

Istantanee del populismo penale in Italia, oggi. Note a margine di un recente saggio sul giustizialismo morale¹.

di Luigi Orsi

Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione

Il recente libro di Luigi Manconi e Federica Graziani offre lo spunto per evidenziare alcuni aspetti del populismo penale (o giustizialismo che dir si voglia) che si manifestano nella comunicazione pubblica, nel discorso politico e nella legislazione e giurisdizione penali. La giurisdizione può contrastare questa deriva contrapponendo alla “giurisdizione eticizzante” – caratteristica del populismo penale – una “etica della giurisdizione”.

SOMMARIO: La lotta tra populismo penale e garantismo. Utilità di un bollettino aggiornato. - 2. Nozione di populismo penale. - 3. Genesi del fenomeno attuale in Italia. 4. Atteggiamenti culturali del populismo penale. - 5. Manifestazioni istituzionali del fenomeno: a) la legislazione di ispirazione populista. - 5.1. Le emergenze inventate. - 5.2. Le fattispecie indefinite. - 5.3. Un settore elettivo del populismo penale: il caso della corruzione. - 5.4. Le pene non individualizzate. - 5.5. Le misure di prevenzione dilatate. - 5.6. Tramonto della identificazione tra diritto e legge penale? - 6. *Segue*: b) giurisdizione e populismo penale. - 6.1. Populismo mediatico: magistrati opinionisti. - 6.2. La domanda di giurisdizione populista. - 6.3. Giurisdizione eticizzante ed etica giudiziaria.

1. La lotta tra populismo penale e garantismo. Utilità di un bollettino aggiornato.

La discussione sul populismo penale trova un nuovo contributo nel saggio di Luigi Manconi e Federica Graziani (*Per il tuo bene ti mozzero la testa*, Torino, settembre 2020). L'intento degli Autori, lungi dal proporsi di fornire una ricostruzione sistematica del fenomeno, è quello di disegnarne, con essenziali pennellate, un quadro aggiornato. L'ottica privilegiata è quella di esporre il retroterra culturale e le manifestazioni più significative dell'odierno populismo penale in Italia.

L'indagine – alla quale sono dedicati i primi cinque capitoli del volume, gran parte della monografia – costituisce la premessa per analizzare lo stato di debilitazione in cui versa la cultura e la prassi esattamente contraria, quella del garantismo, cui sono dedicati gli ultimi due capitoli. Le due parti della trattazione sono sostanzialmente complementari e concorrono a definire un panorama che si presta ad essere riguardato dal medesimo angolo visuale.

L'approccio alla materia è multidisciplinare. Il fenomeno populista viene colto sotto il profilo della comunicazione pubblica, della prassi politica e del diritto penale quale è disciplinato ed interpretato. Lo stato di salute della contrapposta visione garantista viene misurato allo stesso modo, scandagliando i molti aspetti di una progressiva marginalizzazione.

Il saggio non introduce all'attenzione pubblica alcuna realmente inedita visione dei fenomeni analizzati. Molti degli argomenti trattati nel volume suscitano da tempo l'insistita attenzione critica

¹ L. Manconi e F. Graziani, *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo morale*, Milano, 2020.

di teorici della politica e giuristi i cui interventi, pure preziosi, non superano normalmente il perimetro dell'accademia e del circuito delle professioni legali. Merito degli Autori – non da poco – è quello di squadernare sotto gli occhi del lettore, anche non specialista, una incalzante rassegna di fenomeni che dovrebbe preoccupare – o quanto meno interessare – l'opinione pubblica intera e non la sola élite professionale che si occupa di questi temi.

Queste note non si propongono di dare conto dei molti temi trattati dalla monografia esaminata ma di selezionarne alcuni che paiono più significativi.

2. Nozione di populismo penale.

Un chiarimento terminologico, innanzitutto. Il sottotitolo del libro, a complemento dell'ironico riferimento alla decapitazione dei renitenti al messaggio populista, recita: «Contro il giustizialismo morale». Questo è definito dagli Autori come l'orientamento culturale e politico che persegue un concetto assoluto e astratto di giustizia. Il saggio evoca peraltro, più frequentemente, la nozione di *populismo penale*, descritto come la strategia diretta ad ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura generata nella popolazione. Stando a queste definizioni, i due termini sembrano riferirsi al medesimo ordine di idee, salvo che il primo si colloca sul piano culturale ed il secondo su quello della prassi politica.

La precisazione concettuale non si esaurisce così. Di populismo e giustizialismo, in senso propriamente politico e al di fuori del contesto del diritto penale, esistono notoriamente due rispettivi differenti significati. Il “populismo”, come formula politica, è quel movimento che vede nel popolo l'aggregato sociale omogeneo le cui istanze sono interpretate direttamente e senza mediazioni dal leader². Il “giustizialismo” politico è stato storicamente una variante populista quale precisamente proposta dal progetto peronista attuato in Argentina alla metà del Novecento, laddove la giustizia così evocata è la “giustizia sociale” e non la giurisdizione³.

