

LA CULTURA GIURIDICA E LA FABBRICA DELLE LEGGI

di Domenico Pulitanò

Sommario: 1. Un contropotere senza potere. – 2. La cura dei principi. – 3. La dimensione politica. – 4. Un dialogo possibile. – 5. Fra tecnica e politica. – 6. La cultura giuridica di fronte alla politica.

1. Un contropotere senza potere.

Un convegno promosso dalla Associazione italiana dei professori di diritto penale ha posto il tema del *possibile dialogo fra scienza e legislazione penale*¹. Questo scritto presenta alcune riflessioni dall'angolo visuale del giurista non appartenente al mondo politico dei facitori delle leggi; la scelta del titolo intende sottolineare che il tema interessa una *cultura* giuridica penale che non è mera *scienza*, e una *fabbrica* delle leggi che non è un laboratorio scientifico².

Sia come scienza in senso stretto, sia come cultura pregnata di valori, la cultura giuridica penale si colloca nell'orizzonte della libertà di pensiero, garantita dai principi costituzionali³; sceglie i suoi oggetti d'indagine, determina da sé i suoi metodi. Può essere definita un *contropotere critico*⁴? Sarebbe il *potere del sapere e della ragione, scompagnato dal potere come autorità decisionale, libero di fronte all'autorità, liberamente discutibile sul piano suo proprio*⁵.

Potere decisionale è quello del legislatore (qui ci interessa il legislatore penale): potere (e responsabilità) di assumere, nel rispetto di alcuni vincoli, *decisioni di politica del diritto* entro un campo di alternative possibili, confrontabili secondo valori non di verità o falsità entro una logica binaria, ma di (maggiore o minore) adeguatezza a determinati scopi e/o a principi di giustizia.

Partecipare al gioco del legislatore (con compiti istituzionali di collaborazione o come partecipanti alla sfera pubblica) significa entrare su un terreno diverso da quello

¹ "Il laboratorio delle leggi. Un dialogo possibile tra scienza e legislatore penale". Roma, 16 ottobre 2015.

² Debbo quest'ultima osservazione a Francesco Palazzo (intervento nel convegno citato).

³ Ce lo ricorda uno dei più autorevoli penalisti del nostro tempo: W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 68.

⁴ Così propone M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, Bologna, 2015, p. 75 s. (citazione da p. 84).

⁵ La scienza di un'epoca comprende non solo le acquisizioni di conoscenza, ma anche *wissenschaftliche Verirrungen*, errori della scienza (G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1973, p. 88). Nel concetto di scienza raggruppiamo studi che hanno e studi che non hanno avuto successo, caratterizzate da un impegno a servire la verità, mediante l'esercizio di quelle che sono state definite virtù della verità o *truthfulness*: sincerità soggettiva ed accuratezza obiettiva nell'impegno per la verità (B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Roma, 2005).

della scienza in senso proprio, se per tale intendiamo un'impresa finalizzata ad acquisire ed elaborare conoscenze. Il penale è una risposta a problemi della *polis*, affidato alla politica nelle forme del principio di legalità.

Nelle democrazie liberali, la formazione delle leggi è (per definizione) uno spazio aperto alla discussione, a un confronto fra opinioni cui tutti gli appartenenti al *demos* (non solo i legislatori) hanno titolo a partecipare. Opinioni e scelte: *doxa*, non *aletheia*. Non è un modello di democrazia liberale il mito platonico della Repubblica governata dai filosofi, la riduzione della politica a questioni di verità (in versione moderna, il governo dei tecnici⁶). La c.d. *scienza della legislazione* offre conoscenze pertinenti a problemi e a tecniche di disciplina, ma non assorbe il confronto e conflitto, la volontà politica, la decisione.

L'apporto (non scontato) che la cultura giuridica può dare all'officina legislativa è la produzione di cultura: far bene il nostro mestiere di studiosi. Studiosi di problemi prima che di norme di un ordinamento positivo: problemi di disciplina della convivenza cui gli ordinamenti positivi danno risposte storicamente contingenti, buone o cattive.

Come appartenenti alla cultura penalistica, possiamo portare (se ne siamo all'altezza) un contributo specifico di conoscenze relative sia al mondo delle norme che al mondo dei fatti, rientranti nell'orizzonte di una scienza *wertfrei*, non dipendente da premesse di valore. Possiamo inoltre portare un patrimonio di cultura più complesso, intessuto di ragioni, valori e principi che sono divenuti parte costitutiva della nostra storia e civiltà giuridica.

