

L'UTOPIA DELLA DECENZA. LA GIUSTIZIA PENALE AI TEMPI DEL POPULISMO *

Enrico Amati



1. Negli ultimi anni il diritto penale – sulla falsariga di quanto avvenuto negli Stati Uniti a partire dagli anni Settanta¹ – tende ad essere sempre più protagonista del dibattito politico ed elettorale. I temi legati alla sicurezza e alla giustizia penale sono sovente oggetto di un “uso politico” in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi – talvolta indotti o, comunque, enfatizzati – da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio criminalità².

Il mondo sembra essere entrato nell’*era del castigo*: le infrazioni alla legge vengono sanzionate con sempre maggiore severità, sebbene tale tendenza non sia correlata ad alcun effettivo incremento della criminalità³. Il mostrarsi *tough on crime* rappresenta l’atteggiamento “utile”, la formula vincente per qualsiasi candidato in cerca del suffragio popolare. Il diritto penale appare uno strumento di agevole gestione politica, «maneggevole vessillo nella strategia degli annunci, espressione di forte carica simbolica stigmatizzante»⁴.

Limitando il campo d’osservazione alla esperienza italiana, un’istantanea del presente illustra un panorama penalistico desolante: il codice penale è ormai diventato terreno di bivacco per chiunque voglia ottenere un facile (e, talvolta, effimero) consenso elettorale⁵.

* È il testo rivisto dell’intervento tenuto in occasione del convegno “*Dei popoli e delle pene. Italia e Spagna a confronto. Giornata in onore del prof. Gonzalo Quintero Olivares*”, che si è svolto a Bologna, il 20 novembre 2019. È in corso la raccolta degli atti del convegno per la pubblicazione.

¹ Cfr. F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 53; J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008, p. 1 s.; D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001; R.E. BARKOW, *Prisoners of Politics. Breaking the Cycle of Mass Incarceration*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2018, in particolare p. 129 s.

² G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 s.; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 s.

³ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2018.

⁴ D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen. web*, 2013, 2, p. 2.

⁵ Sia consentito rinviare a E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 3 giugno 2019.

Suona sempre più attuale l'osservazione secondo cui le innovazioni legislative vengono presentate e reclamizzate come un'operazione di *marketing*, destinata a soddisfare molteplici bisogni (veri o supposti) ed ansie del pubblico dei consumatori-destinatari⁶. Nel *supermarket* del diritto penale «si trova di tutto e a buon prezzo»⁷.

La produzione del penale è quindi sempre più “selvaggia”, con la conseguenza che il diritto penale è in crisi, cioè in salute⁸. È in crisi rispetto a tutti i principi garantistici, perché si sviluppa fuori da qualunque disegno razionale. È in salute, perché si è fortificato: è sempre più “muscolare”, “massimo”⁹. Non interviene più in via sussidiaria, bensì è la prima, se non l'unica, *ratio* degli interventi normativi.

La «pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra», cui faceva riferimento Francesco Carrara¹⁰, rappresenta il *leitmotiv* delle politiche criminali degli ultimi anni.

In questa prospettiva, «il settore dei delitti e delle pene, data la altissima sensibilità politica della materia e la sua impareggiabile penetrazione sociale costituisce un esempio eloquente della sbandierata frattura tra élite e popolo»¹¹.

Il risultato è lo sfiancamento dei principi generali e della funzione di garanzia del diritto penale. Un intero mondo di concetti, di categorie e di garanzie è diventato anacronistico¹²: stanno prendendo forma nuovi “attrezzi” concettuali e categoriali, molto diversi dalla tradizione liberale. L'idea del diritto penale inteso, secondo la nota sintesi di Von Liszt, come “*Magna Charta* del reo” sembra ormai un lontano ricordo del passato. E chi rivendica la fedeltà ai principi del diritto penale garantista assomiglia sempre più all'esploratore straniero protagonista del racconto *Nella colonia penale* di Franz Kafka.

⁶ F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam Padova, 2006, p. XI s.

⁷ D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti*, cit., p. 3.

⁸ Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998 p. 540 e p. 546.

⁹ L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, p. 135.; N. MAZZACUVA, *Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'*, in S. ANASTASIA-F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, p. 199 s.

¹⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO-V. PANZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Bari-Roma, 2010, p. 122.

¹¹ D. BRUNELLI, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza»* in *Arch pen. web*, 2019, 1, 1 s. e p. 2.

¹² F. SGUBBI, *Osservando il diritto penale: brevi riflessioni*, in M. MANTOVANI-F. CURI-S. TONDI CAGLI-V. TORRE-M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 83.

Quali sono le cause della marcata “fascinazione” per un diritto penale sempre più illiberale, ormai concentrato ossessivamente sulla tutela della sicurezza pubblica (bene “onnivoro”) e su istanze di de-secolarizzazione/rieticizzazione¹³?

Nella lettura storica degli accadimenti «nessuna civiltà viene distrutta da fuori senza essersi prima rovinata da sola, nessun impero viene conquistato dall'esterno, senza che precedentemente fosse già suicida. E una società, una civiltà, si distruggono con le proprie mani quando hanno smesso di comprendere la loro ragion d'essere, solo quando il pensiero dominante attorno al quale erano prima organizzate è come diventato straniero a loro stesse»¹⁴.

Occorre allora andare alla ricerca dei fattori di *continuità*, di lenta disgregazione, e dei *caratteri originali* che stanno portando alla “rottamazione” di ciò che rimane dei principi liberali del diritto penale.

2. Quello tra democrazia, politica criminale e garanzie individuali di libertà è da sempre un rapporto difficile¹⁵. È «quasi un luogo comune dire che i contesti politico-istituzionali e i loro mutamenti incidono in modo rilevante sulla fisionomia del sistema penale»¹⁶: le questioni che riguardano la politica criminale, fino a quelle che coinvolgono il ruolo della giustizia passando per il processo, la funzione dei magistrati, i diritti dei cittadini, la salvaguardia della legalità, implicano in primo luogo opzioni politiche, culturali e di civiltà¹⁷.

