



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**3/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



3/2019

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### PAPER

P. PIRAS, <i>Svanisce il concorso colposo nel reato doloso</i> .....	5
A. NOCERA, <i>La ricerca di un equilibrio tra segreto investigativo e potere ispettivo</i> .....	13
V. NARDI, <i>Retroattività in mitius e limite del giudicato: stato dell'arte e prospettive di riforma alla luce del quadro nazionale ed europeo</i> .....	31
F. BALATO, <i>La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia</i> .....	61
F.P. BISCEGLIA, <i>Un possibile principio di risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita</i> .....	105
I. ANRÒ, <i>L'ordinamento italiano e l'indennizzo alle vittime di reato, tra principi di uguaglianza e criteri di equità: la parola torna alla Corte di Giustizia?</i> .....	119
S. ZIRULIA, <i>Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva</i> .....	135
G. MARRA, M. VIOLA, <i>Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune</i> .....	163
L. CARRARO, <i>Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori</i> .....	181
G. BIONDI, <i>La Cassazione e i fratelli minori di Lorefice</i> .....	199
B. SCARCELLA, <i>Sulla liceità della "cannabis light": osservazioni in attesa di una sentenza a Sezioni unite</i> .....	221
D. PULITANÒ, <i>Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro</i> .....	235



3/2019

## TEMPESTE SUL PENALE. SPAZZACORROTTI E ALTRO

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Il penale-spazza. – 2. La necessità del penale. – 3. L'esclusione del non collaborante da misure alternative alla detenzione. – 4. Retroattività *in malam partem*? – 5. Tempeste emotive nella comunicazione mediatica. – 6. La risposta populista. – 7. La discutibilità del penale.

### 1. Il penale-spazza.

Per quanto concerne il penale, “sotto il profilo sostanziale e processuale, le principali direttrici di marcia sono state individuate nella necessità di dover garantire il rispetto dei principi costituzionali della certezza della pena e della ragionevole durata del processo”: così il Ministro della giustizia, nella sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019<sup>1</sup>, ha presentato il suo approccio ai principi costituzionali.

*Certezza della pena* è un messaggio politicamente efficace, che appare ovvio: il principio di legalità implica la *certezza del precetto*, e la *certezza delle conseguenze legali del reato*, la predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato. L'uso retorico del *topos* della certezza suggerisce qualcosa di più: la pena certa, fissata una volta per tutte, è la giusta per definizione, per il solo fatto di essere la pena legalmente prevista; legge e giustizia esigono che i reati non restino impuniti, che la pena prevista dalla legge sia effettivamente irrogata, che la pena irrogata sia effettivamente espiata. La metamorfosi linguistica del principio penalistico di legalità in *canone costituzionale* di certezza della pena rende bene quest'insieme di significati, unificati e confusi fra loro.

*Punire. Una passione contemporanea*: è il titolo di un recente libro di un antropologo francese, di fresca traduzione in italiano, che descrive l'attuale (in tutto il mondo) momento punitivo, caratterizzato da sempre maggiore severità: “un'accresciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Il primo fenomeno è culturale, il secondo è politico”. Il problema dovrebbe essere il crimine, “con il momento punitivo è il castigo a diventare il problema”<sup>2</sup>.

*Passione del punire*, è il messaggio trasmesso dalla maggioranza di governo in questa XVIII legislatura. È leggibile in leggi e proposte di legge che hanno come tratto comune l'inasprimento di pene edittali o di circostanze aggravanti. Leggibile nella non

---

<sup>1</sup> V. p. 7. Il medesimo concetto è ripetuto con variazioni lessicali a p. 9.

<sup>2</sup> D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano 2018. Citazioni da p. 9, 13, 12.



3/2019

attuazione dei punti più innovativi della delega in materia penitenziaria, contenuta nella legge n. 103 del 2017. Leggibile in comportamenti come *l'happening* ministeriale in occasione della consegna in Italia di un latitante, condannato per delitti degli anni di piombo. Leggibile nel linguaggio usato (anche in atti ufficiali): '*legge spazzacorrotti*', n. 3/2019. La legge che spazza è la traduzione mediatica del supposto canone della certezza della pena.

## 2. La necessità del penale.

Il confronto con le risposte populiste (il penale-spazza) deve partire dalla consapevolezza che il diritto *criminale/penale* è elemento costitutivo necessario (non sufficiente) del monopolio della forza in mano allo Stato Leviatano. Non è solo questione di capacità deterrente, o di risposta a un delitto commesso. È questione di potere e di capacità operativa dello Stato Leviatano; qui ed oggi, un Leviatano che vorremmo (come vuole la nostra Costituzione) in versione liberaldemocratica.

Sarebbe perdente un approccio pensato puramente in negativo (*verneinendes*), di nobile resistenza contro un diritto penale della sicurezza e del carcere che rischia di erodere le garanzie liberali<sup>3</sup>. I principi di garanzia liberale presuppongono che ciò che si tratta di delimitare (l'ordinamento *penale*) possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile. Anche la cultura penalistica liberale non può non partire dal problema della sicurezza – il problema hobbesiano, connesso alla costruzione dello Stato moderno – e farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia esigenze d'intervento con norme penali e strumenti di coercizione, sia esigenze di contrappesi e di limiti. La sicurezza che interessa le democrazie liberali è non solo sicurezza da offese criminali, ma *sicurezza dei diritti*, a tutto campo, anche nei confronti dell'autorità.

Il diritto criminale *non* è finalizzato prioritariamente all'inflizione di pene. Fine prioritario è l'osservanza dei precetti, ritenuti particolarmente importanti per la convivenza in una società bene ordinata. I bisogni di tutela esigono l'osservanza delle regole di convivenza, di un'etica dei rapporti interpersonali. Il diritto criminale/penale, anche in versione liberale, risponde a problemi di responsabilità, il *linguaggio della responsabilità* ne è la forma idonea.

Le questioni relative alla pena vengono dopo. Dentro il paradigma hobbesiano, in qualsiasi versione, il *vietare sotto minaccia* ha una solida legittimazione di principio. Quali pene *minacciare* – e poi applicare – per i delitti del diritto criminale *hard*? Alla natura e gravità dell'illecito corrisponde un tipo di responsabilità non riducibile a questione privata di compensazione di un danno, ma caratterizzato da un forte stigma e sanzioni fortemente espressive, gestite dall'autorità pubblica; legato perciò a presupposti particolarmente stringenti, previamente definiti dalla legge.

---

<sup>3</sup> È la posizione di W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna 2011, p. 79 ss.