La cultura giuridica si interessa di *rationes* rilevanti per il diritto: per il diritto positivo e le istituzioni dello *jus-dicere*, ma anche per l'esercizio della *voluntas* di autorità competenti a porre il diritto. Un ruolo (diretto o indiretto) nel mondo dei legislatori i giuristi lo hanno sempre avuto⁷.

2. La cura dei principi.

Porre il problema di *ragioni* rilevanti per il legislatore penale, significa riflettere sui limiti della potenza di un legislatore che non è onnipotente, né nella scelta dei fini, né nella scelta dei mezzi.

Vi sono vincoli 'di principio' posti da principi sovraordinati al legislatore nazionale, la cui cura è affidata, sul piano istituzionale, a istituzioni di garanzia, con le quali la cultura giuridica è in circuito.

L'esperienza italiana ha mostrato l'importanza dei circuiti culturali e istituzionali che collegano la cultura giuridica accademica, la magistratura ordinaria e la Corte costituzionale. Significative trasformazioni del diritto penale, nei decenni della Repubblica, sono state direttamente realizzate dalla giurisprudenza costituzionale, o

⁶ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, Milano, 2014.

⁷ Per un quadro generale, cfr. gli atti del convegno su 'Giuristi e legislatori', tenuto a Firenze nel settembre 1996, pubblicati da Giuffrè, 1997, a cura di Paolo Grossi.

stimolate da nuove visioni del volto costituzionale del problema penale, che la cultura giuridica ha contribuito ad elaborare.

Rispetto al lavoro legislativo, questo aspetto ha avuto e ha un significato fondamentalmente di critica, di contropotere. Fin dai primi tempi la giustizia costituzionale ha svolto una funzione di supplenza, rispetto a ritardi e resistenze politiche nella ristrutturazione del modello ereditato dal regime fascista. Fra gli apporti 'di sistema' mi piace ricordare la ristrutturazione (almeno sulla carta!) degli istituti della colpevolezza, a partire da Corte cost. n. 364/1988, e delle misure di sicurezza. Nella fase più recente, la forza dei principi ha arginato slittamenti autoritari della legislazione securitaria; fra le applicazioni più significative, la dichiarazione d'illegittima di una norma simbolo (l'aggravante della clandestinità) con una motivazione che addita principi rilevanti per la complessiva struttura del sistema (Corte cost. n. 249/2010).

Accanto ai principi specifici del sistema penale, sono stati valorizzati i diritti di libertà come limiti (alcuni invalicabili) al diritto penale, e il principio d'uguaglianza quale principio generale di struttura dell'ordinamento, la cui rilevanza per il diritto penale è progressivamente emersa nella giurisprudenza costituzionale, soprattutto (ma non esclusivamente) su questioni attinenti al sistema sanzionatorio (un filone che nasce con la sentenza n. 26/1979 e arriva ad oggi, con la sentenza n. 185/2015). Un sistema penale emancipato dall'ideologia retributiva, ma non dall'attenzione a *criteri di giustizia*, trova nel principio d'uguaglianza un criterio che, senza la pretesa di imporre soluzioni bloccate, pone vincoli di coerenza intrasistemica (potremmo dire: di proporzione) oltre che di coerenza con i principi "materiali" del sistema dei reati e delle pene.

Sulla concretizzazione dei principi, il dialogo e confronto è sia con il legislatore (con la politica) sia soprattutto con la giurisprudenza. Se e quando ci preoccupiamo di crisi della legalità, la discussione riguarda direttamente i modi in cui la legalità viene applicata⁸. Anche per la messa a fuoco dei problemi di politica legislativa, le politiche giudiziarie penali sono un aspetto significativo: contingenti risposte che possono sollevare problemi.

E' bene ricordare che le Costituzioni (e le altre Carte dei diritti) non sono l'orizzonte ultimo dei problemi di politica penale. L'orizzonte della riflessione sul diritto – e delle possibili politiche del diritto – non è delimitato da Carte di sorta, nemmeno dalle Costituzioni più avanzate, ma è l'orizzonte della libertà della cultura.

