si insinua, regolamentandolo (*intra ed extra codicem*), in ciascun lacerto della nostra vita: si occupa delle persone (fisiche e collettive), dei loro diritti (soggettivi, assoluti e relativi), da quando nascono (compresi i nascituri) fino a quando decedono. Non conoscendo limiti angusti sul piano interpretativo, è attraversato da un formante giurisprudenziale spesso ‘creativo’, che opera più per “valori” che per “fattispecie” (si pensi al percorso che ha condotto all’atipicità dell’illecito aquiliano). Del resto, il reticolato delle fonti è fitto: la Costituzione, le leggi ordinarie, le clausole generali, l’autonormazione (la *lex mercatoria*: il capitalismo che genera diritto al proprio interno). Specie additando i valori, il concetto di ‘fattispecie’ (come *species facti*, frammento di realtà) è incline a scomparire: tutto tende inevitabilmente ad essere riempito. Cresce così la ‘casistica’, vale a dire il repertorio di decisioni che hanno ad oggetto vicende singolari e concrete, tanto che l’applicazione non consiste più in una relazione logica, ma nel « risultato aritmetico-quantitativo della casistica »¹⁹. È il primato del ‘fatto’ sul ‘diritto’. L’effetto di un simile processo di espansione ermeneutica è quello di un diritto (civile) bollato come “incalcolabile”, immerso nell’immediato soggettivismo del decidente²⁰.

Le vicende del “penale” non paiono distanti dal quadro riferito al ‘civile’: solo che gli interessi che si muovono in quest’ultimo sono prevalentemente economici (talvolta macro-economici) e la giustizia civile ne sancisce le allocazioni. Il “penale” vanta una diversa, risaputa collocazione ‘valoriale’: il fatto che tenda a replicare le fattezze espansive del ‘civile’ deve indurre a riflettere sulla sua sostenibilità non solo assiologica ma pure ‘gestionale’.

3.2. L’incontenibilità, a monte, del “penale”.

Il dilavamento del “penale” non pare, allo stato, efficacemente contrastabile ‘a monte’, appellandosi ai tradizionali principi che, in varia misura, dovrebbero contenerlo.

Come si è visto, la *riserva di legge* versa in una *crisi da incontenibilità* delle fonti di produzione, ormai dislocate in senso verticale ed orizzontale. In un contesto così sfrangiato, la centralità del Parlamento è superata da un sistema a più voci, che sospinge in direzione di un ricorso massiccio al “penale”. Una rivitalizzazione della riserva, per altra via (estranea, cioè, al piano della cernita delle fonti), è stata, peraltro, di recente proposta: si allude alla “*riserva di codice*”, formalizzata nell’art. 3-bis c.p., introdotto dall’art. 1 del d.lgs. n. 21 del 2018. Nel contesto di una riflessione a più ampio spettro, una dottrina²¹ le assegna un carattere costitutivo e costituente, orientato: 1) a favorire una deflazione indiretta, di stampo defatigatorio; 2) alla riunificazione semantica della

¹⁹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 29.

²⁰ Cfr., ancora, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*.

²¹ M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 20 novembre 2018, pp. 1 ss.

precettistica penale. Alcuni Commentatori²² ne hanno perspicuamente posto in evidenza i limiti, definendola ‘utopica’, se non addirittura ‘distopica’. Si tratta, infatti, di una proposta che non ha un solido terreno di appoggio. Assegna al “Codice” una valenza idealtipica, erigendolo a strumento di massima tutela di un catalogo di beni giuridici condivisi. Una sorta di *Summa Criminalis*, si è obbiettato²³, che non tiene realisticamente conto dell’esistenza di un ineliminabile *Nebenstrafrecht* e della inevitabile ricorrenza di segmenti normativi a multidisciplinarietà necessaria. In conclusione, appare vano riporre speranze di contenimento nella riserva di legge e nella sua vocazione garantistica: qualificarla un fossile può essere un azzardo, ma, certo, il suo modo di respirare somiglia tanto al rantolare.

Non meno grave lo stato di salute del *principio di offensività* e dei suoi supporti dogmatici (primo fra tutti il bene giuridico). Ha rilasciato sinora prestazioni modestissime, come strumento di legittimazione contenutistica del “penale”; qualche segno tangibile di vitalità si registra, *in action*, come strumento di estromissione dal tipo di condotte concretamente inoffensive. Il principio, quindi, non pare, oggi, idoneo ad esplicare una incisiva funzione contenitiva.

3.3. I luoghi di riduzione, a valle, del “penale”: la “depenalizzazione” e la “(non) punibilità”.

Non arginabile a monte, la “penalità” conosce, comunque, luoghi di ‘governo’ a valle, orientati alla sua riduzione.

La “depenalizzazione” è stato, per lungo tempo, lo strumento ideologicamente additato allo scopo di circoscrivere il ricorso al “penale”, specie da quando è stata definitivamente acclarata la natura ‘punitiva’ della sanzione amministrativa, ormai coerentemente picchettata dal reticolato di garanzie che assistono l’illecito penale. Il legislatore se ne è avvalso, ma i risultati sono stati modesti, talvolta contraddetti da fenomeni di pendolarismo punitivo. Per lo più, si è risolta in ridotte potature imperniate sulla *species* della sanzione (i reati puniti con la sola pena pecuniaria) oppure nella sepoltura ufficiale di fattispecie cadute in desuetudine. Perfino quando si era espressamente indirizzata verso un campo di materia (gli alimenti), l’introduzione di un nuovo ed espressamente ‘dedicato’ comma (l’ultimo) nell’art. 9 della l. n. 689/1981 ne ha attenuato vistosamente l’impatto deflativo. Ad additarne il fallimento, si coglie nel segno. Le ragioni sono plurime. Basta scrutare con attenzione i dibattiti parlamentari che la riguardano, per comprendere come l’istanza di riduzione della “penalità” risenta di pulsioni individuali (...il parlamentare che ha a cuore un reato invece che un altro, per ragioni poco commendevoli...) e di condizionamenti autenticamente ‘tabuistici’ (del tipo: guai toccare beni giuridici come la sicurezza del lavoro, l’ambiente e il territorio). Tutto ciò benché la sanzione amministrativa registri un’efficacia tutt’altro che virtuale:

²² M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, pp. 136 ss.; C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realista*, in *Criminalia*, 2019, pp. 31 ss.