Per i crimini più gravi, la *minaccia di pena detentiva* non ha alternative plausibili nel nostro orizzonte di civiltà. Si è affermata nel diritto penale moderno in alternativa al dominio della pena di morte (tuttora esistente negli Stati più potenti del nostro mondo) e di pratiche punitive crudeli. Ha caratteristiche che ne spiegano il successo: frazionabile, misurabile, democraticamente egualitaria. È un uso della forza che rientra in via di principio nel monopolio statale della forza: in un diritto criminale/penale che può legittimarsi come strumento dello Stato protettore dei diritti di tutti.

Sono pensati per un sistema assestato sulla pena detentiva i principi costituzionali dell'art. 27: l'idea rieducativa, il divieto di trattamenti contrari al senso d'umanità.

Problemi etico-politici cruciali riguardano il raccordo fra i due lati del diritto criminale/penale: che cosa vietare sotto minaccia, con quali minacce. Problema successivo, come dar seguito alle minacce legali.

Ambito e confini del diritto criminale *hard* (precetti e criteri di attribuzione di responsabilità soggettiva) sono oggi segnati da principi costituzionali e da valutazioni largamente condivise nella nostra società. La teoria del reato, prodotto di una cultura giuridica matura, oltre a fornire l'apparato concettuale che utilizziamo, addita principi sostanziali sul cui significato 'di giustizia' c'è (almeno a parole) un consenso di fondo: il principio di offensività quale criterio di selezione di interessi da tutelare e delle soglie di tutela; il principio di colpevolezza quale criterio e limite dell'attribuzione di responsabilità personale. Sulla giustizia dei precetti, le discussioni si concentrano su punti specifici, eticamente sensibili.

Sono invece *instabili* e *oscillanti* le scelte sanzionatorie, sia sulla struttura del sistema sia nelle scelte di parte speciale: segno ed effetto dell'intrinseca ambiguità delle pretese di giustizia collegate a contenuti che, naturalisticamente, sono un *malum*.

### 3. L'esclusione del non collaborante da misure alternative alla detenzione.

I primi effetti del penale-spazza sono stati prodotti dall'inserzione dei delitti di corruzione, concussione e peculato fra quelli cui si applica l'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, *Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*. È una fra le novità della legge c.d. *spazzacorrotti*, "apparentemente confinata nei sobborghi dell'esecuzione penale", ma "carica di significati simbolici e di ricadute pratiche"<sup>4</sup>.

Com'è noto, il sistema 4-bis è nato nella legislazione antimafia degli anni '90 (d.l. 13 maggio 1991, n. 152), pensato per condannati appartenenti al mondo della criminalità organizzata; è stato modificato e allargato da leggi successive. Prevede un regime speciale, più rigoroso, per i condannati appartenenti ad aree di criminalità ritenute più pericolose, per i quali il trattamento è differenziato secondo che siano 'collaboratori di

---

<sup>4</sup> V. MANES, [L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2019, p. 107.

*giustizia* o *'non collaboranti'*: esclusione, in via generale, dell'applicabilità di dati istituiti (c.d. *'benefici'*) ai condannati per certi delitti, e ritorno al regime di normale applicabilità (o a un regime ancora più favorevole) per i condannati che abbiano prestato una collaborazione utile, anche dopo la condanna (art. 58 *ter* dell'ordinamento penitenziario).

La forbice introdotta nel regime penitenziario ha valenza di sollecitazione *'premia'* alla collaborazione con l'autorità, anche da parte di persone già condannate. Di questa disciplina il legislatore degli anni '90 ha dato una giustificazione coerente con la logica degli istituti penitenziari: solo la scelta collaborativa esprimerebbe con certezza il distacco del condannato dal circuito della criminalità organizzata, e la sua disponibilità (peraltro da verificare caso per caso) per una prospettiva di risocializzazione<sup>5</sup>. Per chi non collabora, l'effetto è di irrigidimento: esclusione dalle principali aperture che l'ordinamento penitenziario ha introdotto.

Le condizioni di accesso a misure alternative e a benefici sono state ridisegnate, in punti qualificanti, da interventi della Corte costituzionale, recepiti da modifiche apportate all'art. 4-*bis* dalla legge n. 279 del 2002. Nei casi in cui sia impossibile un'utile collaborazione, o la collaborazione possibile sia oggettivamente irrilevante, non c'è restrizione all'accesso<sup>6</sup>.

L'inserzione nel *sistema 4-bis* ha anche un risvolto processuale: la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dall'art. 656, n. 5, c.p.p. (inserito dalla legge 27 maggio 1998, n. 165) è esclusa dall'art. 656, n. 9. Anche nei casi in cui la misura della pena inflitta consentirebbe di porre fin da subito il problema dell'affidamento in prova o della detenzione domiciliare, i condannati per delitti di cui all'art. 4-*bis* entrano comunque in carcere.

L'inserzione di delitti contro la P.A. in discipline speciali pensate per il contrasto alle forme più pericolose di criminalità organizzata va nella linea prefigurata dalla recente inserzione dei delitti di corruzione nel c.d. codice antimafia: *"allineamento normativo della criminalità white collar alla criminalità nera"*<sup>7</sup>.

Comunque la si valuti nel merito, una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali sono sotto processo o già condannati. Sulla struttura del *sistema 4-bis* può porsi l'interrogativo se sia legittima la drastica restrizione dell'accesso a benefici e misure alternative, collegata alla pretesa di una collaborazione post condanna. La questione va ragionevolmente articolata con riguardo alle singole figure di delitto inserite nel sistema. Ha senso, e può ritenersi conforme ai principi costituzionali, richiedere al condannato per corruzione o concussione o peculato la collaborazione post condanna come premessa per misure alternative e benefici penitenziari?

---

<sup>5</sup> Così la relazione ministeriale alla legge di conversione del d.l. n. 306 del 1992.

<sup>6</sup> In tali casi, la preclusione dei benefici penitenziari è stata dichiarata illegittima da Corte cost., n. 357/1994, per contrasto con gli artt. 3 e 27:

<sup>7</sup> V. MANES, *op. cit.*, p. 107.

È prevedibile che nella grande maggioranza dei casi la richiesta di collaborazione sia destinata a ritrarsi, di fronte alla mancanza di elementi idonei a mostrare la possibilità di una collaborazione utile. In tutti i casi di questo genere, la preclusione dei benefici verrebbe a cadere, e il passaggio per le forche caudine del 4-bis (*incarcerazione comunque*) si rivelerebbe ex post una complicazione (possiamo dire *vessazione* del condannato?) priva di qualsiasi utilità. Ciò potrebbe essere evidente fin da subito, alla luce degli accertamenti compiuti nel giudizio di merito. Giusto il contrario di un'evidenza empirica capace di giustificare una prognosi di pericolosità in assenza di collaborazione<sup>8</sup>.

