



LA SOCIETÀ PUNITIVA

Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista

SOMMARIO

| | | |
|---|--|---------|
| <i>Introduzione</i> | di Lucia Risicato | pag. 2 |
| <i>Intervento</i> | di Domenico Pulitanò | pag. 3 |
| <i>Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico</i> | di Adelmo Manna | pag. 7 |
| <i>Intervento</i> | di Carlo Sotis | pag. 14 |
| <i>Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica</i> | di Antonino Sessa | pag. 19 |
| <i>Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»</i> | di Sergio Bonini | pag. 27 |
| <i>Trascrizioni del Seminario Lavori in corso (Università di Bologna, 17 marzo 2016)</i> | a cura di Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva e Tommaso Guerini | pag. 32 |

* * * *

Introduzione

di Lucia Risicato

Questo dibattito è nato online dopo una lettera dell'amico e collega Carlo Sotis al Consiglio direttivo dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale. I contenuti della sollecitazione intellettuale non potevano lasciarci indifferenti: ci si chiedeva di prendere una posizione sulla mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, emblema inutile e dannoso di certo populismo penale dominante (e nondimeno "salvato" dalla nostra Corte costituzionale).

Lanciammo allora ai soci la proposta di farci pervenire la loro opinione sull'uso simbolico del diritto penale e sui suoi rischi. Gli scritti, disomogenei nella forma ma non certo nei contenuti, sono quelli che di seguito pubblichiamo grazie alla collaborazione amichevole di *Diritto penale contemporaneo*.

Libertà *versus* sicurezza è il *Leitmotiv* di questa originale tavola rotonda, che rappresenta un tentativo di riflettere su usi e abusi del diritto penale nell'era della complessità: un diritto penale "liquido" si forgia sempre più spesso su esigenze politiche di consenso, di assicurazione sociale, dimenticando le sue caratteristiche di *Magna Charta* del reo. La struttura di queste fattispecie è farraginoso, immateriale, addirittura irreali: mi riferisco, com'è evidente, proprio al reato di immigrazione clandestina, privo di efficacia deterrente perché dotato di un apparato sanzionatorio (l'ammenda da 5000 a 10000 euro) che si abbatte ottuso su nullatenenti disperati e ignari di una legge penale che torna ad essere *ius terribile*.

Qualcuno potrebbe dirci – e in verità ci ha detto – che il senso della sollecitazione dell'amico Sotis era più pregnante, mirando a farci schierare combattivi nel dibattito sul simbolismo penale. Non saprei dire, in verità, se tra le cause della deriva populistica imperante ci sia anche un atteggiamento di inerzia, o di rassegnato silenzio, degli studiosi. Certo è che, leggendo queste pagine, si comprende bene come nessuno di noi sia spettatore compiaciuto.

Se questo dibattito ha un senso ultimo, al di là del pregio delle riflessioni da esso scaturite, è proprio quello di ridare corpo e vigore alla nostra presenza in una sfera pubblica sempre meno polifonica. Citando Domenico Pulitanò, per essere buoni giuristi non possiamo essere solo giuristi.

* * * *

Intervento

di Domenico Pulitanò

1. L'invito del nostro Consiglio direttivo a riflettere sulle ragioni che presidono alle *scelte (o non scelte) di politica legislativa penale*, ripropone un tema che dovrebbe essere – e per molti è – una costante nello studio del diritto penale. La *prospettiva di una eventuale presa di posizione pubblica* colloca (mi pare) l'iniziativa in una dimensione di impegno ideale in un orizzonte più ampio del mondo dei giuristi.

Nell'articolo segnalato da Sotis, Ferrarella parla di *dichiarazioni di resa della politica al populismo giudiziario*, e di *strumentalizzazione delle valenze simboliche del diritto penale, in chiave di rassicurazione collettiva*. La *strumentalizzazione politica della paura* è una costante; dato nuovo è l'esplicita *dichiarazione di resa: non al populismo giudiziario, ma ad umori della gente comune*.

Ci viene naturale parlare di irrazionalità del legislatore: un giudizio che argomentiamo sul piano tecnico, in relazione alle funzioni del diritto penale additate dalle teorie giuridiche. Noi giuristi, con la nostra presta di esperti, siamo esposti, forse più di altri, alla suggestione del platonismo democratico¹, dell'idea che il governo competa ai più saggi. Dobbiamo prendere atto che la politica è interessata a ragioni che non coincidono con quelle di cui la cultura giuridica si fa portatrice, e si assume la responsabilità di rendere esplicite le sue ragioni.

Ricerca del consenso, attenzione ai giudizi e ai sentimenti della gente, efficacia comunicativa nella rappresentazione di particolari linee politiche, fanno parte, bene o male, del gioco della democrazia. La politica opera scelte fondate sull'opinione: *doxa*, non *aletheia*. *Acquisire consenso davanti all'opinione pubblica*² non è una motivazione di giustizia. È 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*.

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. Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata.

Nel gioco della democrazia, le pretese che possiamo presentare come incondizionate – e siamo legittimati a sostenere con forza nella sfera pubblica – sono

¹ Traggio questo concetto da N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, Milano, 2001.

² Un'efficace e preoccupata descrizione in L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 199.

quelle del rispetto dei principi (limiti) costituzionali, sovraordinati a un legislatore che non è onnipotente, né nella scelta dei fini, né nella scelta dei mezzi. Nel campo dei problemi aperti alle scelte politiche del legislatore (nelle forme dell'ordinaria legalità) abbiamo titolo a intervenire né più né meno degli altri soggetti della sfera pubblica pluralistica, portando le nostre specifiche competenze tecniche e le nostre (discutibili per definizione) opzioni di valore (*doxa*, non *aletheia*).

2. La questione del reato di immigrazione clandestina è fra quelle che sono state discusse anche sul piano costituzionale, sostenendo che l'incriminazione dell'ingresso o trattenimento irregolare sarebbe priva di legittimazione alla stregua dell'idea di tutela di beni giuridici. È un argomento retoricamente forte, che la dottrina penalistica talora utilizzanella critica di norme penali vigenti o di proposte di nuove norme. La questione dell'immigrazione è arrivata davanti alla Corte costituzionale, e la tesi dell'inesistenza di un bene giuridico tutelato è stata disattesa (sentenza n. 250 del 2010). Giustamente disattesa: la penalizzazione dell'immigrazione irregolare ha a che fare col controllo dei flussi migratori. Per ogni singolo migrante irregolare, possiamo parlare di microviolazione, il cui insieme dà corpo a un problema sentito e sofferto, oggi dirompente.

Parlare di inesistenza di un bene giuridico significa azzerare il problema, sostenendo che non c'è un oggetto legittimo. In relazione a problemi come l'immigrazione o il negazionismo, tale impostazione mi è sempre parsa una ben intenzionata ingenuità dottrinale, incapace di guardare in faccia la realtà dei fatti, e di esigenze che altri sostengono con forza. Ritorno su questo aspetto, perché mi sembra importante per una riflessione critica (autocritica) sulla nostra cultura, sui nostri concetti, e sul nostro lessico, talora autoreferenziale.

In materia di disciplina dell'immigrazione, c'è stata strumentalizzazione populistica quando il reato è stato introdotto, seguita oggi dalla resa al populismo pur con l'acquisita consapevolezza che l'incriminazione non solo non serve, ma è dannosa, pregiudizievole per la funzionalità del sistema. Emerge qui con particolare evidenza il nodo *politico* delle *ragioni* che il legislatore valuta (bene o male) e alle quali consapevolmente orienta le sue scelte.

Un discorso *politico* sulla *irrazionalità tecnica* del reato di immigrazione clandestina deve farsi carico anche delle *ragioni* che rendono grave e profondamente sofferto il problema dell'immigrazione. Una discussione seria non può non partire dalla presa d'atto della tensione fra l'universalismo dei diritti umani e il particolarismo della cittadinanza. È interesse e diritto degli Stati disciplinare gli ingressi nel proprio territorio. Anche strumenti penali possono servire, per es. contro i trafficanti di esseri umani (gli scafisti). Per quanto concerne i migranti, le ragioni che possiamo opporre contro l'uso del penale sono non soltanto di funzionalità tecnica, ma anche di natura etico-politica. Per quanto non illegittima dal punto di vista di interessi statuali, lo stigma dell'incriminazione non è moralmente sostenibile avendo riguardo all'insieme dei potenziali destinatari (anche al netto dei richiedenti asilo); manifestamente

insostenibile per le folle di disperati che arrivano coi barconi o altri mezzi di fortuna nella nostra Europa (e che costituiscono un problema politico oggi fra i più gravi).

3. Tutti gli argomenti segnalati nella lettera del nostro Presidente riguardano le risposte all'illecito: l'uso simbolico del penale invece di altre tecniche (immigrazione irregolare), l'entità delle sanzioni (omicidio stradale, criminalità organizzata). Esempi di legislazione volta a soddisfare bisogni emotivi, carica di significati di autorappresentazione politica, che si risolve in un forte aggravio delle pene minacciate e (non sempre) di quelle applicate.

Rappresentazione di rigore punitivo: è questo il senso ("razionalmente" perseguito) delle contingenti politiche penali populiste. Il profilo sanzionatorio è quello cui è meno rivolto l'interesse della dottrina. Ci piace occuparci della teoria del reato, della razionale pesatura dei presupposti della responsabilità sulla bilancia della giustizia. Sull'uso della spada – il punire – prendiamo atto che è decisione politica, e che non disponiamo di criteri assoluti di giustizia. Ci sentiamo a disagio di fronte alla pena *detentiva*, l'istituto che incorpora più d'ogni altro, nell'orizzonte della nostra modernità, il profilo punitivo di un diritto che si definisce *penale*.

Per un breve periodo, 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. Nella politica legislativa più recente è ripartito alla grande, e con largo consenso, il *trend* degli aumenti di pena. Emblematica la legge 27 maggio 2015, n. 69, salutata con un mediatico alleluja da un'altissima carica dello Stato³. Da ultimo, la legge (davvero attesa da molti) sull'omicidio stradale, che porta i livelli di pena carceraria per fatti colposi all'altezza delle pene previste per fatti criminosi dolosi gravi.

È su questo che siamo invitati a riflettere e a prendere posizione. La mia valutazione tecnica e politica di questa linea è complessivamente negativa. Vi ritrovo l'uso populistico del penale, esibizione muscolare di buone intenzioni di tutela repressiva severa.

Valutazioni più approfondite richiederebbero un esame separato di punti specifici. Per *tutte* le scelte di *politica del diritto penale* (non solo per aumenti di pena approvati o proposti) c'è da domandarsi se e quali ragioni di efficienza o di giustizia possano essere addotte a loro giustificazione.

Al di là delle valutazioni su singoli punti, propongo di allargare il campo di riflessione: da settori specifici di parte speciale ai modelli di politica sanzionatoria o di risposta al reato.

³ Fra gli inasprimenti di pena segnalo un ridicolo esempio-limite di assoluta insignificanza: l'aumento del massimo edittale previsto per il peculato, da dieci anni a dieci anni e sei mesi. Altri inasprimenti, relativi ai minimi edittali di delitti di associazione, prefigurano dosi massicce di più carcere.

A: una riflessione *sulle misure assolute di pena, in particolare delle pene detentive*. La corrispondenza fra reato e sanzione è l'aspetto della politica penale più aperto alla discrezionalità politica del legislatore, cioè a valutazioni discutibili nella sfera pubblica pluralistica, fuoriuscenti dalla razionalità della teoria del reato. È l'aspetto meno suscettibile di controllo razionale, ma quello che determina il quadro e il carico sanzionatorio complessivo. In relazione alla pena detentiva, sono in gioco con il massimo di evidenza le ragioni che possano giustificare il penale come *extrema ratio*: le ragioni sottese alla affermazione di responsabilità, a fronte delle ragioni che si oppongono alla limitazione della libertà personale. Ci sono problemi di rapporto della misura delle pene con il valore della libertà personale, con l'idea della tendenza rieducativa, con i tempi di vita delle persone.

B: la *valutazione del sistema risultante dall'assemblaggio di pezzi normativi di varia origine e varia ispirazione, da una legislazione frammentaria, instabile nel tempo*. L'uso della legislazione penale come strumento di autorappresentazione politica è terreno fertile di norme sovrabbondanti, fotografie idiosincratiche di situazioni "sensibili" (nella forma di fattispecie speciali o di circostanze aggravanti). Criterio di controllo della frammentazione legislativa, delle valutazioni comparative di gravità, è sul piano costituzionale il principio d'eguaglianza. Sul piano della ragionevolezza, possono porsi ulteriori problemi di coerenza interna, intrecciati con quelli relativi alla misure assolute di pena.

C: una riflessione *sullo scarto fra pene minacciate e pene eseguite*. Importanti istituti del codice penale e dell'ordinamento penitenziario comportano variazioni e interruzioni nella sequenza che va dalla pena dichiarata in sentenza alle modalità di esecuzione della pena. È un campo in cui è assolutamente dominante il potere del giudice, in un quadro di legalità a maglie larghe. Si tratta di istituti importanti, che delineano percorsi alternativi alla pena carceraria; nati in tempi diversi e da ispirazioni diverse, abbisognano di controllo e di ricomposizione a sistema.

D: una riflessione *sui tempi fra il commesso reato e la risposta giudiziaria*. Non si tratta solo del problema della prescrizione come causa estintiva, ma, più in radice, della rilevanza del decorso del tempo rispetto al senso di risposte al reato ritardate, e ai criteri di costruzione delle risposte.

Questi punti sono *angoli visuali* di approccio a un problema unitario, quello della costruzione di un sistema ragionevole di risposte al reato, in particolare per quanto concerne la pena detentiva, sia a livello di comminatoria edittale sia di effettiva esecuzione. Sono argomenti (non nuovi) per una teoria della pena; siamo lontani da una razionalità accostabile a quella della teoria del reato.

Propongo questi argomenti come un possibile schema di riflessione sul piano della politica del diritto penale: della *ricerca di possibili soluzioni normative, quanto più possibile concrete, e di argomentazioni spendibili nella sfera pubblica*.

In ogni caso, sarebbe importante che l'invito del nostro Consiglio direttivo – a riflettere sulle *scelte di politica legislativa penale* – sia recepito in iniziative della Associazione. Potrebbe essere una discussione sui punti e nei modi proposti in questo primo giro di consultazione. Una discussione interna, ma fin dall'inizio pensata come trasparente verso l'esterno. Una discussione che possa far emergere posizioni comuni,

ma anche ragionevoli differenziazioni, e soprattutto ragioni che possano essere recepite da un legislatore interessato anche a conservare e acquisire consenso.

Sarebbe anche una messa alla prova della nostra capacità di dismettere lessico autoreferenziale e presunzioni di avere la giusta soluzione, e di rendere comprensibili e condivise le ragioni di un diritto penale *extrema ratio*.

Se saremo capaci e interessati, la strada imboccata con questa consultazione potrebbe portare a proposte di riforma elaborate nell'ambito della nostra Associazione. I modi dovranno essere coerenti con la libertà di ciascuno sia sul piano scientifico (delle ragioni giuridiche) sia su quello politico. Mi piace pensare che ci siano le condizioni culturali e umane per un buon lavoro comune.

* * * *

Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico

di Adelmo Manna

SOMMARIO: 1. La mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina. – 2. L'introduzione delle nuove fattispecie criminose di omicidio e lesioni colpose "stradali". – 3. Gli inasprimenti sanzionatori introdotti in materia di criminalità organizzata. – 4. Conclusioni.

1. La mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina.

Come è noto, per "legislazione penale compulsiva" si intende un fenomeno caratterizzato dal fatto che "la legge è trattata come un bene di consumo", nel senso che il legislatore si mostra disinvolto «nel maneggiare le categorie, la terminologia ed anche i principi penalistici, inserendo con leggerezza il prodotto legislativo nei delicati meccanismi del sistema penale»⁴. Orbene, non v'è chi non veda come siano strettamente connessi il fenomeno della c.d. legislazione penale compulsiva e quello di un uso c.d. simbolico-espressivo del diritto penale, ove, cioè, il nostro ramo del diritto perde la sua qualifica tipica di conservazione dei beni giuridici, per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di "esortare caldamente" i cittadini ad osservare la norma penale.