²³ C.E. PALIERO, *La “riserva di codice”*, cit., p. 53.

in alcuni settori del diritto dell'economia ritaglia editti sanzionatori molto temuti, non immuni da potenziali effetti di *overspill*, che reclamerebbero, probabilmente, di ridisegnarne lo statuto. E, come se non bastasse, si assiste pure, oggi, ad un fenomeno di *overpunishment*: invece di essere adoperata come strumento punitivo alternativo, in taluni casi si 'somma' alla sanzione penale, ripristinando il fenomeno del cumulo che il legislatore dell'81 aveva marginalizzato a beneficio del criterio di specialità. Risputano, così, fenomeni di *bis in idem*, a dispetto dell'uso 'alternativo' della sanzione. Spiace rilevarlo, ma, allo stato, non si scorgono segnali di una possibile inversione di rotta.

È da riconoscere che spetta, pertanto, alla (*non*) *punibilità* il ruolo di principale protagonista nella perimetrazione dei luoghi invasi dal "penale". Essa costituisce la '*scatola di compensazione*' di almeno due esigenze che pervadono i sistemi penali moderni: da un lato, risalta lo scopo di *autoriduzione*; dall'altro lato, si profila un obbiettivo di *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, non più con il ricorso privilegiato a strumenti repressivi, bensì attraverso modelli sanzionatori di stampo *compensativo-riparatorio*. Provando a tracciare una sinossi, la punibilità attraversa l'intero sistema penale, investendo l'*an* e il *quantum* della risposta punitiva, tramandando una modellistica distinguibile in base alla funzione. Lo strumentario si è via via accresciuto. Sul versante sostanziale, spiccano l'amnistia, la prescrizione, le ipotesi di impunità retroattiva (i condoni), la tenuità del fatto, le condotte riparatorie, la messa alla prova, le oblazioni contrattate (in materia ambientale e infortunistica). Nel processo, risaltano i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e, in un'ottica di attenuazione della pena, orientata ad implementare l'efficienza del sistema, i riti speciali del patteggiamento e del giudizio abbreviato.

Ove, rispetto all'esplicitato elenco, si provasse ad effettuare una ricognizione diacronica, emergerebbe, con chiarezza, che, nel corredo disponibile, *due* sono stati gli *strumenti più incisivi* nel fronteggiare l'intasamento del "penale" (volti, *ovviamente*, a circoscriverne gli effetti e non già le cause). Si allude all'*amnistia* e alla *prescrizione*. La *prima* si è ciclicamente succeduta fino al 1990, assurgendo a principale mezzo di sfoltimento del sistema, specie per quanto concerneva i reati di competenza pretorile. Della sua ricorrenza si poteva essere certi. Ma, nel 1992, una legge di riforma costituzionale aggravò il *quorum* deliberativo, sì da decretarne l'abbandono. Sulle ceneri dell'amnistia è cresciuta a dismisura la *prescrizione*, a certificare la condizione di inefficienza di una giustizia penale intasata, incapace di offrire risposte in tempi soddisfacenti. Il seguito è sotto gli occhi di tutti. La prescrizione si è issata, in modo quasi assorbente, al centro del dibattito politico, scavando un approfondito solco tra chi ne censura la comoda via di fuga assicurata per crimini di non trascurabile gravità (pure massmediaticamente 'gonfiati') e coloro che, per contro, ritengono che una giustizia senza tempo confligga con il diritto del cittadino a non essere perseguito *sine die*. Sottoposto a bulimici interventi di riforma, l'istituto aveva infine trovato una singolare, funambolica disciplina, in cui, confondendo cause ed effetti della crisi della giustizia penale, spiccava la disposizione che 'congelava' il corso della prescrizione dalla (chi sa poi perché) pronuncia della sentenza di primo grado (sia essa di condanna che di assoluzione) (art. 159, comma 2, c.p.). Umori politici e tensioni corporative non hanno tardato a manifestarsi, con una eco assorbente. Nel tentativo di sedare le 'grida', la

recente l. n. 134/2021 prova a tranquillizzare gli animi, ricorrendo ad artifici verbali: pur salvaguardando la citata disposizione, introduce tagliole ‘processuali’, in base alle quali la mancata definizione del giudizio di appello e di cassazione, entro determinati termini, innesca altrettante *cause di improcedibilità* dell’azione penale, che travolgono la sentenza impugnata, sia di condanna che di assoluzione. Potenza dei nomi, verrebbe da dire (magari occasione per riaprire il dibattito filosofico tra nominalisti e realisti, ben compendiato nel motto: *stat rosa pristina nomine...*): se si dissoda il terreno, è agevole rilevare che, comunque si voglia ‘etichettare’ l’esito liberatorio (prescrizione o improcedibilità), la disciplina riguarda sia il profilo processuale, sia il profilo sostanziale²⁴. Si chiama ‘improcedibilità’, ma l’esito non diverge dalla prescrizione, con tutte le implicazioni che ne dovrebbero scaturire.

Il bilancio, che è possibile trarre, al termine di questa cursoria indagine, è che le (condivisibili) istanze di riduzione, che vi gravitano, determinano effetti diversificati, nel cui ambito il ruolo più rilevante è da riferire all’amnistia (fino alla fine degli anni ‘90) e alla prescrizione. È da rimarcare, ancora una volta, che gli istituti passati in rassegna operano *ex post*, non incidono, cioè, sull’*an* dei flussi di marea penalistica in entrata. Ne deriva che la costosa macchina del processo dovrà comunque mettersi in moto, sì che la complessiva efficienza del sistema non potrà che risentirne. Un’ultima notazione con riguardo all’amnistia, ormai caduta nel dimenticatoio. Sul finire degli anni ‘90, la legislatura diede segni di progettualità riformatrice (la legge sul giudice unico, l’introduzione della giustizia penale di pace, il superamento del dogma del *societas*, ecc.): colpisce, ancora oggi, che l’implementazione di tali riforme (certo non salvifiche ma comunque importanti) non sia stata perseguita con l’adozione di un provvedimento di clemenza, che ne avrebbe senz’altro agevolato l’abbrivio. Qualsiasi riforma (di sistema) del “penale” è impensabile che possa decollare senza una mirata, ragionata ‘ripulitura’ del passato.