L'inserzione di corruzione, concussione e peculato nel sistema 4-bis appare dunque irragionevole, per l'assenza di evidenze empiriche sulla possibilità stessa di una collaborazione utile *post* condanna, tale da prevalere, in caso di mancata collaborazione, sulle ragioni su cui normalmente poggia l'accesso a benefici e misure alternative<sup>9</sup>. In particolare nel caso di condanna per peculato o concussione, non è dato capire quale collaborazione ci si possa attendere: forse un'autodenuncia per altri ipotetici delitti dei quali nulla si sa?

Da ciò il serio dubbio di legittimità costituzionale, con riferimento al principio d'uguaglianza/ragionevolezza, collegato ai principi (art. 27) relativi alla pena.

L'effetto di *incarcerazione comunque* non mette in discussione *funditus* il sistema 4-bis, ma la disciplina processuale (art. 656 n. 9) derogatoria rispetto alla regola generale in materia di sospensione dell'esecuzione (art. 656 n. 5). Questa deroga ha un effetto non meramente processuale: l'incarcerazione in ogni caso, *prima che* vengano verificati i presupposti di applicabilità di una misura alternativa astrattamente possibile, avendo riguardo alla misura della pena inflitta (o ad altri presupposti d'applicabilità). È giustificata l'*incarcerazione comunque*, là dove la misura alternativa sia astrattamente possibile? Il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 656 n. 9 riguarda non soltanto la *new entry* (il pacchetto di delitti contro la P.A.) ma qualsiasi ipotesi di condanna a pena non superiore alla soglia della possibile misura alternativa. Parametri costituzionali rilevanti, non solo i principi relativi alla pena (artt. 3 e 27), ma anche il diritto di difesa (art. 24).

#### 4. Retroattività *in malam partem*?

Un più elevato livello di carcerazione (non una maggiore collaborazione tardiva) è l'effetto prevedibile dell'inclusione dei delitti contro la P.A. nel *sistema 4-bis*. L'immediata produzione di effetti concreti, che ha già alimentato la discussione sulla modifica normativa appena entrata in vigore, è l'ingresso in carcere – frutto dell'applicazione retroattiva *in malam partem* – di condannati per fatti anteriori (tra i quali un ex presidente della Regione Lombardia, poi parlamentare). Un effetto forse desiderato dai sedicenti spazzatori: di fatto è stato difeso in sede politica<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> V. MANES, *op. cit.*, p. 109.

<sup>9</sup> V. Manes, *op. cit.*, p. 112.

<sup>10</sup> È stato respinto dal rappresentante del Governo e dalla maggioranza di governo, in sede di Commissione



Indipendentemente dal dubbio più radicale sulla legittimità della nuova disciplina, la questione 'retroattività o irretroattività' pone nell'immediato problemi autonomi *de libertate*.

4.1. La giurisprudenza ordinaria ha finora escluso l'applicabilità dell'art. 2 c.p. alle norme che disciplinano l'esecuzione della pena<sup>11</sup>. La Corte costituzionale, più volte chiamata a giudicare su disposizioni che restringono l'accesso a benefici penitenziari, è pervenuta a dichiarazioni d'illegittimità costituzionale in relazione all'art. 27. Disposizioni che limitino o escludano l'applicabilità di istituti di favore ('benefici' penitenziari) sono state dichiarate illegittime nella parte in cui non prevedono che il beneficio possa essere concesso sulla base della normativa previgente ai condannati per i quali, prima dell'entrata in vigore della legge meno favorevole, fossero già maturate le condizioni (fra cui il raggiungimento di *un grado di rieducazione adeguato*) per la concessione del beneficio. Questo filone comincia con la sentenza n. 306/1993, e prosegue con altre: n. 445/1997, n. 137/1999, e, più di recente, n. 257/2006 e n. 79/2007, su restrizioni introdotte dalla legge n. 251 del 2005.

La Cassazione a Sezioni Unite (nel 2006) ha ritenuto che l'interpretazione giurisprudenziale (pertinenza del principio d'irretroattività *solo per le pene inflitte dal giudice della cognizione*) sia stata *autorevolmente confermata* dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 306/1993. In realtà, il problema se le norme d'ordinamento penitenziario rientrano, in tutto o in parte, fra le norme per cui vale il principio d'irretroattività *ex art. 25 Cost.* (con le articolazioni dell'art. 2 c.p.), il giudice delle leggi ha evitato di tematizzarlo, adducendo la mancanza di idonei riferimenti di fatto nell'ordinanza di rimessione.

Anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge, ricorda la sentenza n. 306/1993, "*la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza*". Facendo leva sugli art. 3 e 27 Cost., la giurisprudenza costituzionale ha invalidato le applicazioni retroattive più vistose e più gravide di effetti: l'azzeramento retroattivo della rilevanza di percorsi 'rieducativi' già avviati.

Vengono in rilievo, le ragioni valorizzate in questo filone di giurisprudenza costituzionale, con riguardo all'applicazione retroattiva *in malam partem* dell'inserzione della corruzione (e concussione, e peculato) nel sistema dell'art. 4-bis? Se è illegittimo bloccare, con applicazione retroattiva, la prosecuzione di un percorso rieducativo già avviato fuori del carcere, c'è da domandarsi se non sia illegittimo impedire la partenza di un percorso 'rieducativo' non ancora iniziato, che la misura della pena da espiare

---

giustizia della Camera dei deputati il 7 marzo 2019, un o.d.g. presentato dall'on. Costa, volto a impegnare il Governo ad adottare ogni opportuna iniziativa finalizzata a escludere l'applicazione della nuova disciplina a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

<sup>11</sup> Cass., S.U., 30 maggio 2006, n. 24561. In precedenza, *ex multis*, Cass. 8 ottobre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2151; Cass. 11 aprile 1994, *ivi*, 1995, p. 1367; Cass. 5 luglio 1994, *ivi*, 1995, p. 3066; Cass. 23 settembre 1994, *ivi*, 1996, p. 1288; Cass. 14 gennaio 1997, *ivi*, 1997, p. 3591.

consentirebbe di iniziare senza passare per il carcere. Per porre la questione di legittimità costituzionale, alla luce della giurisprudenza costituzionale, gli artt. 3 e 27 paiono un parametro plausibile, di per sé sufficiente, non dipendente dalla questione d'applicabilità dell'art. 25 Cost.