In questa prospettiva è evidente come la legislazione penale assuma un carattere quasi "torrentizio" perché in fondo ciò che rileva è la produzione di nuove norme, senza magari riflettere adeguatamente sul modo in cui dette norme si

⁴ Così, testualmente, SGUBBI, *Presentazione*, in Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI-XIII.

inseriscono nel sistema penale e tale fenomeno risulta particolarmente accentuato nei tempi più recenti.

Il primo esempio che proprio in questo ultimo lasso di tempo incontriamo di diritto penale chiaramente definito, soprattutto da parte della nostra autorità governativa, come di diritto penale “simbolico” è costituito dall’esclusione, all’ultimo momento, dal decreto legislativo di depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina che, invece, in un primo tempo vi era stato più correttamente inserito.

Il Governo, infatti, pur consapevole degli effetti negativi a livello di operatività sul sistema della permanenza, come reato, dell’immigrazione clandestina, ha preferito operare la scelta in oggetto proprio per dare un “segnale” alla pubblica opinione, in particolare a livello europeo, dopo i noti e tragici fatti avvenuti in Francia e, da ultimo, in Belgio da parte del terrorismo di matrice islamica, addirittura in ben tre riprese. Per comprendere appieno le perplessità che ha suscitato tale scelta governativa, è necessario fare un passo indietro e cioè ricordare come la Corte costituzionale nel 2010⁵ abbia dichiarato illegittimo costituzionalmente l’art. 61, n. 11-*bis*), del codice penale, ovvero la circostanza che comportava un aumento della pena “se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale”⁶. Ciò per contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2, 27, commi 1 e 3, Cost..

Pur tuttavia, con la successiva sentenza n. 250, la Corte costituzionale ha inaspettatamente ed inopinatamente rigettato la questione di legittimità costituzionale del finitimo reato di immigrazione clandestina, soprattutto in quanto esprimerebbe, a differenza dell’aggravante, un’autonoma condotta, seppure inosservante del provvedimento dell’Autorità.

Orbene, il ragionamento effettuato dalla Corte in realtà non convince perché è quasi scontato che un reato, a differenza di una circostanza, debba necessariamente esprimere un’autonomia di condotta, ma ciò, a nostro avviso, non è sufficiente per dirimere i dubbi di legittimità costituzionale, che invece sono stati ritenuti rilevanti per quanto attiene all’aggravante.

Il reato di immigrazione clandestina ha, quindi, superato un primo vaglio di costituzionalità, ma, evidentemente, non in maniera del tutto convincente, tanto è vero che il legislatore lo aveva inserito fra i reati da depenalizzare ma poi, all’ultimo momento, per le ragioni già esposte, ha ritenuto di rinunciarvi. Bisogna, però, a questo punto, domandarsi se l’utilizzazione del diritto penale a puro scopo simbolico-espressivo possa legittimare la permanenza, nel sistema penale, di un reato, come quello in oggetto, che invece, per le ragioni che seguiranno, si mostra del tutto disfunzionale al sistema.

Va infatti osservato come il reato in analisi è di competenza del giudice di pace e già questa costituisce una prima anomalia, giacché il giudice in questione, non togato, costituisce lo sviluppo di quello che un tempo era costituito dal giudice conciliatore,

⁵ Con la sentenza n. 249, su cui sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 3^a, Padova, 2015, 781 ss. e spec. 783 ss..

⁶ Introdotta con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”, parte integrante del c.d. pacchetto sicurezza.

tanto è vero che la pena prevalentemente usata è quella di carattere risarcitorio, per cui non appare costituire, già sotto questo primo profilo, un giudice adatto ad occuparsi di un reato c.d. senza vittima.

In secondo luogo, la pena prevista per l'immigrato clandestino è quella di carattere pecuniario, che costituisce senza dubbio un controsenso, perché certamente coloro i quali scendono a fatica e spesso moribondi dai famigerati barconi, oppure scavalcano i fili spinati delle "frontiere" di recente riemerse *de facto* "in barba" agli accordi di Schengen, sono in genere del tutto privi di risorse economiche, anche perché sono stati costretti a pagare in precedenza i cc.dd. scafisti, o coloro i quali li hanno aiutati ad entrare clandestinamente in un Paese straniero.

In tali ipotesi la pena principale si converte quindi in una sanzione sostitutiva, che è costituita dal ricovero nei centri di prima accoglienza, su cui vanno effettuate due osservazioni critiche: la prima è nel senso che costituisce un'anomalia il fatto che la sanzione sostitutiva sia di natura più grave di quella principale, la seconda è che in tal modo il processo penale si sovrappone a quello amministrativo, giacché anche quest'ultimo prevede il ricovero nei centri di prima accoglienza e, successivamente, il decreto di espulsione. L'inefficacia, da un punto di vista penale sostanziale, si accompagna poi ad un'altrettanta dose di ineffettività, se non peggio, a livello di diritto processuale. Laddove, infatti, lo straniero immigrato clandestino è ancora considerato autore di reato, va da sé che dovrà essere interrogato in qualità di indagato e/o imputato, per cui potrà beneficiare di tutti i diritti connessi a tale qualifica, cioè sia avvalersi della facoltà di non rispondere, che, nel caso in cui decidesse invece di rispondere, la facoltà di affermare il vero, oppure il falso, ovvero di tacere in tutto o in parte ciò di cui è a conoscenza, in nome del principio "*nemo tenetur se detegere*".

Il regime è, quindi, di natura del tutto diversa da quello della persona offesa o, comunque, della persona informata sui fatti, che, sia nelle s.i.t., che in dibattimento, sono, come noto, obbligate a dire la verità, per cui possono rivestire un importante elemento di carattere probatorio, che può consentire alle autorità inquirenti di individuare i connotati e le generalità di colui e/o di coloro che hanno aiutato il soggetto ad emigrare clandestinamente in altro Paese. A ciò si aggiunga il fatto che, una volta che il soggetto è entrato clandestinamente nel territorio italiano, può essere vittima dei reati connessi al c.d. *forced labour* ma, visto che il reato di immigrazione clandestina non è stato ancora depenalizzato, dovrà anche in questo caso, essere sentito come imputato di reato connesso e, quindi, *ex art. 210 c.p.p.*, si potrà del pari avvalere della facoltà di non rispondere, con la conseguenza che in tal modo le autorità inquirenti verranno private di un ulteriore elemento di prova riguardo anche a quest'altra categoria di reati, compreso quello di caporalato, di cui ora è in discussione in Parlamento un importante disegno di legge di carattere governativo⁷. Tanto ciò è vero che, a livello dottrinario, si è pure proposta l'introduzione di una "causa di non punibilità", che riguarderebbe gli stranieri immigrati clandestini oggetto di *forced labour*

⁷ Cfr. il disegno di legge relativo alle misure normative del Governo contro il caporalato del 4 settembre 2015, presentato dai Ministri Martina, Orlando e Poletti.

e che renderebbe certamente più facile l'accertamento probatorio dei reati di sfruttamento del lavoro⁸.

2. L'introduzione delle nuove fattispecie criminose di omicidio e lesioni colpose "stradali".

Il secondo e più recente esempio in tal senso è costituito dall'introduzione nel codice penale dei nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali⁹.

Va in primo luogo rilevato che in un recente seminario organizzato sul tema da parte dell'Università di Foggia¹⁰, il sottosegretario ai trasporti, On. Avv. Umberto Del Basso de Caro, ebbe ad iniziare la sua Relazione rilevando come, a suo avviso, non era affatto necessaria l'introduzione di reati *ad hoc*, essendo sufficiente la disciplina attuale dei reati di omicidio e lesioni colpose, con violazione delle norme relative al codice della strada, magari rendendo le relative aggravanti titoli autonomi di reato.

Il legislatore, anche qui seguendo l'esempio di un diritto penale c.d. simbolico-espressivo, ha invece ritenuto di introdurre sostanzialmente tre ipotesi di omicidio e/o lesioni colpose stradali, distinte in: a) violazioni *meno gravi* del codice stradale; b) violazioni *gravi* del codice stradale e; c) violazioni *gravissime* del codice stradale. In sostanza il legislatore ha ritenuto di evidenziare nelle nuove fattispecie l'inosservanza di regole cautelari specifiche come lo stato di ebbrezza alcolica, oppure l'alterazione psico-fisica in conseguenza dell'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, che ovviamente mutano di gravità i relativi reati a seconda del tasso alcolemico rilevato. A ciò si aggiunga la violazione di norme assai gravi del codice della strada, che indubbiamente fanno lievitare in modo notevole la sanzione penale e che, assieme alle prime, integrano quella che potremmo definire la misura oggettiva della colpa. Il legislatore ha, però, ritenuto di aggiungere che le lesioni e/o l'omicidio devono essere avvenuti *per colpa*, così abbandonando l'originaria impostazione risalente al disegno di legge del Movimento 5 stelle, che invece intendeva equiparare l'omicidio e le lesioni stradali all'omicidio e/o alle lesioni di carattere doloso. Siccome il legislatore della riforma ha preferito la strada del reato colposo, l'aver aggiunto, rispetto alla violazione di regole cautelari specifiche, l'addebito "per colpa" degli eventi in analisi, fa chiaramente intendere come il legislatore medesimo e, quindi, anche l'interprete, siano indotti ad aggiungere alla misura oggettiva della colpa, anche quella c.d. soggettiva,

⁸ Cfr. CASELLI LAPESCHI, *L'azione penale a un bivio tra delitti contro la persona e ricettazione*, in Buccellato-Rescigno M. (a cura di), *Impresa e "forced labour": strumenti di contrasto*, Bologna, 2015, 163 ss. e quivi 174 ss..

⁹ Cfr. "Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274", approvato definitivamente il 2 marzo 2016, su cui cfr. PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *DPP*, 2016, 145 ss.; nonché MANZELLI-SANTI, *Il penale corre ma perde la patente*, in *Italia Oggi, Guida giuridica, Il nuovo codice della strada*, 8 marzo 2016, 5 ss..

¹⁰ Il Seminario aveva, appunto, ad oggetto, l'allora progetto di introdurre il reato di "omicidio stradale" e si è svolto il 23 ottobre 2015.

cioè la prevedibilità e/o l'evitabilità in concreto dell'evento¹¹. In tal modo si vuole evidentemente evitare il ricorso ad ipotesi c.d. di responsabilità oggettiva "occulta", che emergerebbero, laddove l'interprete si accontentasse soltanto della mera violazione delle pur gravi regole cautelari indicate dal legislatore. Fra l'altro, proprio nel caso dell'ubriachezza o dell'assunzione di stupefacenti, è noto come si ponga un delicato problema a livello esegetico, cioè a dire quando operare il giudizio di colpevolezza, ovverosia nel momento in cui il soggetto si è ubriacato e/o ha assunto sostanze stupefacenti o psicotrope, oppure quando si è posto alla guida del veicolo che ha cagionato l'incidente.

In argomento va osservato come, se ci si dovesse idealmente porre nel momento c.d. assuntivo, ne consegue che non sarebbe sufficiente la violazione del c.d. *neminem laedere*, giacché bisognerebbe verificare se a quel momento, che è d'altro canto l'unico in cui il soggetto è ancora capace di intendere e/o di volere, l'evento lesivo, che può verificarsi anche a distanza di tempo, possa in concreto dirsi già allora prevedibile e/o evitabile¹², ovviamente *in concreto*.

Da quanto sinora osservato, emerge chiaramente, almeno a nostro avviso, come l'introduzione delle fattispecie di omicidio e/o lesioni colpose stradali si caratterizza anche per un notevole aumento del carico sanzionatorio rispetto al tradizionale reato colposo, anche a causa della configurazione questa volta di titoli autonomi di reato. Ciò sta a significare, evidentemente, come obiettivo primario del legislatore sia stato quello di un notevole innalzamento del carico sanzionatorio, chiaramente a scopo "promozionale", che però rischia di alterare la sistematica sanzionatoria in materia di reato colposo, anche se sembra orientare il legislatore ormai verso la rilevanza, a livello penale, essenzialmente della c.d. colpa grave¹³. Il legislatore ha pertanto preferito mantenersi sui binari "tradizionali", "caricando" soprattutto sul significato simbolico-espressivo dell'aumento indiscriminato del carico sanzionatorio, senza tuttavia aderire a quella prospettiva di riforma più avveniristica, legata alla c.d. terza forma fra dolo e colpa, ovverosia sul modello francese, spagnolo e, in parte, anche anglosassone, con la c.d. *recklessness*, della "messa in pericolo deliberata dei beni giuridici altrui"¹⁴.

La riprova di ciò che veramente ha rilevato per il legislatore della riforma, la ritroviamo nella disciplina relativa alla pena accessoria della revoca della patente di

¹¹ Rivaluta di recente la misura soggettiva della colpa in particolare CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

¹² Sia sul punto, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, consentito il rinvio a MANNA, *Corso*, cit., 364 ss.

¹³ Per tale auspicio cfr. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP*, 2013, 125 ss., nonché, volendo, anche MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014, spec. 179 ss., pur se il sottoscritto lamenta ancora la mancata definizione del concetto di colpa grave.

¹⁴ In argomento, CURI, *Tertiumdatur*, Milano, 2003, nonché, volendo, anche MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 197 ss., con ivi rilevanti riferimenti anche a recenti casi giurisprudenziali a livello di circolazione stradale, su cui v. anche da ultimo PISA, *op.loc.ult.cit.*, che invece rivaluta l'ipotesi del dolo eventuale, presente in effetti in alcune pronunce della Corte di Cassazione e che a suo avviso potrebbe comunque essere utilizzato nei casi più gravi, anche al di là delle nuove fattispecie criminose in discorso.

guida. Mentre, infatti, l'originario disegno di legge prevedeva addirittura la revoca *perpetua*, così però dando luogo ad una c.d. pena fissa, come tale in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione¹⁵, la versione finale della disciplina pone la pena accessoria, come d'altro canto è di norma, in rapporto alla pena principale. Ciò, però, non toglie che, essendo le pene principali notevolmente elevate, anche la pena accessoria della revoca della patente di guida, come è stato efficacemente rilevato, si risolve praticamente in un relativo "quasi ergastolo"¹⁶. Per fortuna, alla Camera dei deputati, è da ultimo passato il c.d. emendamento Sisto, dal nome del proponente, che giustamente per lo meno ha evitato l'arresto in flagranza di reato per coloro i quali, dopo l'evento lesivo, prestino assistenza e si mettano immediatamente a disposizione degli organi di polizia giudiziaria. Tale emendamento va, infatti, salutato con favore giacché, altrimenti, l'arresto in flagranza di chi, tuttavia, non omette il soccorso avrebbe, paradossalmente, rivestito un effetto "criminogeno", giacché il soggetto che avesse cagionato l'incidente mortale e/o lesivo, avrebbe preferito la fuga piuttosto che prestare assistenza, così non solo dando luogo all'ulteriore reato di omissione di soccorso, ma soprattutto mettendo ulteriormente a repentaglio la vita e/o l'integrità fisica del/ o dei danneggiati.

3. Gli inasprimenti sanzionatori introdotti in materia di criminalità organizzata.

Il terzo esempio di legislazione penale compulsiva – volendo qui, anche per ragioni di spazio, limitarci ai provvedimenti legislativi già entrati in vigore – è sicuramente costituito anche qui nell'aumento indiscriminato delle pene, che caratterizza la legge n. 69 del 2015, che infatti ha aumentato il carico sanzionatorio non solo in tema di delitti di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione¹⁷, ma anche in materia di associazione per delinquere di stampo mafioso e relativi reati ad essa collegati. Ciò, almeno a nostro avviso, per quanto riguarda i reati di criminalità organizzata, ci sembra riecheggi la tematica del c.d. "diritto penale del nemico", caratterizzato, com'è noto, proprio da un aumento indiscriminato delle pene, da un'anticipazione della tutela penale e dalla soggettivizzazione della tutela stessa, soprattutto con il ricorso al discusso concetto di pericolosità sociale¹⁸.

