

SULLE ATTUALI POLITICHE DEL DIRITTO PENALE

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Dove stiamo andando? – 2. L’esperienza della pandemia. – 3. Messaggi della riforma Cartabia. – 3.1. Novità nel sistema sanzionatorio. – 3.2. Riparazione. – 3.3. Il paradigma cognitivo del garantismo. – 4. Il problema prescrizione. – 5. L’avvio della XIX legislatura. L’esibizione di severità punitiva. – 6. Problemi del politicamente corretto. – 7. L’idea del reato universale. – 8. L’equilibrio fra Stato e società civile.

1. Dove stiamo andando?

Le riflessioni qui presentate si appuntano su problemi specifici del diritto e delle politiche penali in Italia all’inizio della XIX legislatura

Pochi anni fa, in un dialogo sul diritto penale tra Francesco Viganò e Francesco Palazzo¹, alla domanda ultima *su dove stiamo andando* la risposta di Palazzo è venata di pessimismo, avendo riguardo allo stato complessivo del mondo (guerre, malattie, discriminazioni, fame, miseria) e alle spinte a chiedere al diritto penale sempre di più, quasi fosse un’ancora di salvezza. Si chiude con un interrogativo: la civiltà dei diritti saprà resistere all’assalto dell’autoritarismo?

In quello stesso periodo, un sociologo-antropologo francese ha messo a fuoco un *momento punitivo* caratterizzato da “*un’accreciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell’azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Il primo fenomeno è culturale, il secondo è politico*”². Politiche oppressive sono adottate da Stati autoritari; nel mondo liberaldemocratico è vivace, talora aspro, il confronto fra linee di politica penale fortemente divaricate. Spingono verso un *più penale* sentimenti e risentimenti di varia natura, e anche ben intenzionate richieste di protezione di interessi deboli. Vi si contrappongono linee di moderazione variamente motivate: in nome della rieducazione dei condannati, in ottica genericamente umanitaria, in ottica liberale.

I primi anni ’20 di questo secolo sono stati segnati da rotture epocali: la pandemia Covid19, il ritorno della guerra in Europa. Sono coinvolti anche temi e problemi che interessano il diritto penale.

¹ F. PALAZZO E F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018.

² D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano 2018.

Assumo a premessa le riflessioni di un grande intellettuale liberale, su che cosa significa oggi essere liberale: che cosa questo aggettivo aggiunge ai sostantivi cui viene legato³.

Nel mondo delle democrazie liberali vi sono luoghi *nei quali le convinzioni di base di ciascuno e le opinioni comuni vengono continuamente sfidate*: Walzer addita l'accademia, il luogo della cultura alta; il suo discorso riguarda tutti i luoghi aperti alla discussione nella polis. *“Battaglie per la decenza e la verità sono tra le più importanti battaglie politiche del nostro tempo”*⁴.

*“L’idea di alternarsi con gli avversari politici è cruciale per la politica democratica”*⁵. Distinguere i contenuti della possibile alternanza dalla salvaguardia di un contesto condiviso è *cruciale per la continuità della polis*.

Abbiamo appreso per prove ed errori, ha scritto un compianto filosofo, che *“la libertà delle persone nasce dall’arte della separazione fra il dominio della verità e il dominio dell’autorità, e dal riconoscimento della varietà essenziale delle cerchie di identità possibile delle persone”*⁶. La convivenza di persone appartenenti a diverse cerchie di identità richiede il reciproco riconoscimento dell’appartenenza alla polis e della possibile *alternanza politica*. È questo lo scenario del passaggio di legislatura che stiamo vivendo.

2. L’esperienza della pandemia.

Nella scorsa legislatura abbiamo vissuto l’emergenza della pandemia Covid19. Erano in gioco la salute pubblica, la vita delle persone, la normale attività sociale ed economica. La politica si è trovata di fronte alla responsabilità di scelte difficili in condizioni d’incertezza fattuale e prognostica. La *necessità* di contenimento del contagio è stata ritenuta idonea a giustificare eccezionali restrizioni di libertà.

Le democrazie liberali hanno dato risposte diverse. Nel drammatico primo periodo dell’emergenza Covid, la Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella relazione presentata il 28 aprile 2020 sull’attività nel 2019, ha osservato che la Costituzione non prevede un diritto speciale dell’emergenza, non la sospensione di diritti fondamentali; è però *non insensibile al variare delle contingenze*, all’eventualità che dirompano situazioni di crisi o di straordinaria necessità e urgenza, per le quali è pensato come strumento il decreto legge. *“Necessità, proporzionalità, ragionevolezza, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui deve attuarsi la tutela sistemica e non frazionata dei principi e dei diritti fondamentali, ponderando la tutela in base alle specifiche contingenze. È la Costituzione la bussola necessaria a navigare ‘per l’alto mare aperto’ dell’emergenza e del dopo-emergenza che ci attende”*.

³ M. WALZER, *Che cosa significa essere liberale*, Milano 2023

⁴ M. WALZER, *op. cit.*, p. 139, p. 171

⁵ M. WALZER, *op. cit.*, p. 156.

⁶ S. VECA, *La priorità del male e l’offerta filosofica*, Milano 2005, p. 76.

⁷ La Corte costituzionale ha chiarito (sentenza n. 127/2022) che le misure restrittive di carattere generale, adottate nel contesto pandemico, vanno valutate alla stregua dei principi relativi alla libertà di circolazione.

Un grande giurista ha esplorato le *ragioni dell'obbedienza* in un orizzonte spirituale nel quale “*gli altri assumono duplice posizione: sono possibili portatori del virus, dai quali bisogna tenersi distanti, e proteggersi con adeguate misure; ma sono anche esseri umani, esposti allo stesso rischio, all'oscura minaccia di cui noi siano veicoli. Li temiamo, gli altri, e insieme li proteggiamo: il contagio li trasfigura in un prossimo, stretto con noi nella medesima sorte, a cui possiamo sentirci vicini nella coscienza di umana fragilità*”⁸. Per l'esercizio dei nostri diritti abbiamo bisogno dell'osservanza (da parte di tutti, noi compresi) di doveri inderogabili di *solidarietà* (art. 2 Cost).

Una discussione sui rapporti fra spazio della politica e giustizia penale si è aperta con riguardo all'indagine della Procura di Bergamo su ritardi nella prima fase (marzo 2020). Restrizioni spinte delle normali libertà, a protezione dal contagio, possono essere valutate sul piano penalistico come un *dovere* imposto ai governanti da regole cautelari? È in gioco l'autonomia della politica. Il carattere spiccatamente problematico delle scelte di fondo, sia con riguardo alle premesse cognitive sia con riguardo ai bilanciamenti d'interessi, è un argomento *contro* la trasposizione dei problemi sul terreno del diritto penale, e conseguentemente della giustizia penale.