Ha senso riproporre a tutto campo il problema dell'irretroattività *in malam partem*, in relazione all'art. 25? Può ritenersi pertinente all'ordinamento penitenziario la *ratio* garantista del divieto d'irretroattività in materia penale? Certo non per tutte le variegate tipologie di norme dell'ordinamento penitenziario: non per le norme di natura processuale, sulle competenze e le procedure della magistratura 'di sorveglianza'; non per le norme relative all'organizzazione penitenziaria, qualificabili come diritto amministrativo. La questione riguarda specificamente le c.d. misure alternative alla detenzione: istituti relativi a modalità del punire, non del procedere. Istituti nuovi rispetto al codice Rocco, costruiti nella prospettiva dell'art. 27 Cost.: innestati nel sistema come nuovi possibili percorsi dell'espiazione della pena, aperti a modalità extracarcerarie e a riduzioni di durata. Sono oggetto di trattazione, più o meno ampia, nei manuali di diritto penale<sup>12</sup>, nella parte dedicata al sistema sanzionatorio. Istituti di *diritto sostanziale*, non processuale.

La giurisprudenza della Corte EDU ammette la distinzione (“una distinzione che può non essere sempre chiara”) fra “una misura che costituisce in sostanza una pena, e una misura che riguarda l'esecuzione o l'applicazione della pena”. Ha ricondotto all'art. 7 della CEDU anche misure successive all'inflizione della pena definitiva, o in corso dell'espiazione della pena, che comportino *la ridefinizione o la modifica della portata della pena*; ne ha ravvisato la violazione in un caso in cui un mutamento giurisprudenziale sfavorevole alla ricorrente (per inciso: una condannata per fatti di terrorismo) era stato applicato nella rideterminazione della durata della pena<sup>13</sup>.

Le garanzie della legalità penalistica rispondono a esigenze di protezione di diritti e di libertà delle persone, da pericoli scaturenti da contenuti normativi d'un certo tipo. Accanto alle norme che stabiliscono i presupposti della responsabilità e il *quantum* delle sanzioni edittali, vengono in rilievo anche altri istituti. Un esempio su cui si è recentemente discusso, in modo approfondito, è la prescrizione del reato: un istituto che l'ordinamento italiano ha collocato nel codice penale. Concorre a modellare il sistema delle risposte punitive al reato, ponendo limiti d'applicazione; è soggetto ai principi della legalità penalistica, hanno riconosciuto le importanti pronunce della Corte costituzionale nella vicenda Taricco<sup>14</sup>.

L'ambito delle garanzie della legalità penalistica dipende dal contenuto degli istituti. “Non può essere il legislatore ordinario a decidere sull'estensione delle garanzie

---

<sup>12</sup> Basti un esempio: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed. Milano 2018, § XIII.10.

<sup>13</sup> Corte EDU (Grande Camera), 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*. Il tema in esame è toccato nei §. 83-90.

<sup>14</sup> Ord. n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018.

costituzionali dalle quali è vincolato”<sup>15</sup>. La collocazione e il lessico legislativo non sono decisivi: non hanno alcun significato assiologico.

Anche gli istituti sostanziali dell’ordinamento penitenziario (le misure alternative alla detenzione) concorrono a modellare il sistema delle risposte al reato. Ne limitano i contenuti afflittivi: la durata e/o la modalità carceraria. Le limitazioni sono collegate a valutazioni di gravità del fatto (espresse dalla misura della pena) e/o a valutazioni relative alla persona del condannato. Sono valutazioni dello stesso tipo di quelle relative a tipologie e durata della pena.

Insomma: le risposte al reato, così come modulate nella legislazione dei decenni della Repubblica, hanno ridisegnato la pena detentiva come un possibile percorso, modellato da istituti sia del diritto penale classico sia del nuovo (rispetto al codice Rocco) diritto penitenziario. L’ermeneutica del sistema delle risposte ‘penali’ ricompone i pezzi e ricerca i principi dell’insieme.

4.2. I primi applicatori della legge spazzacorrotti si sono sentiti condizionati dal *ferreo principio giurisprudenziale*<sup>16</sup> che ammette l’applicazione retroattiva. Nei provvedimenti pubblicati traspare disagio, e tentativi di delimitare gli effetti retroattivi avendo riguardo ai tempi della sentenza di condanna e dei successivi provvedimenti<sup>17</sup>. La Corte di Cassazione<sup>18</sup> ha valutato come non manifestamente infondata (ma non rilevante per la sua decisione) la prospettazione difensiva di dubbia conformità con l’art. 7 CEDU, per avere il legislatore ‘cambiato le carte in tavola senza prevede alcuna norma transitoria, con conseguente “passaggio a sorpresa e dunque non prevedibile, da una sanzione patteggiata senza assaggio di pena ad una sanzione con necessaria incarcerazione”.

Per bloccare ordini di esecuzione per fatti anteriori alla nuova legge, è necessario sollevare questione di legittimità costituzionale? O è possibile un’interpretazione costituzionalmente orientata, che escluda la retroattività *in malam partem*? Non vi è alcun testo di legge che affermi la retroattività *in malam partem*. La ha affermata il diritto giurisprudenziale, che non ha valore di legge, come ammonisce la Corte costituzionale nella sentenza n. 230/2012: indirizzi giurisprudenziali (anche delle Sezioni Unite) possono essere riesaminati e disattesi “in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata motivazione”. Le stesse Sezioni Unite possono “trovarsi a dover rivedere le loro posizioni”; nel dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

---

<sup>15</sup> F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale?](#), in questa *Rivista*, 5 aprile 2017.

<sup>16</sup> Questa espressione è usata in una Direttiva orientativa della Procura generale di Reggio Calabria, pubblicata in [questa Rivista](#), 19 marzo 2109.

<sup>17</sup> GUP di Como in funzione di giudice dell’esecuzione, 8 marzo 2019; Trib. Napoli, 28 febbraio 2019. Su questi provvedimenti cfr. L. MASERA, [Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena nella cd. legge spazzacorrotti](#), in questa *Rivista*, 14 marzo 2019.

<sup>18</sup> Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, su cui G.L. GATTA, [Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell’orientamento consolidato, favorevole all’applicazione retroattiva](#), in questa *Rivista*, 26 marzo 2019.