Tale aumento indiscriminato del carico sanzionatorio, in evidente chiave "simbolico-espressiva" che reca in sé la pericolosa illusione di, come si suol dire,

¹⁵ Sia di nuovo consentito sul punto il rinvio a MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse: l'art. 2641 del codice civile*, in *Giur.cost.*, 1980, I, 910 ss.

¹⁶ MANZELLI-SANTI, *op. cit.*, 8.

¹⁷ In argomento cfr. VALENTINI V., *La controriforma del sistema penale anticorruzione. Uno sguardo critico-costruttivo alla L. n. 69/2015*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (dir. da), *Trattato di diritto penale, Parte generale e speciale, Riforme 2008- 2015*, Milanofiori, 2015, 347 ss..

¹⁸ In argomento, in particolare, DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla Questione criminale*, vol. 2°, 2007, 55 ss. e, più di recente, INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *IP*, 2015, 223 ss.; nonché, da ultimo, anche PIOLETTI U., *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Roma, 2015, spec. 169 ss..

“calmare i bisogni emotivi di pena” della popolazione, si scontra, però, con il noto insegnamento, di carattere illuminista, di Cesare Beccaria che, a cavallo fra il XVIII ed il XIX secolo ebbe cura di affermare che la pena, per esercitare le note funzioni general- e special-preventive, dovesse essere non solo proporzionalmente giusta, ma soprattutto *certa e pronta*, ciò che, purtroppo, soprattutto a causa della legge *ex Cirielli* del 2005, che ha inopinatamente ridotto i termini prescrizionali per i primari, non può dirsi certo assicurata nelle caratteristiche funzionali propugnate dal grande penalista ambrosiano¹⁹.

4. Conclusioni.

In conclusione, il problema evidentemente risiede proprio nella mancata riforma dell’istituto della prescrizione, che ha condotto inevitabilmente il legislatore degli ultimi tempi ad aumentare indiscriminatamente il carico sanzionatorio di molti reati considerati di grave allarme sociale proprio nella convinzione, che sovente si trasforma in illusione, di evitare, allo spirare dei rituali tre gradi di giudizio, la “spada di Damocle” dell’intervenuta prescrizione, che fa sì che la giustizia penale, come a suo tempo ebbe ad affermare un illustre *ex-magistrato*, originariamente del *pool* Mani pulite, il Dr. Gherardo Colombo, rischia di diventare una “giustizia che trita acqua”²⁰. Il rimedio sarebbe forse più semplice di quanto si possa pensare giacché, se si condivide l’assunto per cui la prescrizione regola il tempo entro cui lo Stato deve processualmente agire²¹, e se si dimostra che, entro il termine dato, l’autorità giudiziaria ha emesso la sentenza di primo grado, ne dovrebbe conseguire, come del resto avviene nel modello francese, la *sospensione* del termine prescrizionale, che dovrebbe riprendere a decorre se l’autorità giudiziaria, entro altro termine stabilito, non ha emesso la sentenza di secondo grado e così via, fino al terzo e definitivo grado di giudizio.

In tal modo si riuscirebbe ad ottenere una disciplina *razionale* della prescrizione e si eviterebbe, così, una continua rincorsa del legislatore all’aumento indiscriminato del carico sanzionatorio, che rischia di corrispondere, sovente, alle “grida” di manzoniana memoria.

* * * *

¹⁹BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, nuova ed., Livorno, 1834, 13 ss; sul pensiero del grande giurista lombardo cfr., da ultimo, seppure in diversa prospettiva, CADOPPI, Perché il cittadino possa “... esattamente calcolare gl’inconvenienti di un misfatto”. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *IP*, 2015, 569 ss..

²⁰COLOMBO G., *Sulle regole*, Milano, 2008.

²¹ In argomento, per tutti, GIUNTA-MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della durata ragionevole del processo*, Torino, 2003.

Intervento

di Carlo Sotis

Caro Presidente, Cari colleghi del direttivo,

Mi permetto di intervenire anche io. Non è, infatti, mia intenzione ritornare su quanto già detto in quella mia lettera di gennaio, in cui sollecitavo l'associazione sulla mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, per scelta del Governo fondata su ragioni esclusivamente simboliche (l'insicurezza percepita), a fronte dell'opzione di segno opposto espressa dal Parlamento nella legge delega del 2014.

Intervengo perché la sollecitazione contenuta nella lettera del nostro Presidente allarga l'orizzonte, proponendoci di riflettere su uno spettro più ampio di «cartine di tornasole» del carattere «eminentemente simbolico del diritto penale».

In questo ampliamento ci voglio leggere questa domanda: la vicenda della mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, l'introduzione dell'omicidio stradale e l'inasprimento sanzionatorio in tema di criminalità organizzata sono le tre facce della stessa medaglia? O tra di esse, in punto di uso simbolico della pena, passano delle distinzioni che le rendono qualitativamente diverse?

La domanda forse è ancora troppo ambiziosa. La preciso ulteriormente, ed in funzione dello specifico quesito che mi fomenta la suggestione contenuta nella lettera del Presidente. Provo a formularla in questi termini: se un intervento di critica dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale sull'uso eminentemente simbolico della pena si giustifica (o non si giustifica) per la vicenda del reato di immigrazione clandestina, allora dovrebbe giustificarsi (o non giustificarsi) anche per le altre due?

Per provare ad abbozzare una risposta a questa pur specifica domanda che, del tutto arbitrariamente, mi pongo, ho bisogno di esplicitare la premessa.

E la mia premessa è che tutto il diritto penale è intrinsecamente simbolico.

Per convincermene faccio leva su un argomento retorico. Il nostro Presidente (nonché mio Maestro), in particolare con due suoi articoli dell'inizio degli anni '90 del secolo scorso, è tra gli autori che più hanno contribuito a stabilire chiavi di lettura e a denunciare patologie della legislazione penale simbolica. Nello stesso periodo, una monografia redatta dallo stesso autore a quattro mani con Aldo Travi individuava la cifra essenziale della sanzione penale criminale nella funzione di stigmatizzazione sociale. Di conseguenza, se il diritto penale trova nella stigmatizzazione la sua cifra identitaria ne deriva che un diritto penale non stigmatizzante, cioè sprovvisto di dimensione simbolica, non sarebbe più diritto penale.

Il carattere simbolico del diritto penale quindi al contempo evoca il suo DNA o una sua patologia genica. Nessuna contraddizione, anzi penso di dire cose ovvie,

perché il problema sta tutto nell'avverbio: quando il diritto penale diventa *eminentemente* simbolico dalla fisiologia si scivola nella patologia.

Questo campo di tensione è il riflesso di quello più generale che contraddistingue il diritto penale. La pena, cioè l'infrazione legale di sofferenza, è reazione ordinamentale non compiutamente razionalizzabile e, per questo, necessariamente politica.

Questo orizzonte di senso ha immediate ricadute sulla "scienza penale" che prima di tutto è chiamata, eticamente e costituzionalmente, a difendere la necessaria politicità del diritto penale e quindi, per forza di cose, ad avere ben chiaro che il proprio discorso tecnico non è mai solo tale e la propria scienza non è mai solo tale. In altre parole la "scienza penale" è chiamata ad esercitare prima di tutto su se stessa l'etica del limite. Sono cose note, su cui si è riflettuto, ad esempio, in un incontro dell'ottobre del 2015 organizzato dalla nostra Associazione in dialogo con il legislatore.

Su questo quadro allora risulta pienamente condivisibile la ritrosia della nostra Associazione, che non vuole e non deve essere un attore politico, a prendere posizione sulle, per quanto discutibili, opzioni di politica criminale che segnano il nostro quotidiano. A maggior ragione questa ritrosia si comprende su un campo, come quello del carattere simbolico del diritto penale, che costituisce un carattere indefettibile della sua necessaria politicità. La critica, i richiami alla conformità ai principi, le segnalazioni di irrazionalità possono e debbono esserci, anche sul terreno del simbolismo. La *cultura* penalistica, tuttavia, deve produrre questo suo ruolo di critica con il dibattito dottrinale e le sue regole di funzionamento, non con appelli collettivi della nostra associazione. Altrimenti, negando lo spazio della dimensione necessariamente politica del diritto penale, si finirebbe per negare la funzione primaria che i tecnici del diritto penale sono chiamati a svolgere, ed in definitiva, a negare noi stessi.

Gli usi simbolici della pena, quindi, anche quelli "*eminentemente*" simbolici, non possono, a mio avviso, di per sé giustificare un intervento della nostra associazione in quanto tale. Ci vuole molto di più. L'uso *esclusivamente* simbolico della pena, dove con questo avverbio intendo una pena che aggancia la sua legittimazione al solo simbolismo, cioè sprovvista di legittimazione *sia* sul piano legale, *sia* su quello dell'effettività.

Tracciato questo quadro, al cui interno si muove la mia riflessione passo quindi ad analizzare le tre «cartine di tornasole» proposte.

Metto subito da parte la terza cartina, quella degli aumenti di pena in tema di criminalità organizzata. L'indigeribile *refrain* del discorso pubblico è che a maggior pena corrisponda maggior tutela. Un'equazione come ben sappiamo priva di corrispondenze empiriche. Etichettare queste deprecabilissime opzioni come esclusivamente simboliche però è arduo. Con la riforma del 2005 dei termini di prescrizione, infatti, il rapporto tra gravità dei reati e tempo necessario a prescrivere tende ad invertirsi, anche a livello di legittimazione negli aumenti di pena. La riforma, assegnando ad ogni legislatore della parte speciale anche la decisione contingente sui tempi di prescrizione, finisce spesso per invertire il rapporto tra gravità del reato e tempo di prescrizione. Quindi l'irrazionalità di contesto quando oggi si è chiamati a

prendere posizione sull'odioso *refrain* "più pena uguale più tutela" è questa. E qualunque critica sulla dimensione simbolica degli aumenti di pena, a mio avviso, passa – prima – per una critica alle irrazionalità dell'attuale disciplina dei tempi di prescrizione.

Mi soffermo di più sulla seconda «cartina di tornasole»: l'omicidio stradale. È chiaro che la scelta qui risponde a ragioni simboliche e proprio questo mi permette di proporre in diade "simbolismo dell'omicidio stradale" *versus* "simbolismo della vicenda della mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina".

Decidere infatti di introdurre una incriminazione speciale e più grave per un sottoinsieme di condotte rispetto ad una norma generale è scelta per sua natura simbolica, quantomeno di tipo simbolico-narrativo (o simbolico-poietico se si preferisce). Scelte critiche e criticabili (pensiamo ad esempio al delitto di mutilazioni genitali femminili si cui all'art. 583 *bis* c.p.).

Tuttavia, se come singolo appartenente alla cultura penalistica posso argomentare che queste scelte possono essere inopportune e irrazionali, non penso che l'associazione in quanto tale dovrebbe pronunciarsi su di esse. Qui distinguere dove il DNA diviene patologia genica è esercizio veramente complesso.

Il diritto per sua natura è un selezionatore e qualificatore di fatti. Un diritto, come quello penale, irriducibilmente politico e che trova nella stigmatizzazione la sua cifra essenziale, lo è ancor di più. Il diritto penale, insomma, è chiamato naturalmente a svolgere una funzione narrativa della realtà.

Dare "un nome ai fatti" e decidere che nome dare e a quali fatti darlo è uno dei suoi compiti essenziali che deve quindi prendere chi, e solo chi, detiene lo *ius puniendi*. Di più, a mio avviso, "dare un nome ai fatti" è una virtù del diritto penale. Ad esempio se in diritto penale vigesse un "vincolo di rubrica", cioè se fosse obbligatorio che tutti i reati abbiano un nome, io credo che i principi di garanzia e funzionamento, a partire dalla tipicità e dalla frammentarietà, ne uscirebbero rafforzati.

Il discorso sulle qualificazioni è legato a doppia mandata con la tipicità penale ed infatti può avvenire (ed avviene) che una norma incriminatrice si presti a critiche proprio per il fenomeno inverso. Segnatamente perché un reato difetta di sufficiente qualificazione e raccoglie dentro un unico contenitore linguistico fatti troppo diversi tra loro. Anche la nostra timida Corte costituzionale lo ha, qualche volta, riconosciuto. A volte per eccessiva ampiezza, sia del contenitore, sia dell'edittale di pena; altre volte per eccessiva ampiezza del solo precetto rispetto all'edittale di pena. Si pensi, sul primo profilo, alla sentenza n. 299 del 1992 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 122 del codice penale militare di pace che puniva da 2 a 24 anni la violata consegna del militare preposto di guardia a cosa determinata. Sul secondo, alla più recente sentenza n. 68 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevedeva una circostanza attenuante per i fatti di lieve entità (i c.d. "microsequestri").

Altre disposizioni a tutt'oggi vigenti si prestano ad analoghi rilievi, cioè a scelte criticabili per difetto di sufficiente qualificazione. Mi vengono a mente l'art. 580 c.p. che mette assieme sotto un'unica rubrica e con un'unica cornice editale le ben diverse

condotte di istigazione e di aiuto al suicidio; oppure l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 che senza dare un nome alla disposizione (e come potrebbe?) punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità» (sia gratuita sia a pagamento).

Un altro esempio di difetto di qualificazione ce lo offre l'attuale testo in discussione del reato di tortura come reato comune, quindi negando quella che storicamente è la costante criminologica che gli assegna lo status di crimine di inaudita gravità, cioè il radicale abuso nell'esercizio del monopolio della violenza da parte dello Stato. In questo modo si finisce per qualificare come tortura fatti tra loro molto lontani da quella costante criminologica. Ad esempio fatti di bullismo, nonnismo, violenze in contesti familiari o lavorativi. Senza pensare a tutti i grotteschi problemi di coordinamento tra reati narrativamente e simbolicamente molto diversi tra loro che si verrebbero a creare (già sono prevedibili i titoli delle nostre future note a sentenza: gli incerti confini tra tortura, maltrattamenti in famiglia e *stalking*). Un triste esempio di apostasia simbolica. Un reato che deve essere introdotto per assegnare a determinati fatti il nome e la pena che gli spetta, se approvato finirà per dare quel nome anche (o solo?) ad altri fatti.

Per farla breve, a mio avviso la riserva di legge, assegnando al legislatore parlamentare le scelte di incriminazione ed il potere dovere di effettuare queste scelte mediante la posizione di fattispecie generali ed astratte, ma tipiche, gli assegna giocoforza la decisione sulla narrazione, quindi su quale nome dare ai fatti e se dare un nuovo nome ad una porzione di fatti già penalmente rilevanti.

Poi si potranno e dovranno denunciare le irrazionalità e contrarietà ai principi delle specifiche opzioni, ma la scelta sulla narrazione è scelta politica, nella piena disponibilità del Parlamento fino a quando non presenti profili di manifesta ed evidente discriminazione. In questo caso però il vizio, per quanto macroscopico, prima che nell'uso simbolico-narrativo della pena, starebbe nel suo effetto discriminatorio.

Personalmente mi desta perplessità la scelta di introdurre nel nostro sistema, in cui l'aggettivo delle forme di omicidio distingue per elemento psicologico (doloso, colposo e preterintenzionale) un quarto delitto di omicidio qualificato per disvalore di situazione, cioè come «stradale». Però questa funzione simbolico narrativa resta legata a ciò che la riserva di legge assegna al Parlamento e non integra quindi quel quadro patologico a cui ho fatto riferimento (lo ripeto: una pena sprovvista di legittimazione sia in punto di legalità sia in punto di effettività, ma che si afferma comunque legittimata solo per ragioni simboliche). Inoltre, più che la scelta sul nome dell'omicidio stradale, sono semmai le numerose opzioni tecniche adottate dal legislatore a suscitare, perlomeno a me, le più forti perplessità. Pensiamo al *climax* sanzionatorio tra i vari commi dell'art. 589 *bis* che non sembra riflettere una corrispondente scala di crescente pericolosità. O alla aggravante di essersi posti alla guida di un veicolo non assicurato; una violazione cioè di una regola talmente sprovvista di funzione preventiva dei rischi tipici al bene giuridico che la norma incriminatrice intende ridurre o minimizzare che viene usata dai manuali come esempio paradigmatico delle norme che non possono

essere qualificate regole cautelari. Per non parlare della circostanza, speciale rispetto al delitto previsto nel codice della strada, della fuga. E mi fermo qui, ma chi ha letto la norma sa che si potrebbe continuare.