Pertanto, «senza la “comprensione” del momento politico e del “*milieu*” politico, nei quali una legislazione viene alla luce e opera, non si può affatto intendere la portata e l'intimo valore di essa»¹⁸.

¹³ G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Messina, 13-14 giugno 2008)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 20 s.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹⁴ R. GROUSSET, *Bilancio della storia*, Jaca Book, Milano, 1980; il passaggio è citato in S. CASSESE, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 24.

¹⁵ G. INSOLERA, *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2016; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁶ F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 27; sul rapporto tra diritto penale e sistema politico, v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 17 s.

¹⁷ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 493 s.; sull'evoluzione della politica criminale a partire dagli anni '60, v. G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Edizioni ETS, Pisa, 2019, p. 11 s.

¹⁸ G. BETTIOL, *Il problema penale*, Editrice scientifica triestina, 1945, p. 29, il quale sottolinea altresì come «Non si intende il diritto penale senza riferimento alle strutture politiche del corpo sociale».

Questa “politicalità” del diritto penale non è una peculiarità del medesimo: essa rispecchia la stessa politicalità del diritto in assoluto che, più in generale, non rappresenta altro che la formalizzazione di scelte della politica¹⁹.

È tuttavia innegabile che proprio nei rapporti di diritto penale si può direttamente misurare, «con precisione millimetrica, il livello qualitativo della tutela di libertà della personalità individuale in una determinata compagine statale, in un particolare momento storico»²⁰.

Se è vero che sussiste una corrispondenza biunivoca tra sistema costituzionale democratico-liberale e diritto penale a sfondo democratico, è allora evidente che le insorgenze populiste che si sono manifestate negli ultimi anni a livello globale possono incidere profondamente sul sistema penale.

3. Nella seconda metà del secolo scorso, diversi Paesi dell’Europa continentale hanno vissuto, in tempi diversi e con differenti modalità, l’esperienza della transizione da un ordinamento giuridico autoritario a un ordinamento democratico. Per tutti questi Paesi, il ritorno ad istituzioni democratiche significò fare i conti con un sistema penale asservito ai fini dello Stato «totalitario» e perciò contrassegnato da brutali forme di repressione²¹.

Le diverse dittature, peraltro, pur all’interno di un medesimo “modello culturale” di riferimento, hanno operato diverse opzioni in materia di legislazione penale. A differenza dell’Italia, ad esempio, in Germania non fu mai emanato un nuovo codice penale. Tuttavia, mentre il regime fascista lasciò formalmente inalterate le garanzie del diritto penale liberale, il legislatore tedesco inferse a quelle un colpo mortale, in particolare introducendo la possibilità dell’applicazione analogica delle leggi penali²².

Piero Calamandrei colse bene la differenza: «[...] il nazismo, con aperta e conseguenziana improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo nella sua pacchiana

¹⁹ S. MOCCIA, *Laudatio al Prof. Claus Roxin*, in A.M. STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2011, p. 49 s. e p. 51.

²⁰ S. MOCCIA, *Laudatio*, cit., p. 51.

²¹ C. FIORE, *Relazione introduttiva*, in A.M. STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo*, cit., p. 31 s.

²² C. FIORE, *Relazione introduttiva*, cit., p. 31 s.; L. LACCHÉ, *Due lezioni (per il presente)*, in T. VORMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo*, eum, Macerata, 2013, p. 7 s. e p. 9; G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 983 s.

pretesa di machiavellismo ha preferito “falsificarla”»²³.

In entrambi i casi, tuttavia, il diritto penale venne utilizzato come «strumento di dominio»²⁴, anche in virtù del carattere «assolutamente arbitrario della legislazione in materia penale»²⁵.

Oggi, per certi aspetti, si assiste ad una nuova epoca di transizione: la democrazia, in molti Paesi, sta diventando meno democratica e più autocratica. Con un rafforzamento, cioè, di quei valori – e attori – illiberali che fino a poco tempo fa sembravano appartenere al passato.

Taluni *leader* politici rivendicano espressamente la volontà di costruire una “democrazia illiberale”²⁶. Si è sostenuto che il liberalismo è diventato obsoleto²⁷, al punto che oggi occorrerebbe trovare un nuovo assetto mondiale che rimetta al centro «concetti quali la sovranità, il diritto incondizionato di ogni Paese al proprio percorso di sviluppo»²⁸.

La storia non si ripete mai allo stesso modo. Tuttavia, la sfiducia per le democrazie liberali prelude a nuove involuzioni autoritarie del diritto penale.

Il mutamento dei modelli culturali di riferimento, invero, inevitabilmente incide anche sui modelli giuridici. E le mutazioni dei modelli obbediscono a regole, la prima delle quali è l'*imitazione*: studiata dal giurista sotto il profilo della «circolazione dei modelli»²⁹.

Se fino a poco tempo fa il modello di riferimento era quello che sacralizzava la libertà e la democrazia, oggi sembrano sortire una certa fascinazione modelli di democrazia illiberale che scaturiscono da un universo mentale strutturato in forma dicotomica e manichea: chi non appartiene al popolo, chi non corrisponde alla sua immagine ideale, chi non coltiva valori su cui si basano le tradizioni autoctone, è “non popolo”, dunque una minaccia, un’insidia, un ostacolo da rimuovere³⁰.

²³ P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *La nuova Europa*, I, n. 4, 31 dicembre 1944, poi in ID., *Opere giuridiche*, III, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli, 1968, p. 130 s. Al testo del giurista fiorentino rinviano L. LACCHÉ, *Due lezioni*, cit., p. 15

²⁴ C. FIORE, *Relazione introduttiva*, cit., p. 32.

²⁵ C. FIORE, *Relazione introduttiva*, cit., p. 32.

²⁶ Cfr. M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 1, p. 167 s.

²⁷ L. BARBER-H. FOY-A. BARKER, *Vladimir Putin says liberalism has 'become obsolete'*, in *Financial Times*, 27 giugno 2019.

²⁸ V. PUTIN, *I sovranisti guideranno l'economia*, in *La Stampa*, 3 luglio 2019.

²⁹ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 56 s.