Sul terreno *processuale*, un’attenzione particolare va riservata ai *criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale*. Per vero, il principio di obbligatorietà dell’azione penale imporrebbe un ordine neutrale, di taglio cronologico, nella trattazione degli affari penali. L’inflazione penalistica e i conseguenti problemi di efficienza hanno stimolato, nella prassi, l’adozione di criteri di priorità, secondo linee ripetutamente legittimate dal CSM sulla scorta di alcune disposizioni normative (art. 227 d.lgs. n. 51 del 1998, art. 132-*bis* delle norme di attuazione del c.p.p., artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 106 del 2006). Oggi, l’art. 1, comma 9, lett. *i*), l.134/2021 delega il Governo a prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l’efficace e uniforme esercizio dell’azione penale, nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre. La riforma, dunque, assegna opportunamente al Parlamento la forgia dei criteri di priorità, che, prima, erano governati da un ordine politicamente irresponsabile. Una riforma condivisibile, ma che, inutile nascondere, potrebbe indirizzarsi verso

²⁴Lo mette in risalto, D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in *Sist. pen.*, 12 luglio 2021, pp. 6 ss.

approdi diversificati. Testualmente, tramanda contenuti *regolativi*, di razionalizzazione nel governo del flusso penalistico. Non si può, tuttavia, escludere che si orienti in senso *deflativo*, destinato « ad avviare sui binari morti della prescrizione un buon numero di reati »²⁵. Il giudizio definitivo è, perciò, sospeso: sarà la prassi a svelare, in concreto, lo scopo davvero perseguito. Resta fermo che, ove dovesse prevalere l'istanza deflativa, le procure finirebbero per esercitare un potere di supplenza a loro estraneo. Riemerge, così, prepotentemente sullo sfondo il perenne contrasto che affligge il delicato tema dell'esercizio dell'azione penale, che, nel nostro Paese, provoca laceranti divisioni, agevolmente rintracciabili in un dibattito, più 'strillato' che 'ragionato', catalizzatosi, essenzialmente, sul ruolo istituzionale del pubblico ministero. Impensabile indugiarsi in questa limitata sede. Alcune brevi osservazioni, tuttavia, si impongono. Il principio di obbligatorietà possiede un'indiscutibile efficacia evocativa (espressivo, com'è, dei principi di legalità e di uguaglianza), ma risulta visibilmente malfermo nella prassi, dove, è risaputo, è sottoposto a continui aggiramenti, tanto nella fase della selezione delle notizie di reato quanto nella loro stessa implementazione (eseguire in ritardo un atto istruttorio può determinare la successiva 'cestinazione' della notizia di reato). Si coglie, dunque, nel segno a ritenere il dogma dell'obbligatorietà una 'menzogna', che però non si vuole interamente smascherare. Quanto ai sistemi improntati all'opposto principio di discrezionalità, è da rilevare, con riguardo a quelli di *Common Law*, che si stanno facendo largo strumenti volti a conformare le scelte dell'accusa. Soprattutto nel Regno Unito, il *Code for Crown Prosecutors* (emanato dal *Director of Public Prosecution*, la cui nomina è affidata all'*Attorney General*), istituito nel 1985, contiene l'indicazione (non esaustiva) degli elementi che dovrebbero indirizzare i pubblici ministeri nell'esercizio dell'azione penale. Si tratta di criteri che si concentrano sulla necessità di valutare la *sufficiency of evidence* dell'ipotesi accusatoria in giudizio, sia l'*evidential test*, vale a dire la corrispondenza della *prosecution* ad un interesse pubblico²⁶. Come si vede, gli spazi di discrezionalità dell'azione conoscono forme di temperamento. Negli Stati Uniti, per contro, l'origine elettiva del pubblico ministero proietta uno spessore politico nell'esercizio del potere di azione. Il *prosecutor* tende a privilegiare strategie processuali che enfatizzano un *good battle average*, cioè un elevato numero di condanne, sì da indirizzare verso l'elettorato la rassicurante immagine di un *crimefighter*²⁷. È noto, poi, che l'accusa vanta, entro questo sistema, non solo il potere di scelta ma soprattutto capacità negoziali che abbracciano la stessa selezione dell'imputazione formulata. Nondimeno, con riguardo alla giustizia federale, sono stati forgiati alcuni criteri indicativi delle priorità di politica criminale, condizionanti l'esercizio dell'azione. Nei sistemi di *Civil Law*, che si ispirano al principio di discrezionalità, è verosimilmente

²⁵ P. FERRUA, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Verso quale modello processuale?*, in *Proc. pen. e giust.*, 4, 2021, p. 4.

²⁶ Su questi aspetti, cfr. V. MEZZOLLA, *Il ruolo della tenuità del fatto nelle politiche di esercizio dell'azione penale inglese*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 211 ss.

²⁷ Cfr. A. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2009, pp. 40 ss.

quello francese che accorda all'accusa, peraltro sottoposta ad una fitta rete gerarchica che fa capo al Ministero della Giustizia, un ampio potere di selezione.

Non disponendosi di dati che certifichino l'incidenza della selezione nei Paesi governati dalla discrezionalità, la sensazione, che se ne ricava, è che, in aggiunta alla discrezionalità 'a monte' (che, come si è visto, conosce 'ibridazioni'), esplichino un ruolo deflativo più efficace, nel governo della "penalità", gli svariati istituti negoziali disponibili, che vanno ben oltre quelli fruibili nel nostro ordinamento.