Al contrario, e lo dico a riprova che le scelte simboliche non sempre (o non per tutti) sono censurabili per il solo fatto di essere simboliche mi convince la scelta dell'ultimo momento del legislatore di portare nell'art. 589 *bis*, primo comma, la previsione del 589 c.p., secondo comma, che puniva da due a sette anni il fatto commesso con la violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale. Il fatto è identico, la pena pure. La scelta risponde quindi esclusivamente ad esigenze simboliche narrative, che mi sento però di difendere. Personalmente, una volta dato quel nome ai fatti, che alcuni omicidi commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale si sarebbero dovuti qualificare come omicidi colposi ed altri come omicidi stradali sarebbe stato grottesco.

La prima «cartina di tornasole», cioè la vicenda della mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, è diversa.

Innanzitutto legittimazione legale e legittimazione simbolica qui si contrappongono: le ragioni della riserva di legge sono sacrificate sull'altare delle ragioni simboliche. La differenza è cruciale rispetto alle due altre «cartine».

Quando una scelta incriminatrice si fonda sulla legge, denunciandone gli usi simbolici per forza si denuncia l'uso politico del diritto penale (necessariamente e legittimamente) politico. Si entra quindi in un campo delicatissimo, in cui le distinzioni sono appese a fili sottili ed in cui occorre muoversi con estrema cautela. In questa vicenda invece gli usi simbolici legittimano una decisione in contrasto, o quantomeno, in grande attrito con la riserva di legge. Possiamo intendere la natura della legge di delega in modo diverso, ma in questa vicenda resta in ogni caso innegabile che a fronte di una chiarissima opzione depenalizzatrice (cioè di non necessità di pena) espressa dal *Parlamento*, il *Governmento*, per ragioni esclusivamente simboliche, ha ritenuto di non porre in essere un atto costituzionalmente dovuto, come è il decreto legislativo di attuazione della delega. Insomma, qui dobbiamo fare i conti *non con ragioni simboliche decise con legge, ma con una marginalizzazione del vincolo alla legge decisa per ragioni simboliche*. Per me il cambio di paradigma è netto.

Inoltre, la non attuazione della depenalizzazione stabilita nella legge di delega, cioè la marginalizzazione del vincolo legislativo, avviene per espressa e dichiarata affermazione di esponenti del Governo che questa poggia su ragioni esclusivamente simboliche (l'insicurezza percepita), nella altrettanto espressa e dichiarata consapevolezza dell'assoluta ineffettività di quella opzione incriminatrice a tutelare il bene giuridico.

Prima prova del nove. Se la mancata depenalizzazione fosse avvenuta per ragioni simboliche espresse in una *legge* sopravvenuta, da cittadino e da penalista avrei fortemente dissentito, ma mai mi sarei sognato di sollecitare un intervento della nostra Associazione.

Seconda prova del nove. Se la mancata depenalizzazione fosse avvenuta per una scelta del Governo di non attuare la legge delega di depenalizzazione, ma sul

fondamento di sopravvenute e argomentate esigenze di tutela del bene giuridico protetto dalla norma, da cittadino e da penalista avrei fortemente dissentito, ma mai mi sarei sognato di sollecitare un intervento della nostra Associazione.

Volendo ragionare per assurdo quindi la assoluta patologia nell'uso esclusivamente simbolico della pena emergente dalla mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina non deriva dallo specifico reato in questione, ma dalla specifica vicenda della mancata attuazione da parte del Governo di una legge delega di depenalizzazione di un reato considerato pacificamente infettivo sul fondamento di ragioni esclusivamente simboliche.

Dico però "per assurdo" perché, affinché si realizzi questa "tempesta perfetta" occorre che siano soddisfatte tutta una serie di condizioni che mi sembrano realizzabili solo se il reato in questione sia questo. Segnatamente: una serie di devastanti attacchi terroristici; un senso di angoscia collettivo per la consapevolezza della propria impotenza di fronte a questi attacchi; un reato costruito per tipo di autore; un autore di quel reato – l'immigrato clandestino – che nell'immaginario collettivo costituisce il bacino di provenienza degli autori di quegli attentati (ma solo nell'immaginario collettivo, come dimostrano i fatti di cronaca e l'opposto fenomeno dei c.d. *foreign fighters*); un effetto di sostituzione vecchio come la violenza che individua l'*homo sacer* su cui scaricare il senso di angoscia e di impotenza nello straniero irregolare.

* * * *

Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica

di Antonino Sessa

SOMMARIO: 1. Fisiologia dell'emergenza e "immigrazione": alle origini della politica criminale simbolica. — 2. Governo della paura ed impresa della paura. La ostinata criminalizzazione della clandestinità tra diritto penale criminogeno... — 2.1. ...e simbolismo penale. — 3. Il controllo dei flussi migratori tra democrazia penale e democrazia cosmopolitica.

1. Fisiologia dell'emergenza e "immigrazione": alle origini della politica criminale simbolica.

Se il diritto è politica, in quanto esso si propone di rispondere alle istanze di formalizzazione provenienti dalla politica, discusso ne rimane, tuttavia, il suo uso politico, vale a dire il ricorso a discutibili strumentalizzazioni del dato normativo per finalità meramente politiche. Di fronte ad una tale forte affermazione, infatti, non vi è chi non veda come, anche e soprattutto in rapporto alla criminalizzazione della

clandestinità, supplenza giudiziaria e “simbolismo del diritto penale simbolico” costituiscono le due facce di una stessa medaglia, cioè di quella possibile deriva che, sempre più frequentemente, finisce per caratterizzare l’adozione delle scelte (o non scelte) di una politica criminale in cui il diritto penale, ben oltre la verificata ineffettività di una tutela di funzioni, è (pre)destinato ad assolutizzarsi in un modello di incriminazione emotivamente radicato in chiare percezioni soggettive di (in)sicurezza.

In un tale contesto sistematico, allora, risulta facile comprendere come il diritto penale simbolico possa diventare a sua volta mezzo di affermazione di una politica criminale simbolica che, indifferente ai vincoli di razionalità provenienti dalla indissolubilità del binomio efficienza-garanzia, giunge a porre la sanzione più grave al servizio della esaltazione di una mera criminalizzazione di uno *status* per reati di mera disobbedienza funzionalizzati alla essenziale concretizzazione di esigenze di pura stabilizzazione del consenso sociale. Sarebbero queste, dunque, le articolazioni di quel discutibile “governo della paura” e, per il diritto penale dell’immigrazione, di quella conseguente “impresa della paura” che, proprio attraverso la strumentalizzazione della incriminazione di un “rischio-non pericolo”, finiscono per alimentare uno sfruttamento politico-economico dell’ineguaglianza all’interno di una politica penale criminogena e intollerante in cui la assolutizzazione di funzioni manifestamente simboliche contribuisce, da un lato, all’abbandono di strategie razionali di controllo integrato per la riduzione delle aggressioni ad un ordinamento e, dall’altro, al conseguente sviluppo di un diffuso clima antidemocratico di “ghettizzazione” sociale. Ed è proprio alla luce di un tale ultimo assunto che il collegamento tra politica criminale simbolica e politiche della (in)sicurezza rivolte alla negazione dei diritti fondamentali appare, quindi, di tutta evidenza nel momento in cui, attraverso la incapacità di arginare derive securitarie di chiara marca autoritaria, si giunge a sacrificare il pieno rispetto della dignità dell’individuo nel suo diritto ad avere diritti.

Se tutto questo è chiaro, allora, il recupero della centralità dell’idea di una politica dei diritti a garanzia della dignità umana, così come da ultimo invocato anche nella regolamentazione dell’incoerenza tipica della legalità reticolare, sembra sempre più imporsi dal momento che la stessa tematica “sicurezza” solo in un’ottica liberale e nei termini di una chiara *ratio* di tutela funzionalmente strumentale alla salvaguardia di interessi ulteriori è in grado di contribuire in modo vincolante al processo di razionalizzazione di quel diritto (penale) dell’immigrazione attualmente proiettato sul clandestino come nemico.

In verità, proprio la piena consapevolezza verso tali acquisizioni sembrava animare lo stesso dibattito parlamentare che, con la legge n. 67 del 2014, aveva ispirato la depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina *ex art. 10 bis T.U. immigrazione*. E tutto questo soprattutto in virtù di una chiara e diffusamente riconosciuta ineffettività e “doppiezza” di una disciplina che, proiettata verso sbandierate espulsioni, notoriamente paralizzate negli esiti, finiva e finisce per registrare una evidente *Etikettenschwindel* per una sanzione, la detenzione amministrativa, sostanzialmente penale, ma priva delle garanzie di quest’ultima materia. Tuttavia, non ostante una tale netta presa di posizione, e di fronte alla

“indifferenza” del Consiglio dei ministri alla attuazione della delega legislativa che, ad oggi, fa propendere per una probabile conservazione del reato di immigrazione clandestina nel nostro ordinamento, appare fondato ritenere che tutto ciò rappresenti il rafforzamento di strategie rispondenti ad una nuova stagione caratterizzata da una intrigante politica criminale delle “non scelte”. Quest’ultima, infatti, assecondando il postulato della presunzione di pericolosità criminale dell’immigrato clandestino, del resto facilmente smentibile sul piano oggettivo, finirebbe per legittimare quella penalità da diritto d’autore che, ben oltre l’ineffettività del diritto penale d’autore, appare teleologicamente rivolta a dare assoluta attuazione ad un’istanza di criminalizzazione puramente simbolica che, attraverso la valorizzazione di mere percezioni soggettive di insicurezza, porterebbe alla intollerabile (ri)affermazione di tendenze autoritarie nella legislazione penale in materia di immigrazione, per un approccio che, ormai fisiologicamente emergenziale, finisce per arricchirsi di una conseguente inevitabile compromissione della tenuta democratica del sistema.

2. Governo della paura ed impresa della paura. La ostinata criminalizzazione della clandestinità tra diritto penale criminogeno...

Inutile dire che la conservazione degli effetti degenerativi di una ostinata politica criminale simbolica delle “non scelte” appare immediatamente evidente all’occhio di un attento osservatore. Innanzitutto, occorre evidenziare come nell’era della globalizzazione, a fronte della crisi dei fattori tradizionali di esercizio della sovranità statale, pena e guerra, si è venuta registrando una progressiva esaltazione del fattore economia e delle leggi di mercato come condizione essenziale per la affermazione del “reale” potere statale che, non più inquadrabile come fine di possibili opzioni politiche, ha finito per essere esso stesso elemento ispiratore di irrazionalità normative. Infatti, quando la disciplina penale, prediligendo gli effetti, mostra disinteresse per una sua diretta incidenza sulle cause di un fenomeno, appare di tutta evidenza come la sanzione più grave sia destinata a pagare la sua evidente ineffettività non solo attraverso il classico contributo ad una penalità irrazionalmente criminogena, ma, nel caso della immigrazione irregolare qui più specificamente in esame, anche attraverso la implementazione di uno sfruttamento lavorativo, particolarmente in nero, di soggetti “culturalmente” deboli i quali, a fronte di una società che li respinge, sono (pre)destinati ad assurgere a protagonisti di una economia che, pronta ad accoglierli, provvede a commutare la loro ineguaglianza in profitti leciti ovvero spietatamente illeciti. Breve: con la criminalizzazione della immigrazione clandestina il potere formale (politica e diritto), fuorviato da istanze di percezione soggettiva di insicurezza sociale, sembra assecondare passivamente le attese dell’altro potere, quello reale (l’economia), al punto tale che la norma penale, per esigenze di stabilizzazione del consenso sociale, non solo è chiamata a contribuire alla esorcizzazione di paure collettive di origine massmediale, ma, per ulteriori e riconosciute divergenze sistematiche nell’approccio fisiologico al controllo

dell'emergenza immigrazione, lo stesso precetto penale finisce per ergersi anche a discutibile strumento di stabilizzazione economica.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, e diversamente dalle attese maturate con la legge n. 67 del 2014, dunque, è facile comprendere come proprio mediante la possibile conferma della criminalizzazione della clandestinità tanto il governo della paura quanto la stessa "economia della paura", così come sopra individuati, finiscono per porsi come diretti interlocutori di una politica criminale simbolica, paternalistica ed eticizzante. Infatti, il modello del "reato non punito", proprio quello di cui all'art. 10 *bis* del T.U. immigrazione, quale diretta espressione di un diritto penale a due velocità votato qui non al capitalismo processuale in funzione sanzionatoria, ma al recupero di misure sanzionatorie solo sostanzialmente penali, appare irrimediabilmente rivolto a costituire il presupposto di un reale e duplice effetto, quello di contribuire, da un lato, al consolidamento di un diritto penale criminogeno e, dall'altro, come vedremo più avanti, allo sviluppo di un diritto penale intollerante che minaccia lo stesso fondamento democratico del sistema.

Risulta del tutto evidente, allora, come il simbolismo del diritto penale simbolico, attraverso il ricorso alla ostinata criminalizzazione della clandestinità, contribuisce ad indebolire ulteriormente la posizione di soggetti, gli immigrati che, nel vedere consegnata la sorte del loro procedimento di regolarizzazione nelle mani del mercato, in particolare quello del lavoro, finiscono per assumere la insolita veste di autori-vittime di un meccanismo sociale perverso e pronto a sacrificarli soprattutto in nome della massimizzazione di un profitto illecito. Ed è proprio rispetto ad un tale inquietante scenario che, evidentemente, lo stesso diritto penale del lavoro è destinato a pagare una profonda scollatura all'interno di una disciplina sistematica di settore non più in linea con la evoluzione sociale dei fenomeni, laddove le tradizionali forme di tutela strutturate sulle rivendicazioni sociologiche di diritti per una lotta di classe (lavoratore *versus* datore di lavoro) si arricchiscono di dinamiche fattuali che, sul piano politico criminale, necessitano di una riqualificazione complessa in quanto i soggetti coinvolti non riflettono più una logica di contrapposizione, ma sono animati da un interesse comune alla realizzazione del fatto. Allo sfruttamento del lavoro, infatti, occorre affiancare nuove e recentissime ipotesi di sfruttamento del "non lavoro" che, caratterizzate dalla patrimonializzazione di indennità – di maternità, disoccupazione e malattia – strumentali alla acquisizione di risorse pubbliche comuni, vedono, ancora una volta, nella criminalizzazione della clandestinità un fattore di destabilizzazione sistematica che, sottraendo la dinamica tra domanda e offerta lavorativa alle regolari pratiche di intermediazione occasionale (*Agenzie di somministrazione lavoro*) ed organizzata (*Centri per l'impiego*), alimenta un vizioso circolo criminogeno e funzionale ad implementare proprio quella economia illecita, ancora una volta pronta a capitalizzare in modo spregiudicato lo sfruttamento dell'ineguaglianza.

In verità, dal momento che la tutela del lavoro irregolare e in nero, in presenza di una disciplina penale codicistica fortemente limitata, trova la sua maggiore consistenza nel diritto penale complementare, sistematicamente governato da ineffettive contravvenzioni deboli, ovvero forti, ma sostanzialmente deboli, occorre rilevare anche che, con la recente introduzione di un suggestivo modello "non

accessorio” di delitto c.d. debole, proprio perché radicato su elementi costitutivi direttamente incidenti sulla ineffettività della sanzione più grave, si è dovuto registrare ancora una volta il decisivo contributo della criminalizzazione della clandestinità alla conferma di una sistematica penalità simbolica, direttamente incidente sulla democraticità dell’ordinamento.