³⁰ M. TARCHI, *Che cos'è il populismo*, in M. TARCHI (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana ed., 2019, p. 17 s. e p. 26.

Si tratta di ideologie “negative”, in base alle quali si scelgono i bersagli «convogliando i diversi rancori di una società frammentata, fatta di nuove corporazioni o osservanze feudali»³¹.

In questo contesto il diritto penale funge da utile strumento di consenso sociale e di consolidamento del potere, poiché: a) favorisce la *polarizzazione* dell’opinione pubblica e l’unificazione collettiva intorno ad una narrazione che considera la società come scomponibile in due gruppi omogenei (i molti puri – il popolo in generale – e i pochi corrotti/impuri, ovverosia l’élite per indicazione elettorale o per designazione burocratica)³²; b) si presta alla *Grande Semplificazione*³³, ovverosia alla riduzione del mondo dell’opinione alla mera propaganda; c) può essere utilmente strumentalizzato per fomentare il clima di *perenne emergenza*, che risulta funzionale all’instaurazione di una «democrazia diversa»³⁴.

Sul versante della produzione normativa (non solo italiana), negli ultimi anni due questioni si sono dimostrate trasversali a tutte le forze politiche: quella relativa all’immigrazione e quella relativa alla sicurezza largamente intesa. Su entrambe le questioni si è registrato un consenso popolare sorprendente e con un esito paradossale: «la depoliticizzazione della sfera politica o di larga parte di essa (la sicurezza, si dice, non è né di destra né di sinistra) e un’iperpoliticizzazione dell’argomento della difesa della società e degli strumenti per attuarla»³⁵.

A differenza delle esperienze del passato, dunque, il diritto penale è oggi utilizzato – prevalentemente – non come *strumento di dominio*, bensì come *strumento di consenso*. Inalterata rimane, però, la tendenziale involuzione del diritto penale in senso totalitario.

4. Le genealogie sono importanti.

Ne *Il Secolo breve* Eric Hobsbawm colloca fascismo e populismo nel capitolo

³¹ G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

³² N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinione e verità*, UBE Paperback, Milano, 2017; E. KLEIN, *We’re Polarized*, Avid Reader Press, New York, 2020; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi editore, Modena, 2019.

³³ L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 197 s.; v. anche S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2018, p. 17 s.

³⁴ C. BEARZOT, *Come si abbatte una democrazia. Tecniche di colpo di Stato nell’Atene antica*, Laterza, Bari-Roma, 2013, p. 62 s.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma, 1997.

³⁵ N. URBINATI, *Il consenso nell’epoca del «populismo penale»*, in *Corriere della Sera*, 26 giugno 2019.

dedicato alla caduta del liberalismo. Ovviamente Hobsbawm si riferiva alle prime manifestazioni populiste sudamericane, e in particolare all'Argentina di Perón. Tuttavia, populismi e totalitarismi condividono le stesse retoriche e strategie, sebbene i *leader* populistici si avvalgano della democrazia per raggiungere e consolidare il loro potere.

Gli odierni populismi non sono, dunque, arrivati dal nulla. Sono ovviamente diversi tra loro, e si differenziano a seconda del contesto storico, sociale e geografico nel quale attecchiscono; tuttavia, mantengono inalterata la stessa matrice autoritaria del populismo "classico". Oggi come allora i movimenti populistici si contrappongono al liberalismo e offrono modelli alternativi alla democrazia rappresentativa. Il loro obiettivo è quello di ridurre i poteri dei controllori (opposizioni, magistratura, apparati burocratici/amministrativi), poiché nell'ottica populista *il governo si identifica con lo Stato*. E tale identificazione, come noto, storicamente ha fortemente inciso sulla produzione penale in chiave autoritaria.

Se da un lato l'idea populista di democrazia parrebbe condividere con quella liberale la stessa trama istituzionale, gli stessi principi costituzionali e i medesimi meccanismi di legittimazione (cioè le libere elezioni), dall'altro lato, l'idea di democrazia dei populistici è assai differente – per non dire opposta – rispetto a quella rappresentativa derivata dal costituzionalismo liberale.

Rivendicando il monopolio morale della rappresentanza i moderni populismi offrono risposte autoritarie alla crisi della democrazia liberale, proponendo il controllo pieno e «finale» sull'ordine politico, ovvero il controllo della maggioranza sull'intera società e le istituzioni³⁶. Non a caso, nel tentativo di cogliere le estreme implicazioni del populismo si finisce sovente per descrivere il totalitarismo³⁷.

5. In linea generale, nel delineato quadro di crisi della democrazia liberale la componente (endemicamente) «escludente» del diritto penale, vale a dire il suo marchio autoritario di «violenza legale», rischia di non trovare più alcun temperamento e il principio di autorità finisce per sovrastare il paradigma democratico, «perno della

³⁶ R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, trad. it., Editori Riuniti, Roma, 1990, p. 170 s.

³⁷ Estremamente attuale è l'analisi dei movimenti politici totalitari d'inizio secolo di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Einaudi, Torino, 2009.

società liberale e delle sue fondamentali proiezioni assiologiche e teleologiche: i principi di legalità, offensività e colpevolezza, il finalismo rieducativo e la necessaria proporzionalità delle pene, il principio di sussidiarietà dell'intervento penale»³⁸.

Ovviamente, pur riproducendo in linea di massima siffatto modello illiberale, il ruolo del diritto penale è però mutevole a seconda del contesto istituzionale nel quale si sviluppano tendenze populiste.

Paradossalmente è forse proprio nelle democrazie liberali maggiormente consolidate che la manifattura del consenso si avvale del diritto penale quale formidabile strumento propagandistico. Nei contesti in cui i “controllori” sono vigili, ove è quindi più difficile limitare la libertà di espressione e intervenire con strumenti di “polizia”, l'uso propagandistico del diritto penale risulta funzionale allo scopo dell'acquisizione del consenso.

