

DOMENICO PULITANÒ

POPULISMI E PENALE

SULLA ATTUALE SITUAZIONE SPIRITUALE DELLA GIUSTIZIA PENALE

SOMMARIO: 1. In nome del popolo. – 2. Populismi nella politica legislativa penale. – 3. Giurisdizione e politica. – 4. La fabbrica delle decisioni giudiziarie. – 5. Profili populistici nella giurisprudenza? – 6. Due approcci al problema della moralità del diritto penale. – 7. Giustizia penale e *accountability* (morale e politica).

1. *In nome del popolo*

L'invito a scrivere sul tema del *populismo giudiziario* (in materia penale) sollecita una riflessione più allargata, che si interroghi sui soggetti e le forme del *populismo penale*. Che cosa possiamo intendere per populismo, se trasponiamo questo concetto, normalmente riferito alla sfera politica, nel contesto dei problemi concernenti la giustizia penale?

«*Di populismo oggi si parla molto*»: questa frase iniziale di un libro di pochi anni fa¹ può considerarsi una notazione realistica sul linguaggio usato ancora oggi nella polemica politica. Il concetto di populismo, entrato in uso nell'Ottocento, evoca un'idea positiva di popolo, sotto angolature diverse. L'analisi di Merkel individua due visioni di fondo: popolo come *massa salvifica*, popolo come *massa incolta*. Questi due aspetti non sono visti in contraddizione: per il populista il popolo incarna *per definizione* valori salvifici in senso per così dire metafisico, anche se come massa reale è incolta. Versioni più radicali danno rilievo a caratteri più specifici: popolo come stirpe etnica, unita da sangue e suolo, lingua, religione, cultura, valori. Aspetto ricorrente del populismo è una sorta di protezionismo affidata a un capo carismatico, interprete del sano sentimento del popolo. Concezioni populiste si presentano come alternativa radicale all'idea di popolo legata alla cittadinanza in uno Stato di democrazia liberale, caratterizzato dal pluralismo come fatto e come valore.

Con riguardo al mondo della giurisdizione, nella Costituzione italiana vi è un riferimento al popolo nell'art. 101, in apertura del titolo dedicato alla magistratura. «*La giustizia è amministrata in nome del popolo*». Una proclamazione ideale, cui

¹ N. MERKEL, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari, 2009.

segue il principio fondante della funzione giurisdizionale: «*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*». *In nome del popolo*, i giudici applicano la legge alla quale (*soltanto* alla quale) sono soggetti. Del *dictum* costituzionale, la chiave di lettura è data dal principio di legalità; da intendere, per la giustizia *penale*, nel senso forte specificamente penalistico, articolato nei principi costituzionali pertinenti al penale. Il messaggio costituzionale è un messaggio di legalità democratica, niente affatto populista, se per populismo si intende un legame di rappresentanza del popolo o di condivisione di specifici valori ‘popolari’.

Nella XIV legislatura un guardasigilli leghista (Castelli) ha fatto scrivere la formula costituzionale (*la giustizia è amministrata in nome del popolo*) nelle aule di giustizia, accanto alla classica formula «*la legge è uguale per tutti*». Tale iniziativa è stata voluta, ed è stata intesa, come messaggio populista: la giustizia amministrata *in nome del popolo* non può che esprimere valori *del popolo*, rispondenti ad una volontà popolare, riflessa nel consenso elettorale, e di cui il magistrato dovrebbe sentirsi rappresentante.

Il problema del populismo giudiziario (cioè *nel giudizio*) può essere colto in prima battuta nella ambivalenza della formula, secondo che sia intesa come tassello ideale in una Costituzione liberaldemocratica, oppure sia rilanciata come messaggio politico di una politica che pretende di essere espressione di valori del popolo (o della maggioranza) rilevanti come tali per il giudizio penale.

Perché ambivalenza? La legge (e segnatamente la legge penale) è, per definizione, volontà popolare, espressa da un legislatore che rappresenta il popolo. Volontà del popolo in nome del quale i giudici la applicano? Le formule linguistiche si prestano a far apparire ideologicamente conciliati i due aspetti: vincolo alla legge e riferimento al popolo. I problemi sorgono non appena andiamo a cercare i contenuti e significati della legge, in rapporto a fatti su cui esprimere un giudizio legalmente fondato. Il vincolo alla legge definisce un campo problematico comprendente tutti i problemi di interpretazione e applicazione della legge. Il giudice *dice* il diritto; la giurisprudenza non è fonte ma *custode* del *nomos*. Ha qualcosa da dire, in questo contesto, il riferimento al popolo, *l'in nome del popolo* che apre la lettura dei dispositivi delle sentenze penali?

L’iniziativa ormai dimenticata del ministro leghista ha per così dire messo in scena il (possibile) legame del populismo in sede giudiziaria con un populismo politico che pretenda di ispirarlo. L’opposizione a quell’iniziativa può forse essere letta come segno di risorse ideali antipopuliste. Emerge comunque la complessità dei problemi, ed il rischio di populismi diversi, diversamente radicati nel politico e nel giudiziario.

Le mie riflessioni sul populismo penale partiranno dai rapporti fra il momento giudiziario e possibili condizionamenti populistici a monte. Si soffermeranno poi

su profili e problemi specifici del riferimento al popolo nella attuale situazione spirituale in Italia.

2. Populismi nella politica legislativa penale

2.1. Le politiche del diritto penale sono un potente strumento di autorappresentazione politica. La legislazione penale ben si presta a mettere in scena risposte rassicuranti ad emozioni e paure, alla paura del crimine, a bisogni di sicurezza e di pena (o di vendetta?).

Il *problema penale* ha a che fare con l'ambiguità della pena, fra bene e male. La pena, ha scritto un autorevole sostenitore della concezione retributiva², è un male «*se viene interpretata in termini di natura, sotto il profilo del dolore o della sofferenza*»; ma «*occorre distinguere tra un male che è tale solo sul piano naturalistico [...] e un male di natura morale*». La pena retributiva è «*una nozione il cui contenuto non può esaurirsi nel mondo naturalistico ma deve estollersi in quello dei valori*»; «*la pena è un valore, vale a dire un'esigenza giuridico-morale, e quindi un bene*». Questo dover essere (*deve estollersi*) vale per qualsiasi concezione della pena che aspiri ad essere una concezione ragionevole. Il male naturalistico è un dato di fatto, il valore di giustizia un problema aperto.

Le minacce di pena sono pensate per il potenziale trasgressore dei precetti, le pene si applicano al *delinquente* che ha commesso un reato e merita d'essere condannato. La legislazione penale ben si presta a esprimere scelte e valori sotto il segno di politiche penali 'di lotta', di qualsiasi colore (conservatrici e rivoluzionarie). Con l'arma (a doppio taglio³) del diritto penale si lotta contro le forme tradizionali di criminalità, le mafie, la criminalità organizzata, la piccola criminalità di strada. Si può lottare, più modernamente e con sentimento progressista, contro nuovi pericoli della società del rischio, l'inquinamento dell'ambiente, particolari forme di criminalità violenta venute alla ribalta (per es. violenza sessuale), e via via elencando i possibili nemici di turno. Nel recente periodo compaiono l'omofobia, il razzismo, il negazionismo, l'immigrazione irregolare, persino gli omicidi bianchi sulle strade (vedi proposta di introdurre una apposita figura di omicidio stradale). Se può essere definito populistico l'approccio al problema del contrasto alla criminalità in chiave di severità punitiva, il populismo penale, espresso da politiche di *più penale*, è trasversale agli indirizzi politici.

² G. BETTIOL, *Punti fermi in tema di pena retributiva*: uno scritto del 1960, ripubblicato nella raccolta di *Scritti giuridici*, tomo II, Padova, 1966, p. 937 s.

³ Secondo la famosa formulazione di F.V. LISZT.