Il principio di legalità/irretroattività penalistica concorre a definire la portata stessa della legge penale ordinaria, come norma che non produce effetti *in malam partem*. È rilevante per l'interpretazione della legge ordinaria, ha riconosciuto la Cassazione a Sezioni Unite<sup>19</sup> a proposito dell'individuazione del *tempo del commesso reato* ai fini dell'art. 2 c.p., nel caso di delitti con evento naturalistico: il tempo dell'evento (momento consumativo del reato) o il *tempo della condotta*? Un conflitto di giurisprudenza interno alla Cassazione<sup>20</sup> è stato risolto dalle Sezioni Unite affermando l'interpretazione coerente con la *ratio* di garanzia del principio d'irretroattività della norma sfavorevole: la garanzia dell'irretroattività fa riferimento al tempo della condotta. È stata disattesa l'impostazione della Procura generale, che riteneva necessario passare attraverso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 4°, c.p.: non è rinvenibile nel codice, argomentano la Sezioni Unite, una definizione legislativa onnicomprensiva del *tempus commissi delicti*, che sia necessario rimuovere. Nessun ostacolo, dunque, a un'interpretazione sistematica che valorizzi le indicazioni "offerte dai principi – innanzi tutto costituzionali – che governano la successione di leggi penali": per il principio di irretroattività della norma più sfavorevole "viene in rilievo un'istanza di preventiva valutabilità, da parte dell'interessato, delle conseguenze penali della propria condotta, funzionale a preservare la libera autodeterminazione della persona".

Le novità *in malam partem* della legge Spazzacorrotti (non solo gli aumenti di pena) offrono occasione per riproporre il medesimo approccio ermeneutico: il principio d'irretroattività *in malam partem* può (deve) funzionare come elemento d'interpretazione sistematica dell'ambito temporale di applicabilità delle disposizioni del diritto penale sostanziale. È una questione che rientra nella competenza dell'autorità giudiziaria, custode del *nomos*, allo stesso modo della questione relativa al *tempus commissi delicti* ai sensi dell'art. 2 c.p.

4.3. Le considerazioni svolte in questo paragrafo danno atto di un ritardo (di una disattenzione) anche della riflessione dottrinale, rispetto ai problemi di ricomposizione del sistema sanzionatorio: delle due parti (penale in senso stretto e istituti dell'ordinamento penitenziario) nati in tempi diversi e sotto etichette diverse (due *species* di un unico *genus*, può dire il linguaggio della dogmatica). Della ricomposizione a sistema i principi costituzionali avrebbero potuto essere un punto di partenza, non di faticoso arrivo. Forse ha pesato il clima emergenziale degli anni '90, sul fronte mafia, che ha segnato la nascita del sistema 4-bis. Hanno alleggerito il problema norme transitorie inserite nel decreto legge che ha introdotto l'art. 4-bis, e nella legge n. 279 del 2002 che ne ha ridisegnato l'ambito di applicazione.

---

<sup>19</sup> Cass., S.U., sentenza n. 20 del 2018.

<sup>20</sup> Alcune sentenze hanno ritenuto applicabili all'autore o concorrente nel reato disposizioni sanzionatorie più severe, successive alla sua condotta ma anteriori all'evento o al momento consumativo del reato: Cass. 17.4.215, n. 22379, in materia di omicidio colposo; Cass. 13.3.2014, n.19008, in Cass. Pen. 2015, p. 1872s. (ha ritenuto applicabile al concorrente una aggravante introdotta successivamente alla sua condotta, prima della consumazione del reato a seguito di condotte di altri).

Un esercizio che può essere utile anche oggi, è una riflessione sul piano etico-politico: con riferimento agli istituti sostanziali dell'ordinamento penitenziario, riteniamo preferibile ammettere o escludere la retroattività *in malam partem*? La risposta, quale che sia, fa trasparire concezioni sottostanti sui rapporti fra Stato e consociati, libertà e autorità. Preferiamo un ordinamento ispirato a *fairness* dello Stato, all'esigenza di prevedibilità legalmente assicurata delle risposte punitive, o un ordinamento che lasci mano libera all'autorità nel ridefinire retroattivamente le regole del rapporto autorità/libertà?

## 5. Tempeste emotive nella comunicazione mediatica.

Le passioni del punire stanno sullo sfondo di discussioni di questo marzo 2019 a proposito di sentenze che hanno condannato alla pena di 16 anni autori di femminicidio<sup>21</sup> doloso. L'attenzione critica si è appuntata su alcuni passaggi delle motivazioni (*tempesta emotiva* quale ragione delle attenuanti generiche)<sup>22</sup>. I media hanno parlato di pene dimezzate (rispetto alla pena di 30 anni inflitta in primo grado, o chiesta dall'accusa) e di ritorno del delitto d'onore.

La pena di 16 anni di reclusione è esito normale di giudizi per omicidio aggravato celebrati con rito abbreviato: deriva dalla diminuzione secca di un terzo, legata alla scelta del rito, combinata con la disciplina del bilanciamento fra aggravanti e attenuanti<sup>23</sup>. Nel caso di giudizio abbreviato, per l'omicidio 'da ergastolo' la pena sarà di 30 anni se prevale l'aggravante. Se non prevale l'aggravante, la pena non può essere superiore a 16 anni: la pena applicabile in esito a un giudizio di equivalenza, partendo dal massimo edittale (24 anni). Impossibile una commisurazione fra i 16 e i 30 anni.

Il buco nero dentro la scala delle possibili commisurazioni della pena (possiamo definirlo *discrezionalità discontinua*) spezza la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità e la scala delle possibili sanzioni. È di dubbia compatibilità con il principio d'uguaglianza/ragionevolezza<sup>24</sup>, tendenzialmente produce effetti favorevoli per l'imputato<sup>25</sup>: l'esito che può ragionevolmente essere considerato il *meno ingiusto* nell'alternativa fra una pena ritenuta troppo alta e una troppo bassa; coerente con la scelta legislativa di premiare chi abbia chiesto il rito abbreviato, con una forte riduzione

---

<sup>21</sup> Uso questo termine tecnico per la sua efficacia descrittiva.

<sup>22</sup> Fra i commenti di giuristi: M. DOVA, [Eccessi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della Corte d'assise d'appello di Bologna](#), in questa *Rivista*, 11 marzo 2019. Una riflessione che difende la sentenza bolognese: D. IANELLI, in *Questione giustizia*, 19 marzo 2019.

<sup>23</sup> Molti anni fa venne alla ribalta mediatica un omicidio volontario aggravato ex art. 577, n. 4 (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente, che chiese il giudizio abbreviato. In primo grado fu pronunciata condanna alla pena di 30, per la ritenuta prevalenza dell'aggravante (la sentenza del GUP di Milano è pubblicata in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 467, con nota di M. Bertolino, *ivi*, p. 508 ss.); a sedici anni in appello. È uno scenario che continua a ripetersi.