3. La dimensione politica.

Avventurandosi nei problemi di politica del diritto penale⁹, il giurista entra a contatto con approcci anche diversi dal suo, e più complicati. Democrazia e principio di

⁸ Ho svolto alcune riflessioni in D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 29 s.

⁹ I penalisti, non solo in Italia, usano la formula "politica criminale", che evidenzia soltanto un aspetto del problema penale. Ma le istituzioni penalistiche hanno a che fare con molto più che con la politica di contrasto alla criminalità: hanno a che fare con equilibri fondamentali fra autorità dello stato e diritti e libertà delle

legalità significano *poteri di scelta politica* negli spazi lasciati aperti dai principi. Il giurista pensa (illuministicamente) al diritto penale come risposta a problemi di tutela di interessi importanti, secondo criteri di giustizia e/o di razionalità rispetto agli scopi. Nell'ottica del politico, questi aspetti si intrecciano con altri, legati alla politica come rappresentanza d'interessi e come ricerca di consenso. Sono (nel bene e nel male) aspetti costitutivi del gioco democratico, dentro il quale si giocano anche le partite concernenti il penale.

Molti problemi della politica legislativa penale sono legati alla sua natura di strumento potente di autorappresentazione politica. Nella selezione dei delitti e nella statuizione legale di pene si rispecchia una ricognizione politica di bisogni di tutela e (in qualche misura) di giustizia, in parte radicati in strutture elementari ed universali della convivenza fra uomini (non uccidere, non rubare, non imbrogliare), in parte legati a variabili storiche, a strutture di potere, a concezioni diverse (anche molto diverse) dell'uomo e del mondo. Il catalogo dei reati e delle pene è un luogo di scelte politiche che presentano costanti di lunga durata, e variabili legate a indirizzi politici contingenti.

Il diritto penale ben si presta a esprimere scelte e valori sotto il segno di politiche penali 'di lotta', di qualsiasi colore, spesso di un largamente condiviso *politically correct*, sia di destra che di sinistra¹⁰. Sta qui la radice delle tendenze espansive del diritto penale, su scala mondiale. Le politiche penali vanno incontro a bisogni di sicurezza, che chiedono rassicurazione: *"gli uomini colgono solo il volto amichevole del Leviatano, quello che restituisce sicurezza, ignorando il pericolo della sua tirannia"*¹¹. La politica ha il compito di far funzionare correttamente il Leviatano, cioè i meccanismi dell'autorità e della coercizione.

La cultura penalistica si preoccupa del volto autoritario del Leviatano, dei pericoli dello strumento penale, dell'espansione di divieti e punizioni. Ci sentiamo custodi dei limiti invalicabili all'uso della coercizione, posti dai principi del diritto penale liberale.

Siamo esposti, forse più di altri, alla suggestione del platonismo democratico, se è vero che *"l'identificazione del giudizio giuridico con il giudizio politico è uno dei principali sintomi dell'infiltrazione epistemica nel proceduralismo democratico"*¹². I discorsi della cultura giuridica sono un aspetto – non privilegiato rispetto ad altri – dell'esercizio delle libertà politiche dei cittadini nella sfera pubblica pluralistica.

persone: fra individuo e stato, autorità e libertà. Preferisco la formula *"politica del diritto penale"*, che pone in esplicito rilievo la dimensione *normativa* del problema penale.

¹⁰ Con le armi del penale, politiche securitarie proclamano di lottare contro le forme tradizionali di criminalità, le mafie, la criminalità organizzata, la piccola criminalità di strada. Si può lottare, più modernamente e con sentimento progressista, contro nuovi pericoli della società del rischio (per es. l'inquinamento dell'ambiente), particolari forme di criminalità violenta venute alla ribalta (per es. violenza sessuale), e via via elencando i possibili nemici di turno. In Italia è da tempo divenuto cruciale il problema del malaffare sistemico (Tangentopoli). Nel recente periodo compaiono l'omofobia, il razzismo, il negazionismo, l'immigrazione irregolare, gli omicidi bianchi sulle strade o nei luoghi di lavoro.

¹¹ TH. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, p. 75 s. (citazione da p. 85).

¹² N. URBINATI, *op. cit.*, p. 115.