Paradossalmente, ma con buone ragioni, le difficoltà del contrasto alla pandemia hanno portato a introdurre *restrizioni* della responsabilità penale per colpa, per fatti di morte e malattia avvenuti nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza (d.l. n. 44 del 2021). Restano aperti i problemi di una riforma di sistema, ma anche di interpretazioni e applicazioni del diritto vigente che riconoscano espressamente la rilevanza, ai fini del giudizio di colpa, di elementi del contesto che condizionano l'attività degli operatori⁹.

3. Messaggi della riforma Cartabia.

La politica penale della XVIII legislatura, avviata nel 2018 sotto il segno del populismo penale, si è conclusa con la riforma Cartabia¹⁰: un intervento d'ampio respiro sul piano processuale, che anche nella parte di diritto sostanziale presenta *novità di assoluto rilievo*. Sono parole di un autorevole studioso che pure ne ha posto in rilievo i limiti: “*non contiene un progetto di depenalizzazione legislativa come scenario di sistema, ma forme di depenalizzazione in concreto*” affidate al potere discrezionale del giudice¹¹.

Si tratta di deflazione del carico sanzionatorio, non dell'area dell'illecito penale. Sotto questo aspetto la riforma Cartabia può essere accostata alla riforma del 1974,

⁸ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano 2020.

⁹ Un esame d'insieme in A. DELLA BELLA, *Il legislatore di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023. [Recensione di L. EUSEBI in questa Rivista](#), 20 aprile 2023.

¹⁰ Sui profili penali della riforma è avviato un attento lavoro esegetico e critico. *Ex multis*, AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Cedam 2023.

¹¹ M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, Introduzione a *Riforma Cartabia*. cit.

l'avvio della faticosa ristrutturazione del sistema sanzionatorio del codice Rocco, anche allora attraverso un ampliamento degli spazi di discrezionalità giudiziale.

Caratterizzano la riforma i *messaggi* trasmessi a una pluralità di destinatari. Interpella le persone offese l'allargamento della perseguibilità a querela. Si rivolgono agli autori di reato le norme relative a condotte riparatorie e a scelte processuali incidenti sull'eventuale risposta sanzionatoria (pena sostitutiva). Si rivolge alle parti contrapposte la novità della giustizia riparativa.

3.1. Il paradigma cognitivo del garantismo.

Punti cruciali del sistema del *law enforcement* penalistico sono stati toccati dalla riforma con norme processuali, ma non meramente procedurali: l'apertura a criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, e l'indicazione di criteri più rigorosi – più garantisti – per l'iscrizione nel registro delle persone sottoposte a indagini (art. 335 c.p.p.), per l'archiviazione (art.408), per la decisione sul rinvio a giudizio (art. 425, comma 3).

I criteri *di giudizio* riguardano il profilo cognitivo che caratterizza il paradigma del garantismo: un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie “la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione”¹². I criteri enunciati dalla riforma Cartabia chiedono ai pubblici ministeri e ai giudici delle indagini preliminari che il paradigma epistemologico del garantismo sia preso sul serio fin dall'inizio.

La qualità del *law enforcement* penalistico dipende dalla sua capacità di rispondere correttamente ai problemi cognitivi – sul diritto e sui fatti – che partono dalla presa di conoscenza di notizie che giustificano l'avvio di indagini. L'attivarsi della macchina investigativa e giudiziaria incide su diritti in via di principio inviolabili. Da ciò l'importanza fondamentale, sia per la funzionalità del sistema sia per la tenuta delle garanzie dei diritti in gioco, di *criteri del procedere* volti a ridurre al minimo i rischi e i costi (anche 'di giustizia) dell'instaurazione o prosecuzione di indagini e processi che non abbiano un solido fondamento cognitivo (oltre che giuridico).

È garanzia delle persone coinvolte anche la previsione che “la mera iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato non determini effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo” (art. 335-bis). È un principio che dovrebbe essere ovvio; l'averlo esplicitamente formulato è opportuno in un mondo in cui l'essere 'indagato' (come dice un linguaggio stigmatizzante) comporta conseguenze negative sul piano dell'immagine pubblica¹³.

¹² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Torino, 1989, 6s.,

¹³ La complessità dei problemi – la difficoltà di tradurre in nuove e buone prassi le nuove indicazioni normative – emerge nel documento della Procura generale della Corte di cassazione in data 19 gennaio 2023, [Primi orientamenti in tema di applicazione del d.lgs. n.150/2022](#).

I criteri di giudizio, da cui dipende la riduzione al minimo dei costi del procedere, *non* sono sostenuti da un apparato sanzionatorio. Il rischio è che il nuovo venga interpretato alla luce del vecchio, argomentando che “tra la concreta prevedibilità di condanna dell'imputato e la ragionevole previsione di condanna dell'imputato di cui al d.lgs. 150/2022 non vi è alcuna¹⁴ sostanziale differenza”¹⁵. È un'equiparazione sconcertante: la differenza tra *concreta prevedibilità* e *previsione* segna un confine di fondamentale importanza per il diritto penale sostanziale (quello della responsabilità per dolo, cioè della forma di colpevolezza più grave). Nel processo, dipende dalla fondatezza della *previsione di condanna dell'imputato*, allo stato degli atti, il successo dell'accusa in un eventuale giudizio abbreviato.

Gli snodi del procedere – dall'avvio di indagini all'esercizio dell'azione penale, fino alla decisione finale – sono affidati alla razionalità e ragionevolezza degli operatori, e alla vigile attenzione sia della scienza giuridica sia dell'opinione pubblica. Appare *di tutta evidenza* che la nuova normativa richiede un filtro più rigoroso nel procedere, fin dall'inizio, a garanzia non solo dell'imputato *presunto innocente*, ma di tutti gli interessi in gioco nel procedere della macchina processuale¹⁶.

La difficoltà di concretizzare i nuovi e più esigenti criteri di giudizio, e l'assenza (l'impossibilità) di sanzioni per il caso di forzature, sottolinea l'importanza del messaggio sul piano culturale ed etico-politico. Un monito importante, sui costi di (in)giustizia legati a disfunzioni ed eccessi della macchina del *law enforcement*.