Nell'insieme, il populismo penale è ad esibita protezione di un popolo che può avere le più diverse caratteristiche. C'è un vistoso populismo di destra (politiche securitarie), ma anche un populismo di sinistra, o genericamente definibile come *politically correct*. Può arrivare a tingersi talora di populismo etnico persino in contesti di passabile democrazia liberale (vedi problema dell'immigrazione). In Italia, anche nella fase più recente, a dispetto dell'emergenza carcere e delle proclamazioni di principio, la politica legislativa penale ha continuato a camminare sui consueti binari (per così dire di esibito protezionismo) con proposte di *più penale*. Proporre un ritrarsi del penale (dell'area dei precetti, della severità delle sanzioni) sarebbe sentito come un distacco da umori e sentimenti prevalenti, politicamente arrischiato.

L'uso populistico della legislazione penale può consistere nell'esibizione di una severità realmente perseguita (con i suoi costi ed i possibili effetti), o restare sostanzialmente simbolico (un aspetto di per sé neutro, connaturato alle norme penali, non necessariamente negativo, ma spesso sì). Un aspetto degradato è il proliferare di norme inutili, sotto forma di fattispecie speciali o di circostanze aggravanti di poca o nulla valenza, mera espressione di buone intenzioni di tutela, matrici di differenziazioni che spesso sono di incerta giustificazione a fronte del principio d'uguaglianza.

La legislazione securitaria è piena di queste tecniche. Emblematica l'aggravante della clandestinità, simbolo discriminatorio della politica anti-immigrazione, introdotta dal pacchetto sicurezza del 2008, dichiarata illegittima da Corte cost. n. 249/2010.

Esempio interessante di severità apparentemente plausibile (si rivolge contro sospetti appartenenti ad associazioni mafiose) ma non giustificabile a fronte del principio d'uguaglianza, è l'aggravante ora prevista dall'art. 71 del c.d. codice antimafia (d. lg. 6 settembre 2011 n. 159), applicabile a chi abbia commesso certi tipi di delitto durante il periodo in cui era sottoposto alla sorveglianza speciale o nei tre anni successivi. L'aumento di pena è quello previsto dall'art. 99, comma 2, per il caso di recidiva qualificata (fino alla metà), e si procede d'ufficio. Anche questa aggravante contravviene al principio enunciato dalla sentenza costituzionale sopra citata: non possono essere tipizzati come circostanze elementi che – *ceteris paribus*, a parità di tutto il resto – non abbiano un *univoco* significato aggravante o attenuante, rispetto al reato per il quale si tratti di stabilire la pena. Nemmeno atti illeciti *estranei al commesso reato*, che pure rientrano nella complessiva condotta di vita cui fa riferimento l'art. 133 c.p. Men che meno lo statuto di sorvegliato speciale, in relazione a precetti rivolti alla generalità dei consociati. Il mix di un'apparenza *politically correct* e di contenuto discriminatorio, che caratterizza questa aggravante, mi sembra un chiaro esempio di populismo penale a livello legislativo.

2.2. La dottrina penalistica ha difficoltà a far valere sul piano politico le ragioni che richiederebbero inversioni di tendenza sul piano del diritto penale sostanziale. Talvolta vengono presentati argomenti che non colgono la sostanza e la complessità dei problemi. Un esempio è l'uso retorico del principio del bene giuridico: nella critica di norme penali vigenti o di proposte di nuove norme, sostenere che non c'è un bene giuridico è un argomento che pretende di essere forte. Un esempio di ieri: l'opposizione alla criminalizzazione dell'immigrazione irregolare. Un esempio tornato d'attualità: l'opposizione all'introduzione del reato di negazionismo. Sono posizioni ben giustificate sul piano della politica del diritto; ma l'argomento dell'inesistenza di un bene giuridico mi è parso un errore concettuale e politico, una chiusura alle ragioni degli altri.

Come di regola avviene, anche nel caso dell'immigrazione irregolare la richiesta di più penale è collegata a qualcosa di afferrabile: il controllo dei flussi migratori (e in definitiva del territorio) è o non è un problema reale, realmente sentito e sofferto? Azzerare il problema sostenendo che non c'è l'oggetto (inesistenza di un bene giuridico) significa rifiuto di guardare in faccia la realtà dei fatti e degli interessi in gioco. La critica verso la penalizzazione dell'immigrazione clandestina è una critica – sorretta da forti ragioni etiche e politiche – contro una norma penale astrattamente legittimabile dal principio del bene giuridico, come la Corte costituzionale italiana ha riconosciuto (sentenza n. 250 del 2010).

Analoghe considerazioni possono farsi circa il problema del c. d. negazionismo: anche chi si oppone all'introduzione di un reato di negazionismo riconosce che a sostegno della penalizzazione vi sono ragioni afferrabili e apprezzabili. Con riguardo alla Shoah non si tratta di tutelare una generica *memoria storica*: è in gioco l'universo etico-politico (il mondo dei più elementari diritti umani) che il negazionismo aggredisce. Che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, se i negazionisti riuscissero a far breccia? La posta in gioco è altissima: altro che inesistenza di un bene giuridico! Sia sostenitori che oppositori alla penalizzazione del negazionismo si riconoscono nei medesimi valori, quelli che il negazionismo offende. Il manifesto '*contro il revisionismo, per la libertà della ricerca storica*', firmato da molti storici italiani (nel 2007 e nel 2013) così conclude: «è la società civile, attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica, che può creare gli unici anticorpi capaci di estirpare o almeno ridimensionare ed emarginare le posizioni negazioniste». La discussione è sui mezzi, non sulla necessità di una costante battaglia.

Questi esempi mostrano che le politiche correnti del diritto penale, buone o cattive, hanno il principio del bene giuridico dalla loro parte (quanto meno apparentemente, o tendenzialmente, o in prima battuta). Da ciò la loro capacità di suggestione politica (o populistica), pur in presenza di eventuali (e vistosi) difetti tecnici o di principio nelle soluzioni prospettate.

Non dovrebbe stupire la constatazione che il riferimento al bene giuridico non ha svolto una concreta funzione selettiva nella giurisprudenza costituzionale⁴. Questo aspetto, talora registrato in chiave critica, può essere storicamente spiegato: dietro norme incriminatrici anche discutibili è normale rintracciare un qualche interesse teoricamente proponibile come oggetto di tutela non illegittimo⁵. Gli aspetti problematici, di cui i giudici costituzionali vengono di fatto investiti, riguardano di regola altri aspetti, legati all'offensività del fatto tipizzato dal legislatore: il rapporto fra il bene tutelato e la fattispecie tipica, il rapporto fra il reato e le conseguenze previste dalla legge. Sul piano della legittimità costituzionale, molte questioni che la dottrina penalistica ricollega al principio di offensività sono state impostate dalla Corte costituzionale nella forma «*ben meno radicale ed assolutista*»⁶ del principio di ragionevolezza.

Detto nel linguaggio della dottrina penalistica: il principio di tutela di beni giuridici, talora considerato il fondamento di un *diritto penale minimo*, in realtà indica il *fondamento* del diritto di proibire e punire: è un *criterio di legittimazione* di strumenti penali, sia pure non obbligante; unitamente agli altri principi garantisti (in particolare al principio di colpevolezza) segna l'ambito della *massima espansione* del diritto penale astrattamente pensabile in uno stato liberale di diritto. Dentro quello spazio, la discrezionalità politica del legislatore può strutturare e delimitare ambiti del penale (sia del proibire che del punire) *più ristretti*.

Prendere sul serio questo scenario (il bene giuridico come *problema di tutela*) può aiutare a impostare i problemi concreti di politica del diritto penale, tenendo conto delle ragioni degli altri, buone o cattive che ci appaiano. Una realistica prospettiva di riforma deve farsi carico delle ragioni che alimentano le politiche del *più penale*, e saper mostrare la preferibilità di politiche di tipo diverso.

3. Giurisdizione e politica

3.1. A differenza della politica legislativa penale, il momento giudiziario (per definizione separato dalla politica) non dovrebbe essere un terreno appropriato per influenze populiste. In un orizzonte di democrazia liberale, il diritto e la giustizia

⁴ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 216. Ancora più netta la presa di distanza nella giurisprudenza costituzionale tedesca, esplicita nella recentissima sentenza sull'incesto: BVerfG, sentenza 26 febbraio 2008.