<sup>24</sup> Ho segnalato da tempo questo problema: D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano 2006.

<sup>25</sup> Forse per questo, la questione di legittimità costituzionale non è stata sollevata.

rispetto alla pena 'giusta in via di principio' secondo i normali criteri di commisurazione. Ipotizzo sia questa la chiave di lettura delle recenti sentenze: non una valutazione inadeguata della gravità del femminicidio, ma una valutazione comparativa dei possibili risultati di una disciplina legislativa tecnicamente irrazionale, la discontinuità degli spazi aperti alla discrezionalità giudiziale.

È stata approvata in prima lettura dalla Camera il 6 novembre 2018 la proposta di escludere il rito abbreviato per le accuse di delitti da ergastolo (in concreto: omicidi aggravati). Potrebbe sembrare una soluzione plausibile, l'eliminazione (in caso di condanna) del taglio di pena legato al rito. Sarebbe una riforma di *dubbia legittimità costituzionale*, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., perché comporta una restrizione del diritto di difesa dell'imputato, in ragione dell'accusa contestata. L'imputato, che si presume non colpevole – cioè da trattare come non colpevole fino alla condanna definitiva – verrebbe sottoposto a un trattamento discriminatorio in ragione dell'ipotesi d'accusa. Potrebbe essere innocente, o colpevole di un delitto non da ergastolo. È discriminatorio privarlo della possibilità di far valere le sue ragioni – anche sul merito dell'accusa, prima che sulle conseguenze sanzionatorie – allo stesso modo degli imputati ad altro titolo.

Resta aperto il problema, quali modelli sanzionatori costruire, per delitti gravi e meno gravi. La tempesta mediatica sulle tempeste emotive riflette emozioni e ragioni meritevoli di considerazione, oltre che esibizioni retoriche e strumentalizzazioni di vario segno. Sulle recenti vicende giudiziarie hanno preso la parola intellettuali seri, non appartenenti al mondo del diritto. Nelle critiche verso gli esiti dei giudizi abbreviati per omicidio hanno trovato espressione preoccupazioni per la tenuta delle tutele apprestate dal diritto (penale) a soggetti deboli, del rispetto (uguale rispetto) dovuto alle donne. Sono rimaste ai margini delle discussioni (o del tutto al di fuori) le irragionevoli tecnicità della disciplina vigente. La riflessione sulla pena ne è risultata deformata. Da ciò la retorica della pena dimezzata e del ritorno al delitto d'onore. È mancata una riflessione mirata sulle *misure di pena* in discussione.

Una riflessione più approfondita potrebbe (senza bisogno di entrare nel merito di casi concreti) allargare il suo oggetto, dalle ipotetiche tempeste emotive nella testa di qualche autore di delitto, alle emozioni più o meno tempestose dell'opinione pubblica e alla loro traduzione (più o meno enfaticata) in politiche del diritto penale.

I giornali hanno riportato fra virgolette una frase attribuita al Presidente del consiglio, che *bacchetta le toghe schierate a difesa dalla casta*<sup>26</sup>: *"nessuna reazione emotiva, nessun sentimento, pur intenso, può giustificare o attenuare la gravità di un femminicidio"*. Ribadire l'ovvia *ingiustificabilità* del femminicidio (come se fosse stata messa in discussione da sentenze di condanna a 16 anni!) è una mossa fin troppo facile, banale retorica politica. Altro e ben diverso problema è quello delle possibili *graduazioni di responsabilità* (e di pena) in relazione a coefficienti soggettivi, alla misura della colpevolezza del soggetto agente. È un problema che legittimamente si pone per qualsiasi delitto, anche il più grave quanto a contenuto offensivo.

---

<sup>26</sup> Così intitola *Il Giornale*, 15 marzo 2019.

Le critiche alla sentenza sembrano ignorare cose ovvie. A parità di evento lesivo, coefficienti soggettivi (di colpevolezza) sono il fondamento di forti differenziazioni: la colpevolezza può essere affermata o esclusa; la responsabilità per delitto è in via generale limitata al dolo, talora (è il caso dell'omicidio) estesa alla realizzazione colposa. Nell'ambito della responsabilità per dolo, possono distinguersi tipologie più e meno gravi: per es., premeditazione, dolo di proposito e dolo d'impeto; motivi aggravanti e attenuanti: l'intensità del dolo è criterio di commisurazione, così come il grado della colpa. La gravità obiettiva dell'evento non si traduce *sic et simpliciter* in uguale gravità dei fatti che hanno cagionato eventi di quel tipo.

Il linguaggio dell'aggravare o attenuare, usato nelle critiche, rispecchia l'aritmetica delle circostanze, come tecnicamente costruita nel codice Rocco, ma deforma la sostanza del problema: arrivare a una commisurazione ragionevole, per quanto consentito dal diritto vigente.

## 6. La risposta populista.

In un'intervista pubblicata su la Repubblica il 18 marzo 2019, il Ministro della giustizia, sulla ragionevole premessa che "*per stare dalla parte delle donne non servono le parole ma i fatti*", ha preannunciato pene più alte. Basta qui un esempio: per la violenza sessuale, anziché 5-10 anni passiamo a 6-12. L'inasprimento delle pene edittali è il tipo di risposta ricorrente lungo la storia delle riforme 'di parte speciale', dagli anni '70 ad oggi. Un trend che si è intrecciato con riforme di parte generale volte a consentire mitigazioni del trattamento, affidate alla discrezionalità giudiziaria e a istituti nuovi, *in primis* l'ordinamento penitenziario; e nella parte speciale, ampie rimodulazioni di importanti settori.

In questa fase, la politica legislativa penale consiste essenzialmente in aumenti di pene edittali. Esempi freschi, oltre la legge spazzacorrotti, alcune proposte *in itinere* (voto di scambio<sup>27</sup>, violazione di domicilio, furto domiciliare, rapina<sup>28</sup>).

Parole o fatti? O meglio: anche fatti, oltre il fatto dello scrivere parole e numeri in nuovi testi di legge?

Chi 'dà i numeri' degli aumenti di pena li presenta come rafforzamento della tutela. Spesso questo *topos* viene usato anche in scritti di giuristi; riflette ideologie implicite. Dice qualcosa sul mondo dei fatti? Propaganda populista e anche sentimenti popolari diffusi danno per scontato: pena più severa significa maggiore tutela. Il messaggio populista funziona: inteso a coagulare consensi, è a ciò idoneo, ha una sua razionalità rispetto ai suoi scopi di *politique politicienne*.