3.2. *Novità nel sistema sanzionatorio.*

Per quanto concerne il sistema sanzionatorio, è una novità di sistema il pacchetto di *pene sostitutive delle pene detentive brevi* accanto alle pene principali, nel nuovo art. 20 *bis* c.p. (semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva, lavoro di pubblica utilità sostitutivo, pena pecuniaria sostitutiva). Semilibertà e detenzione domiciliare possono sostituire pene detentive non superiori a quattro anni, andando al di sopra del limite della sospensione condizionale, fino a coincidere con il limite edittale della pena suspendibile in sede esecutiva o dell'affidamento in prova al servizio sociale. Pene di quattro anni o poco meno sono brevi solo in senso comparativo; parlare di pene brevi non rispecchia la gravità dell'impatto di quattro anni di privazione della libertà.

Alcuni commenti hanno parlato di ampliamento, altri di tramonto¹⁷ del *concetto* di pena detentiva breve. Ciò che è modificato non è un concetto, ma l'*approccio* normativo ai problemi della pena detentiva e di possibili alternative, con l'obiettivo di una riduzione al minimo degli ingressi in carcere.

La pena sostitutiva presuppone una richiesta del condannato; è immediatamente

¹⁴ È stata data notizia, a fine maggio, della richiesta di archiviazione nei confronti dei ministri.

¹⁵ GUP Patti, 27 gennaio 2023, in *Giurisprudenza penale*, marzo 2023.

¹⁶ Una recente riflessione: S. DE FLAMMINEIS, [La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero](#), in *questa Rivista*, 23 maggio 2023.

¹⁷ G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale. Uno sguardo d'insieme*, in *Legislazione penale*, 20.2.2023.

esecutiva. Quanto sarà appetibile¹⁸? Il funzionamento dei nuovi istituti è affidato a scelte del condannato e all'applicazione giudiziale. Una valenza positiva delle nuove misure, rilevata da un esperto magistrato, è che rendono possibile *ripartire dal principio rieducativo fin dalla cognizione*, e la pena sostitutiva è *svincolata dalla premialità*¹⁹.

È una misura di alleggerimento anche il *restyling* della pena pecuniaria, pur meno spinto rispetto ad attese dottrinali²⁰.

Dalla riforma esce un sistema sanzionatorio più complicato. Con riguardo alla fascia bassa dei delitti le possibilità di scelta sono aumentate, largamente sovrapponibili.

Riguarda i confini della punibilità la rimodulazione dell'art. 131 *bis* c.p. (non punibilità per particolare tenuità del fatto). Il collegamento al minimo edittale (non superiore a due anni) anziché al massimo recepisce una proposta da tempo avanzata da più voci, e dalla Commissione Lattanzi che ha svolto un importante lavoro preparatorio. In relazione ad istituti che selezionano 'alla base' fatti di gravità minore, è ragionevole fare riferimento al minimo edittale²¹, non ai massimi, che incorporano valutazioni del legislatore storico su gravità, meritevolezza di pena e bisogno di pena relativi a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato. Dare rilievo al massimo edittale comporta un *surplus* di limitazione che non ha alcun rapporto con la *non gravità* di fatti concreti per i quali sarebbe adeguata una pena *inferiore* a un certo livello²².

A monte dei problemi di eventuale non punibilità ex art. 131-bis, restano aperti i problemi di ragionevoli ermeneutiche sia dei fatti concreti sia delle fattispecie legali. Il problema più radicale, che riguarda sia il legislatore sia il giudice, è l'esclusione della tipicità di fatti in concreto inoffensivi.

La riforma del sistema sanzionatorio può essere pensata come *in itinere*. Sullo sfondo c'è ancora "*il solito penale inflazionato*"²³, alimentato in anni recenti da populismi di vario colore. La riforma Cartabia vorrebbe essere l'avvio di una svolta di sistema nelle risposte al reato, in un'ottica meno afflittiva (meno carcere) e più orientata a scopi positivi (rieducazione, riparazione, riconciliazione).

¹⁸ Una conseguenza segnalata dai commentatori è la disparità di trattamento fra chi, avendo accettato la pena sostitutiva, ne subisce l'immediata esecutività, e chi, destinatario dell'ordine di esecuzione, può chiedere al Tribunale di sorveglianza una misura di comunità (affidamento in prova).

¹⁹ M. BORTOLATO, [Percorsi alternativi alla pena nel giudizio di sorveglianza. I liberi sospesi e gli effetti della riforma Cartabia](#), in questa Rivista, 1° marzo 2023, p. 5, 9.

²⁰ È stato inserito nell'art. 133 *bis* un espresso riferimento alle condizioni patrimoniali. Il pagamento può avvenire in rate mensili, da sei a sessanta mesi (art. 133 *ter*). È prevista (art. 136 novellato) la conversione in pena detentiva (reclusione o arresto) se la pena pecuniaria non è stata eseguita entro il termine indicato nell'ordine di esecuzione. Il ragguglio con un giorno di pena detentiva resta fissato a 250 euro. Non è stato introdotto il sistema delle *quote giornaliere*, auspicato da tante e autorevoli voci. A.A.A. GIOVINAZZO, [La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo: alcune osservazioni critiche](#), in questa Rivista, 26 aprile 2023.

²¹ È l'indicazione data dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 156/2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p., *nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva*

²² Il riferimento al minimo edittale anziché al massimo avrebbe senso anche per la sospensione con messa alla prova: si tratta di individuare la disciplina adeguata a un fatto (non necessariamente *bagatellare*, ma collocato nella fascia bassa di una determinata figura di reato). Su questo punto la riforma è stata timida.

²³ M. DONINI, *Diritto penale e processo*, cit., p. 17.

Al di là delle personali valutazioni e previsioni, sarà bene tenere alta l'attenzione su come il sistema riformato funzionerà. È coerente con il senso politico di questo cauto passo avanti l'apertura ad aggiustamenti e a nuovi sviluppi. Indicazioni importanti per gli equilibri del sistema sanzionatorio sono date dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Di particolare rilievo la recente sentenza n. 94/2023.

3.3. Riparazione.

La riforma ha allargato lo spazio di possibili scelte sia della persona offesa, sia della persona accusata, nel tempo successivo al commesso (ipotizzato) reato.

La previsione di nuovi casi di perseguibilità a querela²⁴, anche di delitti gravi, allarga l'ambito di una possibile causa estintiva²⁵ - la remissione della querela - e quindi lo spazio di negoziazioni fra le parti, aperto a soluzioni non penalistiche legate (di solito) a una qualche riparazione prestazionale.

Si rivolge alle parti contrapposte la novità della *giustizia riparativa*: una disciplina processuale, con alcuni effetti sostanziali²⁶, introdotta nel sistema nel modo in cui correttamente può entrare: in un rapporto di possibile complementarità (non di alternativa *di sistema*) rispetto alla giustizia punitiva. È una strada che presuppone la libera accettazione di entrambe le parti²⁷. Il buon esito del percorso riparativo vale come remissione tacita della querela; come attenuante nel nuovo art. 62 n. 6; come possibile aspetto di un percorso di messa alla prova.