⁵ Nell'unico caso in cui la Corte costituzionale ha rilevato l'inesistenza di un bene giuridico tutelabile (sentenza n. 189 del 1987, che ha dichiarato l'illegittimità del reato di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione, previsto da una legge speciale del 1926) il parametro costituzionale applicato è il principio d'uguaglianza, sullo sfondo di un diritto di libertà compreso dalla norma impugnata. Questa sentenza non ha particolarmente attirato l'attenzione dei penalisti.

⁶ V. MANES, *op. cit.*, p. 137.

penale sono istituzioni rette dal principio di legalità e dalla separazione di poteri: separazione fra il momento *politico* della legislazione e il momento *tecnico* dell'imparziale applicazione della legge. La spada della giustizia (penale) è affidata a un *giudice imparziale*, non soggetto ad altri poteri, munito di garanzie d'indipendenza dal potere politico, soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.). Ciò risponde ad esigenze di garanzia d'una applicazione della legge uguale per tutti, non subalterna ad interessi di parte. Amministrata sì in nome del popolo, dice il rituale della legalità democratica, ma secondo criteri formalizzati di legalità, non secondo ottiche di rappresentanza popolare o di politica populista.

La funzione giudiziaria penale può tuttavia essere definita come politica, nel senso che concerne la vita della *polis*, e tocca interessi di vitale importanza per i singoli e per la società⁷. La *apoliticità* (neutralità politica) della funzione giudiziaria, che si vuole assicurata dai principi costituzionali, è un carattere tanto più necessario quanto maggiore la politicità intrinseca (nel senso nobile del termine) del compito di controllo imparziale di legalità e di attuazione della legge nei casi concreti portati a giudizio. Il diritto penale – affidato al *law enforcement* giudiziario per esigenze di garanzia (imparzialità nella applicazione della legge *uguale per tutti*) – è uno strumento forte (il più forte) del potere giudiziario, punto nodale (ancorché non l'unico) degli equilibri fra poteri.

Al modello di rapporti fra politica e giustizia si riferisce la metafora baconiana ripresa da Luciano Violante⁸: i giudici devono essere leoni, ma *leoni sotto il trono*: sotto la legge e senza pretese di sedersi sul trono. V'è qui il riconoscimento di un ruolo attivo e significativo dei leoni, insieme alla sottolineatura di limiti della giurisdizione e del primato della politica nelle forme della democrazia costituzionale.

Nelle discussioni sulla funzione giurisdizionale, il rapporto con la dimensione politica è in genere visto in collegamento con la funzione di interpretazione del diritto. Vi è un confronto, e un vivace conflitto, fra diversi modelli di interpretazione e applicazione del diritto; la critica del mito del giudice 'bocca della legge' ha talora assunto la veste di una rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica. Si è finito così per sovrapporre, nell'ideologia e nella polemica, la questione della politicità/apoliticità della funzione giudiziaria con la questione del rapporto giudice-legge. Nella storia della magistratura italiana, l'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche dall'idea (dalla rivendicazione) di politicità della giurisdizione.

La politicità della giurisdizione è un dato di realtà, quale che sia il rapporto fra legge e giudice. I due profili possono peraltro ambiguamente confondersi

⁷ Sarebbe «ben strano immaginare come non politico l'esercizio dell'indipendenza e dell'autonomia del magistrato»: A. CAZZOLA e M. MORISI, *La mutua diffidenza. Il controllo reciproco tra magistrati e politici nella prima Repubblica*, Milano, 1996, p. 9.

⁸ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009.

nell'autocomprensione che i giudici hanno della loro funzione, e nelle polemiche culturali o politiche.

3.2. L'applicazione giudiziaria del diritto non è astratta 'interpretazione di legge': è applicazione a fatti concreti, che nel processo sono oggetto di accertamento. È sul versante dell'accertamento dei fatti, e della qualificazione di fatti concreti, che si manifestano in pieno l'impatto della giurisdizione sulla *polis* e la alterità della giurisdizione rispetto alla politica.

In una acuta riflessione su verità e politica⁹, la funzione del giudice imparziale è inserita fra gli «*importanti modi esistenziali di dire la verità*», accanto all'attività del filosofo, dello scienziato, dell'artista, dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. Ricercatori di verità di ragione e ricercatori di semplici verità di fatto sono accomunati su un fronte esterno e contrapposto a quello della politica come potere: «*Considerata dal punto di vista della politica, la verità ha un carattere dispotico. ... I fatti sono al di là dell'accordo e del consenso ... i fatti sgraditi possiedono un'exasperante ostinatezza che può essere scossa soltanto dalle pure e semplici menzogne*».

La giurisdizione ha a che fare non solo con problemi di interpretazione della legge, ma anche con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali, il cui accertamento compete al giudice imparziale. Vincoli di legalità (all'ordinamento normativo politicamente costruito dal potere del *demos*) e vincoli di verità (a verità di fatto che 'fanno resistenza' a qualsiasi potere, anche al potere del *demos*) collocano il giudice imparziale *ai confini della politica*: come dicitore di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, «*al di là dell'accordo e del consenso*», e come dicitore di valutazioni normative che sono, da un lato, il prodotto di decisioni della politica, dall'altro lato vincoli (largamente ma non totalmente suscettibili di revisione) che la politica ha posto anche a se stessa nelle forme proprie dello Stato di diritto.

D'altro canto, anche la giurisdizione è esercizio di potere, ed in ciò sta una differenza fortissima rispetto agli altri modi di ricerca della verità. Il giudice, pur assimilabile a uno storico, non è propriamente uno storico, non solo per i limiti posti dal diritto ai modi ed agli obiettivi di ricerca della verità (il giudice giudica su un frammento di storia, selezionato dall'ipotesi d'accusa, in base agli atti del processo e secondo regole processuali che pongono condizioni e limiti all'acquisizione delle prove). A differenza dello scienziato accademico, il giudice esercita poteri, anche nella ricerca di verità fattuali: compie accertamenti che acquistano valore di cosa giudicata (inconcepibile in altri contesti); afferma eventuali responsabilità; applica

⁹ H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2004. Le citazioni che seguono sono da pp. 72, 47, 50.

sanzioni o misure cautelari. Dice il diritto applicabile nei casi decisi; esercita anche poteri discrezionali.

Per il giudice la ricerca e la pronuncia di verità fattuali e del diritto applicabile è anche esercizio di potere. I problemi di fondo della giurisdizione hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia ed istituzione di potere.

Sul versante della soggezione alla legge, il giudice è vincolato in modo diverso e meno totalizzante che di fronte alla ostinata corposità di fatti *ontologicamente inemendabili*¹⁰. Il principio formale di legalità implica un *vincolo di realtà*, a tutto campo, nella individuazione della materia da regolare. È il profilo che la Corte Costituzionale italiana ha avuto occasione di additare nella famosa sentenza con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. (delitto di plagio) per violazione del principio di legalità¹¹.

Questa idea di legalità è affidata ad un *paradigma cognitivo*, che lega diritto sostanziale e processo. Nella ormai classica formulazione di Ferrajoli: «*I diversi principi garantisti si configurano, prima di tutto, come uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare, rispetto ad altri modelli di diritto penale storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio*»¹². Del garantismo penale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, e sul piano processuale il cognitivismo: 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*»¹³. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*.

Il paradigma cognitivo del garantismo non è una descrizione della realtà, ma un modello ideale, utile a misurare la rispondenza delle norme e delle prassi effettive al modello, e a misurare ed eventualmente invalidare scarti insostenibili dalle esi-

¹⁰ Così il linguaggio filosofico del c.d. nuovo realismo, M. FERRARIS, *Documentalità*, Roma-Bari, 2009, p. 92 e *passim*.

¹¹ Sentenza n. 96 del 1981: è «*onere della legge penale determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intelligibile della fattispecie astratta ... e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili... E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà*».

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

¹³ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 8.

genze di una legalità riconoscibile e di accertamenti razionalmente fondati. Pone condizioni epistemologiche esigenti, che riguardano sia il diritto sostanziale che l'accertamento processuale. Ingloba, nell'orizzonte penalistico, il principio dell'oltre il ragionevole dubbio: che non è un principio meramente processuale, bensì il risvolto processuale del principio sostanziale di legalità¹⁴.