Rispetto ai proclamati scopi di politica *criminale* (di *prevenzione* della criminalità) che cosa ci si attende, che cosa si può ragionevolmente attendere, che cosa viene prodotto dai nuovi numeri che rimodulano al rialzo le pene minacciate? Una *scienza della*

---

<sup>27</sup> Reclusione da 10 a 15 anni, nel testo approvato dalla Camera il 7 marzo, ora all'esame del Senato.

<sup>28</sup> Aumenti di pena previsti del disegno di legge sulla legittima difesa, approvato dalla Camera il 6 marzo, ora all'esame del Senato.

*legislazione* che aspiri ad essere razionale dovrebbe formulare prognosi e verificare effetti. Al legislatore che fa leva sulle minacce di pena, giocando al rialzo, va chiesto che cosa prevede di ottenere.

Non è usuale, in materia di legislazione e di *law enforcement* penalistico, porre il problema di un'analisi costi/benefici. I costi del penale sono certi: anche economici, ma non solo economici. Costi degli apparati e del funzionamento (utile o inutile) di apparati di polizia in senso lato, di giustizia, penitenziari. Costi per persone coinvolte a vario titolo: anche sofferenze e ingiustizie.

Più penale comporta comunque più costi. E i benefici? Maggiore efficacia deterrente? Per la tutela degli interessi in gioco, sarebbe questo il beneficio che conta. La risposta è teoricamente aperta a verifiche dell'esperienza, peraltro difficili ed incerte.

Maggiore quantità e/o maggiore durata di punizioni inflitte? Le pene inflitte e da eseguire seguono all'inosservanza della legge, a un non funzionamento della tutela. Segnalano problemi non risolti. Una politica criminale ridotta a politica penale è una fuga dalle responsabilità di governo politico di fenomeni sociali. *“Il rischio che sembra corrersi è quello di una preoccupante trasformazione della fisionomia della nostra stessa forma di Stato in una paternalistica e populistica democrazia penal-giudiziaria, con contestuale abdicazione di ogni altra forma di controllo sociale nonché di responsabilità<sup>29</sup>”*.

## 7. La discutibilità del penale.

7.1. Il diritto penale è un *farmakon*, *medicina o veleno secondo le dosi*<sup>30</sup>. Arma a doppio taglio<sup>31</sup>, strumento necessario dell'ordine giuridico ma anche fattore di ingiustizie (la storia, anche del nostro tempo, offre esempi terribili). La politica del diritto penale ha il *problema di dosare farmaci*: dosi terapeutiche vanno ricercate fra un *troppo poco* e un *tossico troppo*.

Ideologie autoritarie o populiste pensano il penale come arma. Puntano sulla potenza di fuoco, sul più penale; sempre di più, di fronte ai fallimenti cui questa strada va incontro. Danno risposta ed alimento alla passione del punire.

Nelle scelte relative alla pena l'aspetto politico appare dominante<sup>32</sup>, e meno razionalizzabile. Le teorie sulla pena sono state definite<sup>33</sup> un *esempio di dogmatica priva di conseguenze*. Di fatto vengono invocate a fondamento di scelte normative e di pratiche punitive le più diverse, tramite il riferimento a diverse concezioni di giustizia, a valutazioni diverse sulla gravità dei reati (sia in astratto, per tipi di reato, sia in concreto,

<sup>29</sup> Parole di Francesco PALAZZO, in dialogo con Francesco VIGANÒ: *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, p. 56.

<sup>30</sup> U. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, p.1073s: è la relazione di un noto filosofo nel primo convegno della AIDP, Associazione italiana professori di diritto penale (Firenze 2012).

<sup>31</sup> Secondo la nota definizione di F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962, p. 46.

<sup>32</sup> *“La spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente”*: M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166.

<sup>33</sup> W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2009, p. 68.



relativamente a fatti specifici) e a valutazioni diverse sulla congruità delle pene, vuoi quanto a giustizia, vuoi (nell'ottica della prevenzione) quanto a prognosi sugli effetti, per loro natura opinabili e incerte.

Ben intenzionate ideologie cercano di conciliare efficienza e giustizia, prevenzione efficace e 'giusta' retribuzione. Non sono problemi che possano essere risolti con formule consolatorie: la *necessità politica* del minacciare pene non dà alcuna garanzia sulla *giustizia* delle pene minacciate e inflitte. L'*idea dello scopo* non è sufficiente a giustificare i mezzi, sui quali restano aperti i problemi di giustificazione etico-politica.

Nelle emozioni relative al penale entrano in gioco esigenze di riconoscimento e pretese di ritenuta giustizia retributiva. Il dolore delle vittime invocato come criterio di commisurazione severa; il grido di chi vede *ucciso di nuovo* un proprio congiunto nella derubricazione da delitto doloso a delitto colposo, o in una misura di pena ritenuta troppo mite. Sono sentimenti che mostrano l'incommensurabilità di principio fra il male dell'offesa, nella sua oggettività e irrimediabilità (tutte le morti sono uguali), e la misura di una risposta che tiene conto anche di altri fattori (e che potrebbe non esserci, per mancanza o per mancata prova della colpevolezza di qualcuno).

Nelle radici mitiche della nostra civiltà il sentimento delle vittime è impersonato dalle Erinni, che nella giustizia della *polis* possono entrare (ed è bene che entrino) trasformate in Eumenidi. La voce del giudizio non è la voce di una parte. La *polis* ha bisogno di una *giustizia della misura*<sup>34</sup>. *Est modus in rebus, sunt certi denique fines / quo ultra citraque nequit consistere rectum*<sup>35</sup>.

La dismisura e l'appiattimento verso l'alto sono discutibili non solo sul piano della giustizia<sup>36</sup>, ma anche controproducenti rispetto al fine dichiarato della deterrenza. Ciò era ben chiaro a Beccaria: "*Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio*"<sup>37</sup>.

Nell'attuale situazione spirituale, il confronto sul penale rispecchia concezioni diverse e contrapposte. Ad uno sguardo d'insieme, il discrimine di fondo oggi in Italia è fra un approccio razionale (il penale *farmakon*, salvo poi a discutere sulla qualità e sulla dose preferibile) e l'approccio populista a politiche di espansione indefinita (nel loro linguaggio, il penale-spazza). In concreto, si fronteggiano politiche che puntano al meno

<sup>34</sup> F OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, Bologna 2007, p. 145.

<sup>35</sup> ORAZIO, *Satire*, I, 1, v. 106-107.

<sup>36</sup> Si pongono i problemi di *proporzione*, su cui da tempo si è sviluppata, una significativa giurisprudenza costituzionale, a partire da Corte cost. n. 26/1979: Nella fase recente, basti ricordare le sentenze n. 236/2018, n. 222/2018, n. 40/2019.