Sarà una strada appetibile per persone offese e persone accusate, l'entrare in rapporto in vista di una riparazione interpersonale? È una strada ricca di suggestioni²⁸,

²⁴ Verso il basso, con l'inclusione delle contravvenzioni di cui agli art. 659 e 660. Verso l'alto, con l'inclusione di delitti anche gravi, ferma restando la procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace, per infermità o infermità, o (in alcuni casi) in presenza di certe aggravanti. G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*. in *Riv. trim. dir. pen. e processo*, n. 1/2023

²⁵ L'esperienza applicativa ha mostrato un intreccio con problemi d'arresto in flagranza. È stata introdotta una disciplina transitoria, voci dottrinali autorevoli hanno mostrato la possibilità di ragionevoli soluzioni ermeneutiche²⁵, il Ministro della giustizia ha opportunamente presentato un disegno di legge (n. 831, presentato alla Camera dei deputati, il 27 gennaio 2023.) Un riesame dei problemi in G. L. GATTA, [Procedibilità a querela e arresto in flagranza: considerazioni sul disegno di legge Nordio](#), in *questa Rivista*, 22 febbraio 2023.

²⁶ Sulla nuova disciplina cfr. F. PARISI, [Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I. Disciplina organica e aspetti di diritto sostanziale](#), e P. MAGGIO, [Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. Disciplina organica e aspetti di diritto processuale](#), in *questa Rivista*, 27 febbraio 2023.

²⁷ Ricordiamo la definizione espressa nel nuovo art. 429 bis c.p.p.: "ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato" (mediatore).

²⁸ In un nuovissimo manuale di diritto penale leggiamo che "la giustizia riparativa è emersione della persona, delle dinamiche relazionali concrete e della società civile... si potrebbe affermare che dietro la giustizia riparativa vi sia una visione sussidiaria dello Stato, che implica una valorizzazione della comunità e della persona nella gestione sostanziale dei conflitti e della penalità". R. BARTOLI, *Diritto penale. Elementi di parte generale*, Torino 2023, p. 424. La giustizia riparativa è stata additata da un esperto giornalista giurista come terreno idoneo a dare risposta

a rischio di approcci ideologici e di pressioni moralistiche²⁹. Se e quale sarà l'incidenza nella giustizia penale in azione, lo verificheremo nei fatti.

4. Il problema prescrizione.

È un compromesso politico estraneo alla matrice ideale della riforma Cartabia la disciplina che ha scisso in due pezzi, sotto le due etichette *prescrizione* e *improcedibilità*, la complessiva determinazione dei presupposti di un esito liberatorio in ragione del tempo trascorso fra l'ipotizzato reato e la sentenza definitiva.

Prescrizione e improcedibilità sono due facce della stessa medaglia: la forma processuale della risposta a un problema sostanziale, relativo al punire³⁰. Quali che siano i linguaggi della dogmatica, interessano i principi costituzionali. La Corte costituzionale italiana ha sempre ricollegato l'istituto prescrizione ai principi relativi al diritto penale sostanziale: il principio di legalità in tutti i suoi aspetti - riserva di legge, determinatezza, irretroattività in malam partem³¹ - e i principi costituzionali (artt. 3 e 27) che la nostra civiltà giuridica riconosce come principi guida delle risposte al reato: i principi sulle funzioni della pena e il principio d'eguaglianza nei suoi diversi significati. La dimensione temporale ha rilievo in qualsiasi ottica: giustizia retributiva, prevenzione, riparazione dell'offesa, rieducazione.

Nella nuova disciplina il tempo di maturazione dell'improcedibilità non è identico alla somma del tempo di prescrizione previsto dalla legge, più i tempi di durata massima delle fasi d'impugnazione. È un tempo più breve, la cui durata dipende dal tempo trascorso dalla consumazione del reato oggetto d'accusa, fino alla sentenza di primo grado. Quanto più la sentenza di primo grado sia vicina nel tempo al commesso reato, tanto più breve la distanza fra il tempus commissi delicti e il maturare dell'improcedibilità. La cessazione definitiva della possibile non punibilità per decorso del tempo non avviene prima della fine dell'intero processo.

Gli effetti possono essere definiti (eufemisticamente) paradossali. Le differenze dei tempi complessivi di maturazione dell'improcedibilità sono radicate nel periodo che precede la sentenza di primo grado, e sono cristallizzate nella disciplina che tiene in piedi - a parole - l'idea della cessazione definitiva della prescrizione con la sentenza di primo grado. L'accomodamento verbale con i sostenitori della riforma Bonafede (legge n. 3/2019) sulla formula della *cessazione definitiva del corso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado*, ha effetti pratici di *accorciamento* del tempo reale di maturazione della improcedibilità (cioè non punibilità) nei casi concreti. E ciò drammatizza i problemi di

ad attese dei familiari di vittime della pandemia Covid. L. FERRARELLA, [Giustizia che sappia riparare per i caduti della pandemia](#), in *Corriere della sera*, 6 marzo 2023, ripubblicato in *questa Rivista*, 8 marzo 2023.

²⁹ Ulteriori considerazioni in D. PULITANO, [Riparazione e lotta per il diritto](#), in *questa Rivista*, 8 febbraio 2023.

³⁰ L'intreccio fra i due piani emerge nell'art. 129 c.p.p.: declaratoria di prescrizione a meno che non risulti evidente che il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso o non è previsto dalla legge come reato.

³¹ Ord. n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018, nel dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea nella vicenda Taricco. Più di recente, sentenze n. 278/2020 e n. 140/2021.

sostenibilità dei tempi di durata previsti per i giudizi d'appello e di cassazione, il cui superamento comporta l'improcedibilità, la *vera* estinzione della punibilità per decorso del tempo.

Secondo Donini "non emerge in atto che la riforma introduca una truffa delle etichette, potendo solo realizzarla in concreto in caso di modifiche future in pejus con scopi di punibilità retroattiva, così imponendo, in tal caso, l'applicazione delle garanzie costituzionali della irretroattività ex art.25 cpv. Cost"³². La scissione fra prescrizione e improcedibilità può essere ricomposta dall'interprete, riconoscendo la rilevanza a tutto campo delle garanzie costituzionali relative ad entrambi i piani, processuale e sostanziale³³. I presupposti dell'improcedibilità per decorso del tempo, determinati dalla legge, non possono essere alterati in malam partem, in epoca successiva al commesso reato.