Alla luce di una tale affermazione, pertanto, non vi è chi non veda come, per quanto attiene il fenomeno del c.d. caporalato, e a completamento del reato contravvenzionale riferibile alle forme occasionali di intermediazione illecita ex art. 18 del d.lvo n. 276 del 2003 come modificata dal d.lvo n. 251 del 2004, il nuovo art. 603 *bis* c.p., pur qualificando come delitto la intermediazione organizzata tra offerta e domanda di lavoro irregolare in nero, non solo sembra confermare la presa d’atto nel nostro ordinamento della oramai sempre più chiara erosione del monopolio pubblico nella dinamica di tale settore, ma, e forse questo è quello che qui interessa maggiormente, neppure riesce ad arginare funzionalmente il destino di una norma che appare irrimediabilmente segnata da una ineffettività criminogena. Infatti, succedendo all’art. 603 c.p, una delle poche norme penali costituzionalmente giustiziate, il delitto di intermediazione organizzata ex art. 603 *bis* c.p. sembra nascere sotto una cattiva stella che, anche alla luce delle recenti vicende giudiziarie, finisce per replicare sistematicamente difficoltà di verifica empirica ormai note e radicate anche in una struttura fortemente soggettivizzata e dalla “tipicità penale inafferrabile”. In definitiva, a ben vedere, l’art. 603 *bis* c.p., nel disattendere le aspettative del diritto penale sostanziale sembra più funzionalmente asservito alle esigenze del processo (*c.d. diritto penale del processo*) e, più segnatamente, allo strumentale rafforzamento delle indagini nell’ambito di un assetto ormai non infrequente e reso necessario dalla creazione di quei presupposti che, indispensabili alla contestazione del reato associativo, consentono il ricorso, quale strumento di controllo, ad un amplificato armamentario sistematico di lotta rituale “d’autore”, qui riferibile al nemico immigrato.

Ma la ineffettività criminogena della norma qui in esame, inoltre, neppure scalfita dalla esclusiva punibilità dell’intermediatore rispetto all’utente imprenditore dell’immigrato in nero, finisce per trovare ulteriore conferma, non solo nella recente introduzione di un meccanismo di aggravanti ad effetto speciale atipiche e simboliche anch’esse, ma soprattutto nella sua ridimensionata operatività in virtù di quella clausola di sussidiarietà indeterminata che, proprio nell’*incipit* dell’art. 603 *bis* c.p., trova i presupposti per portare al riassorbimento del disvalore penale dello sfruttamento del lavoro dell’immigrato clandestino verso l’alto e, più precisamente, verso le fattispecie di cui agli artt. 600 e 601 del codice penale vigente. Ed è inutile sottolineare, qui, il costantefenomeno di svuotamento “tipico” al quale sono sottoposte tanto la tratta di esseri umani, quanto la riduzione in schiavitù, dal momento che, riflettendo nuove forme evolutive di schiavismo, quello c.d. moderato, verrebbero a radicarsi in articolazioni di violenza sanzionatoria e non più strutturale le quali, in virtù di una conseguente ricognizione dei confini del fatto penalmente rilevante, sono inevitabilmente destinate a provocare un probabile peggioramento di una già scarsa “produttività” penale sistematica, aggravata dal conseguente mancato recupero di pene accessorie di sicura e maggiore effettività.

Alla luce della acquisizioni di cui sopra, però, così come sostenuto per l'art. 603 *bis* c.p., gli esiti criminogeni della politica penale dell'ineffettività asservita ad una evidente deriva securitaria investono, sempre in materia di immigrazione, anche altre due ipotesi di reato tipicamente emergenziali. Infatti, tanto la previsione del delitto di occupazione abusiva quanto quella riferibile alla ipotesi di favoreggiamento della permanenza di lavoratori immigrati irregolari (artt. 22, comma 12, e 12, comma 5, T.U. immigrazione), rappresentano il consequenziale completamento di quel sistema di controllo irrazionale che, così come sopra descritto, troverebbe le sue basi in quella evidente strumentalizzazione della debolezza tipica dello *status* dell'immigrato irregolare-criminale. Non vi è chi non veda, infatti, come quest'ultimo, stretto tra una occupazione favorita ed abusata dall'approfittamento del miraggio di una regolarizzazione lavorativa e dalla necessità di subire una indegna retribuzione per non vanificare viaggi della speranza con truffe aggravate da debiti contratti per lasciare i paesi di origine, si veda limitato, salvo che per la ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo, in una attività di collaborazione alla prova di fatti penalmente rilevanti proprio da quella "reità da emersione" che il sistema riferisce a tali singolari vittime/autori messi, così, nella condizione, anche per timore di subire le conseguenze del procedimento di espulsione, di godere pienamente di quei permessi legali a ciò finalizzati.

Facendo tesoro delle considerazioni appena svolte, quindi, possiamo concludere sul punto affermando che la criminalizzazione della clandestinità rappresenta sicuramente il punto di forza di quella strumentalizzazione dell'ineguaglianza cui contribuisce evidentemente anche e soprattutto una penalità emotiva la quale, asservita al governo e all'impresa della paura, finisce per porre l'immigrato irregolare in una peculiare condizione di debolezza e vulnerabilità idonee, in quanto sistematicamente indotte, da un lato, a renderlo paradossalmente oggetto di sfruttamento non solo per il "suo" lavoro, ma anche per il "non lavoro" altrui e, dall'altro, ad inibirlo, sotto il profilo politico criminale, anche da necessarie attività di positiva collaborazione alla emersione di tali fenomeni.

2.1. ...e simbolismo penale.

Con la presa d'atto dell'ineffettività del controllo penale del fenomeno riferibile al c.d. lavoro irregolare in nero che, dunque, tra "reati non puniti" e "delitti deboli", si articola in fattispecie meramente sanzionatorie ovvero empiricamente indeterminate, si è voluto evidenziare il rischio legato ad una c.d. politica criminale delle "non scelte" che, attraverso la ostinata criminalizzazione della clandestinità e la esaltazione del suo assolutismo simbolico, non solo si apre alla conferma di una irrazionale punitività criminogena, ma pone le basi per una nuova prospettiva propria di una "penalità intollerante" al punto tale da minacciare i fondamenti normativo-superiori di un costituzionalismo globale, quale quello emergente dalla nostra Carta.

Il simbolismo del diritto penale simbolico, infatti, resistendo alla presa d'atto del fallimento del controllo dei flussi migratori anche come *ratio* di tutela, non ha

tardato ad impadronirsi di un macrofenomeno, l'immigrazione che, nell'era della globalizzazione, non solo si presta naturalmente alla emotiva strumentalizzazione di identità, ma appare anche difficilmente conciliabile con livelli di razionalità propri di un diritto penale del fatto. Pertanto, la politica criminale simbolica, con il reato di clandestinità, si è venuta assolutizzando nella esaltazione di quel diritto della prevenzione che, completamente sganciato da un diritto penale dell'offesa, ha finito per caratterizzarsi sempre più per una accentuata anticipazione della tutela a fatti destinati ad esaurirsi nella criminalizzazione non di una pericolosità, ma di una presunzione di pericolosità. In un tale contesto, pertanto, la sanzione penale, depurata dalla "doppiezza" di espulsioni meramente propagandate, e mascherando le categorie fattuali dietro l'autore, si è via via dissolta in concreto in quella ibrida forma di detenzione –la permanenza nei CIE – che, di natura amministrativa, ma sostanzialmente penale, accanto al *deficit* di garanzie proprie di quest'ultimo, ha finito per mostrare il suo vero volto: contribuire a fare "terra bruciata" intorno all'immigrato irregolare, anche a costo, in nome di una chiara esigenza di stabilizzazione del consenso sociale, di aumentarne una ineguaglianza foriera a sua volta non solo di tutte quelle condizioni criminogene pure sopra individuate, ma anche e soprattutto di una perdita di diritti fondamentali quale espressione di una condizione di crisi per una democraticità senza confini.

Le cause di tutte queste irragionevolezza sistematiche, allora, sembrano trovare il loro fondamento proprio in quello statuto speciale di cui gode la stessa clandestinità quando, così come consacrata nel T.U. sull'immigrazione, finisce per contribuire così al cedimento del diritto penale d'autore in favore di un più generale diritto d'autore, laddove la marcata sproporzione tra il disvalore caratteristico di reati di mera disobbedienza ed il tipo di sanzione ed esecuzione ad essi riferibile diventa fattore necessario ad alimentare quel simbolismo penale che nella incriminazione della percezione di insicurezza trova i germi paternalistici ed eticizzanti di quelle nuove forme patologiche di un razzismo moderno direttamente ispirato da una destra globale. E non vi è chi non veda come, in un tale contesto, allora, la stessa pena, strumentalizzata ed esaltata in termini di "integrazione culturale", sembra assurgere a criterio non più funzionale alla costruzione di una società di liberi conviventi assicurata da una integrazione sociale da stato sociale di diritto, ma a criterio ispiratore di una "selettività per tipi d'autore" che, di volta in volta, assecondando strategie comuni di diritto penale del nemico come nuova manifestazione del diritto penale degli individui non persone, si (pre)occupa della organizzazione, accanto a politiche di esclusione degli immigrati irregolari, anche di politiche di inclusione differenziata di cittadini regolari dimezzati.

Breve: tanto per il diritto penale criminogeno quanto per il "diritto penale dell'intolleranza", allora, la criminalizzazione della clandestinità, ancora una volta, ponendosi alla base di un insopportabile sfruttamento dell'ineguaglianza, finisce per assurgere ad evidente fattore di crisi non solo della effettività della sanzione più grave, ma anche dei valori propri di quella democrazia cosmopolitica che, in nome della stabilizzazione del consenso sociale, è destinata a sopportare il suo sacrificio nelle

tendenze autoritarie indotte da una strumentalizzazione politica ed economica della paura.

3. Il controllo dei flussi migratori tra democrazia penale e democrazia cosmopolitica.

Facendo tesoro delle considerazioni di cui sopra, quindi, è possibile affermare che con la suggestiva incriminazione di uno *status*, alimentata da un “potere d’agenda” capace di indurre una presunzione di pericolosità associata alla condizione personale di irregolarità di un soggetto che si vede minacciato di pena più per quello che è che per quello che fa, il diritto penale dell’immigrazione, allontanandosi da quei principi liberali propri di un diritto penale del fatto, finisce per propagandare, in modo molto più allarmante, un sistema in cui convivono tendenze autoritarie pronte a far sentire i propri effetti anche sul piano della vittima, oltre che su quello dell’autore. Il simbolismo penale, infatti, caratterizzato da una complessiva caduta di razionalità, affida la incriminazione di una percezione soggettiva di insicurezza ad una sanzione penale che, inadeguata rispetto ai fini, si muove anche all’interno di un sistema caratterizzato da soggetti istituzionali che non agiscono in modo adeguato alla disciplina giuridico-penale apprestata. E di fronte ad una tale chiara presa d’atto, è apparso oltremodo evidente come, proprio attraverso la verificata ineffettività criminogena del regime “virtuale” delle espulsioni, lo stesso art. 10 *bis* del T.U. immigrazione sembra riacquistare improvvisamente una sua razionalità di scopo nel momento in cui si fa espressione di una selettività penale arbitraria da tipo d’autore che, in palese violazione delle regole di sussidiarietà, non solo finisce per legittimare nella irrogazione della sanzione una confusione tra pena e misura di sicurezza, ma, rafforzando le ragioni legate alla mera prevenzione di un rischio “soggettivo” *rectius* di un “rischio-non pericolo”, paga anche il prezzo di una chiara minaccia alla tenuta della democrazia penale e della democrazia cosmopolitica tipica di un costituzionalismo globale naturalmente votato al superamento delle ineguaglianze.

Se, dunque, questi sono gli effetti devastanti e neppure malcelati di una politica criminale delle “non scelte” rispetto alla ostinata criminalizzazione di uno *status* che, riferibile a presunte classi pericolose, strumentalizza la sanzione più grave al fine unicamente di placare l’ansia da percezione di insicurezza collettiva, appare evidente anche che, per questa via, il diritto penale simbolico, senza controllare fatti, ma concentrandosi su condizioni personali, è destinato inesorabilmente a dissolversi in una politica criminale simbolica. Quest’ultima, infatti, ed anche alla luce di quanto sopra evidenziato, non ha tardato, a sua volta, a farsi veicolo di discriminazioni e ineguaglianze ispirate da una logica tesa alla unica acquisizione di un consenso sociale, anche a costo di sopportare una possibile deriva verso le discutibili forme di un moderno populismo penale. Ed in un tale contesto, allora, non vi è chi non veda come la emotività che caratterizza, nel loro insieme, il simbolismo repressivo e preventivo sia sempre più il frutto di una razionalità distorta in cui, più che guardare al fenomeno da gestire, ci si concentra sulla paura e sulla insicurezza da esso generata.

Ma una tale tendenza va necessariamente invertita. La sicurezza mediante il diritto penale di un ordinamento democratico, infatti, se vuole aspirare a regole di effettività, quindi non emergenziali, nel controllo di fenomeni, anche criminosi, deve alimentarsi di una politica criminale che, “scegliendo” razionalmente, viva della sussidiarietà del diritto penale del fatto e dell’offesa. Pertanto, ben oltre una emotività proibizionista, l’intervento della sanzione più grave all’interno di un sistema penale dell’immigrazione votato al controllo integrato deve fondare la riduzione del rischio-reato anche, e soprattutto, attraverso politiche di inclusione che, non razziste ed oltre la paura, devono tendere non solo alla affermazione di una identità di appartenenza, anche culturale, ma anche alla decisa promozione di una nuova etica della cittadinanza che, espressione della garanzia dell’esercizio di diritti fondamentali universalmente riconosciuti, si riveli tale da consentire di liberarsi definitivamente da un indegno sfruttamento delle ineguaglianze e da una intollerabile, questa sì, degradazione dell’individuo da fine a mero strumento di tutela.

* * * *

Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»

di Sergio Bonini

In un articolo pubblicato su *L’Indice Penale*, 2/2003, 491-534 mi ero interrogato su «Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?». Poi, ero tornato a riflettere sul tema con «La tutela penale dell’euro: quali aspetti simbolici? (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)», uscito nel volume «La tutela dell’euro. Teoria e prassi», a cura di Bernardi, Padova, 2005, 159-182. Anche in successivi lavori, incidentalmente, ho cercato di applicare la diade strumentale/simbolico. Rinvio, volendo, ai due scritti citati per approfondimenti e richiami bibliografici (cui *adde* più di recente, con tutte le difficoltà di una “selezione”, Kunz, «Zur Symbolik des Strafrechts», in «Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch», a cura di Dölling e altri, Berlin, 2010, 353-367; Paredes Castañón, «La justificación de las leyes penales», Valencia, 2013, spec. 339-355); e ne propongo qui un “abstract unitario e attualizzato”, quale sfondo di una riflessione sugli approcci che la dottrina può seguire nel confronto con il legislatore (e con l’opinione pubblica).

Bussola da non smarrire è la stretta necessità di salvaguardare il primato che, nell’articolazione della politica criminale e nella configurazione del sistema penale, spetta e va saldamente mantenuto in capo alla funzione «strumentale»: la norma penale serve a proteggere beni giuridici o in ogni caso a garantire un preesistente e riconoscibile scopo di tutela («*ein fester und ersichtlicher Schutzzweck*»), e non risulta per

converso legittimata ad assolvere “missioni” educative o etico-sociali; è utile a prescrivere (specifici) modelli di comportamento («*Verhaltensmuster*») mediante l’imposizione di divieti e di comandi e possiede in tal senso una funzione di indirizzo del comportamento dei destinatari («*Bestimmungsfunktion*»); è orientata alle conseguenze e mira all’effettività secondo la logica binaria della corrispondenza “manifesta” fra mezzo adottato e scopo desiderato; in caso di condotta deviante, l’applicazione di sanzioni vale a risolvere “direttamente” un problema giuridico-penale e soltanto in questo significato “restrittivo” è atta a «trasformare la realtà» innescata dalla commissione del reato per farla ritornare alla «situazione di partenza», mentre sarebbe un uso distorto della pena quello “latentemente” inteso ad allestire *show* dimuscolosità statuale relativamente “economici” per la collettività ma molto “costosi” per l’individuo.