4. La "crisi" del "diritto".

Come si è detto in apertura, il diritto penale esprime un rapporto di tensione dialettica, cristallizzato nella coppia oppositiva autorità/libertà. Il secondo termine manifesta l'istanza di difesa *dal "penale"*, che gli Stati democratici assicurano erigendo uno steccato di garanzie sostanziali e processuali. È scontato rilevare che la descritta bulimia del "penale" si è sviluppata anche a causa del *vulnus* recato al pacchetto delle garanzie. L'elenco dei colpi inferti si ricava, *more mathematico*, dalla descritta dinamica del 'trionfo' della "penalità".

a) Sul versante dell'espansione *esogena*, la *riserva di legge*, assoluta o tendenzialmente (*rectius*: auspicabilmente) tale, tende a smarrirsi nel reticolato di una pluralità di fonti, che ne ha sensibilmente intaccato la capacità di soppesare, all'esito del dibattito parlamentare, le scelte di politica criminale, che, tra l'altro, sono vieppiù calate da fonti sovranazionali, sprovviste tuttora di un soddisfacente grado di legittimazione democratica.

b) La dilatazione del sistema è poi il frutto di una slabbratura del *principio di tassatività/precisione*, imputabile vuoi alla sciattezza del legislatore vuoi alle disinvolture applicative della giurisprudenza.

c) Parimenti in crisi è il *principio di offensività*, specie nella sua dimensione 'contenitiva' delle scelte di criminalizzazione: una crisi dovuta alla dissolvenza del bene giuridico, in particolare della sua funzione critico-delimitativa.

d) La *legittimazione funzionale della pena* e dei suoi scopi è sempre più scavalcata da istanze emotive e placative (muscolari), slegate da qualsiasi riscontro sul terreno della riduzione di un fenomeno criminale.

e) Lo *stigma penale* ha notevolmente anticipato la sua proiezione sociale negativa: massmediaticamente indotto, altera la *presunzione di innocenza*, marchiando a fuoco i potenziali autori già con l'inizio del procedimento²⁸. La fase delle indagini preliminari è ormai il luogo della degradazione sociale.

²⁸ Senza trascurare che la pendenza del procedimento riverbera taluni effetti incapacitanti rispetto allo svolgimento di alcune attività.

4.1. *Che fare?*

Conviene abbandonare prospettive idealtipiche, che, seppure assiologicamente intriganti, finiscono, poi, per partorire cocenti delusioni (una su tutte, il diritto penale ‘minimo’). La “penalità” è uno strumento di governo, che vanta una dimensione ‘sovrastrutturale’: dunque, non possiamo prescindere dagli attuali assetti dell’economia e della politica, che, come è intuibile, non possono certo essere minuziosamente dissodati in questa sede. Nondimeno, l’epoca della postmodernità presenta alcune ‘costanti’, che orientano il ‘discorso’ penalistico. La fine delle ideologie (emblematicamente raffigurata dalla caduta del muro di Berlino) ha proiettato le società occidentali verso orizzonti dominati dall’incertezza, dal rischio, dalla precarietà. I rischi ambientali, quelli dell’economia globale sempre più finanziarizzata, i massicci flussi migratori e, come se non bastasse, la bolla pandemica, restituiscono l’immagine di un mondo in costante fibrillazione, denso di laceranti contraddizioni. V’è chi parla di “retrotopia”²⁹: le speranze di miglioramento, riposte nel nuovo mondo (sgravato da ‘cortine’ ideologiche), a causa delle incertezze che lo affliggono, alimentano la nostalgia del passato. Il futuro, cioè, tenderebbe a trasformarsi in un incubo: dal terrore di perdere il lavoro e lo *status* sociale a quello di vedersi riprendere le cose di una vita, di rimanere impotenti a guardare lo scivolamento del destino dei propri figli, di ritrovarsi con abilità che, sebbene faticosamente apprese, tendono a perdere qualsiasi valore di mercato. Difficile, in un simile approfondito contesto di precarietà, rintracciare idealità ‘forti’ (strutturate). Le formazioni politiche non paiono in grado di andare oltre la quotidianità. Annusano l’aria, vale a dire le pulsioni dell’opinione pubblica, sapientemente enfatizzate o manipolate dai *media*. Spesso « deperiscono con la rapidità di un “fuoco di paglia”, soprattutto quando si offusca il carisma del leader »³⁰. Il descritto quadro è terreno di fertile coltura della “penalità” e se ne sono scrutate le ripercussioni sul terreno del “diritto”. Allo stato, una difesa a oltranza della riserva di legge e del principio di offensività, per recuperarne l’originaria caratura, non pare destinato al successo, per le ragioni già dissodate. Vi sono, però, altre guarentigie ‘sotto attacco’ (la tassatività, la presunzione di innocenza), che meritano di essere salvaguardate e, se del caso, irrobustite, per evitare che, nella dialettica autorità/libertà, che fonda il sistema penale, la prima tracimi fino al punto di tramortire il “diritto”, espressione del paradigma democratico.

4.1.1. Il principio di tassatività.

È sotto gli occhi di tutti il *primato della giurisdizione*: la pluralità compulsiva delle fonti, il frequente ricorso ad una semantica sciatta, vuoi per imperizia tecnica vuoi per l’obbiettiva difficoltà di isolare nitidamente ‘*species facti*’ al cospetto della ‘complessità’, le sempre più diffuse pre-comprensioni giudiziali, orientate ad estendere, *contra legem*,

²⁹ Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Bari, 2017.