Un problema ulteriore, vitale per la gestione di processi importanti, è se sia legittima l'attribuzione al giudice del potere di prolungare i tempi di maturazione dell'improcedibilità nei giudizi d'impugnazione. Affidare al giudice un potere di proroga dei tempi dell'improcedibilità lo grava di un compito finalizzato all'efficienza del law enforcement, cioè a uno scopo che sbilancia la posizione d'imparzialità: un punto fondamentale nell'ordinanza n. 24/2017 che ha aperto il dialogo con la Corte UE nella vicenda Taricco. La successiva sentenza n.140/2021, nel dichiarare illegittima una norma legata all'emergenza Covid, ha riaffermato l'intrinseca natura sostanziale della prescrizione, la cui garanzia si estende anche alle ricadute che sulla sua durata possono avere norme processuali.

Al di là dei problemi di legittimità costituzionale, il potere di proroga affidato al giudice dell'impugnazione, decisivo ai fini della procedibilità, è un sovraccarico politico più che discutibile sul piano dell'opportunità.

Ricostruire una disciplina unitaria – eliminando il fantasma lessicale della cessazione definitiva del corso della prescrizione con la sentenza di primo grado – sdrammatizzerebbe i problemi che tanto preoccupano (non senza ragioni) il fronte giustizialista, i quali hanno radice nell'ossequio lessicale (puramente lessicale) all'idea di base della riforma Bonafede. La ricucitura dell'intero percorso restituirebbe stabilità e uniformità ai tempi di prescrizione di fatti rientranti nel medesimo tipo di reato, e metterebbe a disposizione delle fasi d'impugnazione i pezzi del tempo base di prescrizione non utilizzati prima della sentenza di primo grado.

Il Ministro della giustizia ha annunciato che la prescrizione sarà riportata alla funzione di estinzione del reato, quindi nell'ambito del diritto sostanziale³⁴. In via di principio, sarebbe un recupero di razionalità³⁵.

³² M. DONINI, *op. cit.*, p.15.

³³ Su questo punto converge anche l'approccio 'processualistico, ben rappresentato da O. MAZZA, [L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e proposte di riforma](#), *questa Rivista*, 16 maggio 2023.

³⁴ Intervista resa al direttore de *Il foglio*, pubblicata il 15 marzo 2023.

³⁵ Non meditata è invece l'idea, gettata lì dal Ministro, di far decorrere la prescrizione non da quando il reato è stato commesso, ma da quando è stato scoperto. Sarebbe un radicale mutamento di paradigma: per il delitto rimasto ignoto, il tempo di prescrizione non partirebbe, e l'attivarsi della macchina penalistica potrebbe avvenire a qualsiasi distanza di tempo.

5. L'avvio della XIX legislatura. L'esibizione di severità punitiva.

All'inizio della nuova legislatura il nuovo ministro della giustizia ha fatto discorsi garantisti. Vanno invece nella direzione di una maggiore severità le prime nuove norme (quelle sul *rave-party*, anche nella versione riaggiustata dalla legge di conversione³⁶, e sul traffico di migranti³⁷). Si caratterizzano per la costruzione di fattispecie di delitti dolosi di pericolo, e per l'estrema severità (incoerente con il sistema complessivo) di pene edittali collegate al verificarsi di eventi di danno non voluti. In concreto, anche la riformulazione di certe fattispecie si risolve nella minaccia di pene più severe, per fatti che già costituiscono reato. Le draconiane (sulla carta) nuove norme poco o nulla aggiungono sul piano della capacità di deterrenza sugli organizzatori del traffico di migranti, che stanno all'estero e di fatto non sono raggiunti dalla macchina del *law enforcement* italiano. Rispetto all'entità del fenomeno e alle possibili politiche, la disciplina del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ha un'efficacia molto limitata.

Il linguaggio usato in discorsi della politica è spesso veicolo di emozioni forti, funzionale alla ricerca di consenso. Un esempio: *traffico di esseri umani*. È una buona definizione della tratta di donne destinate al mercato del sesso; non è una buona definizione dell'organizzare viaggi verso l'Europa di persone che desiderano fuggire da situazioni esistenziali difficili (povertà, guerra, oppressione). Gli *esseri umani* che scelgono questa strada, in fuga rischiosa da un mondo povero e pericoloso, *non* li trattiamo come vittime di un *traffico* criminale, quando diciamo che non hanno diritto di venire nella nostra terra. In tempi non lontanissimi erano partenze nostre, viaggi della speranza verso il nuovo mondo, e anche invasioni militari in terre di altri, arrivando alla proclamazione di un impero che in pochi anni si è dissolto³⁸.

Uno fra i più autorevoli storici italiani, nelle pagine conclusive di un'analisi a tutto campo su problemi e possibilità del nostro mondo occidentale – segnato da una *brusca riduzione della natalità* e da un *brusco innalzamento della speranza di vita* - ravvisa nelle migrazioni "*forse la manifestazione più importante dell'apertura e dell'agganciarsi al boom che una parte del mondo sta ancora vivendo*"; e ritiene che una politica dell'immigrazione possa essere fatta "*con la coscienza che, malgrado le difficoltà e le tensioni che l'immigrazione effettivamente provoca, essa non sia un peso, ma un'opportunità straordinaria e un rimedio che non sarà sempre a nostra disposizione*"³⁹.

Pongono problemi di proporzione delle sanzioni anche norme che prendono di mira fatti che meritano d'essere presi di mira (imbrattamento di beni culturali) con la previsione di sanzioni pecuniarie non penali ma d'importo elevatissimo, Quanto denaro

³⁶ C. RUGA RIVA, [Indietro \(quasi\) tutta](#), in questa Rivista, 10 gennaio 2023.

³⁷ d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito in legge 5 maggio 2023, n. 104.

³⁸ Un quadro interessante in articoli del 1939 di Curzio Malaparte, ristampati in C. MALAPARTE, *Viaggio in Etiopia e altri scritti africani*, Milano 2006.

³⁹ A. GRAZIOSI, *Occidenti e modernità. Vedere un mondo nuovo*, Bologna, 2023. Citazioni da p. 53 e 188-89.

pensiamo possa essere trovato nelle tasche degli imbrattatori⁴⁰? Una politica meno irrealistica potrebbe puntare sulla messa in ridicolo di certi comportamenti, prima che su una deterrenza teorica fuori misura e probabilmente irrealistica.