Diversamente dai fatti ontologicamente inemendabili, le norme giuridiche sono una realtà socialmente costruita. Gli spazi aperti (quali che siano) all'ermeneutica ed ancor più alla discrezionalità applicativa, sono esposti ad influenze ideologiche provenienti da una realtà socioculturale esterna all'ordinamento giuridico. Influenze populistiche potrebbero esserne una variante, un rischio immanente all'attività di interpretazione e applicazione di norme generali e astratte.

Nell'orizzonte ermeneutico, il più vincolato al *dictum* del legislatore, l'interpretazione dei *dicta* è guidata dall'idea della razionalità del legislatore: un postulato *normativo* che sollecita la razionalità o ragionevolezza dell'interprete verso la ricerca, nei testi di legge, di significati quanto più possibile adeguati a fondare la coerenza dell'insieme e la ragionevolezza dei risultati. Questo pilastro del quotidiano lavoro ermeneutico presuppone, da un lato, un materiale normativo non troppo distante dal modello ideale d'una legislazione razionalmente filtrata; dall'altro lato, criteri di ragione (e di valore) sufficientemente affidabili e condivisi.

Entrambi questi aspetti *non* sono scontati. L'idea di un sistema ordinato sopravvive «*come un postulato o un dogma*», che il giurista interprete del diritto positivo «*continua a (fingere di) presupporre onde legittimare il proprio ruolo, che senza un criterio di razionalità sistematica andrebbe perduto*»¹⁵. Criteri di razionalità e ragionevolezza non sarebbero *presupposti dell'ordinamento positivo*, ma *paradigmi della scienza giuridica*, legati a ragioni accreditate nella comunità degli interpreti¹⁶.

Sul fronte dei riferimenti a ragioni e valori, la giurisdizione si trova su una strada che conduce verso la politica. L'individuazione dei valori di riferimento può davvero essere scienza *wertfrei*? Il rischio di scivolamenti ideologici – anche populistici – è immanente alle stesse forme di una legalità che dovrebbe costruire fattispecie precise, ben determinate descrizioni dei tipi d'illecito, ma è di fatto intrisa di

¹⁴ Accontentarsi di un accertamento 'probabilistico' significherebbe aprire la strada all'affermazione di responsabilità in casi in cui sia possibile «*non esservi stato delitto nessuno*» (F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, 1910, p. 59) o l'imputato possa essere innocente, cioè in assenza dell'accertamento dei presupposti legali della responsabilità. Per un approfondimento di questi temi da parte di un maestro del diritto penale sostanziale, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001.

¹⁵ M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p. 9.

¹⁶ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione di poteri*, in AA.VV., *La ragionevolezza del diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, p. 66.

riferimenti a valori che il giudice deve andare a cercare nel mondo sociale cui fa riferimento la stessa legge.

La ragionevolezza che può venire in rilievo nel contesto ermeneutico e applicativo *non* si esaurisce nella ragionevolezza *minima necessaria* per salvare la norma dalla scure del giudice delle leggi: è tutta (e sola) la ragionevolezza che regge il lavoro del giurista e che può filtrare attraverso i canoni accettati dell'attività ermeneutica. La ragionevolezza delle soluzioni – delle proposte ermeneutiche – può essere e spesso è ragionevolmente discutibile. Ciò che di fatto entra nella fabbrica delle interpretazioni, accampando pretese di ragionevolezza, non necessariamente è ragionevole. Torsioni ideologiche sono un rischio che non può essere esorcizzato.

Tutti questi problemi si pongono in modo più marcato con riguardo ai c.d. *elementi normativi* delle fattispecie, che collegano il diritto penale con altri settori dell'ordinamento giuridico o con valori socioculturali, e funzionano come strumenti di adeguamento del sistema penale all'evolvere di criteri esterni di riferimento. Nella concretizzazione di elementi di valutazione socioculturale, valutazioni di varia natura vengono in rilievo in via di principio, direttamente chiamate in causa dalla legge penale.

Valutazioni di quale fonte? Che cosa può significare un riferimento a valori in una società pluralista, nella quale diverse culture e diverse etiche possono legittimamente confrontarsi e convivere? In via di principio il pluralismo – quale carattere costitutivo della società e dell'ordinamento liberaldemocratico – prima ancora che incidere sul terreno empirico della rilevabilità sociale di dati valori, si pone come criterio di interpretazione degli stessi riferimenti a valori, che sia dato leggere legittimamente negli elementi di valutazione culturale. I valori socioculturali presenti e confliggenti nella società filtrano all'interno dell'ordinamento giuridico, con buone ragioni e molti problemi.

Ancora più esposto ad influenze di vario genere è il campo affidato a poteri discrezionali: teoricamente esclusi dall'interpretazione e dall'accertamento dei fatti, ma dominanti nel campo della applicazione delle risposte al reato. Per influenze e torsioni (anche) populiste v'è uno spazio ampio.

4. *La fabbrica delle decisioni giudiziarie*

Le decisioni del giudice sono l'esito di una attività complessa, il cui svolgimento è di per sé produttivo di effetti, e concorre a costruire il risultato finale. La giurisprudenza è il prodotto di una fabbrica di interpretazioni del diritto e di accertamenti fattuali – il processo – cui partecipano una pluralità di soggetti, portatori di interessi di parte su entrambi i fronti dell'accusa e della difesa. Il contraddittorio processuale, che pure è pensato come lo strumento più idoneo del paradigma co-

gnitivo (serve ad aiutare il giudice a trovare la decisione giusta, dice l'ideologia giuridica *politically correct*), ha con il metodo scientifico e con le virtù della verità¹⁷ un rapporto più complesso e più problematico della normale attività (scientifica?) di ricerca di verità fattuali. Il modello del processo di parti è funzionale a dar voce a tutte le parti, ai diritti ch'esse pretendono di avere, agli interessi messi in gioco dallo svolgimento del processo e dai suoi esiti.

«*Quale sia il sistema che favorisce la scoperta della verità in una data area è una questione fattuale*», ha osservato un autorevole filosofo in una riflessione più generale su verità e ricerca della verità; un buon modello sarebbe un sistema di laboratori scientifici in comunicazione fra loro; «*meno chiaro fino a che punto potrebbero esserlo dei processi penali in regime di contraddittorio*»¹⁸. Questa riflessione, fermamente orientata ai valori della verità e della libertà, proprio per questo è criticamente attenta al pericolo di concezioni nobilmente idealizzate del mercato delle idee e delle virtù epistemiche del contraddittorio. Proprio perché il processo in contraddittorio è un'istituzione che non ha alternative nel nostro orizzonte di civiltà, è bene non edulcorare ideologicamente lo sguardo sulla realtà, e sulle tensioni che attraversano una fabbrica di decisioni nella quale operano (legittimamente) anche interessi diversi da quello per la verità, e che tende ad assumere struttura eristica.

Anche le parti, non solo il giudice, sono fabbricanti di interpretazioni. La decisione giudiziale (teoricamente imparziale, obiettiva) nasce dal confronto e dal conflitto di posizioni diverse, 'di parte', che nel discorso pubblico accampano pretese di validità obiettiva, ma hanno un fine *strategico*, orientato (con piena legittimità) ad un risultato pratico che corrisponda al meglio (nella situazione data) all'interesse della parte.

Le parti possono parlare e parlano linguaggi diversi. L'avvocato «*col suo cliente discorrerà di interessi e di probabilità di successo, mentre nelle aule dei tribunali si appellerà alle leggi*»¹⁹. Anche il pubblico accusatore è una parte, non un decisore imparziale; rappresenta interessi *parziali*, contrapposti ad altri; il suo discorso, pur vincolato ad una deontologia pubblicistica, può avere bisogno di modularsi secondo strategie processuali, e può farlo legittimamente, in particolare per quanto concerne le tesi interpretative.

Parte imparziale, il magistrato del P.M.: così tradizionalmente si dice (o si diceva?). La medesima formula – *imparziale parzialità* – è stata proposta come caratte-

¹⁷ B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Roma, 2005 (titolo originale: *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*).