In particolare, in Italia l'uso a fini elettorali del diritto penale è particolarmente accentuato, se non altro perché il populismo politico trova la sua genesi proprio nel populismo giudiziario e penale: si tratta, dunque, di due populismi che si alimentano a vicenda. A differenza di altri ordinamenti con tradizioni democratiche “deboli”, come ad esempio l'Argentina ai tempi del peronismo e l'Ungheria di Victor Orbán (quale modello di moderno regime “tirannico”³⁹), nel nostro Paese il populismo penale assume un carattere *polimorfo*: il diritto penale non è inteso quale strumento di repressione del dissenso, ma nemmeno è circoscritto a delimitate tematiche funzionali al perseguimento di specifiche politiche identitarie che fanno leva sul nazionalismo etnico. Il diritto penale, nella nostra esperienza nazionale, è ormai “totale”, perché è «invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale»⁴⁰.

Come è stato osservato, «mai come nell'epoca attuale le finestre della politica criminale si sono spalancate sul diritto penale»⁴¹. Dopo una lunga e faticosa stagione in cui si è cercato di distinguerlo dalla politica e dalla politica criminale, il diritto penale ne è diventato parte integrante, «componente identitaria e trainante»⁴².

³⁸ A.M. STILE, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo*, cit., p. 9 s. e p. 11.

³⁹ Á. HELLER, *Orbánismo. Il caso dell'Ungheria: dalla democrazia liberale alla tirannia*, trad. it., Castelvecchi, Roma, 2019.

⁴⁰ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 23.

⁴¹ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 86.

⁴² V. MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., p. 86 s.

Nessun prezzo è troppo alto per raggiungere l'obiettivo del primato del penale. E se questa è l'omelette, non c'è limite al numero di uova che si devono rompere⁴³.

6. Proprio l'Italia rappresenta un utile laboratorio sperimentale nel quale è possibile verificare le tendenze evolutive del diritto penale contemporaneo, dove i temi della modernità si intrecciano con una pericolosa fascinazione per le ideologie e le retoriche del passato.

«Nella storia della Repubblica», come è stato sottolineato, «forse mai come oggi, una torbida crisi della democrazia liberale ha avuto come bersaglio principale il sistema della giustizia penale nel suo complesso»⁴⁴. Mentre la democrazia rappresentativa, nel mondo occidentale, soffre un po' ovunque, l'Italia sta percorrendo da tempo una strada originale, ove una certa vocazione illiberale – nella quale si riconoscono in tanti⁴⁵ – ha comportato un progressivo debordare dell'azione penale (il tema è noto: se chi *fa* politica non *ha* una politica, il vuoto è occupato dall'iniziativa degli uffici di Procura).

Dai tempi di Tangentopoli e dell'inchiesta “Mani Pulite”, in particolare, l'Italia ha iniziato a “bordeggiare” intorno alle coste della democrazia giudiziaria⁴⁶. La fragilità della repubblica dei partiti e la sua incapacità di dotarsi di legittimità solida, ha fatto sì che nel nostro Paese il processo di degenerazione del politico sia stato particolarmente grave⁴⁷. È in quel frangente che s'ingenera nei confronti della politica un'ostilità profonda e violenta e prende forma l'idea che “il sistema”, nel suo complesso, sia “corrotto”.

Dal 1993 si è iniziato ad accarezzare l'idea che si potesse davvero raddrizzare «il legno storto dell'umanità»⁴⁸. Ed è in quegli anni che i partiti politici, le televisioni generaliste e i grandi giornali iniziano a invocare il fantomatico «popolo dei fax»: l'antecedente della diretta indignata su *Facebook*⁴⁹.

Tutto e tutti diventano giustiziabili e si profila la figura del giudice “politico” (che non significa “politicizzato”), il quale gode della massima creatività: può decidere

⁴³ I. BERLIN, *La ricerca dell'ideale*, in ID. *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, trad. it., Adelphi, Milano, ed. 1994, p. 36 s.

⁴⁴ G. INSOLERA, *Colpe e rimedi*, in *disCrimen*, 24 ottobre 2019, p. 1.

⁴⁵ A. PANEBIANCO, *Gli squilibri di potere tra politica e giustizia*, in *Corriere della Sera*, 8 dicembre 2019.

⁴⁶ A. PANEBIANCO, *Politica, giustizia, ipocrisie*, in *Corriere della Sera*, 27 gennaio 2019.

⁴⁷ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Marsilio, Venezia, 2018, p. 13.

⁴⁸ I. BERLIN, *Il legno storto*, cit., *passim*.

⁴⁹ C. ROCCA, *Chiudete internet. Una modesta proposta*, Marsilio, Venezia, 2019, p. 47 s.

i fini e stabilire i mezzi⁵⁰. Egli diviene «il protagonista di “lotte” giudiziarie per il diritto, nelle quali il diritto non è il punto di partenza, bensì quello di arrivo: si tratta prima di tutto di fondare la legalità e quindi di assicurarne l’attuazione»⁵¹.

Sul fronte della produzione normativa si diffonde l’idea di un modello o di stile di azione politica che, nell’esperienza nordamericana, è stato definito “*complesso accusatorio*”⁵²: gli esponenti politici pongono al centro del loro impegno o del loro programma di governo, innanzitutto sul piano simbolico e della comunicazione pubblica, la lotta alla criminalità o la difesa della legalità.

La “compulsività” nella produzione del penale è, peraltro, favorita dalla crisi del Parlamento e dei partiti, ovverosia i due attori che erano stati – per tutto il Novecento – i principali protagonisti della democrazia in occidente.

In linea generale, la centralità del Parlamento nel sistema politico coincide con l’ascesa del liberalismo e il suo corredo di garanzie costituzionali. Ma soprattutto si identifica nel passaggio dallo *ius* allo *iussum*: nel diritto, cioè, che si trasforma da principio di codificazione e amministrazione della giustizia in criterio di organizzazione e implementazione della volontà popolare⁵³.

Tuttavia, l’iperbolica espansione della sfera d’influenza delle leggi in ambiti prima preclusi all’intervento statale richiede strutture di attuazione e di controllo che il Parlamento non riesce a produrre. Con la conseguenza che la legislazione di origine governativa diventa predominante e ad alto impatto mediatico ed emozionale.