Certo, l'apparato sanzionatorio e la qualità del *law enforcement* sono importanti per la credibilità del messaggio trasmesso da precetti rafforzati da minaccia di pena (prevenzione generale); importanti per il mantenimento della fiducia dei consociati che si attendono protezione da condotte illecite. L'attesa di una tutela riconfermata dal *buon castigo*⁴¹ guarda alla severità: fiducia in uno stato forte, che mette in carcere persone pericolose e butta via la chiave. Sta qui una radice del populismo penale, e della centralità che il problema penale ha occupato in sentimenti diffusi, nella scena mediatica e nella politica. La diffusione e i successi politici (ma non nella difesa sociale!) del populismo penale sono segnali di preoccupazioni e risentimenti di fronte a fatti delittuosi o dannosi, o comunque percepiti come offensivi e meritevoli di una risposta punitiva. Le politiche penali non possono eludere questi problemi; potrebbero cercare risposte migliori.

Il punire è esercizio di potere, ambiguo fra la possibile giustizia o ingiustizia, fra necessità e arbitrio. La ragionevole (giusta?) misura delle pene è un problema discutibile per definizione, alla luce di diverse sensibilità e concezioni di giustizia, o di diverse valutazioni di funzionalità. La severità esibita è diritto penale simbolico, strumento di ricerca di consenso politico; un ritorno alle politiche della prima (politicamente diversa) maggioranza di governo della precedente legislatura.

Contro il ritorno a politiche di cartacea severità punitiva ritornano d'attualità molte critiche che la cultura giuridica ha rivolto alle politiche del penale-spazza dell'inizio della scorsa legislatura.

Il profilo delle sanzioni (la misura delle pene minacciate e inflitte, le eventuali alternative), secondario rispetto al profilo precettivo, non è estraneo all'etica della responsabilità. È significativo che anche di fronte a situazioni non gestibili con strumenti penali sia la giustizia penale la forma che tendono ad assumere profonde esigenze di giustizia. Processare l'aggressore per crimini di guerra è una richiesta moralmente giustificata, indipendentemente dalla mancanza di realismo.

6. Problemi del politicamente corretto.

In un esame critico di qualche anno fa sulla comunicazione politica negli USA, volto a presentare al mondo progressista i difetti sul suo modo di comunicare, un serio studioso ha osservato che *i conservatori si sono impossessati delle parole libertà e autonomia*⁴², con riguardo a problemi sui quali i progressisti danno la preferenza a interessi diversi

⁴⁰ L'interrogativo riguarda anche l'effettività del risarcimento del danno, la sanzione giustificata in via di principio.

⁴¹ Nelle grida che ha visto dall'avvocato, dice Renzo oratore improvvisato, "ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono, e per ciascheduna, il suo buon gastigo". A. MANZONI, *I promessi sposi*, cap. XIV.

⁴² G. LAKOFF, *Non pensare all'elefante*, Milano 2019, p. 95.

dalla libertà, con buone intenzioni e non senza buone ragioni, ma con insufficiente considerazione di ragioni altre.

Al livello più elementare, le richieste del *politicamente corretto* riguardano i moduli linguistici, parole da usare o non usare. Di questo tipo sono i problemi posti dal Comitato pari opportunità del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione all'Accademia della Crusca, sulla *scrittura rispettosa della parità di genere negli atti giudiziari*. Nella risposta⁴³ il punto che mi è parso più sostanziale è la *esclusione di segni eterodossi e conservazione del maschile non marcato per indicare le cariche, quando non connesse al nome di chi la ricopre*.

Questa limpida indicazione conforta l'uso che abbiamo sempre fatto del plurale non marcato, maschile linguisticamente, ma che tutti comprendiamo – e da giuristi interpretiamo, senza nemmeno porci il problema – come indipendente dal sesso, nella Costituzione e nelle leggi pre e post-costituzionali. E anche nel linguaggio comune: leggere *elenco degli autori e delle autrici*, nell'indice di un volume che raccoglie gli interventi di un bel convegno universitario, nulla aggiunge al significato che tutti abbiamo sempre letto in 'elenco degli autori'. Lo sdoppiamento lessicale (autori + autrici, *et similia*), lungi dall'essere un riconoscimento di pari dignità di maschi e femmine, disperde le potenzialità di un linguaggio che sappia parlare *senza* distinzione di sesso, puntando alla *massima efficacia col minor numero di parole*⁴⁴. Per la pari dignità, mi sembra una perdita secca.

L'indicazione data dall'Accademia della Crusca va intesa non come imposizione di un'ortodossia calata dall'alto, ma come liberazione da una caduta d'intelligenza del linguaggio, la confusione fra genere grammaticale e identità sessuale⁴⁵. Questi aspetti puramente linguistici possono essere guardati con ironico distacco, nell'ottica del buon senso e di consolidate teorie dell'interpretazione.

Problemi più delicati sono posti da pretese di un linguaggio politicamente corretto nei contenuti, a tutela di categorie di persone storicamente subalterne, o di sensibilità religiose o d'altra natura. Un campo al confine fra ragionevoli tutele e rischi di slittamento illiberale è quello delle norme antidiscriminazione⁴⁶.

Una proposta in materia di atti discriminatori in ragione dell'orientamento sessuale (una nuova incriminazione e una nuova circostanza aggravante) è stata oggetto di discussione nella precedente legislatura, ed è stata rilanciata nella campagna elettorale del 2022, nel programma di un partito uscito perdente.

Ha senso oggi, per una politica 'progressista' e liberale, proporre nuove incriminazioni ragionevolmente difendibili, ma non necessarie e divisive, e suscettibili di forzature applicative?

⁴³ [Prot. n. 265/2023 del 27 gennaio 2023](#); opportunamente pubblicato in *questa Rivista*.

⁴⁴ È un'indicazione di don Milani, ho appreso casualmente in una trasmissione televisiva a lui dedicata.

⁴⁵ O forse il sole, il tempo, il mondo sono maschi in Italia, e *die Sonne, die Zeit, die Welt* sono femmine in Germania?

⁴⁶ Ho toccato questi temi in D. PULITANÒ, [Potere della parola, parole del potere](#), in *questa Rivista*, 18 novembre 2022. Fra gli interventi recenti, M. D'AMICO, *Linguaggio discriminatorio e garanzie costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2023; P. CAROLI, [La giustizia penale italiana di fronte alle discriminazioni di persone LGTBOIA*](#). [Una ricognizione sistematica del diritto vivente](#), in *questa Rivista*, 29 marzo 2023.

Il diritto criminale, elemento importante per la continuità di una società aperta e forte, ha bisogno di consenso largo. Espansioni non condivise dell'area dell'illecito si prestano a politiche da *"liberali illiberali: assolutisti che credono che la propria visione del liberalismo sia l'unica verità"*⁴⁷.