³⁰ L. CANFORA, *La metamorfosi*, Bari, 2021, pp. 6, 7.

la tutela di alcuni beni giuridici, hanno inoculato dosi massicce di disorientamento, tanto che l'interpretazione della legge penale assume sempre più i contorni di un 'mistero'. La ragione è da ricercare nelle « libere trascinazioni ermeneutiche, talvolta professate come estensive ma in realtà analogiche, talaltra ben oltre l'ambito dell'analogia, che presuppone identità di *ratio* »³¹. Come si sa, nel processo, è la fattispecie giudiziaria (il capo di imputazione) a tradurre la riconducibilità del fatto concreto alla fattispecie astratta. Non di rado, però, il capo di imputazione sconcerta l'interprete, perché si atteggiava come un 'laboratorio' aperto, in cui il caso concreto domina la fattispecie, di cui si reclama un'inopinata capacità di ritenzione. Si precipita, così, verso una sorta di "*neo-situazionismo giudiziario*", in cui prevale una *tipicità "caso per caso"*, che pone all'angolo quella 'ortodossa', espressione della divisione dei poteri e della distinzione tra creazione e applicazione del diritto. Evidente la crisi della tassatività penale: si trasferisce il potere di effettuare le scelte politico-criminali nelle mani di una oligarchia più sollecita rispetto alla connaturata lentezza delle decisioni parlamentari; solo che si tratta di una oligarchia priva di legittimazione democratica. Il tutto è pure supportato da ricorrenti affermazioni, tratte dalla filosofia del linguaggio, secondo le quali il confine tra l'interpretazione estensiva e quella analogica (vietata nel penale) sarebbe labilissimo, quando addirittura inesistente. Di qui, l'invito a prendere atto delle mutate dinamiche dell'interpretazione, che dovrebbero trovare un diverso e nuovo argine nella *prevedibilità degli esiti applicativi*: un modello, questo, patrocinato in sede sovranazionale (la Corte EDU). Si evoca l'esperienza di *Common Law*, trascurando, però, che quel sistema poggia su diversi sistemi di bilanciamento tra giustizia e potere politico, che influenzano lo stesso reclutamento dei giudici. Si issa a nuovo principio regolatore il "diritto vivente", nella veste di nuova fonte, senza che sia possibile, tuttavia, decifrarne con precisione le sembianze. Questo fa sì che la formula magica della "prevedibilità degli esiti" sia destinata a rivelarsi piuttosto malferma. La diffusività esogena ed endogena del "penale", ove governata dalla prevedibilità degli esiti, finirebbe per sbilanciare la teoria del reato in direzione del giudizio di colpevolezza, a discapito della tipicità³². Dinanzi ad un simile scenario, appare preferibile difendere la tradizione invece di incamminarsi su un percorso, si perdoni il *calembour*, prevedibilmente imprevedibile.

Meglio ripartire dai "testi", che, si è osservato, sono « punti fermi da cui si muove ed a cui si ritorna, garantiscono la divisione costituzionale dei poteri, il rispetto della sovranità popolare, l'eguaglianza di fronte alla legge, la calcolabilità delle decisioni giudiziarie »³³. Certo, è illusorio pensare che non rilascino gradi di *fisiologica* indeterminatezza. Spetta al giudice scegliere, ma deve farlo, nel diritto penale, tra i significati ricavabili dal testo, nel rispetto del valore libertario della lacuna (di qui, il divieto di analogia). Inutile nascondere che l'attività interpretativa non è politicamente neutrale: forte è la tentazione del giudice, dinanzi a norme semanticamente ambigue, di appropriarsi di un potere 'creativo', che ridisegna a suo piacimento il governo del sottostante conflitto sociale. Spesso questa trasgressiva operazione viene 'coperta'

³¹ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, p. 113.

³² F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., pp. 165, 166.

³³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 83.

evocando l'interpretazione estensiva, così da mettersi al riparo. Diversamente, l'indeterminatezza *patologica*, dipendente vuoi dall'incapacità tecnica del legislatore vuoi dai ricorrenti deficit di capacità decisionale, imporrebbe l'intervento della Corte costituzionale, che, però, è restia ad operare amputazioni, aprendo, per contro, al diritto vivente, allo scopo di cristallizzare la norma e di evitare vuoti di tutela. Sta di fatto che il ridottissimo numero di questioni di legittimità su questo terreno costituisce la riprova di come la giurisdizione ambisca a governare essa stessa il sistema, accrescendo il suo potere. Le tradizionali garanzie sostanziali, limitatrici degli arnesi interpretativi, non paiono, oggi, capaci di restaurare i principi, ma rischiano di essere travolte. La (da più parti) sostenuta labilità della distinzione tra interpretazioni testuali, estensive ed analogiche induce a riflettere sulla possibilità di edificare paratie più efficaci per contrastare il dilavamento ermeneutico della "penalità". Se è vero, come alcuni sostengono, che si sarebbe nell'età del pluralismo interpretativo, allora la disciplina apprestata per il diritto penale dall'art. 14 delle preleggi, che vanta una copertura costituzionale, andrebbe rimeditata. Occorre virare esplicitamente verso il riconoscimento della sola *interpretazione restrittiva* nel diritto penale, prendendo, come nuovo presidio dell'istanza di tipicità, il principio *in dubio pro reo*. Ciò significa che, al cospetto di un testo che rilascia una pluralità di interpretazioni, il giudice deve privilegiare quella che meglio corrisponde alla frammentarietà del diritto penale e, perciò, quella restrittiva, che, nel ventaglio delle 'letture' possibili, garantisce la soluzione più favorevole al reo. Questa scelta, perentoria, che meriterebbe una consacrazione nella Costituzione, si salda, del resto, come è stato acutamente osservato³⁴, con il principio dell'"*oltre ragionevole dubbio*", che governa le decisioni del giudice quanto agli elementi costitutivi del reato. Se la prova, rispetto a detti elementi, non raggiunge il corposo spessore richiesto dalla formula BARD, si impone l'esito assolutorio. Non si vede perché ciò non debba valere per la *questio iuris* in esame. La molteplicità di significati riconducibili alla disposizione di legge, predicativa di una condizione di dubbio, impone di dare seguito all'interpretazione meno gravosa per l'imputato. Breve: « la conformità del fatto storico alla fattispecie astratta [...] può e deve essere provata oltre ogni ragionevole dubbio »³⁵. Alla disciplina del dubbio sul fatto va dunque equiparata quella del dubbio sul diritto. Un simile rimedio non scalfisce certo la bulimia penalistica del legislatore, ma almeno contrappone un significativo argine a quella giudiziaria, che, conviene ricordarlo, si appropria di un potere, che, per Costituzione, non le appartiene. Se, per contro, si preferisce rimanere 'tolleranti' rispetto alle ricorrenti slabbrature giurisprudenziali, appellandosi al 'diritto vivente' e/o alla forza del 'precedente', a supporto di un giudizio di prevedibilità delle decisioni, allora, prima o poi, occorrerà fare i conti con la necessità di modificare il rapporto tra i "Poteri" e addivenire ad un nuovo statuto organizzativo della giurisdizione.