A ciò contribuisce la progressiva personalizzazione dei partiti politici, a vantaggio dei nuovi protagonisti della sfera pubblica e dell’individualismo, o del narcisismo, di massa⁵⁴.

Le élite politiche blandiscono le masse, offrendo ciò che cercano, divenendo così le stesse élite – più o meno inconsapevolmente – utili capri espiatori dell’antipolitica e delle forze c.d. antisistema⁵⁵.

⁵⁰ T. PADOVANI, *Prefazione* a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., p. 15. Sulla dimensione internazionale dell’incremento del potere giudiziale, A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1997.

⁵¹ T. PADOVANI, *Prefazione*, cit., p. 15.

⁵² Cfr. J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., p. 47 s.; G. FIANDACA, *Populismo*, cit., p. 99.

⁵³ G. SARTORI, *Democrazia cosa è*, Bur, Milano, 2011.

⁵⁴ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Bari-Roma, 2019, p. 49.

⁵⁵ L’antipolitica rappresenta un’ideologia alimentata da due sentimenti all’apparenza contrastanti quali l’odio e il rancore ed è la forma assunta dalla politica in conseguenza della crisi della democrazia rappresentativa (cfr. M. GOTOR, *L’Italia del Novecento. Dalla sconfitta di Adua alla vittoria di Amazon*, Einaudi, Torino, 2019, p. 454).

Sentimenti come la paura e la rabbia sono continuamente sollecitati e sfruttati dai *leader* populistici: diventano anzi il cuore della loro narrazione, capace di fare breccia nelle frustrazioni di massa del tempo corrente.

Con inevitabili ricadute sul diritto penale: «la democrazia dei diritti e dei doveri del cittadino» si trasforma in una «democrazia della sorveglianza e della punizione»⁵⁶.

7. Il messaggio populista non rimette solo al centro l'«uomo medio», ma risveglia l'uso di simboli, di retoriche e di riferimenti al passato che hanno un'analogia base ideologica.

Esposto ai venti della politica, il diritto penale sta subendo una regressione illiberale e autoritaria, «dove la pena viene ormai intesa come autentico strumento di vendetta sociale, una risposta truculenta e cieca disancorata da ogni istanza di razionalità e da ogni equilibrio di proporzionalità»⁵⁷.

Un'utile «lezione» per la lettura del «problema penale» nel XXI secolo può essere, invero, tratta proprio dall'analisi delle teorie che si sono formate nel periodo dello «stato nascente» dell'ideologia totalitaria nei primi del Novecento. L'odierno diritto penale «totale», come in passato, si allontana dalle «fattispecie» per approdare alla *giustizia sostanziale*: i paradigmi della penalistica costituzionale sono schiacciati sotto «il pesante stivale» di un diritto penale d'autore, estremizzato, soggettivizzato, per attuare una precisa politica di individuazione ed eliminazione dei soggetti considerati nemici del popolo⁵⁸.

Andando ancora più indietro nel tempo, tornano persino d'attualità le idee «stravaganti» di alcuni esponenti della Scuola positiva, come la critica della presunzione d'innocenza, l'idea secondo cui l'imputazione misura il «vero grado» del delinquente⁵⁹, fino alla valorizzazione del «senso comune»⁶⁰, al quale farà riferimento addirittura un «tecnico» del calibro di Vincenzo Manzini nella Prolusione torinese del 1910 dal titolo

⁵⁶ E.R. BELFIORE, *A casa propria: frammenti di populismo penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, p. 1 s. e p. 3.

⁵⁷ A. BARBANO-V. MANES, *Dei processi e delle pene, dialogo su un abisso civile*, in *Il Foglio*, 16 dicembre 2019.

⁵⁸ Cfr. T. VORNBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, trad. it., eum, Macerata, 2013, p. 44 s.

⁵⁹ M.N. MILETTI, *La paura del processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XVIII-XX)*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, p. 199 s. e p. 213.

⁶⁰ M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, Giuffrè, Milano, 1999, p. 821.

*La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*⁶¹.

Mentre in passato, tuttavia, tali ideologie furono oggetto di un dibattito circoscritto agli “addetti ai lavori”, oggi invece riemergono come asserita espressione della *vox populi* e, nell’epoca della disintermediazione, ispirano addirittura provvedimenti normativi di matrice chiaramente populista.

Sotto questo aspetto la mentalità populista, diffidente verso tutto ciò che non può essere racchiuso nella dimensione dell’immediatezza e della semplicità, trova un formidabile alleato nelle nuove tecnologie.

La politica all’epoca del digitale consiste, per chi lo sfrutta, in un ascolto continuo dei “sentimenti” popolari: controllo e analisi continua di *post* e *tweet*, ascolto continuo delle opinioni della gente, monitoraggio della rete in grado di leggere commenti e conversazioni, mettendo sotto osservazione parole chiave, per poi rilanciare i messaggi semplificandoli e arricchendoli, tramite *meme* in modo da allargare l’area dell’ascolto e del consenso. Si tratta di un modello che ha una capacità predittiva (consente di conoscere i comportamenti degli elettori), ma anche manipolativa, specialmente grazie alla formazione delle *echo chambers*, la “camere dell’eco” che rinforzano la segregazione ideologica e la polarizzazione delle opinioni⁶².

Siffatto modello si fonda su un peculiare elemento costitutivo: dire al popolo quello che esso vuole sentirsi dire. In questo modo le campagne politiche diventano campagne di *marketing*, con *micro-targeting* degli elettori e la politica diventa quantitativa⁶³: nulla è stabile; più verità contraddittorie possono coesistere; i fenomeni come la corruzione, il numero degli immigrati, la diffusione della criminalità possono essere ingigantiti⁶⁴.

In questo contesto occorre, inoltre, considerare il noto effetto Dunning-Kruger, un *bug* cognitivo secondo il quale meno le persone sanno più presumono di sapere: concausa del dilagare di una profonda incompetenza e dell’avversione per gli “esperti”⁶⁵.

⁶¹ G. FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un “diritto penale del nemico”*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Giuffrè, Milano, 2018, p. 37 s.