La politica è interessata a ragioni che non coincidono con quelle di cui la cultura giuridica si fa portatrice. Sta qui un punto di tensione – e di difficoltà di dialogo – fra l’ottica della politica e quella della cultura giuridica. Non è un conflitto non fra razionale e irrazionale, ma fra ragioni contrapposte; qualche volta (molte volte) fra ragioni di giustizia ed altre che non lo sono, ma che non mancano di una loro razionalità, talora quella di un autoritarismo più o meno efficace, talora quella della ricerca di consenso politico.

Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale¹³ come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata¹⁴. Nel campo di battaglia della politica a tutto tondo, il penale non è una pura risorsa tecnica, quale che ne sia il rivestimento retorico e ideologico. Di fronte a domande (di tutela o di ritenuta giustizia) provenienti dalla società e trasmesse dai *media*, la politica cerca risposte volte principalmente a coagulare consenso. La rappresentazione può essere politicamente più importante dell’efficacia reale; i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidono.

Nelle aule parlamentari e nello spazio pubblico – ha scritto su una rivista penalistica un autorevole uomo politico di formazione penalistica – “*il primato della sanzione prescinde dalla natura dell’oggetto e dalla coerenza del sistema [...] È determinato da motivazioni di carattere strumentale nelle quali il tipo e la misura sono scelti non per stabilire un’equa punizione, ma per acquisire consenso davanti all’opinione pubblica*”, talora per altre motivazioni strumentali: “*per impedire la prescrizione, per consentire le intercettazioni*”. Conseguenze? Può essere la “*alterazione della proporzione tra gravità oggettiva del reato ed entità della sanzione*”, secondo “*nuove gerarchie di valori, spesso prive di razionalità giuridica [...] dettate dallo spirito del tempo, dalla convenienza politica, dalle pressioni di giornali e talk show*”. Sullo sfondo, “*un blocco mediatico che ha eletto la giurisdizione penale come unico terreno di governo del paese, di legittimazione degli amici e di delegittimazione degli avversari*”¹⁵.

Sono parole forti, rappresentazione retoricamente semplificata ma realistica di taluni aspetti dello *spirito del tempo*. I problemi sollevati interpellano sia la politica che la cultura e le prassi del mondo penalistico.

Acquisire consenso davanti all’opinione pubblica non è una motivazione di giustizia. E’ però un aspetto della politica, e segnatamente della democrazia politica. Anche della politica nel senso nobile del termine, con rischi di scivolamento nella *politique politicienne*.

4. Un dialogo possibile.

Un dialogo fra cultura giuridica e legislatore, nel senso di contatto diretto, è *ovviamente* possibile, in un orizzonte di libertà. Per entrambe le parti è una scelta che può essere fatta, o non fatta. Come giuristi non appartenenti al mondo delle istituzioni

¹³ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 s.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull’attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, p. 123 s.

¹⁴ Cfr. il capitolo dedicato al populismo da N. URBINATI, *op. cit.*, p. 177 s.

¹⁵ Cfr. L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 199.

politiche, possiamo dirci disponibili a un dialogo la cui effettività non dipende da soltanto da noi.

La comunità dei giuristi accademici non è un'entità politica. Possono esserlo organismi che rappresentano interessi, come le libere associazioni di magistrati e avvocati. Una comunità scientifica non è, in quanto tale, portatrice di interessi diversi dalla libertà di ricerca e di pensiero. La sua possibile rilevanza politica ha radice nella indipendenza politica della cultura – che è indipendenza di ciascuno studioso – e nella capacità di produrre cultura; di essere davvero un contropotere critico, munito di autorevolezza (e non di autorità d'altro genere).

Quanto alle modalità di rapporto con la politica, abbiamo ovviamente il diritto di scegliere. Possiamo arroccarci in una illuministica torre d'avorio, e dire liberamente ciò che riteniamo giusto dire, senza preoccuparci di come sia recepito. Possiamo scegliere di avvicinarci o di accettare inviti a entrare nell'officina legislativa, accettando le regole del gioco politico: un gioco finalizzato a risultati realistici, del quale fa parte la ricerca di ragionevoli compromessi, e anche, ovviamente, il confronto critico.

5. Fra tecnica e politica.

Un contributo essenziale che ci si attende dalla scienza giuridica riguarda gli aspetti tecnici del prodotto legislativo: la qualità del linguaggio, la coerenza del sistema, la corrispondenza del prodotto legislativo alle intenzioni (ove riconoscibili) del legislatore. La cura di questi aspetti, tecnici e non propriamente politici, ma di fondamentale importanza per la 'riuscita' del messaggio legislativo, si avvale di uffici tecnici, in particolare (ma non solo) del Ministero della giustizia. A livello tecnico, il dialogo fra legislatore e scienza giuridica dispone di luoghi istituzionali.