³⁴ A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 2013, pp. 852 ss.

³⁵ A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., p. 854.

4.1.2. La ‘pena’ prima del giudicato: la gogna mediatica e le misure cautelari.

Le indagini preliminari sono ormai il luogo di elezione della propagazione incontrollata dello stigma penale, senza che le fasi successive riescano a porre nell’oblio una simile, grave distorsione. L’attuale disciplina penale, concernente la violazione del segreto investigativo e il divieto di pubblicazione degli atti, manifesta un vistoso livello di ineffettività. Del resto, è da prendere atto che, in questo ambito, si verifica una forte sinergia di interessi tra chi agisce allo scopo di ricevere una sorta di legittimazione esterna del proprio operato e coloro che, per “non bucare la notizia”, ben volentieri sollecitano l’esternalizzazione. Pensare di arginare questo fiume in piena, ridisegnando la sola disciplina penale, pare un fuor d’opera: il processo mediatico costituisce la moderna espressione della comunicazione sociale, che corrisponde, rapidamente e in modo tranquillizzante, all’inesausta domanda di giustizia, anche sommaria, che proviene dalla società³⁶. Si è, così, in presenza di un arnese cofunzionale ai contenuti ‘placativi’ della “penalità”. Gli interessi in gioco sono costituzionalmente rilevanti e possiedono un grado di conflittualità non agevolmente componibile. Dal lato del soggetto indagato/imputato, rischia di essere, prima di tutto, vulnerata la *presunzione di innocenza*. Di qui, la necessità di forgiare un reticolato di cautele, che, ben lungi dal poter anestetizzare i risaputi effetti negativi, sia per lo meno in grado di circoscriverli. Si tratta non solo di configurare strumenti di tutela della vita privata dell’innocente come del colpevole, ma pure di salvaguardare « la *ratio* del *ne-bis in idem*, evocando una indebita — ed intollerabile — duplicazione della sofferenza legale connessa al processo penale nel “giudizio parallelo” dei *media* »³⁷. Muove in questa direzione il recente d.lgs. n. 188 del 2021³⁸, che vieta di effettuare riferimenti in pubblico alla colpevolezza di un soggetto indagato o imputato, che non sia stata accertata con il giudicato³⁹. Si tratta di disposizioni, pure apprezzabili, che si risolvono, tuttavia, in una mera operazione di ‘igiene linguistica’. Occorre di più. Nel “penale”, è da rivedere la sfera del segreto, razionalizzandone l’estensione, ma soprattutto “responsabilizzare” i titolari del procedimento, vuoi prevedendo un’aggravante a loro carico, in caso di violazione, oppure approntando una specifica posizione di garanzia, *ex art. 40 cpv. c.p.*, in capo a coloro che non hanno impedito la rivelazione del segreto o la pubblicazione arbitraria degli atti⁴⁰. Modifiche, queste, che non vanno, però, caricate di troppe aspettative. Molto più utili potrebbero rivelarsi interventi di natura “riparatoria”, volti ad apprestare misure

³⁶ Cfr., in proposito, G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, pp. 646 ss.

³⁷ Così, V. MANES, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, p. 120.

³⁸ Il decreto legislativo reca disposizioni per l’adeguamento della normativa interna alla direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo.

³⁹ Il divieto ha come destinatari le autorità pubbliche (art. 2) e le procure della Repubblica (art. 3). Inoltre, si estende a tutti i provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità dell’imputato (art. 5). La violazione di detti divieti è assistita dal diritto ad ottenere la rettifica o la correzione.

⁴⁰ Cfr. V. MANES, *La “vittima” del “processo mediatico”*, cit., p. 118. Propone ipotesi di riforma, sul piano sostanziale, R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, pp. 60 ss.

rimediali a favore dei soggetti lesi, seguendo il percorso indicato dalla stessa giurisprudenza dei diritti umani⁴¹. Ma non è tutto. Un importante apporto può venire dalla predisposizione di un'autoregolamentazione deontologica molto rigorosa, gestita da organismi effettivamente in grado di farla rispettare. Senza trascurare, poi, la funzione di 'pedagogia civile' che possono svolgere le Autorità amministrative di garanzia⁴². Il descritto ventaglio di interventi, conviene intenderci, non riesce, tuttavia, a soppiantare il rimedio più efficace: si allude a quello 'culturale', vale a dire alla necessità di instillare e rafforzare una diversa consapevolezza del problema giustizia negli operatori e nei destinatari dell'informazione. Questo richiederebbe una maturità ed un'etica civile che non sono oggi rintracciabili: realisticamente, conviene 'battersi', allo stato, per innalzare alcuni ostacoli, destinati a contenere i deprecabili effetti collaterali legati alla diffusione mediatica di *crimina et iudicia*⁴³.