<sup>37</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. VI. Questo punto era già ben chiaro, nel secolo XVI, a TOMMASO MORO (*Utopia*, Bari, 2006, p. 30): "*Quando un malandrino vedesse che, condannato per furto, non corre minor pericolo che se fosse convinto anche di omicidio, da questa sola riflessione si sentirà spinto ad ammazzare colui, che altrimenti avrebbe soltanto svaligiato, e ciò pel fatto che non solo, se è sorpreso, non corre maggior pericolo, ma anche che, a uccidere, c'è maggior sicurezza, maggior speranza di non esser scoperto, una volta levato di mezzo chi poteva denunciarlo. A questo modo, quando cerchiamo di atterrire con troppa crudeltà i ladri, li lanciamo allo sterminio di galantuomini*".

penale possibile (in particolare al meno carcere) e politiche che chiedono più carcerazione, non solo minacciata, ma effettiva.

Fra i punti del confronto: principio di legalità penalistica come *magna charta* dei diritti, garanzia di certezza d'azione, *versus* riduzione a *certezza della pena*. Risposte al reato che, facendo valere il principio responsabilità, puntino alla riparazione delle offese e alla ricostituzione di legami sociali, *versus* pene che puntino sull'esclusione. Eguale rispetto *versus* contrapposizione fra noi e loro, i sommersi e i salvati. Diritto penale liberale, sulla strada aperta dal nostro Beccaria, *versus* diritto penale del risentimento (o del nemico). Società aperta *versus* società chiusa. Il linguaggio del penale-spazza è quello del criminale governatore della prigione nel *Fidelio* di Beethoven: *dem Staate liegt daran, den bösen Untertan schnell aus dem Weg zu räumen*<sup>38</sup>, il cattivo va spazzato via facendolo marcire in prigione.

7.2. Un comunicato della AIPDP, Associazione Italiana Professori di diritto penale, su *input* del congresso di Torino del 9-10 novembre 2018, ha evidenziato la tendenza verso un "*penale perpetuo. Più ergastolo, è il senso della proposta di escludere il giudizio abbreviato per i delitti puniti con tale pena. Ma anche sanzioni interdittive perpetue, Daspo perpetuo, blocco della prescrizione. Giustizia infinita. E ad impatto carcerario massimo*"<sup>39</sup>.

Per la giustizia penale il *fattore tempo* è un dato di realtà: pene detentive incidono sui tempi di vita delle persone. Le risposte a un reato commesso e giudizialmente accertato seguono a distanza di un tempo più o meno lungo; cadono dentro scenari di vita, dei quali l'ingresso in carcere è una rottura. La considerazione dei tempi di vita delle persone è un elemento importante per la determinazione ragionevole delle pene edittali e delle risposte in concreto.

La giurisprudenza costituzionale recente (in sentenze che meriterebbero maggiore attenzione e valorizzazione) ha dato rilievo a condotte susseguenti al reato, quali possibili segnali di *discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali*<sup>40</sup>. La *freccia del tempo* è determinante per le risposte al commesso reato: i fatti più recenti hanno maggiore rilievo di fatti remoti.

La *freccia del tempo* è importante per la strutturazione di pene la cui esecuzione si svolge nel tempo (*in primis*, ma non solo, la pena detentiva). È possibile (anzi doveroso, dice l'idea 'rieducativa' iscritta nella nostra Costituzione) costruire la pena come un percorso, che comincia con la commisurazione giudiziale e può poi snodarsi attraverso possibili varianti, costruite da istituti del diritto penale sostanziale e dell'ordinamento penitenziario.

---

<sup>38</sup> *Allo Stato interessa spazzare via velocemente dalla strada il cattivo suddito*".

<sup>39</sup> Pubblicato in [questa Rivista](#) il 23 novembre 2018.

<sup>40</sup> Discontinuità anche *radicale*: potrebbero essere *comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato*, ai quali non può essere negata, alla luce del finalismo 'rieducativo', la possibile rilevanza attenuante, anche sotto forma di attenuanti generiche, con possibile prevalenza sulla recidiva (un'aggravante agganciata al passato, a tempi che precedono la svolta ideale e/o comportamentale positiva): Corte cost. n. 183 del 2011; n. 74 del 2016:

La freccia del tempo è importante per la previsione di cause di non punibilità: il problema prescrizione, che spesso è visto dalla parte dell'autorità, è anche un problema di ragionevolezza e moralità<sup>41</sup> delle risposte al reato nel fluire del tempo e delle cose umane.

Il confronto su questi temi è ad alto tasso di politicità, sia perché si tratta di temi su cui si gioca la ricerca di consensi, sia perché è in gioco la qualità della giustizia – di più: l'ethos della convivenza nella *polis*. Per interloquire non c'è bisogno di farsi eleggere dal popolo. In una democrazia liberale, agli eletti dal popolo compete la *responsabilità* decisionale; la discussione è aperta a tutti gli appartenenti al *demos*. La cultura giuridica si colloca nell'orizzonte della libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero, garantita dai principi costituzionali<sup>42</sup>. Nella sfera pubblica noi studiosi e operatori del diritto siamo legittimati a parlare *al pari* di tutti gli altri, con *maggiori responsabilità*.

7.3. La variabilità dei sistemi punitivi – nei tempi e nei luoghi – rispecchia differenze di valutazione fortissime. Per l'identificazione di una *giusta misura* non vi sono criteri universalmente condivisi. La giustizia di una pena – legalmente prevista e/o giudizialmente applicata, o semplicemente proposta – è *sempre discutibile sul piano etico-politico*.

Prendere sul serio l'ethos liberale implica il prendere le distanze dalla pretesa che la contingente valutazione di un ordinamento giuridico, o la nostra valutazione personale, siano *la giustizia punitiva tout court*, *la giusta misura* o la migliore di tutte.

Lungi dall'esonerare da riflessioni e argomentazioni sulla giustizia dei modi del minacciare e punire, *l'irriducibile discutibilità dei modelli punitivi* dovrebbe essere tematizzata dalle teorie sulla pena, come premessa uno stile di riflessione e discussione che tenga conto delle differenze fra le concezioni di giustizia penale presenti nella società, e della differenza concettuale (e del possibile scarto concreto) fra diritto e giustizia.

---

<sup>41</sup> Sia consentito di rinviare a D. PULITANÒ, *La moralità della prescrizione*, in *Criminalia*, 2017, p. 411 ss.

<sup>42</sup> Ce lo ricorda un autorevole penalista: W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 68.