Nel contesto penalistico anche aspetti tecnici hanno una forte valenza di politica del diritto, per l'importanza che in materia penale ha l'esigenza di determinatezza, incorporata nel principio di legalità. La cattiva qualità tecnica è un fattore di crisi della legalità penale e di un'ambigua espansione degli spazi d'esercizio del potere giudiziario.

Proprio là dove si tratti di introdurre novità significative, la comunicazione può risultare più difficile, per la necessità di ricorrere, *propter egestatem linguae et rerum novitatem*¹⁶, a moduli linguistici nuovi e non consueti, magari scontrandosi con la durezza ed i limiti dei mezzi linguistici a disposizione; ed è necessario fare i conti con i messaggi legislativi del passato. La formulazione di nuove leggi ha un vitale bisogno di essere *controllata nella sua effettiva capacità di comunicare* quanto intenda comunicare, anche utilizzando un'ermeneutica del sospetto, sospettosa cioè di possibili fraintendimenti¹⁷.

¹⁶ LUCREZIO, *De rerum natura*, I, p. 139.

¹⁷ Un infortunio tecnico, sotto questo aspetto, è la riforma delle false comunicazioni sociali nella legge n. 69 del 2015. Un legislatore avveduto avrebbe dovuto (e potuto agevolmente) evitare l'insorgere del problema interpretativo circa le valutazioni estimative, che già era stato sollevato prima della approvazione definitiva ed è subito emerso nella giurisprudenza.

Per quanto concerne i contenuti della legislazione penale, non vi sono aspetti puramente tecnici: tutto può assumere un significato politico, conforme o difforme dalle intenzioni del legislatore.

Su questo piano anche un sapere 'scientifico' *wertfrei* (non dipendente da premesse di valore), di *qualsiasi* scienza, può essere prezioso, può mettere in campo conoscenze utili per un controllo di razionalità tecnica delle opzioni normative, rispetto agli scopi dichiarati. Può servire per valutazioni prognostiche nella discussione *de jure condendo*, e per un successivo monitoraggio degli effetti. Può servire, in particolare, per la critica di approcci che diano per scontata l'equazione fra *più penale e maggiore tutela*, premessa di derive populiste, che talora si insinua anche nel linguaggio dei giuristi, là dove un aumento di pena viene definito, sol perché tale, come tutela rafforzata.

Rilevare l'ideologia implicita o usi manipolativi del linguaggio (politico o giuridico), presupposti erronei o prognosi sbagliate, è analisi *wertfrei*, e non politica. Proprio in questo sta la sua possibile rilevanza politica: non diversamente da come la rilevanza politica della funzione giurisdizionale sta nell'esercizio imparziale dell'accertamento dei fatti e del controllo di legalità.

Di carattere tecnico è anche la critica che additi i costi del proliferare di norme superflue, per es. fattispecie speciali o circostanze aggravanti che moltiplicano l'immagine di un legislatore seriamente impegnato nell'incriminare e punire (molte nuove norme non fanno che punire più severamente il già vietato). Sono modalità tipiche del populismo penale a livello legislativo, il cui ipotizzabile effetto pratico è un aggravio del lavoro dei professionisti del *law enforcement*: norme inutili producono lavoro inutile, e almeno in questo sono dannose.

Come giuristi ci appassioniamo a critiche tecniche anche di dettaglio. Non vorrei sopravvalutarne l'importanza. Ma fra aspetti tecnici e politici possono esserci intrecci gravidi di conseguenze.

Un esempio: la modulazione delle pene edittali *per impedire la prescrizione*, o *per consentire le intercettazioni*¹⁸ (teoricamente si potrebbe anche ipotizzare il contrario). Ho ripetutamente richiamato l'attenzione sugli effetti del *linkage* rigido fra tempi di prescrizione e massimi edittali, nella novella del 2005: l'insieme dei tempi di prescrizione è divenuto meno compatto (i tempi di prescrizione mutano da reato a reato) e meno stabile; in prospettiva, *qualsiasi* modifica dei massimi edittali (al di sopra della soglia dei sei anni di reclusione) diviene un *fattore di instabilità* dei tempi di prescrizione. Come hanno evidenziato le discussioni sulla riforma in materia di concussione e corruzione, l'equiparazione *tout court* dei tempi di prescrizione con i massimi edittali è un vincolo pesante su riforme che intendano andare in direzione di un abbassamento di massimi edittali (cui corrisponderebbe automaticamente una riduzione del tempo di prescrizione).