¹⁸ B. WILLIAMS, *Genealogia*, cit., p. 197, 198.

¹⁹ C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, 2005, p. 82.

rizzazione del ruolo dell'avvocato²⁰. Al di là delle differenze di poteri e doveri del pubblico funzionario e del privato professionista, questa formula paradossale coglie un tratto comune ai ruoli di parte: tutti attraversati dalla tensione fra la *parzialità nella rappresentanza d'interessi* e la *pretesa di validità e di riconoscimento intersoggettivo* che dà significato alla stessa difesa di interessi di parte. Per tutte le parti, al di là delle contrapposizioni di ruolo, è necessaria la medesima *intelligenza dei problemi*, e la capacità di parlare il medesimo linguaggio (si tratta, ovviamente, di un dover essere, non della descrizione di una realtà che è assai variegata).

Il P.M. è titolare (monopolista) dell'azione penale: obbligatoria, dice l'art. 112 della Costituzione. Sul piano del dover essere, il principio di obbligatorietà è il *riflesso processuale del principio di legalità*: esprime l'esigenza di una applicazione della legge *uguale per tutti*. Ma quali sono i presupposti dell'obbligo di attivarsi del P.M.? La risposta leggibile nell'ordinamento vigente è: il P.M. avvia il procedimento in presenza di una notizia di reato. «Solo un presupposto ben definito come la notizia di reato può rendere legittimo l'esercizio di poteri fortemente restrittivi di libertà fondamentali»²¹. Il potere di *prendere notizia* di reati, espressamente attribuito al P.M. dal codice di procedura penale del 1989 (art. 330), non è un potere di *ricerca* della notizia, ma di *prendere* la notizia *là dove c'è*: «non è compito del magistrato cercare il reato: egli deve avere sul tavolo una 'notizia di reato', una notizia attendibile che un reato è stato commesso: Soltanto dopo aver acquisito questa notizia può agire. L'ampiezza dei poteri concessi al magistrato ha come contrappeso la chiara determinazione delle condizioni che giustificano l'esercizio di quei poteri»²².

La discussione dottrinale²³ presenta significativi punti di convergenza, ma anche di divergenza. La prassi dei P.M. comprende investigazioni (anche con strumenti invasivi come perquisizioni o sequestri) che precedono l'acquisizione della notizia di reato. La giurisprudenza rileva (realisticamente) la fluidità di questa nozione, che in via di principio dovrebbe definire il presupposto non solo dell'azione penale del P.M., ma anche di doveri di denuncia dei pubblici ufficiali, e segnatamente di coloro che svolgono funzioni di polizia: elemento, dunque, di fattispecie penali, che come tale dovrebbe avere carattere di tassatività, non di fluidità. È stato espressamente escluso che possano essere sindacate le determinazioni del P.M. in ordine

²⁰ M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002; ID., *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Ragion pratica*, dicembre 2008, n. 31, p. 485 s.

²¹ L. VIOLANTE, *Controllo di legalità*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 880.

²² L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 166, p. 163.

²³ Cfr. il confronto a più voci *La ricerca della notizia di reato da parte dell'accusatore*, in *questa Rivista*, 2011, p. 437 s. (nota introduttiva di R. Orlandi, interventi di F. Caprioli e G. Insolera).

all'iscrizione della notizia di reato²⁴. E così, di fatto, l'esercizio dell'azione penale è condizionato da scelte del P.M., di selezione o di priorità delle indagini, e talora di autonoma ricerca di notizie di reato, a partire da *input* poco definiti. Di fatto, le Procure della Repubblica sono luoghi di autonoma elaborazione di politiche penali, dietro lo schermo di una obbligatorietà dell'azione penale i cui presupposti sono incerti e sottratti a controllo.

La riflessione sugli indirizzi della prassi non può trascurare i condizionamenti (legittimi o illegittimi) che possono provenire e provengono dal contesto in cui la giustizia penale opera. Condizionamenti ambigui sono legati alla *politique politicienne*. Vi sono anche condizionamenti iscritti nella struttura stessa del processo, legittimi ma non sempre di giustizia, legati agli interessi legittimamente presenti nel processo.

I rapporti di forza fra i fronti dell'accusa e della difesa possono essere i più diversi. Disparità vistose si registrano nell'uno e nell'altro fronte. Soggetti forti possono avvalersi di difese forti, mettendo in campo risorse talora superiori a quelle del P.M. Sul fronte dell'accusa troviamo, accanto al P.M., quelle che l'ipotesi d'accusa definisce persone offese; spesso deboli se isolate, possono coagularsi in schieramenti ampi e circondati da consenso. Un esempio tratto dalla cronaca recente: nel processo Eternit l'associazione delle persone offese, portatrice di istanze di severa retribuzione penale, è riuscita a bloccare – con efficace sostegno mediatico – un'ipotesi (ragionevole) di transazione fra l'imputato ed il Sindaco del comune (Casal Monferrato) maggiormente colpito dai delitti contestati. A base dell'opposizione, una richiesta di esemplarità punitiva, con pretesa di prevalenza sugli interessi sottesi all'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

Un canale per l'introduzione di istanze *lato sensu* politiche (e populiste) nel processo penale è stato allargato dalla partecipazione di enti esponenziali di interessi diffusi; la giurisprudenza ammette con larghezza la costituzione di enti esponenziali come parti civili. Questa strada è stata imboccata con sentimento 'progressista'; gli effetti meriterebbero un'attenta verifica. Enti esponenziali tendono ad esibire se stessi: il processo può servire da palcoscenico, per finalità non necessariamente di giustizia, talora squisitamente politiche.

L'attenzione mediatica verso la giustizia penale è prevalentemente schierata dal lato dell'accusa. A ciò concorrono dinamiche proprie del mercato dell'informazione (il sensazionalismo come modalità della notizia), rapporti personali (dei giornalisti con i magistrati del P.M.), interessi politici, simpatia per le vittime o per le 'battaglie' portate avanti dalle Procure della Repubblica. Vi è un vistoso giustizialismo mediatico, anche con venature populiste e con ricadute politiche (fino all'entrata in politica di magistrati del P.M., protagonisti di indagini che

²⁴ Cass., S.U., 24 settembre 2009, n. 40538.

hanno avuto ampia eco). Meno frequente e più marcatamente politico lo schieramento sul fronte innocentista.

In una riflessione sugli indirizzi della magistratura, e sui significati (di giustizia?) dell'attività giudiziaria, merita considerazione l'insieme delle attività svolte, a partire da quella del P.M. che prende e seleziona ed aziona le ritenute notizie di reato. Anche attività processuali che di per sé *non* sono propriamente di giustizia (ma strumentali, come i provvedimenti cautelari e le modalità intrusive di inquisizione) producono effetti che pongono problemi di giustizia. La questione dell'eventuale populismo giudiziario riguarda innanzi tutto il processo.

5. Profili populistici nella giurisprudenza?

5.1. La magistratura, al di là delle ideologie, si riconosce nel compito di attuazione imparziale della legalità. Lo proclamano anche i settori più attenti alla dimensione (anche) politica del diritto e della applicazione del diritto, che, nel rivendicare uno spazio legittimo di passione politica e di impegno politico sui temi della giustizia, ne mettono a fuoco il rapporto (la chiara distinzione) rispetto all'imparzialità del giudizio: questa, pur non essendo (non potendo essere) indifferenza ai valori, è terzietà fra le parti in conflitto, capacità di decidere in conformità alla «regola fondamentale del garantismo: *assolvere in assenza di prove anche quando l'opinione pubblica vorrebbe la condanna e condannare in presenza di prove anche quando l'opinione pubblica vorrebbe l'assoluzione*»²⁵.

E tuttavia l'autocomprensione degli uomini dell'istituzione giudiziaria penale è più complessa. Nelle geometrie del giusto processo, che postulano equilibri fra funzioni e parti contrapposte, *il finalismo repressivo della macchina del law enforcement introduce elementi squilibranti e tensioni non compiutamente componibili a livello formale*. L'istituzione di giustizia è neutrale in ciascun singolo processo (è giustizia, allo stesso titolo, la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente) ma nell'insieme dovrebbe risultare funzionale al *law enforcement*, alla tutela degli interessi penalmente protetti, con l'applicazione *uguale per tutti* (come nella aule d'udienza sta scritto) della legge *penale* agli autori di reato.