Un'altra grave e devastante propagazione anticipata dello stigma penale è da rintracciare nel 'governo' delle *misure cautelari*. Il tema è fortemente divisivo: la clausura istruttoria è stata sottoposta ad interventi di diverso segno, ispirati, non di rado, da pulsioni e suggestioni di varia caratura. Il regime in vigore contempla un pluralismo cautelare, gestito da una discrezionalità conformatata. Sta di fatto che, al di là delle reiterate riforme, gli abusi sono tutt'altro che marginali. Con la prudenza richiesta a chi si muove *in munere alieno*, si intende indugiare su un profilo che riguarda la *fase decisoria*, cioè la *morfologia dell'organo* chiamato a pronunciarsi *de libertate*, anticipando gli effetti pregiudizievoli del "penale" nella fase procedimentale, in cui l'esigenza di salvaguardia della presunzione di innocenza è particolarmente avvertita. Come si sa, è un organo monocratico a vantare la competenza. È sotto gli occhi di tutti che, specie con riguardo a reati di non trascurabile gravità, contraddistinti da una rilevante mole di atti istruttori, il G.i.p. si trova nella scomoda situazione di decidere in solitudine e sotto il fardello della tempestività (l'accusa, spesso congiuntamente rappresentata dal Procuratore della Repubblica, da Aggiunti e da Sostituti, addita incalzanti *pericula libertatis*). È fatale (anche se non giustificabile) che, sotto questi 'pesi', l'organo monocratico vacilli e tenda a 'piegarsi' ai 'desiderata' dell'accusa. Si è dell'avviso che l'estrema ed intuibile 'delicatezza' della decisione imponga maggiori capacità cognitive. Perché non affidare un simile compito ad un organo collegiale? Avrebbe maggiori *chances* di vaglio critico, grazie alla condivisione delle conoscenze e alla pluralità delle opinioni. La cognizione collegiale appare in grado di ridurre apprezzabilmente il rischio di pregiudizi irreparabili, lesivi della presunzione di innocenza, che, conviene ripeterlo, integrano una intollerabile anticipazione dello stigma penale connesso alla restrizione della libertà personale. Naturalmente, se la decisione dovesse assumere veste collegiale, il rimedio avverso il *dictum* dovrebbe consistere nel solo ricorso per Cassazione, apparendo una mera, inutile duplicazione il ricorso al tribunale del riesame.

⁴¹ Vi si sofferma, V. MANES, *La "vittima" del "processo mediatico"*, cit., pp. 120 ss.

⁴² G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, cit., p. 657.

⁴³ Così, G. GIOSTRA, *Processo mediatico*, cit., p. 659.

4.1.3. La legittimazione della pena.

Lo strumento penale, lo si è detto prima, viene ormai prevalentemente brandito in funzione placativa, senza che sia chiamato a sottoporsi a verifiche di effettività. Esso è, inoltre, ‘pompatò’ massmediaticamente e, giova ripeterlo, spesso si ‘accontenta’ di ‘degradare’ le persone ben prima che arrivi il giudicato. Per contro, intervenuto quest’ultimo, il carcere, come traduzione dello *ius terribile*, si ‘autoriduce’, trovando attuazione solo quando la pena oltrepassa determinati limiti (non foss’altro perché è gravato da risaputi problemi di sovraffollamento): l’art. 656, comma 5, c.p.p. prevede, infatti, la sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva, quando la stessa non oltrepassa tre anni, o quattro, nei casi indicati nell’art. 47-ter, comma 1, dell’ordinamento penitenziario, ovvero sei, nelle ipotesi contemplate dagli artt. 90 e 94 T.U. stupefacenti. In presenza delle condizioni richieste dalla legge, nei casi predetti, possono essere applicate misure alternative alla detenzione carceraria. Inoltre, la l. n. 134/2021 delega il Governo ad operare modifiche alla disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, di cui agli artt. 53 ss. l. n. 689/1981, introducendo, come nuove sanzioni, la semilibertà, la detenzione domiciliare, il lavoro di pubblica utilità, mantenendo ferma la sanzione pecuniaria. Le prime due potranno sostituire la pena detentiva entro il limite dei quattro anni, mentre, entro i tre anni, potrà concorrere il lavoro di pubblica utilità. La pena pecuniaria potrà intervenire quando la pena detentiva non oltrepassa un anno. Si assiste, così, ad una chiara tendenza all’innalzamento dei limiti di pena carceraria che aprono il campo a sanzioni meno invasive. Viene da chiedersi se, dinanzi a tali meccanismi di fuga dalla sanzione detentiva ‘breve’, non sarebbe preferibile una riforma munita di maggiore coerenza sistematica, che punti in direzione di una modifica degli editti sanzionatori (alla stregua di quanto aveva stabilito, ad esempio, la legge delega 67/2014, rimasta inattuata proprio *in parte qua*). Detto in altri termini, appare più congruente un intervento che, attraverso una norma generale di ‘sostituzione’, riqualifichi le cornici sanzionatorie di tutti i reati puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a tre/quattro anni, allo scopo di configurare una “scala penale”, alla cui cuspide si collochi la pena detentiva, alla base la pena pecuniaria (rimodulata per quote giornaliere) e, nel mezzo, sanzioni contraddistinte da un regime di sorveglianza intensivo (*probation*) e da un modello di servizio di pubblica utilità⁴⁴. Dunque, un contingentamento ‘minimo’ di sanzioni alternative, che restituisca l’immagine di un’offerta di pena ben perimetrata, priva di slabbrature ‘iperindividualizzanti’, che aprirebbero il campo ad un’offerta di pena *on demand*, destinata a rilasciare un minore impatto sul versante preventivo.

⁴⁴ Si tratta del modello patrocinato, tempo fa, da C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 560 ss. La norma generale di sostituzione dovrebbe stabilire che, per i reati che prevedono la pena della reclusione o dell’arresto non superiore nel massimo a tre/quattro anni, questa è da ritenere sostituita dal ventaglio di sanzioni non detentive indicate nel testo. Naturalmente, dette sanzioni, non detentive, dovrebbero essere espressamente inserite nel codice ad integrazione del catalogo di cui agli artt. 17 ss. c.p. Si potrebbe altresì prevedere l’inserimento della sanzione della ‘detenzione domiciliare’ (variamente modulata nel suo contenuto), in sostituzione di quella carceraria, per i reati che contemplano la pena non superiore nel massimo a cinque anni (se del caso, lasciando al giudice il potere di irrogarla, tenendo conto dei criteri di cui all’art. 133 c.p.).

Per questa via, entro determinati limiti, il “penale” rinunciarebbe a brandire la sanzione più temuta (oggi, farisaicamente, la minaccia ma poi non la esegue), per ‘accontentarsi’ di vivere entro un sistema graduale, scalare, che contempla un’offerta diversificata, ma limitata, di strumenti di tutela. Un sistema penale a due velocità, verrebbe da dire: uno mantiene al centro del suo impalcato la sanzione carceraria, l’altro vi rinuncia esplicitamente, privilegiando sanzioni di diverso conio, progressivamente plasmate da criteri gradualisti di ‘invasività’. Certo, rimane un’incognita: quella di saggiare la forza comunicativa di un modello di diritto penale dal quale si escludono, sia pure in parte, le pene privative della libertà. Nondimeno, il descritto tentativo meriterebbe di essere sperimentato, nella convinzione che assai difficilmente potrà replicare effetti più nefasti di quelli che affliggono oggi il sistema sanzionatorio.