7. L'idea del reato universale.

Un punto ideologicamente identitario nel discorso pubblico della nuova maggioranza è l'idea della surrogazione di maternità come *reato universale*, già da tempo trasfusa in proposte di legge⁴⁸.

Le motivazioni delle proposte presentate in questa legislatura esprimono un giudizio morale negativo: *"esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, che sono stati trattati alla stregua i merci"*⁴⁹; *"non sono tutelate le donne più vulnerabili che vivono nei paesi in via di sviluppo"*⁵⁰.

Con riguardo a fatti avvenuti in Italia, il divieto penale di surrogazione di maternità è per la donna che si accolla liberamente la gestazione per altri una tutela indirettamente paternalistica (come quella apprestata dai divieti di uccisione del consenziente o di aiuto al suicidio): una tecnica che va contro la volontà delle persone che il diritto intende tutelare, e perciò abbisogna di una giustificazione forte⁵¹. Siamo al confine delle scelte legittime di criminalizzazione, di *natura ineludibilmente discrezionale e valutativa*⁵², ma vincolate a principi costituzionali: il principio di offensività, e il principio d'eguaglianza, *"canone di razionalità della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità... e a criteri di coerenza logica, teleologia e storico-cronologica, che costituiscono un presidio contro l'eventuale irrazionalità e iniquità delle conseguenze"*⁵³. È questa l'estensione massima che

⁴⁷ M. WALZER, *op. cit.*, p. 169

⁴⁸ Le proposte di legge presentate sono pubblicate in *questa Rivista*, con commento di G.L. GATTA, [Surrogazione di maternità come reato universale?](#), 2 maggio 2023, e di G. LOSAPPIO, [Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit](#), in *questa Rivista*, 15 maggio 2023. Con riferimento a proposte precedenti, M. PELISSERO, [Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale](#), in *questa Rivista*, 29 giugno 2021. Cfr. anche T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1391s

⁴⁹ Proposta n. 87.

⁵⁰ Proposta n. 1026.

⁵¹ M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, I, 489 ss.; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1209. Una discussione a più voci su paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario in *Criminalia*, 2011, p. 223 ss.

⁵² N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁵³ Così la sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162, 14 maggio 2015, n. 96.

possa essere riconosciuta all'idea di eguaglianza, intesa come proporzione fra il precetto (la restrizione di libertà insita nel precetto) e le ragioni che possano giustificarlo.

L'incriminazione indirettamente paternalistica della surrogazione di maternità pone problemi accostabili a quelli che la Corte costituzionale ha affrontato nella sentenza di rigetto sul favoreggiamento della prostituzione volontariamente esercitata⁵⁴, centrata sulla asserita vulnerabilità della persona disposta a prostituirsi. Tale pronuncia, molto discussa, può essere letta come legittimazione di principio dell'intervento repressivo di fronte a *forme di vita* ritenute particolarmente problematiche. Un *caveat* nella motivazione (ma non nel dispositivo) dà rilievo al giudizio di offensività in concreto, da parte del giudice: un problema di proporzionalità dell'incriminazione, non chiaramente tematizzato, che lascia aperto il problema dei confini reali della fattispecie.

La varietà di valutazioni su questa sentenza rispecchia la difficoltà (o impossibilità?) di tracciare confini precisi al campo di legittima incriminazione, là dove non siano in gioco diritti di libertà in senso forte, e vi siano nella società valutazioni etico-politiche diverse, anche confliggenti, non incompatibili con il quadro delle libertà costituzionali, ma ragionevolmente discutibili.

Comunque si valuti la surrogazione di maternità sul piano dell'etica e/o della politica legislativa, l'idea del reato universale solleva problemi *ulteriori*: se e per quali ragioni – a tutela di chi o di che cosa – l'ordinamento penale italiano possa avere *interesse* ad occuparsi e *titolo* ad occuparsi di fatti avvenuti altrove nel vasto mondo; e quale rilievo possa avere la *lex loci*.

La rilevanza della *lex loci*, per la valutazione di fatti realizzati all'estero, è una soluzione recepita in legislazioni moderne⁵⁵. La pretesa (ovvia) di ciascuno Stato, di disciplinare la condotta di chiunque (cittadino o straniero) si trovi nel proprio territorio, comporta che la persona all'estero sia tenuta al rispetto della legge del luogo, e possa fare affidamento sulle libertà riconosciute dalla legge del luogo.

Nelle norme del codice penale italiano relative al delitto commesso all'estero (art. 7s) l'esigenza della doppia incriminazione (per il diritto italiano e per il diritto vigente nel *locus commissi delicti*) non è espressamente menzionata né esclusa. La relazione al progetto definitivo del codice Rocco afferma che per la punibilità del fatto commesso all'estero “*occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso*”⁵⁶.

Riconoscere la rilevanza dell'*affidamento nella lex loci*, per chi agisce all'estero, è conforme all'*ethos* del liberalismo politico; è in via di principio la soluzione rispettosa dei limiti della potestà dello Stato, e della dignità di scelte personali che hanno comunque tenuto conto della dimensione giuridica.

Per quanto concerne il cittadino italiano che si avvalga dell'*esecrabile* pratica là dove questa è consentita dalla *lex loci*, la configurazione di tale pratica come reato universale sarebbe una tutela *direttamente paternalistica* della moralità del cittadino, e

⁵⁴ C. cost. 7 giugno 2019, n. 141. I numerosi commenti sono indicati nel sito Consultaonline, insieme al testo della sentenza.

⁵⁵ Riferimenti in T. TRINCHERA, *op.cit.*, p. 1414s.

⁵⁶ Lav. Prep., vol. V, pt. I, p. 36.

indirettamente paternalistica per la donna che in altro paese (nel suo paese) accetta liberamente di accollarsi la gestazione per altri.

Quali che siano le possibili giustificazioni di usi paternalistici del diritto penale, è manifestamente contro i principi di un ordinamento laico e liberale che lo Stato si assuma compiti di tutela *direttamente paternalistica* della moralità del cittadino.

Quanto alla tutela delle donne d'altri paesi, in relazione a fatti che avvengono nel loro paese, il problema riguarda gli Stati in cui vivono. Ha senso che lo Stato italiano si ritenga legittimato e interessato ad assumersi compiti di tutela indirettamente paternalistica di *donne vulnerabili che vivono in paesi in via di sviluppo*? Poniamo, tutela delle donne indiane, per fatti avvenuti in India con il loro consenso, non illeciti secondo la valutazione dell'ordinamento giuridico indiano?

Mi sembra un interrogativo retorico: non vedo argomenti sostenibili sul piano etico-politico, a sostegno di un'intrusione paternalistica dell'ordinamento penale italiano in relazione a fatti realizzati altrove, non illeciti per la legge del luogo.