Molteplici sono le “forme di manifestazione” del simbolismo penale. La modalità tutto sommato più “innocente” è ravvisabile nella riscoperta della tecnica preilluministica del “preambolo” legislativo *ad pompam*: «articoli uno» (o titoli) di leggi recenti usati quale espediente per diffondere “strategicamente” presso i consociati, attraverso la “cassa di risonanza” dei *mass media*, un messaggio circa la “presa in consegna” della tutela da dati fenomeni: cui peraltro può corrispondere una contraddizione tra ciò che il legislatore dichiara di perseguire e ciò che egli persegue veramente o il sistema effettivamente realizza. Simbolica è anche la traslazione “di facciata” di una norma dalla legislazione complementare all’interno del corpo codicistico: trasferimento che può senz’altro rivelarsi opportuno “pedagogicamente” e in chiave antidecodificatoria – ossia, più prosaicamente, per far “venire a galla” norme penali “intrufolate” nei più svariati provvedimenti legislativi – ma che, evidentemente, non assicura di per sé una maggiore protezione agli interessi giuridici coinvolti e che oltretutto dà luogo al non trascurabile inconveniente di recidere il cordone ombelicale che unisce il penale ai presupposti extrapenali di riferimento (a riguardo sembra invero ingegnosa, ma nonostante tutto un poco intricata, la soluzione compromissoria di prevedere, quale condizione di applicabilità della legge penale, l’obbligo di richiamo codicistico a ogni nuova norma penale introdotta nell’*extra codicem*). Si arriva così ai due prototipi della simbolicità penale. Da un lato, il conio di nuove fattispecie ostentate come “imprescindibili” quando quelle già esistenti, anche se forse meno precise sul piano del disvalore d’azione, risultano sufficienti a “coprire” il disvalore d’evento o in ogni modo quando le nuove non offrono prospettive di sostanziale miglioramento in ottica preventiva ovvero di salvaguardia del bene. Dall’altro, la “scorciatoia” dell’aumento edittale delle sanzioni: una “tentazione” – non giustificabile con l’effetto “ansiolitico” recato alla società in generale o a gruppi particolarmente interessati al problema – cui il legislatore stenta a sottrarsi, malgrado la palese irrazionalità di un siffatto modo “esclusivo” di procedere e benché pure sondaggi demoscopici indichino come la stessa pubblica opinione che si pretenderebbe di tranquillizzare per tale via comprenda invece abbastanza chiaramente, “sulla scia” di Beccaria, come la previsione di pene più severe non sia la tattica più idonea per combattere la criminalità.

In sintesi: la legislazione simbolica costituisce filiazione diretta della prevenzione generale positiva. Una teorica, quella della convalida penalistica della

fiducia e del “riconoscimento” dei cittadini nelle norme e nel diritto, che ha progressivamente guadagnato terreno, approfittando del quasi definitivo superamento della (nuda) retribuzione – quale (Carnelutti) «concezione pessimistica della pena» – e della stessa delusione di aspettative (o perlomeno ridimensionamento dell’iniziale euforia) intorno alla “capacità di prestazione” della prevenzione speciale; una teorica quella generalpreventivo-positiva che tuttavia non si è risparmiata pesanti obiezioni, *sub specie* dell’inammissibilità che il diritto penale si sostituisca alle “tradizionali” agenzie di controllo primario (famiglia, chiesa, associazioni, contesto di vita, scuola, università); fino alla prospettazione del rischio che la leva penalistica venga a essere ciberneticamente impiegata quale metodo “manipolativo” (di governo e) di “terapia” della società (*Strafrecht als Behandlung der Gesellschaft*).

Questo impianto dialettico merita di essere condiviso, con un *caveat*. Rimarcare la prevalenza teorica e pratica delle funzioni strumentali non dovrebbe equivalere a negare la rilevanza di funzioni *anche* simboliche che oggettivamente e metastoricamente accompagnano il sistema penale e sulle quali si è *da sempre* fatto affidamento, nella ragionevole convinzione circa la loro legittimità: nella (non necessariamente deprecabile) esistenza di ogni sistema sociale, funzione strumentale e funzione simbolica sono strettamente intrecciate, e la distinzione tra l’una e l’altra risulta possibile solo in una prospettiva analitica, in termini di predominanza e non di esclusività (come testimoniano pagine di Noll, di Amelung e di Silva Sánchez). In altri termini: ciò che dev’essere stigmatizzato è il caso dell’«assolutizzazione» della funzione simbolica, l’esercizio della funzione simbolica «in luogo» di quella strumentale, non il significato simbolico “normale” (*id est*, subordinato all’efficacia strumentale) e dunque, in parte, da “riabilitare” (o almeno da prendere sul serio, da non ridicolizzare) di cui è – sotto questo profilo davvero “senza concorrenza” – dotato il sistema penale, e dei quali sono sprovvisti gli altri sistemi punitivi.

Vero questo (se si condivide anche il *caveat*), quali sono i *tipi di discorso* con cui la dottrina può efficacemente comunicare al legislatore (e alla “gente”) i termini di un corretto rapporto fra tutela di beni giuridici tangibili e consolidati – unica legittimazione del diritto penale – e (secondaria, ma non ignorabile e non per forza di cose disprezzabile) funzione «persuasiva», «rassicuratrice», «simbolica» dell’intervento penalistico?

Per provare a rispondere chiamerei in causa, forse sorprendentemente, il tecnicismo giuridico. La (per alcuni versi mirabile) «pre-lezione» letta nel 1910 da Arturo Rocco ha generato un’“onda lunga”, che si è fatta sentire per decenni: per oltre una sessantina d’anni l’atteggiamento dell’accademia nei confronti del legislatore non è stato infatti quello di imperterrito pungolo propositivo che ci si sarebbe aspettati in specie in uno Stato costituzionale. Sino al “triplice disposto” (stabilito, s’intende, in forma convenzionale) della «*Teoria generale del reato*» di Bricola, dello slancio riformistico che rimbalza dal Convegno bolognese sui cinquant’anni del codice Rocco e del vigoroso interesse per la comparazione penalistica che si riattiva all’inizio degli anni ’80, la fedeltà alla mera esegesi, interpretazione e dogmatica del diritto positivo resta – conoscendo picchi di qualità elevatissimi, e rilevanti anticipazioni del suo superamento – sostanzialmente dominante.

In rapporto alla prolusione sassarese e alla pervasività del suo soffocante abbraccio, oggi l'atteggiamento della scienza penale può dirsi *quasi capovolto*: non siamo più succubi del legislatore, e praticamente ogni monografia così come tanti "semplici" articoli sono intessuti di rilievi dialettici oltre che *de lege ferenda*, sovente ispirati a quel formidabile serbatoio di pensieri che è l'esperienza comparata.

Eppure, l'onda lunga del tecnicismo giuridico – con sicura preterintenzionalità – produce ancora degli effetti, per quanto opposti a quelli causati durante quei sessanta-settant'anni di cui si diceva (dunque, complessivamente: una sola prolusione sembra avere conseguenze ormai più che centenarie...). Forse proprio allo scopo di dimostrare che ci siamo allontanati per sempre dalla (ampia) "parentesi" del tecnicismo giuridico e che dunque viviamo nell'epoca, potremmo dire, del *criticismo giuridico*, si è fatta strada invero una tendenza (certo non incontrastata) nella letteratura penalistica: l'inclinazione ad *accentuare* il biasimo nei riguardi della legislazione dei nostri tempi, cui si fa la diagnosi di «ciclotimica», «autistica», «egotistica», «ossessiva», «placebo», «anoressica», «presbite», «nevrotica», «logorroica», «dislessica», «dissociata», «in stato confusionale» (traggo questa rassegna medica da un saggio monografico di un amministrativista, Luciano Vandelli, ma alcune di queste caratterizzazioni, e molte altre, sono reperibili fra noi che studiamo lo *ius criminale*). Il riscontro di una tendenza dottrinale all'accentuazione critica è un'impressione personale, magari fallace e che, naturalmente, sottopongo all'uditorio formato da chi mi sta leggendo. Ammettendo che quella tendenza esista, credo a ogni buon conto che non avremmo bisogno di *radicalizzare* la polemica verso il legislatore per dimostrare che siamo definitivamente usciti dalle secche del tecnicismo giuridico: è già certa la presa di distanza della ricerca e dell'insegnamento degli ultimi quarant'anni da questo indirizzo. Il rischio è altrimenti quello di arrivare al "muro contro muro" fra dottrina e legislatore o, forse persino peggio, al "dialogo fra sordi". Banalmente: chi può essere (quale legislatore può essere) interessato ad ascoltare suggerimenti teleologici e indicazioni tecniche se riceve la diagnosi – fuori di metafora: l'epiteto – di autistico? (così come, su un altro versante di quel sistema penale che dovrebbe essere concepito quale «impresa collettiva», quale magistrato potrà mai condividere pur plausibili rilievi dottrinali, se nelle note a sentenza o in altri generi letterari spesso e volentieri imputiamo alla giurisprudenza *non* interpretazioni poco convincenti, bensì «manipolazioni», «straripamenti», «esiti di politicizzazione o di condizionamento massmediatico»?).

Merita puntualizzare che approccio dialogante, quello per il quale inclino a schierarmi – a parte il riduzionismo di tali definizioni, e *a fortiori* delle autodefinizioni – , non significa (tornare al tecnicismo giuridico e perciò) "prostituirsi" ai *dicta* del legislatore ovvero, più elegantemente, non equivale a rinunciare a quella (anche retoricamente legittima) sottolineatura dell'opinabilità di scelte legislative, che rientra nei compiti storici della dottrina quale insostituibile contropotere critico; vuol dire solo, nella proposta politico-criminale, coltivare un metodo, uno stile, una propensione alla "analisi logica" meno pregiudizialmente diffidente verso il primo (e persino verso il secondo) potere.

A mio modo di vedere, è realmente proficuo ciò che definirei *equilibrio contro-problematico*, che sappia di volta in volta denunciare i problemi che affliggono l'attuale legislazione senza peraltro nascondersi l'inesistenza di soluzioni (penalistiche, extrapenalistiche o extragiuridiche) "magiche" o *tranchant*, perché esiti armoniosi passano attraverso bilanciamenti fra interessi e controinteressi che non consentono deduzioni automatiche.

In questa sede mi premeva tentare di fornire un contributo, più che nel merito, con molta modestia sullo stesso metodo. Cito però l'ipotesi di parte speciale che, insieme ad altre, ha fatto da "motore" a questa lodevole iniziativa dell'Associazione dei Professori di Diritto Penale. Quando, nella relazione illustrativa del decreto legislativo n. 8/2016, si legge che la mancata depenalizzazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998 in tema di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non sarebbe comunque infedele alla legge delega a motivo dell'incidenza su interessi «sensibili»; e quando, soprattutto, nelle dichiarazioni di alcuni esponenti politici si spiega tale scelta con l'"immaturità" dei consociati ovvero con il "turbamento" che la depenalizzazione provocherebbe in essi; ecco, in casi come questi facciamo bene a mettere in campo tutte le nostre energie morali e intellettuali per mostrare come il consenso sociale rappresenti presupposto (necessario ma) non sufficiente delle opzioni relative all'introduzione o al mantenimento di figure di reato: essendo infatti il legislatore di volta in volta tenuto a verificare nella consona forma tecnica se l'intervento penalistico invocato o "confermato" dai cittadini sia realmente opportuno e anzi necessario. Il nostro compito non si esaurisce tuttavia nella riprensione di un legislatore populistico. Dobbiamo saperci chiedere, *rendendo trasparente* la precomprensione (o eventualmente, sempre con Hassemer: *disboscando* la precomprensione), se ci sia un impatto strumentale di un'incriminazione dell'immigrazione irregolare: molti in dottrina lo negano, rilevando l'inconsistenza penalistica di una protezione focalizzata sulla gestione dei flussi migratori; personalmente, posso invece ritrovarmi nella trama argomentativa di Corte costituzionale 250/2010, laddove insiste sul controllo di tali flussi come interesse (quantomeno non irragionevolmente) collegato alla ponderazione di sicurezza e sanità pubblica, ordine pubblico, vincoli di carattere internazionale e politica nazionale nell'ambito dell'immigrazione. Accogliendo la tesi dell'abbandono del penale, vale il *monito generale* secondo cui alla perdita di simbolismo – ossia alla degradazione culturale dei valori – che è conseguenza della depenalizzazione debba far da contraltare un serio recupero di effettività sanzionatoria (recupero che, va detto, è molto incostante: non è questa la sede per interrogarsi sulle cause). Su questo piano, si osservi peraltro come, *nello specifico* campo di materia dell'immigrazione, il tasso di effettività di un «amministrativo» variamente rimodulabile non possa che essere – anche notevolmente – superiore a quello di un «penale» dimostratosi radicalmente ineffettivo. Ineffettività che, va ammesso, pesa come un macigno sulla tesi che pur ravvisa nel contrasto dell'immigrazione irregolare un bene meritevole di – strumentale e simbolica – tutela penale.

* * * *

**Trascrizioni del Seminario *Lavori in corso*
(Università di Bologna, 17 marzo 2016)**

a cura di Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva e Tommaso Guerini

1. Presentazione del Prof. Gaetano Insolera.

Una breve introduzione. L'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale si è posta, tra i vari obiettivi, quello di interloquire sulle linee emergenti della politica criminale. Si tratta di temi che si prestano ad essere discussi in un contesto seminariale aperto a più voci, anche quelle degli studenti, che hanno l'occasione di dare un contributo alla discussione.

Il tema su cui si incentra il seminario è costituito dall'analisi critica di recenti scelte di incriminazione, nelle quali la pena come tale o la sua misura sembrano rappresentare, per il ceto politico, un valore in sé o un valore aggiunto, di carattere eminentemente simbolico.

Queste scelte si esprimono prevalentemente sia con un innalzamento delle pene, sia attraverso l'introduzione di incriminazioni caratterizzate da livelli sanzionatori particolarmente elevati, sia attraverso il ricorso a circostanze aggravanti.

Si è intervenuti sui livelli sanzionatori, in modo, che potremmo definire "compulsivo".

Per comprendere le ragioni del legislatore nei più recenti interventi di riforma, si sono individuate tre "cartine di tornasole", tre ambiti che si articolano in direzioni opposte: la mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, l'introduzione di una disciplina *ad hoc* per l'omicidio stradale, che diviene fattispecie autonoma di reato, ed infine, una serie di inasprimenti sanzionatori in materia di criminalità organizzata – in quest'ultimo ambito, si sono susseguite diverse modifiche normative, caratterizzate, in particolar modo, da un periodico innalzamento delle risposte punitive.

2. Intervento del Dott. Tommaso Guerini (Dottore di ricerca).

Come si è anticipato, l'Associazione ci chiamava a ragionare su tre temi apparentemente eccentrici tra di loro, ma che in realtà mostrano di essere legati da un chiaro filo conduttore. Derivano tutti da un particolare utilizzo della politica criminale. La stessa, oggi, viene sempre più frequentemente sfruttata come strumento per la creazione o il mantenimento di un consenso politico, anche a discapito della qualità tecnica sia delle norme in sé, che dell'intero quadro sistematico in cui la norma si inserisce.

Nel prosieguo si avrà modo di illustrare come il recente intervento del legislatore abbia apportato modifiche fortemente discutibili sia con riferimento a temi di parte speciale, che anche a tematiche di parte generale. Si pensi, ad esempio, al reato di omicidio stradale, in cui, come si vedrà, non solo è stata introdotta una nuova fattispecie penale è stato, pressoché stravolto il rapporto tra dolo e colpa rispetto al reciproco disvalore di condotta o di evento.

I. Reato di immigrazione clandestina.

Il reato di immigrazione clandestina è stato introdotto dalle maggioranze di centro destra in uno dei tanti “pacchetti sicurezza”, che hanno caratterizzato la precedente epoca della legislazione penale.