E' analisi 'scientifica', di per sé *wertfrei*, anche il rilevare che, a seguito della modifica del modello codicistico introdotta dalla novella del 2005, i tempi di prescrizione dei delitti di media o elevata gravità non sono più predeterminati da scelte 'di parte

¹⁸ L. VIOLANTE, *loco cit.*

generale', ma sono fatti dipendere pedissequamente dalla contingente molteplicità e varietà dei massimi edittali, stabiliti da legislatori della parte speciale, in tempi diversi, secondo criteri di politica sanzionatoria e non già in base a valutazioni relative al tempo dell'oblio. Con riguardo alle ragioni dell'istituto 'prescrizione', questa scelta può essere valutata come frutto di insipienza tecnica: a meno di non sospettare che il *linkage* introdotto nel 2005 risponda (e continui a rispondere) ad interessi politici, legati a possibilità di usi strumentali di varia natura. O forse alla difficoltà politica di prendere e dichiarare una posizione ben definita sulla determinazione dei tempi dell'oblio: un problema su cui anche nella cultura giuridica vi sono approcci differenti.

Il controllo di razionalità tecnica è un contributo importante che la scienza giuridica può dare. Sul piano politico, la critica tecnica non è di per sé conclusiva. Scelte relative al dover essere non sono deducibili da sole premesse di fatto, dice la c.d. legge di Hume. Rispetto ai problemi più spiccatamente politici, cioè di bilanciamenti d'interessi o scelte di valore, il dialogo è fra politiche diverse. Mondo politico e cultura giuridica possono dialogare, comporsi e scomporsi in molti modi. Il giurista che entra nel dialogo come giurista farà bene a dismettere ogni pretesa di superiore scientificità. Nel gioco della democrazia ciascuno è una libera voce fra tante altre.

6. La cultura giuridica di fronte alla politica.

Come giustificazione di fondo del diritto penale, suona *politically correct* evocare l'idea della stretta necessità o *extrema ratio*, di ascendenza illuministico-liberale (Beccaria). In una riformulazione suggestiva, la *giustificazione* del punire starebbe nel: *poter far valere che, senza la comminazione ed esecuzione della pena, il mondo si troverebbe in una condizione peggiore*¹⁹. Sull'individuazione delle necessità del penale c'è disaccordo. Qualsiasi manovra sulle incriminazioni e sulle pene, anche la più autoritaria, adduce una qualche necessità o stringente opportunità d'intervento.

Con inevitabile schematismo, propongo un quadro (poco più che un indice) di argomenti di un possibile dialogo fra cultura giuridica e mondo politico.

6.1. *Problemi di perimetrazione dell'area del penalmente rilevante*: hanno a che fare con la politica delle libertà generali dei consociati. In un orizzonte in cui principi di libertà appaiono passabilmente consolidati, discussioni aperte riguardano materie eticamente sensibili (non solo la bioetica, ma anche aspetti culturali profondi, come laicità e religione) o la regolazione di attività legittime che possono mettere in pericolo interessi meritevoli di protezione (diritto penale degli affari, discipline 'di sicurezza', diritto dell'ambiente). Nella costruzione (o restrizione) di precetti, i punti controversi si legano a sensibilità e culture che vanno ben oltre la dimensione specificamente penalistica, relativa cioè alle sanzioni.

¹⁹ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 68 s.

Specificamente penalistici sono gli aspetti tecnici di tipizzazione di fattispecie ben definite. I contenuti sono oggetto di riflessioni e discussioni in campi culturali diversi, talora non fra loro comunicanti, ma che sarebbe bene entrassero in comunicazione.