⁶² S. CASSESE, *La manifattura del consenso*, in *Il Foglio*, 6 agosto 2019; M. CALISE-F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit., p. 11.

⁶³ G. DA EMPOLI, *Gli ingegneri del caos. Teoria e pratica dell’internazionale populista*, Marsilio, Venezia, edizione digitale 2019.

⁶⁴ S. CASSESE, *La manifattura*, cit.

⁶⁵ Sul tema, T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici. L’era dell’incompetenza e i rischi per la democrazia*, trad. it., Luiss University Press, Roma, 2018.

La (apparente) restituzione dello scettro al cittadino passa così per la partecipazione ad un “gioco elettronico” che gli attribuisce voce dopo secoli di delega a esperti o rappresentanza. Tutto ciò produce, però, un «processo di distrazione di massa, in cui una smisurata autoaffermazione prende il posto dell’approfondimento razionale e del dibattito sui temi pubblici [...]: la politica si adatta e si fa a misura del cittadino, o meglio a sua immagine»⁶⁶.

Anche il diritto penale deve inevitabilmente confrontarsi con la nuova era del narcisismo elettronico: ogni persona ha opinioni precise su che cosa vada punito e in che modo; ma delle norme di legge in tema di diritto penale e della giustizia ha una conoscenza scarsa, o meglio, falsata⁶⁷. Oggi, tuttavia, nella combinazione tra *expertise* ed emotività, il secondo ingrediente sembra prendere nettamente il sopravvento anche nella produzione normativa.

Sospinto da una sorta di «oclocrazia punitiva», ogni intervento sul diritto penale tende a soddisfare il pensiero unico, asservito ad una sorta di «sano sentimento dei social network»⁶⁸.

8. L’insieme delle linee emergenti nella produzione del diritto penale nell’Italia della c.d. Terza Repubblica consente di cogliere un disegno nebuloso ed incerto nella trama essenziale; disegno, tuttavia (paradossalmente), perfettamente coerente con le (irrazionali) retoriche populiste nell’epoca della democrazia digitale.

Anello di congiunzione tra il (recente) passato proto-populista e la contemporaneità, nonché indicatore sintomatico del nevrotico rapporto tra politica e giustizia è, in particolare, il tema della “lotta” alla corruzione, vera e propria epitome del populismo penale italiano.

È proprio sul terreno dei reati dei pubblici funzionari contro la pubblica amministrazione che, paradossalmente, allorché l’azione delle forze antisistema si istituzionalizza, il diritto penale assume una valenza autenticamente “politica” e squisitamente vendicativa.

Nel libro *La mafia non ha vinto* Giovanni Fiandaca e Salvatore Lupo hanno scritto che il problema delle mafie è tutt’altro che risolto. Resta da capire come affron-

⁶⁶ M. CALISE-F. MUSELLA, *Il Principe digitale*, cit., p. 79 s.

⁶⁷ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 17.

⁶⁸ A. BARBANO-V. MANES, *Dei processi e delle pene*, cit.

tarlo. Da un lato, c'è chi punta sullo «smantellamento della macchina repressiva assemblata tra l'inizio degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta»⁶⁹. Dall'altro lato, risuonano continuamente gli inviti degli apparati istituzionali più direttamente impegnati nel contrasto alla criminalità organizzata, a «tenere alta la tensione»⁷⁰.

Sul fronte della corruzione sembra, invece, non vi siano dubbi: la retorica del catastrofismo ha vinto; l'approccio “combattivo” non pare essere messo in discussione.

«Brillante manifesto»⁷¹ di una concezione marcatamente illiberale del diritto penale, la legge evocativamente definita “spazzacorrotti” rappresenta il più recente precipitato normativo della perenne emergenza che connota la lotta alla corruzione fin dai tempi di Tangentopoli⁷².

In parte propiziata da «insonni Organismi sovranazionali»⁷³, la citata legge «colpisce oggi ancora più duramente, ovunque possibile, le corruzioni come altri delitti contro la p.a.»⁷⁴.

Alla base del furore inquisitorio e repressivo sta un'ideologia che si congeda da paradigmi laici e razionali, e che sembra invece concretizzare le tesi della responsabilità penale fondata sul binomio puro/impuro⁷⁵. Ciò che orienta il legislatore è la *percezione* del fenomeno corruttivo; ciò che legittima la *revanche* punitiva e la «soave inquisizione»⁷⁶ è l'appartenenza alle “caste” degli “impuri”.

⁶⁹ G. FIANDACA-S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, Laterza, Bari-Roma, 2014, p. 64.

⁷⁰ G. FIANDACA-S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, cit., p. 64.

⁷¹ L. BARON, ‘Spazzacorrotti’, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale, in *Dir. pen. cont.*, 2019/5, p. 153.

⁷² Si è sottolineato come «la *ratio* che sta a fondamento dell'intervento normativo, ovviamente a costo zero, su uno dei capitoli più tormentati della parte speciale del codice penale, i delitti dei p.u. contro la p.a., consiste nel messaggio che si intende inviare ai consociati, nel senso che l'inasprimento della risposta sanzionatoria, in parziale continuità sotto diversi profili con la riforma della legge 69/2015, risponderebbe evidentemente all'icastico monito “il crimine non paga”» (A. GAITO-A. MANNA, *L'estate sta finendo...*, in *Arch. pen. web*, 2018, 3, p. 2).

⁷³ M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (Art. 314-335-bis cod. pen)*, Commentario sistematico, Giuffrè, Milano, 2019, *Premessa alla quarta edizione*. Lo slogan «ce lo chiede l'Europa», spesso suggestivamente utilizzato per segnalare l'esigenza di adeguamento della normativa italiana agli strumenti internazionali ai quali il nostro Paese ha aderito (cfr. A. ALESSANDRI, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma. Relazione introduttiva al Convegno su “Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali”*, *Courmayeur 28-29 settembre 2012*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, p. 134), sembra essere stato – questa volta – accantonato, quasi a voler rivendicare con orgoglio la paternità della legge “spazzacorrotti” da parte dei nuovi attori politici.