In realtà, questo reato è sempre stato percepito dagli operatori del diritto come fattispecie estremamente problematica sotto due profili.

Da un alto, perché sanziona, pur in maniera mite, condotte che riguardano persone in stato di disagio, tanto che le Corti Superiori, sia interne che esterne, in particolare la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sono intervenute più volte per ridimensionare questa ipotesi illecita.

Dall’altro lato, perché tale norma si è sempre rivelata scarsamente efficace. A ben osservare, i soggetti cui si dovrebbe applicare la sanzione penale sono difficilmente raggiungibili in fase esecutiva della sanzione stessa, con la conseguenza per cui viene a mancare tanto l’efficacia di prevenzione generale, quanto quella di prevenzione speciale della norma. Non solo, la norma sull’immigrazione clandestina non ha minimamente ottenuto lo scopo che si prefiggeva, vale a dire quello di fungere da deterrente rispetto all’ingresso di cittadini irregolari all’interno del territorio dello Stato.

Dunque un elemento del diritto penale “simbolico”, come è stato definito, con una ricaduta pratica, però, estremamente significativa. Tanto è vero che anche la magistratura ha da sempre fortemente criticato questa norma, proprio perché va ad incidere in termini numerici estremamente significativi su un apparato, quello giudiziario, già molto ingolfato.

Si consideri, del resto, che nella legge delega al c.d. “pacchetto di depenalizzazione” – oggi attuato con d.lgs nn. 7 e 8 del 2016 – tra i diversi reati che dovevano essere oggetto di depenalizzazione, era compreso lo stesso reato di immigrazione clandestina.

Questo, però, è uscito dal quadro delle depenalizzazioni per due motivi, come è stato possibile ricostruire dalle cronache delle discussioni parlamentari: – una forte opposizione da parte dell’attuale Ministro degli Interni e del partito politico di sua appartenenza; – una forte contrarietà che sarebbe stata registrata dai sondaggi da parte dell’opinione pubblica, dal momento in cui l’immigrazione viene percepita come un problema di grande allarme sociale, in virtù del forte incremento di flussi migratori che riguarda oggi l’Italia.

Tutto ciò ha avuto dunque come conseguenza immediata quella di mantenere una fattispecie, che sul piano tecnico si è dimostrata non solo inutile, ma anche dannosa per il sistema.

II. Criminalità organizzata.

La criminalità organizzata rappresenta da molti anni una delle grandi emergenze di questo Paese, caratterizzato dalla presenza di tre delle più grandi associazioni criminali del mondo: la Camorra nel Napoletano, Cosa Nostra in Sicilia e la 'Ndrangheta in Calabria – a cui si aggiunge la c.d. “quarta mafia”, la Sacra Corona Unita, in Puglia.

Il tema si rivela tra i più significativi dell’agenda politico-criminale italiana. Invero, nel corso degli ultimi otto, dieci anni è stato oggetto di un costante incremento sotto il profilo sanzionatorio, come se l’aumento dei quadri edittali fosse il vero mezzo di repressione del fenomeno mafioso. In sostanza, si è finito per affidare alla pena la funzione di disincentivare gli interessati dall’attività criminale, quando in realtà un tale risultato si raggiungerebbe più efficacemente con misure di altro tipo, come le misure di prevenzione.

L’effetto distorsivo di questa vicenda si verifica, poi, nel momento in cui, a un aumento costante delle pene, si accompagna un’estensione in via interpretativa del tipo legale.

Tale estensione consiste nel fatto per cui, oggi, la giurisprudenza tende sempre più frequentemente a riconoscere natura di mafia ad associazioni che hanno una forza intimidatrice estremamente localizzata e operano o in territori o in ambienti di riferimento molto limitati. Con la conseguente configurazione del delitto di associazione di tipo mafioso, punito da dodici a diciotto anni, anche a realtà molto circoscritte, ben diverse, dunque, dalle vere e proprie associazioni mafiose.

A questo problema delle piccole mafie, si affianca poi il tema della estensione della normativa anche a soggetti diversi da coloro che effettivamente operano all’interno delle associazioni di tipo mafioso. In sostanza, si tende a riconoscere che la legislazione speciale della criminalità organizzata sia applicabile anche a soggetti, cui, in realtà, sono ascritti meri reati scopo, di natura del tutto diversa da quelli tradizionalmente ascrivibili al modo di operare delle associazioni mafiose, con la conseguenza di estendere a costoro pene particolarmente gravi. Il riferimento è soprattutto alla c.d. “criminalità dei colletti bianchi”, che si vede esposta a un rischio sanzionatorio estremamente significativo per condotte che, però, hanno, prese in sé, un disvalore ben diverso rispetto ai reati contemplati da questa legislazione speciale.

Ad osservare attentamente, il punto di collegamento tra le riforme introdotte nei diversi campi della criminalità organizzata, dell’immigrazione e dell’omicidio stradale, sta proprio in questo: nella tendenza a introdurre discipline derogatorie, tanto sul piano sostanziale che processuale, per reati che vengono ritenuti di particolare interesse, perché percepiti come vere e proprie emergenze da parte del corpo sociale.

III. Omicidio stradale.

È di pochi giorni fa l'approvazione dell'omicidio stradale. Si tratta di una norma, ad osservare attentamente, frutto di una mistificazione. Si parte dal presupposto che nel nostro ordinamento vi fosse una "zona grigia", non regolata dal legislatore, che rendeva possibile l'omicidio stradale. Si è quindi creata l'illusione che con la nuova norma sia stata colmata questa lacuna, essendosi sancito "finalmente" che l'omicidio è tale anche se commesso alla guida di un veicolo.

Quando sappiamo che sin dalla introduzione del codice del 1930, il reato di omicidio colposo prevedeva e sanzionava queste condotte (quindi persino prima che venisse inventata l'automobile). Dunque, non si è certo trattato di un ripensamento del legislatore, che ha colmato un grave vuoto normativo. Al contrario, la riforma in tema di omicidio stradale non è stato altro che il mero tentativo della politica di inseguire un tema particolarmente caro all'opinione pubblica.

La conseguenza sul piano pratico è stata quella di introdurre un quadro sanzionatorio estremamente significativo. È di fatti prevista la reclusione da otto a dodici anni per i casi più gravi, mentre nei casi in cui l'omicidio stradale colposo sia stato commesso da conducenti in stato di ebbrezza "media", il quadro edittale va da cinque a dieci anni. Sono poi previste una serie di circostanze aggravanti, che possono portare ad un aumento di pena da 1/3 a 2/3, nel caso in cui il conducente si sia dato alla fuga dopo aver commesso il fatto. Peraltro questo aumento non può essere inferiore a cinque anni.

Si sviluppa, così, una disciplina che deroga sotto diversi aspetti al sistema di diritto penale. In particolare questo è evidente per quanto riguarda il sistema del bilanciamento delle circostanze. Già all'interno della legge viene introdotto un giudizio di equivalenza o prevalenza di circostanze, che circoscrive la discrezionalità del giudice, sottraendogli la possibilità di apprezzare elementi del fatto concreto.

Ultima questione. Come si diceva innanzi, con l'omicidio stradale si introduce una disciplina derogatoria. Ebbene tale aspetto, oltre ad essere evidente, come si è detto, in tema di circostanze attenuanti, si presenta anche sul piano procedurale.

E questo è vero per diversi aspetti.

L'arresto è obbligatorio, salvo nei casi meno gravi;

il pubblico ministero può chiedere una sola volta la proroga delle indagini – norma forse scarsamente significativa, a maggior ragione dunque simbolica;

i termini di prescrizione sono raddoppiati.

Il concetto è: pene severissime, speditezza nel procedimento e nessuna scappatoia per il colpevole.

Già prima di questa riforma, in realtà, erano state introdotte tutta una serie di aggravanti, che portavano la pena già a livelli molto significativi, che prevedevano l'esecuzione della pena detentiva – c'era dunque il necessario "passaggio in carcere" per chi cagionava omicidio o lesioni, attraverso la guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

L'effetto che si produce è quello per cui si arriva alla pena di vent'anni per un reato colposo. Si colloca dunque un fatto colposo in un livello edittale già estremamente significativo rispetto a delitti dolosi. Viene quasi da dire che sia più grave la colpa del dolo. Tutto ciò, però, è inammissibile in un sistema che voglia avere una sua razionalità, giacché, per quanto "stradale" il delitto è comunque contro l'intenzione.

Come evidenziato dalla Sezioni Unite nel recente caso *ThyssenKrupp*, il dolo e la colpa sono due criteri di imputazione soggettiva estremamente diversi l'uno dall'altra, che incidono su fatti ontologicamente diversi.

Il criterio soggettivo deve considerarsi, a mio avviso, il cuore del diritto penale, non può diventare qualcosa di puramente formale e la pena non può non tenere conto della differenza che c'è in capo ai due elementi soggettivi.

3. Intervento del Prof. Gaetano Insolera.

Alcune premesse, necessarie per la eterogeneità delle tre tematiche oggetto di riforma (o di mancata riforma). Si parta considerando il ruolo del legislatore.

Il legislatore si è confrontato con differenti questioni e non solo nella direzione della riforma (mancata depenalizzazione in un caso, iperpenalizzazione negli altri).

Scelte di incriminazione e comminatorie edittali. Vale a dire quali i criteri di riferimento del potere legislativo, sulla base dei quali si sceglie se e quanto punire. Ci si deve interrogare, insomma, su quali siano i valori a confronto che hanno determinato le scelte fatte (perché decidere di introdurre il reato autonomo di omicidio stradale, perché operare costantemente sul livello delle pene per il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso).

Altro profilo riguarda il rispetto del principio di eguaglianza/ragionevolezza, giacché il gesto legislativo si rivela prodotto da una serie di fattori che, come si vedrà, non sono razionalizzabili una volta per tutte.

Ulteriore questione: lo scarto che si viene a determinare di frequente tra definizione-comminatoria astratta ed esecuzione della pena. La misura della previsione astratta e quello dell'applicazione in concreto della sanzione, nella maggior parte dei casi, non coincidono, a causa degli ampi spazi di discrezionalità lasciati al giudice.

Da tener presente ancora il tema della prescrizione: il gran clamore che si ode attorno alla indifferibilità di una riforma della disciplina attuale, influisce sull'innalzamento dei limiti edittali, privando la scelta di qualsiasi logica sostanziale.

Questi sono alcuni degli aspetti su cui interrogarsi a proposito dei recenti interventi (o mancati interventi) legislativi. L'indagine non può immaginarsi un potere legislativo che opti per scelte governate solo da paradigmi razionali: esse infatti devono anche essere spendibili nella sfera pubblica.

Occorre la consapevolezza che una cosa è la politica, altra cosa è il ruolo dei giuristi. Mentre in questo secondo caso si cerca di individuare quali siano le scelte di criminalizzazione più razionali per il sistema penale, vincolati ai riferimenti normativi costituzionali, nell'ambito della politica si opera, invece, cercando costantemente di

soddisfare le esigenze della società, nel tentativo di ottenere il massimo consenso politico.

Per raggiungere questo scopo la democrazia deve creare un diritto che corrisponda il più possibile alle esigenze della società e, trattandosi di diritto penale, alle sue paure.

Ma mi sembra che sia tramontata l'idea che le società debbano essere governate dalla politica, anche perché è la politica stessa ad aver ormai abbandonato l'idea che il suo compito sia quello di governare la società. Questa concezione è stata progressivamente sostituita dalla convinzione che le istanze sociali debbano essere sempre e comunque assecondate: il governo avrebbe allora la funzione di dare soddisfazione alle spinte sociali più evidenti, più chiassose, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai *social network*, dai raduni di piazza.

L'illusione populista nasce proprio dall'idea che la politica non abbia alcuna funzione di controllo e mediazione dei conflitti sociali, ma debba limitarsi a rispondere alle domande via via espresse della comunità, vere o presunte che siano.

Si deve comunque fare una precisazione. Quando si parla di politica, si deve in realtà operare una distinzione tra la c.d. "politica nobile" e la c.d. "*politique politicienne*". La materia della politica consiste nel conflitto di interessi perenne tra le classi, i ceti, e l'attività politica è la regolazione di questi conflitti.

La *politique politicienne* consiste nel modo attraverso il quale si articola la parte nobile della politica, quando si cala nel reale, in democrazia alimentandosi di consensi. La politica nobile si confronta sempre con la *politique politicienne*.

Ebbene, oggi il problema fondamentale è riferibile alla *politique politicienne*, al c.d. "tabù della tenuta del governo". In sostanza, la politica si rivela sempre più gestita da un solo *leader* (il Presidente del Consiglio, in Italia), che non ha più intermediari che si confrontino con la società. Il confronto con la comunità diventa allora diretto e la "tenuta del governo" diviene "tenuta del *leader*".

Annulata ormai la capacità connotativa dei partiti e delle loro ideologie, sfuma la loro capacità mediatrice, la rappresentatività. Annulato è in sostanza il ruolo del Parlamento.

E, in tale contesto, il *leader*, trovandosi privo della struttura intermedia del partito, deve autoalimentarsi, nel senso che deve ottenere il pubblico consenso: deve fare leggi in grado di attrarre questo consenso. La legislazione diventa un formidabile strumento per la sua raccolta.

Quanto detto emerge con evidenza dalle recenti riforme normative, dalle nostre cc.dd. "tre cartine tornasole". Si consideri il problema dell'immigrazione clandestina. In merito a tale reato, ampia parte di dottrina e giurisprudenza ha adottato una posizione ipercritica, determinata soprattutto dalla rilevata mancanza di un bene giuridico²².

²² In vero, tale questione è stata affrontata dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 250/2010, che ha sancito la legittimità della previsione normativa che criminalizza l'immigrazione irregolare, anche con rilievi di tipo comparatistico, osservando come in varie realtà europee l'ingresso clandestino venga sanzionato anche penalmente.

Con quel reato, in realtà, si è venuta a creare una sorta di incriminazione di pericolo astratto, posto che, si incrimina la condotta del singolo, benché il singolo soggetto che immigra clandestinamente non è proprio in grado di porre in effettivo pericolo un interesse collettivo, funzionale, dei singoli Stati.

È però vero che, sul piano dell'opinione pubblica, negare oggi che il trasferimento di enormi numeri di soggetti da Paesi di cultura e costumi totalmente diversi da quelli europei sia un problema particolarmente sentito, non è possibile. Si tratta dunque di un reato che il legislatore non può permettersi di depenalizzare, se non perdendo il consenso sociale.

Si origina così una legislazione caratterizzata da irrazionalità tecnica, da un lato, e inaccettabilità etica, dall'altro. Si finisce con l'introdurre nell'ordinamento una norma ineffettiva e fortemente stigmatizzante per i soggetti che, costretti a fuggire da realtà belliche o di estrema povertà, si vedono comminare una sanzione penale.

Questo tentativo di rispondere alle esigenze della comunità in altri casi ha prodotto una sorta di frammentazione dell'illecito, com'è avvenuto per il reato di omicidio stradale. Per rispondere alle preoccupazioni e alle relative istanze della società si creano tante pene speciali per tante diverse forme di colpa.

Penso che sarà interessante vedere quale applicazione verrà data nel concreto alla riforma dell'omicidio stradale. Vi saranno due opposte risposte emotive: da un lato, quella delle vittime, dei familiari delle vittime, dall'altra, quella degli automobilisti (non si dimentichi che l'Italia è un Paese di automobilisti!).

Si è creato, nella società, un conflitto complesso da risolvere. Da una parte si è inserita una punizione sproporzionata e feroce, dall'altra, stanno interessi contrapposti, sottoposti al rischio di quelle comminatorie. Sarà sicuramente una legge percorsa da problematiche interpretative e questioni costituzionali.

Altro effetto paradossale si ingenera per il reato di associazione di tipo mafioso. A questo *trend* dell'aumento di pena corrisponde paradossalmente l'assoluta liquidità del reato. Manca un organico *corpus delicti*.