L'accusa sta (per così dire istituzionalmente) dalla parte del bene, dei valori penalmente protetti, di persone e collettività offese dal reato. E rispetto agli interessi in gioco anche il giudice imparziale, ultimo anello della catena istituzionale, appare *naturaliter* 'meno imparziale'²⁶: l'ideologia reale della magistratura penale (giudici

²⁵ Dall'editoriale siglato l.p., in *Questione giustizia*, 2001, n. 1.

²⁶ F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in AA. VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, p. 119.

e pubblici ministeri) è sempre a rischio di venire sbilanciata verso il polo del contrasto alla criminalità. Il 'garantismo' (parola magica di connotazione positiva) viene riferito agli interessi penalmente protetti (il polo opposto a quello delle garanzie liberali) e assunto a idea legittimante di un autoritarismo bene intenzionato²⁷ vuoi nell'approccio probatorio, vuoi in interpretazioni rigoriste motivate da una maggiore sensibilità per effettive o supposte esigenze di garanzia mediante strumenti penali.

Nell'agone processuale si discute di questioni dalla cui soluzione dipende (quanto meno su qualche punto specifico) la vittoria dell'accusa o della difesa. Anche nel dibattito dottrinale si riflettono ruoli giocati nel processo penale, sul fronte dell'accusa o della difesa o del giudizio, e culture di ruolo, influenzate (anche, non soltanto) da differenti sensibilità. La dottrina appare più legata a ruoli di difesa, e più sensibile alle garanzie liberali. L'ottica del *law enforcement*, ed una maggiore sensibilità agli interessi penalmente protetti, concorrono a plasmare la giurisprudenza, più (forse) di quanto vi concorrano sensibilità di tipo diverso.

Le controversie più significative sulla interpretazione e applicazione di norme penali hanno a che fare con la tensione di fondo del problema penale (garantismo liberale *versus* finalità di tutela 'autoritaria'). Riguardano i confini di istituti fondamentali, i requisiti minimi della responsabilità penale sotto i diversi aspetti rilevanti per la disciplina generale del reato: soglie di offensività o pericolosità (per es., ma non solo, in tema di tentativo), requisiti della partecipazione criminosa (è un dei punti critici del processo sulla c.d. trattativa Stato-mafia²⁸), del dolo (problema del dolo eventuale), della colpa (problemi di confine fra colpa e responsabilità oggettiva; individuazione di regole cautelari; nesso fra colpa ed evento); presupposti della responsabilità *per omissionem*. L'elenco potrebbe allungarsi a piacere, se inseriamo i problemi di interpretazione della parte speciale: un campo in cui l'attenzione della dottrina è selettiva, talora legata ad interessi professionali, e vi sarebbe bisogno di maggiori approfondimenti. Nell'insieme, la dottrina propone soluzioni che restringono l'area del penalmente rilevante, rispetto ad indirizzi fortemente radicati od occasionalmente affioranti nella giurisprudenza.

Posiamo parlare di populismo giurisprudenziale? Forse questa formula è troppo legata alla discussione politica (non diversamente da altre d'uso frequente, per es. 'giustizialismo'), e non aiuta a distinguere fra le diverse facce che il populismo può assumere e di fatto assume in contesti non direttamente politici (come il giudiziario). Il lessico polemico (populismo, giustizialismo) pone in primo piano aspetti negativi e/o rischi di fuoriuscita dal paradigma del garantismo, dalla regola aurea

²⁷ Ho già usato questa formula in D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93 s.

²⁸ S. LUPO, G. FIANDACA, *La mafia non ha vinto*, Roma-Bari, 2014.

poc' anzi ricordata: impermeabilità della decisione del giudice – indipendente e imparziale – ad attese dell'opinione pubblica. In relazione al rischio di estremizzazione distorta o utilizzazione impropria di istanze ideali ('politiche') di per sé legittime e apprezzabili, mi piace parlare di '*politically correct*'. Orientamenti populistici – di protezionismo populista – possono essere una variante.

I campi di problemi più interessanti sono segnati dall'intreccio di luci ed ombre, di buone intenzioni e pratiche discutibili. Al di là delle formule, ciò che interessa è il discorso su presupposti e contenuti, qualità tecnica e significati di giustizia degli indirizzi giudiziari (più ampiamente: indirizzi pertinenti alla giustizia penale, anche di soggetti diversi dai giudici).

5.2. Propongo alcuni spunti di riflessione, partendo da istituti di parte generale.

Un caso emblematico sui confini del tentativo punibile. La Corte di cassazione ha confermato (sentenza 27 aprile 2012, n. 1213) la condanna per tentato delitto di fruizione di rapporto sessuale con minore (art. 600-*bis*, comma 2, c.p.) in un caso in cui Tizio aveva chiesto a Caia, organizzatrice di attività di prostituzione, di procurargli una ragazza di 12, 13 anni; Caia si era attivata, ma non avendo trovato una ragazza di quell'età, procura a Tizio una ragazza di più di 18 anni, presentata come minorenne. La sentenza, ampiamente motivata, confuta l'argomento difensivo centrato sull'art. 115 c.p., e valorizza il compimento di una effettiva attività di ricerca d'una ragazzina infraquattordicenne.

Lasciando fra parentesi la risposta ritenuta corretta *de jure condito*, domandiamoci quale sia lo sfondo valutativo del rigorismo giurisprudenziale. La concezione estensiva del tentativo – condivisa dal P.M., dai giudici di merito, dai giudici di legittimità – sembra volta a non lasciare impunita una condotta spregevole, finalizzata all'illecito, ancorché non arrivata a mettere in pericolo alcuna persona determinata (nessuna ragazza minorenne è stata raggiunta o anche solo sfiorata dall'attività svolta, nessuna ha corso pericolo). L'affermazione di responsabilità appare coerente con un condiviso giudizio morale; incoerente con una delimitazione del tentativo punibile secondo criteri di obiettiva messa in pericolo dell'interesse protetto. Ma perché preoccuparsi di criteri garantisti di delimitazione dell'illecito penale, quando ci troviamo davanti a personaggi, a propositi e ad azioni spregevoli?

Confini del dolo: il problema normalmente discusso sotto l'etichetta del dolo eventuale. Nella presente situazione spirituale, un punto cruciale che più di altri porta alla luce le diverse anime che attraversano la dottrina e la prassi penalistica. In questa sede non è mia intenzione andare a fondo del problema ermeneutico²⁹, sì invece cercare di riflettere sul senso e valore delle posizioni a confronto.

²⁹ Rinvio in proposito a D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22 s.

Sullo sfondo dei problemi di regolamento dei confini del dolo c'è la struttura complessiva del sistema dell'imputazione soggettiva. Si tratta di tracciare un confine che distingua la forma di colpevolezza più grave, caratterizzante l'ingiustizia in senso pieno (*adikein*), da forme di colpevolezza meno piene (comportamento sbagliato, *amartia*³⁰), che potranno essere anch'esse inserite nel sistema penale (anzi, del diritto criminale), a particolari condizioni e con una risposta sanzionatoria proporzionata alla diversa e meno grave qualità della colpevolezza soggettiva. Come principio normativo di riferimento, accanto al principio di colpevolezza compare il *principio d'eguaglianza*, quale *vincolo di coerenza o ragionevolezza intrasistemica*. Tutte le forme di dolo, dalla più intensa alla meno intensa, nella strutturazione della fattispecie soggettiva dovrebbero esprimere una *medesima forma di colpevolezza* (la forma più grave) in ragione di tratti comuni e di un disvalore equiparabile ai fini della configurazione legislativa del rapporto fra il tipo d'illecito e la cornice edittale di pena.

Nei campi in cui la responsabilità penale per colpa non è prevista (o è prevista in ambito limitato) l'ordinamento positivo accetta il sacrificio di istanze (preventive e repressive) che potrebbero trovare soddisfazione nella previsione di responsabilità penali più estese, sganciate dal limite del dolo. Il salto secco dalla responsabilità per delitto doloso all'impunità drammatizza il problema di dove passi il confine. Una casistica molto delicata riguarda la posizione di soggetti garanti, in relazione ad eventuali responsabilità per concorso in fatti delittuosi realizzati da altri.