Naturalmente, è bene chiarirlo, un modello di “penalità” a due velocità non deve in alcun modo indurre a sollecitare una diversa e meno intensa forza dei principi di garanzia (del “diritto”), sul presupposto che la fuga dal carcere potrebbe tollerare un’attenuazione. Le garanzie sostanziali e processuali non sono barattabili: in caso contrario, si precipiterebbe in una sorta di “terra di nessuno” (fanno capolino le inafferrabili stimate dell’*“Interventionsrecht”*), in cui le insormontabili paratie che conformano il “penale” assumerebbero una imprecisata e, perciò stesso, manipolabile ed inammissibile caratura ordinatoria. Semmai, vi è da riflettere sulla possibilità che i procedimenti che hanno ad oggetto il “penale minore” possano conoscere una gestione processuale più agile. Su questo versante, è da ritenere che il sistema delle impugnazioni possa rilasciare un volto più flessibile. Viene in gioco, in particolare, il giudizio di appello, rispetto alla cui struttura e funzione un autorevole Studioso ha mosso severe censure⁴⁵. In particolare, si è rimarcato che, in ragione della dimensione ‘cartolare’ che assume, l’appello entrerebbe in chiara ed irrimediabile frizione con il contraddittorio orale, ritenuto lo strumento più affidabile per l’accertamento del fatto. Una critica, questa, che affonda le radici sul terreno epistemologico, visto che, mentre il primo giudizio si svolge al cospetto di un giudice che “vede” e “sente” le prove dichiarative, l’appello, di regola, ha come protagonista un giudice “cieco” e “sordo”, destinato, inoltre, ad intervenire quando il decorso del tempo ha ormai sbiadito o manipolato i fatti e i ricordi. In definitiva, l’appello viene ‘bollato’ come gravato da inconvenienti di gran lunga più pesanti rispetto ai vantaggi che tradizionalmente gli si assegnano. Questi argomenti, indiscutibilmente ‘robusti’, scontano, però, una qualche rigidità: pur nella diversità gnoseologica che distingue il primo e il secondo grado di giudizio, la soppressione ‘secca’ di quest’ultimo aumenterebbe il rischio della mancata eliminazione di errori, che costituiscono una tappa verso la verità⁴⁶. Tuttavia, rispetto ai procedimenti in cui, in forza delle cornici edittali, non viene in considerazione il carcere ma sanzioni meno invasive della libertà personale, si potrebbe prefigurare la rinuncia a questo grado di giudizio. La complessità del sistema della giustizia penale impone, infatti, l’attivazione di diversificati percorsi di risoluzione dei giudizi, in omaggio ad una

⁴⁵ G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari, 2020, pp. 146 ss.

⁴⁶ Lo rimarca P. CALAMANDREI, voce *Appello civile*, *Enc. it.*, III, Roma, 1929, ora in ID., *Opere giuridiche*, VIII, Roma, 1979, p. 443.

flessibilità che dovrebbe tenere conto anche del diverso spessore degli interessi che vi sono coinvolti. Al cospetto di un “penale” che rinuncia a tramandare il suo volto “terribile”, non dovrebbe alimentare resistenze una gestione processuale più spedita, orientata ad implementare l’efficienza del sistema, che, lo si ripete, non pare vantare oggi e neppure nell’immediato futuro effettive *chances* di riduzione. Residuerrebbe, pertanto, il ricorso per Cassazione, come intangibile mezzo di impugnazione per l’indicata fascia di reati. Tuttavia, si profila sullo sfondo una prevedibile obiezione, che concerne l’asserita funzionalità di una simile scelta. Eccola declinata: si vuota una parte degli armadi delle Corti di appello e, specularmente, si gonfiano quelli della Cassazione, già di suo intasata da un carico di ricorsi che, al netto della ‘sinistra’ tagliola del vaglio di ammissibilità, non conosce similitudine in Europa. Vero questo, non è, però, da ritenere intangibile, alla stregua di un dogma, l’attuale assetto ‘centralizzato’ della Corte di Cassazione. Se ne potrebbe immaginare una destrutturazione territoriale, che veda al ‘centro’ la sede romana e, *a latere*, alcune sedi pluridistrettuali, con una diversificazione di attribuzioni. La sede centrale potrebbe occuparsi del “penale” che contempla il carcere, mentre quelle satellitari del “penale più mite”, con l’avvertenza che eventuali dissidi interpretativi troverebbero nella sede centrale il luogo elettivo di composizione di tali conflitti (le sezioni unite). In questo modo, anche il giudizio di legittimità conoscerebbe una maggiore elasticità operativa, cofunzionale ad una più efficace gestione del sistema.

5. Conclusioni.

All’esito di questa cursoria ed inevitabilmente incompleta ricognizione, appare onirico vagheggiare la riduzione del “penale”: sfatato definitivamente l’ideale del “minimo”, appare comunque illusorio cullare l’idea che, nel prossimo futuro, si possa pervenire ad apprezzabili restringimenti. Pare più realistico confrontarsi con la realtà, provando a tenere fermo, per quanto possibile, il fortino del “diritto” dinanzi a metamorfosi politiche nel cui ambito la difesa della “libertà” dal “penale” è continuamente solcata da regressioni e ripensamenti che riflettono, spiace dirlo, la ‘desertificazione’ delle idee e la disintegrazione della Politica, che sfrutta il “penale” come spettacolare palliativo sociale. Arduo comprimere tutti i perniciosi effetti collaterali di una simile degenerazione: quelli che, però, colpiscono il “diritto” (i suoi irrinunciabili presidi) vanno difesi ad oltranza, senza cadere nella trappola di suggestive ‘modernizzazioni’, che, alla lunga, ne alterano la morfogenetica.