Sul piano della politica legislativa, mi sembra ragionevole porre questo problema anche con riguardo a fatti che, secondo l'interpretazione corrente, sono punibili secondo la legge italiana (emblematica la giurisprudenza sull'aiuto al suicidio): condotte di partecipazione atipica, realizzate in Italia, fondano la punibilità secondo legge italiana, anche per un fatto tipico realizzato all'estero, legittimamente secondo la *lex loci*. La mia personale valutazione (ovviamente discutibile) è che condotte preparatorie in Italia, non incidenti sul significato del fatto realizzato all'estero, non sono una buona ragione di punibilità secondo il diritto italiano, se il fatto tipico (surrogazione di maternità o aiuto al suicidio) è stato realizzato nel rispetto della *lex loci*.

Queste considerazioni lasciano fra parentesi le valutazioni etico-politiche sulla surrogazione di maternità o sull'aiuto al suicidio. Hanno rilievo anche in ordine all'eventuale richiesta del Ministro della giustizia, di procedere per fatto commesso all'estero. Poggiano sulla concezione dello Stato propria del liberalismo⁵⁷, che *non* vede nello Stato un tutore della moralità dei suoi cittadini, e attribuisce un valore fondamentale all'affidamento dei soggetti agenti nella legge del luogo in cui agiscono (salvo che si tratti di autorizzazioni a usare violenza o frode, da parte di uno Stato canaglia).

Ulteriore argomento contro pretese espansive del penale, su punti controversi, sotto l'etichetta del reato universale, è il riconoscimento liberale del valore politico dell'alternanza nella gestione del potere, su presupposti condivisi fra *avversari politici*. In assenza di ragioni forti, la figura del reato universale ha un colore *politicamente corretto*: una tentazione di un *liberalismo assolutista* che tende ad irrigidirsi in Stato etico.

⁵⁷ È questo, mi pare, l'approccio di V. ZAGREBELSY, *Perché rendere la gestazione per altri reato 'universale'?*, in *La stampa*, 24 maggio 2023.

8. L'equilibrio fra Stato e società civile.

Nel mondo delle democrazie liberali, in cui abbiamo la fortuna di vivere, il diritto criminale/penale ha a che fare con l'equilibrio fra la società civile e lo Stato, decisivo per il buon funzionamento e il benessere delle società: "ci vuole uno Stato forte per combattere la violenza, far rispettare le leggi e fornire servizi pubblici indispensabili per garantire alle persone la possibilità di fare scelte e portarle avanti. Ci vuole una società forte e mobilitata per controllare e incatenare uno Stato forte". L'equilibrio fra la società civile e lo Stato è raggiungibile entro uno stretto passaggio nel quale sono entrate le democrazie che hanno avuto successo, a partire dall'Atene antica fino alle moderne democrazie liberali⁵⁸.

Il contributo che il diritto penale può dare è fondamentalmente legato alla dimensione precettiva. Rispecchia la natura politica degli Stati, su una scala che va dalle migliori democrazie liberali ad ordinamenti più o meno decenti, fino alle peggiori tirannie. Nel mondo delle democrazie liberali, nel quale abbiamo la fortuna di vivere, la risposta al problema hobbesiano della sicurezza è il *potere limitato*⁵⁹, il riconoscimento e l'effettivo rispetto di diritti inviolabili di dignità e libertà delle persone.

Fondamento delle democrazie liberali è la libertà del conflitto di idee e di parole. La moralità del tollerare è espressione del rispetto-riconoscimento reciproco fra portatori di idee e di concezioni diverse e confliggenti. Dispiace dove ricordare questi elementari principi agli assolutisti ideologici che impediscono di parlare a chi esprime idee non condivise, come è accaduto in questo maggio 2023 al Salone del libro di Torino⁶⁰, e come tante, troppe volte è accaduto in passato ad opera di estremisti violenti di vario colore.

Una società civile forte vive del confronto, del conflitto, della ricerca di accordi sui modi del convivere, negli spazi liberi dal potere di coercizione del Leviatano, e di qualsiasi altra pretesa di potere.

I confini del diritto criminale sono problemi di giustizia in senso forte. Giustizia di regole della convivenza: precetti eticamente ineccepibili (non usare violenza o frode), ragionevoli cause di giustificazione, ragionevoli criteri d'imputazione personale. Restano aperti problemi di confine, particolarmente delicati, legati a conflitti di culture e di concezioni morali, che sono un aspetto costitutivo di società aperte al pluralismo di concezioni morali e politiche.

La giustizia delle pene comminate e inflitte è un problema ulteriore, da considerare sempre proponibile per qualsiasi reato. La ragione giustificativa del diritto penale (la prevenzione generale, la capacità dissuasiva) lascia aperto il problema della giusta misura delle sanzioni minacciate e irrogate.

Oggi ci troviamo di fronte a sfide drammatiche come la guerra d'aggressione scatenata da un regime totalitario. Sono in gioco le condizioni materiali e morali

⁵⁸ D. ACEMOGLU e A. ROBINSON, *The narrow corridor*, in traduzione italiana *La strettoia*, Milano 2020. Citazione da p.14.

L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in AA.VV., *Il caso Beccaria. A 250 anni della pubblicazione Dei delitti e delle pene*, a cura di V. Ferrone e A. Prospero, Bologna 2016, p. 340

⁶⁰ La persona impedita, la ministra Eugenia Roccella, ha reso una bella intervista in *Avvenire*, 24 maggio 2023.

dell'umana convivenza. Come già avvenuto di fronte alla pandemia Covid, di fronte alla guerra ci sono sbandamenti etici ed epistemici: tali mi paiono le letture capovolte del principio costituzionale di ripudio della guerra come strumento di offesa degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali. Proprio il ripudio della guerra come strumento di offesa e mezzo di risoluzione delle controversie internazionali è il principio che esprime la moralità dell'aiutare il paese aggredito nel costringere l'invasore a ritirarsi⁶¹. Non è un dovere in senso stretto, ma un impegno in difesa delle condizioni di base dell'umana convivenza, che ci tocca direttamente, e richiede il massimo di attenzione razionale e morale.

I nostri problemi di diritto – grandi o piccoli – hanno senso dentro una scelta di civiltà. Scenari di crisi come la pandemia e la guerra ridefiniscono anche il senso del nostro lavoro di giuristi, le urgenze e la misura dei problemi di cui ci occupiamo, e che talora tendiamo a ingigantire o a non vedere.

⁶¹ Una chiara esposizione in V.E. PARSÌ, *La pace è vincere*, in *Il foglio*, 19 maggio 2023.