La tendenza giurisprudenziale ad espandere l'area del dolo eventuale, con la copertura di formule retoriche, sottende (mi pare) una resistenza a lasciare senza risposta penale fatti ritenuti gravi, caratterizzati da un coefficiente di colpevolezza collocato sul sottile crinale fra il dolo e la colpa. In una accurata sentenza di merito, di condanna, ho letto che interpretazioni restrittive del dolo eventuale «*svuoterebbero di concreto significato e rilevanza l'ipotesi di responsabilità ex art. 40 cpv.*». Questo punto sollecita una attenta riflessione, malgrado ed anzi a cagione dell'ambiguità di un tale rilievo: la questione del dolo eventuale non mette e non può mettere in discussione i presupposti obiettivi della responsabilità *ex art. 40 cpv.*, il cui significato e la cui rilevanza pratica possono cogliersi soprattutto nell'ambito della responsabilità per colpa. Sono inadempimenti *colposi* della posizione di garanzia a costituire un campo di frequente intervento della giustizia penale, per es. in materia di sicurezza del lavoro o dell'ambiente, o di responsabilità medica. È nella logica del sistema che l'ancoraggio della responsabilità al dolo, cioè al criterio più esigente e più selettivo, comporti una forte restrizione dell'ambito di applicazione; una restrizione chiaramente voluta dal legislatore, in

³⁰ Nella terminologia di ARISTOTELE, *Retorica*, 1373b, 1374b.

tutti i casi in cui la responsabilità per colpa non sia prevista. Ma proprio questa restrizione sembra essere guardata con disfavore dal moralismo giurisprudenziale.

Lo slittamento dal dolo alla colpa, coperto sul piano ermeneutico da formule retoriche (accettazione del rischio), avviene sul piano probatorio attraverso l'utilizzazione di argomenti indiziari certamente spendibili sul piano della colpa (il *topos* dei segnali d'allarme), la cui utilizzazione ai fini della prova del dolo richiede specifiche restrizioni. Ciò era chiaramente additato dalla bella sentenza³¹ che ha introdotto la formula dei segnali *perspicui*: segnali attraverso i quali il soggetto agente ha visto (percepito) il fatto di reato. Ma la giurisprudenza successiva ha continuato a fare perno sulla ricognizione di doveri di diligenza, cioè su argomenti tipicamente pertinenti alla colpa.

La tendenza ad abbassare gli standard del giudizio sui fatti si riscontra anche su aspetti sui quali non vi sono contrasti di principio. Pensiamo al problema causale. Nessuno oggi metterebbe in discussione il modello concettuale della sentenza Franzese (l'idea di causa come condizione necessaria, *sine qua non*, il riferimento probatorio al sapere scientifico, l'articolazione dei due livelli della c.d. causalità generale e della causalità individuale); ma è andato incontro a dichiarate resistenze il perfezionamento del modello effettuato dalla sentenza Cozzini³², con l'indicazione di un rigoroso percorso di interrogazione della scienza. Soprattutto là dove il giudice ritenga provato il carattere colposo delle condotte contestate, l'assoluzione per mancata prova della causalità rispetto a concreti eventi lesivi tende ad essere sentita come una *beffa* per le supposte vittime³³.

La sentenza Bipop sul dolo eventuale, e la sentenza Cozzini in tema di prova scientifica, mi sembrano quanto di meglio la Corte di Cassazione abbia prodotto nel recente periodo, a custodia del *nomos* e della razionalità del giudizio. Le resistenze diffuse a recepirne il messaggio mi sembrano una spia significativa di una situazione spirituale di crisi.

5.3. In modo particolarmente marcato le opzioni di valore dei giudici si rispecchiano nelle scelte discrezionali sulle risposte al commesso reato. Quanto più tenue il vincolo posto da clausole legislative generali e generiche, tanto maggiore lo spa-

³¹ Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2007, n. 23838 (c.d. sentenza Bipop), con nota di D. PULITANÒ in *Le società*, 2008, p. 902 s.

³² Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 s., con nota di R. BARTOLI. Altri commenti: M. BARNI, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 489 s.; P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341 s. Cfr. anche R. BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 597 s.

³³ Questa idea di beffa la ho letta in un appassionato atto d'impugnazione del P.M. avverso una sentenza assolutoria da imputazioni di omicidio colposo.

zio della discrezionalità applicativa e tanto minore la possibilità di controllo. Risposte penali severe sono moneta corrente.

Qual è il senso della pena detentiva irrogata, per i giudici che la hanno irrogata? È attribuito un significato 'di giustizia' (e se sì quale?) alla misura della pena detentiva e alla sua esecuzione in carcere? E quale significato è attribuito alla sospensione condizionale della pena o ad altri scenari diversi dall'esecuzione integrale della pena? Azzardo l'ipotesi che la misura della pena irroganda sia vista come indicatore astratto della misura del rimprovero per il commesso reato, entro una scala (più o meno approssimativa) di gravità comparativa, coerente (più o meno) con indicazioni quantitative leggibili nelle cornici edittali. La misura della pena sarebbe espressione di un giudizio giuridico e/o morale, secondo una scala di gravità, del tipo di un voto scolastico: anni N e/o mesi N di pena come misura della gravità del delitto. Una misura non sempre pensata e presa sul serio e approvata come misura di una giusta esecuzione. Probabilmente pensata come giusta retribuzione (come carcere da spiare) per i massimi crimini, come astratta misura del rimprovero nei casi di pena sospesa, e nei casi intermedi non pensata fino in fondo nella sua corposità carceraria.

Questa congettura può essere interpretata sia in chiave critica verso il moralismo punitivo, sia come ricerca di un senso più difendibile in commisurazioni molto severe, forse *troppo* severe per poter reggere a un controllo di razionalità e moralità se pensate come carcere da spiare in concreto.

Sulle scelte giudiziarie in materia di pena (non sufficientemente esplorate) mi limito ad alcuni interrogativi. Quali sono i valori (etici e giuridici) sottesi alla traduzione del rimprovero in statuizione sulla pena? Un mix fra giustizia retributiva, esemplarità, aperture rieducative? E quanto pesano le scelte giudiziarie di incarcerazione (custodia cautelare e commisurazione di pene detentive) fra i fattori dell'emergenza carcere?

6. Due approcci al problema della moralità del diritto penale

Fra gli indirizzi che si confrontano usualmente sul piano ermeneutico, sarebbe opportuno portare il confronto più alla radice, facendo i conti con le concezioni morali (di moralità del diritto) che essi sottendono. Se nella giurisprudenza penale corrente ravvisiamo aspetti di moralismo autoritario, ciò va preso sul serio, ed anche con rispetto, al di là dei dissensi. Meritano rispetto tutti gli argomenti che fanno parte di un ragionevole contesto di discussione sulle ragioni della responsabilità penale: argomenti *discutibili* in senso positivo, cioè meritevoli d'essere presi in considerazione. Anche ragioni che danno sostanza morale a soluzioni non fondate *de jure condito*, ma che potrebbero essere ritenute preferibili *de jure condendo*. In

quest'ottica possiamo forse valutare meglio i problemi sul tappeto e le discrasie nelle concezioni e nella prassi.

Versioni polemiche sulla politicizzazione, o addirittura su un fantomatico complotto giudiziario, hanno deformato il quadro dei problemi e reso politicamente difficile un confronto critico sui contenuti reali della giurisprudenza penale. Non intendo entrare nel campo minato delle carriere politiche (realizzate o tentate) di magistrati, dei possibili rapporti con l'attività giudiziaria, e delle eventuali 'mele marce'. In una riflessione d'insieme sulla situazione spirituale della giustizia penale, si tratta di valutare scelte che è doveroso e ragionevole presumere, fino a prova contraria, siano dettate da soggettiva fedeltà al dovere e da concezioni di giustizia, anche quando le si ritenga sbagliate o comunque discutibili.