Per quanto concerne la disciplina generale del reato, la cultura giuridica ha elaborato concetti e principi (la teoria del reato) che sono divenuti la struttura di fondo degli ordinamenti delle moderne democrazie liberali: la base razionale di sistemi che per tanti aspetti restano pieni di difetti. I criteri di attribuzione di responsabilità incorporano criteri di razionalità e ragionevolezza storicamente affinati. Sui temi e problemi di parte generale, passi avanti sono stati compiuti per interventi di istituzioni di garanzia (vedi la giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza). Punti critici mi sembrano tuttora gli istituti che per così dire espandono la tipicità penale: concorso di persone, omissione.

Su questi problemi, che sarebbero al centro di una riforma complessiva del codice, ravviso punti di crisi nella applicazione giudiziaria (in filoni di ben intenzionato e moralistico autoritarismo) più che nella legislazione, pur essa, peraltro, bisognosa di non pochi né marginali interventi. Si tratta di campi privilegiati per la riflessione teorica, e per il dialogo fra dottrina e giurisprudenza, prima che fra dottrina e legislatore.

6.2. *Problemi di risposta al reato.* Sul versante delle sanzioni il sistema poggia su fondamenti discutibili e discussi. Le scelte legislative (politiche) relative alla pena sottendono bilanciamenti fra il peso del reato (del *tipo di reato*) e il valore della libertà personale: bilanciamenti per i quali non disponiamo di un metro obiettivo o condiviso. La propensione a sopravvalutare il peso delle esigenze repressive, che vediamo politicamente gestita in chiave di ricerca di consenso, si lega ad aspetti più profondi della società di cui si cerca il consenso: a richieste di sicurezza e a radicate concezioni di giustizia retributiva (o vendicativa?), alimentate da paure vecchie e nuove, in contesti (spesso) di relazioni incattivate e di diritti violati; sentimenti talora sublimati (e sfigurati) nell'ideologia della vittima²⁰.

Violenza diffusa e violenza della legge punitiva sono speculari, oggi come in passato²¹. Con riguardo alle pene edittali, il teatro della politica preferisce rappresentazioni di *rigore crescente*: l'aspetto simbolico prevarica su tutti gli altri. Dentro confini in qualche punto ridisegnati (ristretti) da principi costituzionali, e in controtendenza a riforme di parte generale, la legislazione di parte speciale, nei decenni della Repubblica, è andata prevalentemente nella linea di una maggiore severità.

C'è da dire che, sotto la pressione della Corte EDU, abbiamo vissuto una fase di politica legislativa che si è fatta carico del problema del sovraffollamento carcerario. Un messaggio importante, tutto orientato nel senso di una riduzione del carico penalistico, venne lanciato nell'ottobre 2013 dall'allora Presidente della Repubblica. Novità significative sono state introdotte con la legge n. 67 del 2014, supportate dal consenso

²⁰ D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Roma, 2014.

²¹ "I paesi e i tempi dei più atroci supplizi furon sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario": Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, §. XXVII.

della cultura penalistica, ma non ben digerite nel mondo politico (di ciò sono traccia alcune curiose modifiche introdotte nel d. lgs. n. 28 del 2015). Nella politica legislativa più recente è ripartito alla grande, e con largo consenso, il *trend* degli aumenti di pena²².

Da qui la critica²³ che parla di *alterazione della proporzione tra gravità oggettiva del reato ed entità della sanzione*. Tocchiamo qui il profilo *più discutibile* (in senso letterale) del sistema penale: l'idea di una proporzione *giusta in assoluto* è un'idea regolativa che addita una meta, ma le concretizzazioni proposte sono in via di principio sempre opinabili.

Alle origini remote della nostra civiltà del diritto penale c'è il mito della trasformazione delle Erinni in Eumenidi, necessaria per una *polis* bene ordinata. Sembra ancora questo lo scenario in cui ci troviamo: come integrare, con un cambiamento di segno, le antiche dee, ispiratrici di terrore e garanti della punizione dei fomentatori di discordia, nella giustizia della città, che è *giustizia della misura*²⁴.

Come giuristi, rischiamo di seguire percorsi illuministicamente ingenui, speculari agli strumentalismi della bassa politica. Se pensiamo di dover conservare (sia pur riformato) un diritto *penale* come strumento di giusta tutela, dobbiamo avere il coraggio di guardare fino in fondo le necessità del punire: necessità non solo come limite, ma anche come *eventuale* legittimazione positiva delle risposte penali al commesso reato. L'ordinamento giuridico ha la *responsabilità di chiamare a rendere conto in forme e modi 'di giustizia'*, capaci di assicurare la tenuta delle condizioni della civile convivenza, con risposte equilibratamente severe (quando ciò sia necessario) e capaci di differenziare secondo criteri razionali, evitando rischi di iperpenalizzazione. L'aspetto simbolico, che pure è terreno di pericolose (o inutili) deformazioni del sistema penale, è un aspetto non trascurabile per una efficace comunicazione politica, anche a livello legislativo.