Qui la costruzione del consenso è mediatica, in gran parte artificiale, è tutta costruita per creare un nemico interno che abbia una funzione di raccolta del consenso, di identificazione con i governanti. È un prodotto normativo e mediatico – è costruita e per costruirla bene deve esserci questo continuo intervento di aumento delle pene. Fiandaca e Lupo, in un noto *pamphlet* "La mafia non ha vinto", affermano anche questo concetto. L'insistenza sul fatto che la mafia in Sicilia sia un incombente pericolo, in realtà non si confronta con i risultati concreti, ottenuti con una rigorosa strategia antimafia.

Del resto, questo è l'ulteriore prodotto del sistema della "democrazia del leader", per cui, per mantenere il consenso e dunque la legittimazione al potere, è necessario creare una "costante chiamata alle armi" del diritto punitivo.

4. Intervento del Prof. Nicola Mazzacuva.

In senso contrario alla tendenza repressiva, che caratterizza il diritto penale odierno, bisogna osservare che, tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, si registrava invece un atteggiamento garantista, volto ad incidere sul carattere autoritario del diritto penale. Nel 1974, per esempio, veniva approvata una normativa, che consentiva, per la prima volta, di superare la concezione delle circostanze attenuanti generiche come subvalenti rispetto alle aggravanti, introducendo così la possibilità, per il giudice, di procedere al bilanciamento tra le stesse. Non solo, nello stesso anno venivano adottati una serie di altri provvedimenti, ispirati alla stessa logica garantista, con importanti riflessi sul sistema sanzionatorio, come la riforma del reato continuato.

Sennonché, questa istanza garantista è progressivamente venuta meno, a fronte di una serie di accadimenti, che si sono avvicinati verso la fine degli anni '70: si pensi alle diverse azioni terroristiche, al rapimento e all'uccisione di Aldo Moro nel 1978 e ai numerosi attentati di stampo mafioso.

Da qui un percorso del diritto penale sempre più segnato dalla propensione a dare risposte sanzionatorie, a operare attraverso interventi di tipo punitivo.

Anche se con qualche oscillazione. A onor del vero, un'istanza garantista è sopravvissuta fino agli anni novanta, e più precisamente alla vicenda giudiziaria di "tangentopoli". Fino a questo momento, di fatti, erano stati adottati diversi provvedimenti di clemenza, di amnistia, con successione ogni tre/quattro anni. C'era, in sostanza, una sorta di intervento di mitigazione sul diritto penale, che si accompagnava ad altri interventi di natura repressiva.

L'ultima amnistia si è adottata nel 1990, alla quale ha poi fatto seguito un provvedimento di indulto, nel 2006. E da qui più nulla. A onor del vero, a quest'ultimo indulto doveva seguire un'altra amnistia, secondo il progetto originario – del resto amnistia e indulto sono sempre stati provvedimenti coordinati. Tuttavia, la stessa non è mai stata approvata, perché osteggiata da un allarme sociale, indotto più che reale.

Come si diceva in precedenza, in occasione del nuovo codice di procedura penale è stata adottato l'ultimo provvedimento di amnistia. È interessante notare come, nelle prime discussioni, si prevedeva che la stessa si estendesse ai reati per i quali è prevista la pena della reclusione, fino al massimo di cinque anni. Ebbene, si deve evidenziare che una tale estensione non era mai stata programmata per l'amnistia, che in genere veniva applicava per reati puniti con pena fino a tre ovvero, al massimo, a quattro anni. In questo provvedimento sarebbe rientrato l'omicidio colposo, per il quale, allora, era previsto un massimo edittale di cinque anni.

L'amnistia, nel progetto originario, veniva poi subordinata all'effettivo risarcimento dei danni cagionati dal reato. In questo modo, dunque, si tentava di soddisfare anche gli interessi dei danneggiati dal reato, agevolando una procedura, quella risarcitoria, in genere lunga e complessa. Dunque un intervento che avrebbe cercato di soddisfare tutte le diverse posizioni.

Vi si oppose, però, la componente cattolica. Sosteneva che, pur essendoci il risarcimento, ci si trova comunque dinnanzi alla perdita di una vita umana: è sempre

un omicidio colposo; sul piano morale ed etico non sarebbe dunque corretto prevedere l'estinzione del reato. E così l'amnistia si fermò al reato punito al massimo con 4 anni di reclusione e non poté toccare l'omicidio colposo.

Tornando alla riflessione odierna, con riferimento all'omicidio colposo, si deve osservare che l'aumento di pena disposto per l'omicidio stradale si inserisce chiaramente in una logica repressiva, involuta rispetto alle istanze garantiste del passato.

È auspicabile che una tale situazione possa essere superata in sede di applicazione della norma. Si auspica vi sia una reazione da parte di chi stimola il rispetto della Carta Costituzionale, per esempio garantendo il principio di eguaglianza, art. 3 Cost., che risulterebbe leso dall'applicazione della nuova normativa dell'omicidio stradale. La nuova fattispecie di reato, di fatti, cagiona una ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio tra le normali ipotesi di lesioni e omicidio colposi e gli stessi reati commessi alla guida di un autoveicolo.

Si sviluppi un'ulteriore riflessione. A ragionare correttamente, ci si avvede del fatto che la logica del consenso sociale, spinta al limite, può portare ad effetti paradossali. A titolo esemplificativo, si consideri che, se sono così elevate le pene inserite per l'omicidio colposo, allora non si può escludere che per casi più gravi, pensiamo al pluriomicidio volontario, si arrivi a prevedere, a furor di popolo, a livello di populismo penale, la possibilità di ripristinare la pena di morte.

Un altro elemento su cui riflettere. A dimostrazione del fatto che l'omicidio colposo, dunque lo stesso omicidio stradale, si configura come una fattispecie di reato fortemente discutibile, si consideri quanto segue.

Nel corso di un Congresso internazionale di docenti e accademici di diritto penale, tenutosi nel 1974, si discuteva, tra l'altro, dell'illecito colposo, della colpa nel diritto penale. Ebbene, la discussione si concludeva con l'approvazione di una delibera, che consisteva in una proposta con cui si invitavano i legislatori nazionali ad abolire il delitto colposo. Questo perché, si affermava, a ben osservare, nell'attribuzione di un fatto per colpa c'è in realtà un momento affidato assolutamente al caso: non c'è l'elemento volontario. C'è solo la violazione di una regola cautelare e un evento che si verifica in modo del tutto fortuito.

Tutto dipende – come dice la dottrina tedesca – dal caso (*Zfallsmoment*): le conseguenze del fatto sono legate all'eventualità. Per questa casualità, si diceva, non c'è conciliazione col diritto penale.

Infine, un ulteriore elemento da considerare riguarda il concorso di colpa. Ci si riferisce, come noto, al contributo di ciascuno dei concorrenti (*rectius* cooperanti) nella commissione dell'illecito incide sul dato sanzionatorio e su quello riparatorio. Ebbene, questa situazione si presenta anche con riferimento all'omicidio colposo, e al nuovo reato di omicidio colposo stradale, tant'è che il legislatore ha introdotto una norma che esplicitamente riduce la responsabilità dell'autista inosservante del codice della strada, ma che ha provocato l'omicidio colposo per un concorso di colpa della vittima.

Per concludere, un auspicio. Nella stagione garantista del diritto penale, anni '70, si individuavano da parte dei giuristi, da parte degli avvocati, questioni di incostituzionalità per rendere più moderno, più garantista il diritto penale. E i

magistrati seguivano le soluzioni prospettate dai giuristi, o addirittura segnalavano dette questioni d'ufficio, secondo il percorso incidentale.

E la nuova normativa in tema di omicidio stradale sembra prestarsi, sotto diversi profili, alla formulazione di questioni di legittimità costituzionale.

5. Intervento Prof. Gaetano Insolera.

Il periodo garantista, frutto del pensiero liberale, purtroppo non penso sia riproducibile, nella dimensione storica. La situazione attuale è invero destinata a determinare una profonda modifica del sistema democratico, così come lo abbiamo conosciuto. Una volta che cessa la intermediazione della politica, attraverso gruppi organizzati, attraverso partiti portatori di un discorso costituzionale comune, o comunque, basato sul reciproco riconoscimento, ci si trova inevitabilmente di fronte a due possibilità: o, come tutti ci auguriamo, la reinterpretazione della democrazia, senza rinunciare alle componenti del pensiero liberale e garantista, o la morte della stessa. Il timore è che la direzione in cui ci si sta dirigendo sia proprio quest'ultima.

6. Intervento del Dott. Giovanni Domeniconi (Dottorando di ricerca).

Si parta da una breve considerazione relativa ai lavori parlamentari, che hanno portato all'approvazione dell'odierno testo normativo sui reati di omicidio e lesioni stradali.

Durante il dibattito parlamentare, registrato e trasmesso pubblicamente da Radio Radicale, sono stati proposti molti dei temi e delle critiche sollevati quest'oggi, in particolare, taluno definiva indegno il fatto di porre la fiducia su un tema così tecnico.

È interessante notare come il Ministro Boschi ha risposto a questa osservazione. Il Ministro, di fatti, nel momento in cui andava a porre la fiducia, si rivolgeva con acrimonia a coloro che avevano sollevato la questione e, indicando i rappresentanti delle associazioni delle vittime, seduti sopra il palco del Senato, affermava che il Governo non si sarebbe mai vergognato di tale legge e che, anzi, attraverso la stessa, si andavano a tutelare le vittime della strada, si dava voce a tutti coloro hanno subito un sopruso.

Si tratta, in effetti, di un esempio emblematico di questo rapporto di dipendenza che si è venuto a creare tra il Governo e la società; questa costante necessità di ottenere il consenso pubblico, strumentalizzando gli interessi dei cittadini.

Si consideri, in aggiunta, quanto è avvenuto per l'approvazione della legge n. 69 del 2015, entrata in vigore il 15 giugno del 2015. Si tratta di una legge particolare, perché, oltre ad aver innalzato le pene per i reati di associazione a delinquere di stampo mafioso, è intervenuta sul falso in bilancio e, in maniera collaterale, anche sui reati contro la Pubblica Amministrazione.

In questo caso, il "*casus belli*", chiamiamolo così, l'occasione che ha portato in Parlamento questa proposta di riforma – specie per quanto riguarda l'innalzamento

delle pene per i reati di cui all'art. 416 *bis* c.p. – è stato determinato dal fenomeno di Mafia Capitale. Nel corso dei lavori parlamentari si diceva che le pene previste per i reati non erano appropriate.

Anche in questo caso si sono verificati episodi analoghi a quelli che abbiamo appena osservato per la riforma in tema di omicidio stradale. Anche qui, di fatti, gli esponenti delle associazioni rappresentative dei danneggiati presenziavano alle sedute parlamentari; anche in questo caso, si sono registrati diversi interventi dei rappresentanti della maggioranza, che guardavano al palco degli uditori e si rivolgevano esplicitamente alle vittime, quasi che il centro del processo penale non sia più il reo, ma diventi la persona offesa.

A fronte di quanto detto finora, si avanza una riflessione. Per così dire, la *pars construens* del discorso. È mia opinione che un modo per frenare questa deriva verso la vittimologia possa essere quello di mutuare dal sistema penalistico anglosassone. In sostanza, una possibile soluzione potrebbe essere quella di evitare la costituzione della parte civile nel processo penale. Ritengo che questa deriva verso la tutela della vittima derivi anche dal fatto che il processo penale si propone tra i suoi scopi, anche quello di tutelare la persona offesa, costituita parte civile, che richiede il risarcimento del danno. Si dovrebbe dunque separare, andare a biforcare i due procedimenti, dando la possibilità alla persona offesa dal reato di instaurare un separato procedimento, allo scopo precipuo di ottenere il ristoro del danno subito.

7. Intervento del Prof. Gaetano Insolera.

Nonostante questa soluzione sia in effetti auspicata da parte dei giuristi, non è però applicabile nel concreto. Proprio a causa del legame che si è venuto oggi a creare tra politica e società, proprio a fronte di questa “democrazia del *leader*” non sarebbe possibile seguire questa via della separazione dei processi ed escludere dal processo penale la persona offesa. A ben osservare, si tratta di una soluzione che solleverebbe lo scontento popolare, cagionando una totale perdita di consenso politico.

8. Intervento del Dott. Tommaso Guerini (Dottorando di ricerca).

Non solo. Il tema proposto è in realtà utopistico per un'ulteriore ragione. Stante le condizioni del diritto civile, il diritto penale diventa uno degli strumenti più diretti e più immediati per ottenere il ristoro del danno subito. Non è dunque possibile rinunciare a questo mezzo.

9. Intervento di Mattia Guido Pignatti Morava (Studente).

Una riflessione in termini pragmatici. Considerando le innovazioni poste in essere con l'ultima riforma, si ha l'impressione che si tratti di una risposta economica a

problemi di tipo reale. Mi spiego. È molto più economico operare meri aumenti di pena, che non ricercare soluzioni concrete alle varie problematiche, nel senso di investire sulla formazione etico-culturale della società. Costa certamente meno innalzare le pene che non intervenire alla radice del problema, penso, ad esempio, a sovvenzionare, da parte dello Stato corsi di guida ed educazione stradale di particolare serietà, per scongiurare l'omicidio stradale; o ancora, penso ad interventi di rieducazione e civilizzazione, per recuperare i giovani delle zone maggiormente esposte al rischio della criminalità organizzata. Le nuove riforme si rivelano in realtà una induzione di tipo economico. Anche perché, del resto, una risposta di tipo sanzionatorio forte è più rapida, più forte a livello di impatto mediatico.

10. Intervento di Luca Troncone (Studente).

Si propone una riflessione in tema di compatibilità costituzionale dell'omicidio stradale. Mi chiedo come la nuova norma possa dirsi compatibile con l'art. 13 Cost. e l'art. 27 Cost. Se è vero, poi, che, nella storia della norma sull'omicidio colposo vi sono stati degli innalzamenti di pena, che però non hanno dissuaso dal commettere questo tipo di reato, come si può allora pensare che un ulteriore aumento della cornice edittale, questa volta, possa raggiungere lo scopo?

11. Intervento del Prof. Gaetano Insolera.

Si può cogliere una prospettiva di incostituzionalità. Rispetto ad altre situazioni, di pari o superiore disvalore dell'illecito colposo, per l'omicidio stradale si ricorre a un livello sanzionatorio più elevato, sproporzionato e irragionevole. Dunque, una eventuale questione di illegittimità costituzionale concerne la possibile violazione dell'art. 3 Cost. Sennonché, si deve comunque dare conto del fatto che proprio sul tema delle sanzioni edittali la Corte Costituzionale ha sempre adottato un atteggiamento di *self restraint*, ritenendole questioni che rientrano nell'ambito della discrezionalità legislativa.

12. Intervento del Dott. Tommaso Guerini (Dottorando di Ricerca).

Potrebbe esserci anche una violazione del principio di colpevolezza. Rientra pur sempre nell'art. 3 Cost., coinvolgendo, però, sotto un profilo particolare. Viene alla luce un profilo di irragionevole equiparazione tra dolo e colpa e, in particolare, tra omicidio colposo commesso attraverso la violazione del codice stradale e omicidio volontario.

13. Intervento di Maddalena Guglielmino (Studente).

Si è parlato, in relazione all'omicidio stradale, di presunzione di colpevolezza. Ecco, su questo tema, sembra sorgere una questione. Per considerare integrato il reato, il nuovo articolo 589 *bis*, mentre al primo comma richiede esplicitamente la violazione di norme stradali, nel secondo fa esclusivo riferimento al mero stato di ebbrezza. Da una prima lettura della norma sembrerebbe sufficiente lo stato d'ebbrezza perché possa applicarsi la sanzione.

Mi chiedevo se fosse proprio così: se è vero che il semplice stato di ebbrezza è sufficiente ad integrare reato.

14. Intervento del Dott. Tommaso Guerini (Dottorando di ricerca).

In realtà la norma fa riferimento a chi cagioni l'evento di morte "per colpa". Con questa espressione si indica la violazione di una regola cautelare, ulteriore rispetto a quella che vieta di mettersi alla guida in stato di ebbrezza. Ad ogni modo, sembra quasi una *fictio* di colpa.