⁷⁴ M. ROMANO, *I delitti*, cit., *Premessa alla quarta edizione*.

⁷⁵ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., p. 65 s.

⁷⁶ T. PADOVANI, *La soave inquisizione – Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1081, p. 529 s.

In quest'ottica, la "lotta" contro i "vecchi ceti dominanti" passa anche attraverso l'uso bellico del diritto penale⁷⁷.

In particolare, il tema della dimensione funzionale della pena è quello in cui si manifesta più scopertamente il volto feroce della giustizia populista con la sua vocazione a coltivare la pratica della vendetta⁷⁸. Qui il paradigma della «certezza della pena» si risolve nell'imperativo della massima severità e nella finalità di neutralizzazione e segregazione del colpevole a scapito della proporzione della risposta punitiva e della funzione risocializzante.

Più in generale, l'intero sistema della giustizia penale sembra inclinare «verso involuzioni consumate alla duplice insegna di un accanito moralismo punitivo o di obiettivi falsamente securitari. Il risultato è che sono lacerati non solo i valori contenutistici di riferimento di un diritto penale costituzionalmente orientato, ma diventa impossibile anche solo mantenere una trama di razionalità e calcolabilità delle soluzioni»⁷⁹.

10. Alcune considerazioni conclusive.

Il populismo non sembra affatto un fenomeno transitorio. La globalizzazione e i progressi tecnologici non sono *shock* temporanei e il divario culturale ed educativo associato a questi cambiamenti strutturali probabilmente diventerà ancora più rilevante⁸⁰.

Stavolta non siamo di fronte alla solita crisi politica o economica. E sembra che per adattarsi al nuovo ambiente di internet la democrazia abbia sperimentato una sorta di mutazione: il populismo digitale⁸¹.

Complici anche le nuove tecnologie, l'erosione della poliarchia liberale è accompagnata dalla progressiva affermazione dell'omologia populista che, prefigurando una sorta di democrazia della rappresentanza diretta (nella quale il governo è restituito al popolo per il tramite del suo *leader*), rappresenta un formidabile "terreno di coltura" di un diritto penale "emozionale" e compulsivo.

Rispetto ad altre esperienze nazionali, nel nostro Paese si delinea un modello di

⁷⁷ Sulla «funzione bellica» del diritto penale nell'esperienza giuridica sovietica, v. M. COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, cit., p. 1096 s.

⁷⁸ E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, Roma, 2019, p. 109.

⁷⁹ F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2399.

⁸⁰ G. TABELLINI, *The rise of populism*, in *Vox - CEPR Policy Portal*, 29 ottobre 2019; trad. it., in *Il Foglio*, 10 novembre 2019.

⁸¹ M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milano, 2020, p. 164.

giustizia penale che rappresenta una sorta di via di mezzo tra un modello autoritario e un modello di giustizia “irrazionale” e “patriarcale”, non vincolato ad alcun criterio stabilito ma rimesso agli umori (reali o supposti) del popolo.

Questo modello punitivo è una delle cause e, allo stesso tempo, l’effetto della crisi della separazione dei poteri.

In questo contesto il primo rimedio al populismo consiste nel difendere le istituzioni contromaggioritarie distintive della liberal-democrazia.

Le deboli tradizioni liberal-democratiche di taluni Paesi dell’Est Europa (come, del resto, dell’Argentina ai tempi del populismo “classico” rappresentato dal peronismo) hanno consentito alle maggioranze di governo di introdurre con relativa facilità riforme finalizzate a ridurre i poteri dei “controllori” e, in particolare, dei media, delle magistrature e delle Corti costituzionali.

In quegli ordinamenti il «costituzionalismo» indica (e indicava) solo l’insieme delle leggi costituzionali, come quelle fatte in Ungheria e in Polonia per liberarsi di magistratura, stampa e media. Nell’Europa occidentale, invece, «costituzionalismo» significa governo del diritto e non degli uomini⁸².

Nel contesto appena descritto, quindi, le giurisdizioni ordinarie, costituzionali ed europee rappresentano l’ultima difesa contro un «attacco esiziale portato ai principi e allo spirito di umanitarizzazione del diritto penale, frutto di un plurisecolare processo di civilizzazione»⁸³.

A fronte di un diritto penale sempre più disarticolato dalle sue premesse fondative liberali, un ruolo centrale è ovviamente giocato dalla Corte costituzionale, alla quale si chiede sempre più spesso di riaffermare i principi fondamentali in materia penale.

In linea generale, le tendenze recenti della giurisprudenza costituzionale permettono di cogliere un’importante evoluzione che «vede il controllo di costituzionalità polarizzarsi sulla *tutela dei diritti, ben più che sulla verifica “giurisdizionale” della costituzionalità della legge*»⁸⁴.

Se la più recente produzione normativa conferma che la «costituzionalizzazione della politica criminale» non può dirsi affatto scontata⁸⁵, in tempi di populismo penale

⁸² M. BARBERIS, *Populismo digitale*, cit., p. 169.

⁸³ G. INSOLERA, *Declino e caduta*, cit., p. 133 s.

⁸⁴ V. MANES, *L’evoluzione*, cit., p. 38 s.

⁸⁵ V. MANES, *L’evoluzione*, cit., p. 4-5. Sottolinea come «il riferimento ai principi costituzionali mantiene tutta la sua forza critica rispetto a una legislazione penale rimasta nel mezzo di un interminabile guado, e per tanti aspetti rifluita verso schemi discriminatori», D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 s., p. 32.

la Consulta rappresenta «un'isola della ragione»⁸⁶, e sembra aver «assunto saldamente il timone di una rotta costituzionale più marcata e coraggiosa nei confronti di entrambi i suoi interlocutori naturali: giudici e, soprattutto, legislatore»⁸⁷.

La speranza è che lungo questi binari, e attraverso una proficua opera di «contaminazione» culturale della collettività per un approccio costituzionalmente orientato al tema della pena, possa riavviarsi quel cammino teso a recuperare il volto costituzionale dell'illecito penale (e dell'esecuzione penitenziaria) che «artificiosi e populistici securitarismi»⁸⁸ hanno inopinatamente interrotto.