Sulle difficoltà della politica penale introduco un ricordo di quando nella Commissione Grosso (tre lustri fa) discutemmo dell'ergastolo. Di fronte a una proposta che andava al di fuori del disegno costituzionale (mantenere l'ergastolo in forma più stringente: gettando via la chiave, si dice in gergo) fummo tutti d'accordo nel proporre l'abolizione. Non fummo attenti al contesto politico; e nemmeno al problema come costruire una risposta adeguata anche sul piano simbolico ai massimi crimini del nostro tempo (delitti di sangue di vecchie e nuove mafie e di crescenti fanatismi).

Il discrimine fondamentale, posto dall'idea rieducativa, concerne non la comminatoria edittale, ma la sequenza successiva: la *possibilità di arrivare ad un fine pena* (a certe condizioni) quale *diritto* del condannato. La questione della comminatoria edittale può esser vista in un'ottica diversa: quale messaggio si ritenga preferibile comunicare, mediante l'enunciazione della 'pena massima' prevista per i delitti di massima gravità, e delle pene edittali in genere.

²² La legge 27 maggio 2015, n. 69, nell'insieme, è un'applaudita esibizione di aumenti di pene edittali; contiene anche esempi limite di assoluta insignificanza, come l'aumento del massimo edittale previsto per il peculato, da dieci anni a dieci anni e sei mesi.

²³ L. VIOLANTE, *loco cit.*

²⁴ Cfr. F. OST, *L'Oresteia o l'invenzione della giustizia*, in Mosè, Eschilo, Sofocle, Bologna, 2007, p. 85 s. (cfr. in particolare p. 131-145).

Di fronte alle pratiche legislative correnti, ereditate da una robusta tradizione, sento cruciale un interrogativo di questo tipo: le pene detentive comminate dai legislatori e commisurate dai giudici sono pensate come pene che possano ragionevolmente essere eseguite? O sono astrattamente pensate come deterrente, con la riserva (e l'auspicio) che possano non essere eseguite? Gli sviluppi legislativi degli ultimi decenni, aperti a istituti alternativi all'esecuzione della pena, cercano di evitare (e concorrono a contenere) effetti di sovraccarico del disastroso mondo penitenziario. Di fatto, viene mantenuto a livello legislativo un sistema sanzionatorio (di pene detentive) che ha bisogno di essere largamente disapplicato. Possiamo parlare di sistema ipocrita? Forse di ipocrisia necessaria, che non sappiamo (o non vogliamo) eliminare?

Insegnare a riconoscere *unbequeme Tatsachen* (fatti scomodi) è compito della scienza, ci ha insegnato Max Weber²⁵. Porre *domande scomode* è uno dei contributi più importanti che la cultura giuridica possa portare nel dialogo col legislatore. Domande scomode per la politica, ma anche per la cultura giuridica, chiamata a fare i conti con il carattere politicamente aperto dei problemi e delle possibili soluzioni, e con i limiti della propria capacità di elaborazione. Gli aspetti critici delle politiche del diritto penale hanno a che fare con la politica generale.

Sullo sfondo, il problema messo a fuoco dal c.d. teorema di Böckenförde: lo stato liberale "*vive di presupposti che esso di per sé non può essere in grado di garantire*", e "*questo è il grande rischio che per amore della libertà (um der Freiheit Willen) lo Stato deve affrontare*"⁽²⁶⁾. Anche il diritto penale vive di presupposti (etici e politici) che non è in grado di garantire.

Ben al di là di quanto interessi la fabbrica delle leggi, dialogo e confronto sono necessari. Anche all'interno della nostra (e di qualsiasi altra) comunità di studiosi. Cultura, dialogo, confronto sono presupposti sui quali la democrazia poggia, senza poterli dare per sicuri.

²⁵ M. WEBER, *La scienza come professione*, Milano 2008, p. 108.

²⁶ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, 2007, p. 53.