Dietro le diverse ricostruzioni degli istituti di parte generale (dolo, colpa, tentativo, concorso di persone, responsabilità per omissione) stanno concezioni che pretendono di essere di giustizia, su come e dove debba essere tracciato il confine della responsabilità: della forma di colpevolezza più grave (dolo), talora l'unica che regge una responsabilità penale; del proposito criminoso non andato in porto (tentativo); della corresponsabilità per fatti che primariamente rientrano nella responsabilità di altri (partecipazione criminosa), di responsabilità costruite sulla base di criteri spiccatamente normativi (colpa, omissione). Dietro interpretazioni e applicazioni estensive di fattispecie di delitto stanno intendimenti di maggiore tutela penale di dati interessi. Dietro le commisurazioni di pena stanno valutazioni ritenute di giustizia, tendenzialmente (credo) di giustizia retributiva. Su tutte queste scelte è vitale tenere aperta una riflessione non solo tecnico-giuridica, ma anche etico-politica.

Nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione, delle quali la magistratura penale tende a farsi portatrice, tanto più quando altri luoghi e modi di responsabilizzazione non funzionano o funzionano male. Il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio. Un moralismo talora tradizionale, talora modernamente *politically correct*, che rischia di irrigidirsi in rigorismo retributivo bene o male inteso, sostenuto anche dall'assuefazione al massiccio ricorso del legislatore a comminatorie di pene detentive (sia pure destinate in gran parte a restare sulla carta).

Un approccio liberale pone in primo piano il problema della sostenibilità (anche morale) dell'uso della coercizione giuridica nella forma più intensa – quella di precetti e sanzioni penali – anche con riguardo a fatti e comportamenti moralmente discutibili. Questioni specifiche di moralità (di limiti morali) del vietare, del comandare, del punire, del che cosa e come e quanto punire. La specifica moralità del diritto penale *liberale* (quella che lo caratterizza come liberale) è la moralità di un ordinamento conformato da principi di garanzia (principi di legalità, di offensività,

di colpevolezza) e dal principio d'uguaglianza, anche nella forma allargata di principio di ragionevolezza e proporzione.

È anche *etica della responsabilità*, orientata alla funzione di *chiamare a rendere conto in forme e modi 'di giustizia'*, capaci di assicurare la tenuta delle condizioni della civile convivenza, con risposte equilibratamente severe (quando ciò sia necessario) e capaci di differenziare secondo criteri razionali.

Concezioni restrittive, che scelgano di tenere fuori del penale comportamenti riprovevoli e riprovati, hanno bisogno di una difesa anche morale: l'esperienza mostra i limiti (quanto a capacità di consenso) di una difesa sul solo piano della legalità formale: il rigorismo giudiziario ha radice in istanze morali (forse condivise da molti) con le quali è giocoforza fare i conti. Concezioni restrittive hanno bisogno di rendere esplicita e comprensibile la propria diversa moralità, senza nascondere i problemi ch'essa comporta: *una moralità che arriva ad accettare la non punizione di fatti riprovevoli, per ragioni ritenute prevalenti*.

È la moralità di principi di garanzia e di proporzione, che trovano traduzione giuridica nei principi penalistici di legalità, di offensività e di personalità della responsabilità, e nel principio d'uguaglianza/ragionevolezza. Quale che sia l'estensione del penale, la moralità delle scelte legislative si lega alla ricerca di una giusta proporzione, elemento fondamentale di un diritto penale ragionevole, prima ancora che liberale. *Est modus in rebus, sunt certi denique fines / quos ultra citraque nequit consistere rectum* (Orazio, satira I, v. 106-7). Il diritto è *hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit* (Dante, Monarchia, 2°, V). Un'antica saggezza, radice della nostra civiltà giuridica e morale, ci ha insegnato che vi è una misura nelle cose, vi sono confini al di là dei quali non può *consistere rectum*. Possiamo tradurre *rectum* sia come *diritto* che come *giustizia*: vi è una misura nelle cose, al di là della quale diritto e giustizia non stanno in piedi, e la convivenza sociale si corrompe.

7. Giustizia penale e accountability (morale e politica)

Una acuta riflessione degli anni '90, sulle vicende giudiziarie che hanno accompagnato la crisi della prima Repubblica, ha messo in evidenza alcuni aspetti della vicenda italiana ritenuti sintomatici di tendenze storiche più generali³⁴. In primo luogo un'esigenza delle società moderne: che «*trovino posto forme di controllo della virtù politica che l'opera delle opposizioni e la sanzione delle elezioni si sono dimostrate incapaci di esercitare*». La magistratura italiana ha risposto «te-

³⁴ A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998. Cfr. in particolare p. 96 s.

nendo conto di quanto avveniva nella sfera pubblica, e ha potuto svolgere il suo compito soprattutto grazie all'appoggio che vi ha trovato».

La sovraesposizione politica e l'ipertrofia del penale, nell'esperienza italiana, sono *anche* un riflesso della crisi di altre forme di *accountability* (morale e politica). Il modello teorico definisce il penale come *extrema ratio* (l'istituzione volta a far valere il principio di responsabilità nei casi più gravi, e nelle forme più severe di cui lo stato di diritto disponga); ma perché il penale possa funzionare davvero come *extrema ratio*, in modo passabilmente corretto, c'è bisogno di un contesto in cui operino altre forme di responsabilità, giuridiche e non, ed un'etica della responsabilità che assicuri sufficienti livelli di osservanza.

Se forme di *accountability* diverse dal penale sono deboli, o addirittura assenti, ciò lascia spazio per un ruolo improprio di supplenza e per una tendenza espansiva dell'istituzione – la giustizia penale – che ha a disposizione strumenti in grado di reagire di fronte a una questione morale che tende ad essere vista (e talora enfatizzata) come questione criminale (Tangentopoli). Sta qui la radice (forse) principale della centralità politica che le questioni di giustizia penale hanno assunto in Italia negli ultimi decenni.

Come l'esperienza ha mostrato, una giustizia penale politicamente indipendente può essere una forma di *accountability* idonea a produrre effetti consistenti, talora dirimpenti, attraverso interventi che comunque sono *caso per caso* (anche quando i casi si moltiplicano). Ma la bontà degli esiti non è assicurata, e la riduzione dei problemi di *accountability* alla sola dimensione penalistica produce effetti distorti. Da un lato, rischi di un accentuato moralismo giudiziario: applicazioni espansive e severe di strumenti penali. Dall'altro lato, effetti paradossali di deresponsabilizzazione sul piano etico e politico: l'esito favorevole in sede penale finisce per risolversi (quali che ne siano le ragioni) in rilegittimazione etico-politica, per la debolezza o l'assenza di altri luoghi di *accountability*. In assenza di formale condanna si finisce anche per trascurare l'autonomo significato – *di giustizia e di tutela* – dell'accertamento di fatti e di responsabilità personali, indipendentemente dall'esito del processo (poniamo, declaratoria di prescrizione, o applicazione di un provvedimento di clemenza) e dalla qualificazione giuridica dei fatti accertati.

In una sorta di circolo vizioso, il deficit di etica e di *accountability* produce un eccesso di penale, che ponendosi come unico criterio di responsabilizzazione tende ulteriormente a ridurre lo spazio proprio di un autonomo giudizio etico e/o politico.

La riduzione della *accountability* al penale mescola dunque rigorismo e lassismo; è segno, causa ed effetto della crisi dell'etica pubblica. «*Esiste una responsabilità di chi esercita funzioni pubbliche che non può essere confusa con la responsabilità penale né può esaurirsi in essa i valori civili di un paese vivono nella capacità dei cittadini comuni di esigere comportamenti irreprensibili da parte dei*

loro rappresentanti»³⁵. Solo un'etica pubblica che si dia cura del principio responsabilità, nel quotidiano modo di essere e di operare della società e delle istituzioni, può opporsi ad un tempo alle tentazioni del giustizialismo ed alla cultura dell'illegalità, e «fare prevalere il senso del limite della giurisdizione rispetto alle luci abbaglianti del moralismo giuridico»³⁶.

³⁵ L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., p. 156, p. 158.

³⁶ L. VIOLANTE, *op. cit.*, p. 189.