Resta da chiedersi se le “mura” e “gli argini” posti dalla Corte costituzionale resisteranno alla «nomorrea penale»⁸⁹ o se, invece, vi è il rischio che la Consulta possa essere trascinata sull'insidioso terreno del confronto ideologico, rendendo così più difficili interventi demolitori o correttivi delle leggi penali⁹⁰.

Anche i giudici comuni, inoltre, dovrebbero esercitare un diritto di “resistenza” contro la tendenza del potere politico a strumentalizzare natura e funzioni del diritto penale per fini puramente propagandistici. Tuttavia, occorre altresì che la magistratura si sottragga alla «tentazione di perseguire, con le sue decisioni, finalità diverse da quella della corretta applicazione della legge»⁹¹. Soltanto la scrupolosa osservanza delle regole della deontologia giudiziaria⁹² ed ermeneutica⁹³ sembra, infatti, rappresentare la via più efficace per riaffermare la credibilità del ruolo di garanzia potere giudiziario.

Sul fronte dei possibili interventi normativi, invece, occorrerebbe regolamentare i *new media*, in modo tale da contrastare la *misinformation* in rete⁹⁴, e riaffermare

⁸⁶ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit. p. 810.

⁸⁷ F. PALAZZO, *La Corte costituzionale va oltre se stessa pur di sottrarre il diritto penale al caos*, in *Il Dubbio*, 22 aprile 2019.

⁸⁸ F. SIRACUSANO, “Cronaca di una morte annunciata”, cit., p. 16.

⁸⁹ L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Profili e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, Giuffrè, Milano, 2007, p. 693; G. FORTI, *L'eccesso di leggi penali nasce dall'eccesso di rancore*, in *Corriere della Sera*, 7 aprile 2019.

⁹⁰ F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 5 s. Evidenza come svolgere seriamente il ruolo di “controllori” richiede coraggio e prudenza, F. VIGANÒ, *Indipendenza delle Corti e Judicial Review della legislazione*, in G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia*, cit., p. 23 s. e p. 33 s.

⁹¹ G. GIOSTRA, *Prima lezione di giustizia penale*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 178.

⁹² L. FERRAJOLI, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in *Ius17@unibo.it*, 2012, 3, p. 25 s.

⁹³ V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2018, p. 1 s.

⁹⁴ T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

la centralità del Parlamento rivalutando quelle proposte della dottrina volte ad introdurre una riserva di legge rafforzata in materia penale⁹⁵.

Occorre però prendere atto del fatto che rispetto all'attuale *mainstream* populista l'idea di una riforma volta a introdurre un meccanismo in base al quale ogni legge penale debba essere approvata da una maggioranza qualificata dei parlamentari suona quasi provocatoria e "politicamente scorretta", un po' come *Una modesta proposta*, il *pamphlet* satirico di Jonathan Swift.

Da ultimo, il ruolo della penalistica.

È noto: tra penalisti e consenso sociale non c'è mai stato un buon *feeling*.

La democrazia non è *ipso facto* pluralista e può cedere alla mistica dell'autorità, alla quale invece proprio i penalisti hanno il dovere di resistere.

È allora opportuno recuperare quella vocazione all'apertura culturale e alla permeabilità politica che ha caratterizzato la penalistica civile italiana⁹⁶ – che vedeva il diritto penale come strettamente legato alla società e alla politica – nel tentativo di far entrare la società nell'esperienza della scienza giuridica⁹⁷.

Oggi come allora occorre riconoscere e arginare la «folla di semplificatori» e i «*leaders* di tendenza» (che Aristide Gabelli individuava in taluni esponenti della Scuola positiva): «genia di inventori di sistemi infallibili per prevenire delitti o correggere criminali», di cui sono temibili «gli errori, le sciocchezze, le esagerazioni», e le «tante improponibili idee dei più sprovveduti»⁹⁸.

⁹⁵ Si veda G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018 e letteratura ivi richiamata. Proprio riflettendo sugli effetti che la recente riforma delle prescrizione produce sui diritti fondamentali e sui destini esistenziali delle persone, peraltro, autorevole dottrina ha di recente posto nuovamente l'attenzione sulla necessità che le leggi penali (in particolare quelle che configurano reati puniti con pene detentive), dal momento che hanno una sostanziale natura di leggi costituzionali, siano approvate con il consenso più ampio possibile (cfr. G. FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, in *Il Foglio*, 10 gennaio 2020).

⁹⁶ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *ID. Storia del diritto penale e della giustizia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 493 s.

⁹⁷ «Danni e pericoli della libertà curati con la libertà». Era questo il "motto" di Francesco Carrara, «rivendicato con orgoglio alla ricerca di un ordine giuridico liberale di fronte ai numerosi problemi dello Stato unitario. Nella consapevolezza che "un giure penale non più strumento di tirannide, ma fattore potentissimo di civiltà, libertà, miglioramento sociale" poteva offrire un contributo decisivo al "progresso" della vita nazionale, il giurista toscano intendeva portare il diritto penale a una sfera pubblica più ampia di quella specialistica cui era destinato il Programma, sicuro della Convenienza di una rivista scientifica indipendente della giustizia penale» (cfr. F. COLAO, *Francesco Carrara e il diritto penale liberale*, in *Democrazia e diritto*, 2012, 1-2, p. 430 s.).

⁹⁸ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., p. 562 s.

Nella consapevolezza che la macchina della giustizia è indispensabile, sebbene affetta da congeniti, tremendi pericoli e da immoralità intrinseche non eludibili⁹⁹, occorre forse rinunciare a perseguire un modello ideale di giustizia.

Ma ciò non esime la penalistica dal pretendere, quantomeno, un sistema di giustizia penale meno “indecente”¹⁰⁰.

⁹⁹ M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹⁰⁰ Cfr. F. MARCOALDI, *Voci rubate*, Einaudi, Torino, 1993, p. 65, in relazione alle osservazioni di Isaiah Berlin sulla necessità di edificare «soltanto» una società «decente».