² Secondo M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, 2017, il populismo è stato, nel tardo Ottocento e nel primo Novecento, la malattia infantile ed è oggi la malattia senile della democrazia. Per un inquadramento generale, cfr. L. Incisa da Camerana, voce *Populismo*, in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *Il dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 735: al popolo si contrappone il “non popolo” costituito da un “nemico” che può essere rappresentato tanto da élite plutocratiche quanto da settori marginali della società. La creazione di un nemico è operazione fondamentale della visione populista e sovente indulge al razzismo. In proposito, osserva U. Eco, *Costruire il nemico*, Padova, 2020, p. 55 che «allargando a una intera etnia le caratteristiche di alcuni suoi membri che vivono in una situazione di marginalizzazione, si sta oggi costruendo in Italia l'immagine del nemico che è capro espiatorio ideale». Da diverso punto di vista, A. Gramsci, *Quaderno 6 (VIII)* § 168, Volume secondo, Torino, 2007, p. 820, vede nell'origine del populismo un'operazione di quella élite socioeconomica «che non vuole perdere la sua egemonia sulle classi popolari e, per esercitare meglio questa egemonia, accoglie una parte dell'ideologia proletaria». Una aggiornata lettura del fenomeno populista, riferita alla recente avanzata dei movimenti sovranisti, è offerta da A. M. Banti, *La democrazia dei followers*, Bari-Roma, 2020, p. 19 e ss., il quale ne individua i tratti essenziali nella contrapposizione ai processi di globalizzazione, nella difesa dello spazio geografico dello Stato-nazione, in un orientamento xenofobo e tradizionalista nei rapporti di genere. Tutte attitudini, queste, promosse da una «fondamentale debolezza cognitiva palesata da larghe sezioni delle opinioni pubbliche occidentali» (p. 53) le quali si nutrono di una offerta culturale dominante che si caratterizza per essere «altamente regressiva nel senso di altamente infantilizzante» (p. 75).

³ Sul giustizialismo argentino, cfr. Carlos Barbé, voce *Peronismo*, in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *op. cit.*, p. 695. La storia delle idee politiche insegna peraltro che la locuzione “giustizia sociale” è stata utilizzata per la prima volta nel senso moderno da due sacerdoti italiani che hanno vissuto nell'Ottocento, Luigi Taparelli D'Azeglio e Antonio Rosmini, e da allora è parte integrante della dottrina ufficiale della Chiesa Cattolica. Tanto che la politica peronista è stata ritenuta fondata sulle encicliche pontificie. In proposito, cfr. A. Mingardi, *Contro la tribù. Hayek, la giustizia sociale e i sentieri di montagna*, Venezia, 2020, pp. 161-191 ed ivi ulteriori riferimenti.

Sul controverso ma comunque riconosciuto rapporto di interferenza tra populismo politico e populismo giudiziario si dirà più avanti, al paragrafo seguente.

Pressoché nulla hanno invece a che vedere il giustizialismo come progetto politico peronista e quello cui si riferisce il sottotitolo del libro qui recensito. Questa seconda accezione del termine, fatta propria dagli Autori, è impiegata in Italia a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso in funzione di sinonimo di populismo penale. Non a caso il Procuratore generale di Milano, Saverio Borrelli, denunciò quasi vent'anni fa - oltre alla infondatezza dell'accusa di abuso così rivolta ai magistrati - quella che allora pareva un'impropria terminologia e che in realtà costituiva un neologismo⁴.

3. Genesi del fenomeno attuale in Italia.

Dalla terminologia alla sostanza. Qui viene in gioco, innanzitutto, l'indagine sull'origine del populismo penale italiano e sul suo rapporto con il populismo politico. Particolarmente, il populismo (o giustizialismo) penale è padre o figlio del populismo politico?

Gli Autori individuano l'innescò culturale ed il segnale di nascita del populismo penale italiano in un fenomeno che non appartiene propriamente all'esperienza politica né a quella del diritto. All'origine dell'umore populista si colloca un fenomeno della comunicazione televisiva ed in particolare l'offerta di intrattenimento che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, si realizza con talk show (*Aboccaperta, Samarcanda*) dove questioni di rilevante interesse pubblico sono trattate promuovendo uno scontro tra emotività collettive piuttosto che una informata e ragionata dialettica civile⁵. Da quel momento si sviluppa un ricco filone di "giustizialismo televisivo", tanto spettacolare quanto inidoneo a formare un giudizio critico sulle vicende trattate. Da allora, il populismo penale ispira esplicitamente alcuni settori dell'informazione e attraversa la vita politica nazionale. In questa prospettiva, dunque, il populismo penale si diffonde prima che forze politiche esplicitamente populiste abbiano un ruolo legislativo ed amministrativo rilevante nelle pubbliche istituzioni⁶.

Questa opinione suggerisce una notazione. Giova osservare che, se è vero che il populismo penale ha iniziato a radicarsi nella coscienza collettiva nazionale non prima dell'ultimo trentennio e se pure è vero che - come vedremo meglio più avanti - suo tratto caratteristico è l'inflazione di sanzioni penali, va comunque considerato che l'espansione continua del diritto penale non è nata in questa ultima fase della vicenda nazionale ma costituisce un tratto secolare di evoluzione legislativa⁷. A questa stregua, rimane da chiarire se il nuovo populismo penale sia andato a ruota di un fenomeno preesistente e

⁴ Stigmatizzava il Procuratore, nel corso della Relazione svolta in occasione della Inaugurazione dell'anno giudiziario 2002, «l'analfabetismo storiografico che ha indotto qualcuno a lanciare come anatema contro i magistrati la parola "giustizialismo", che nel secolo XX ha indicato una certa ideologia di destra basata sull'interclassismo e su un populismo demagogico dominato dal ruolo carismatico del capo». Cfr. <https://lists.peacelink.it/news/msg01878.html>.

⁵ La televisione presenta la materia criminale in una prospettiva di drammatizzazione e spettacolarizzazione definita "glamourization". Cfr. M. Anselmi, *Populismo e populismi*, in S. Anastasia-M. Anselmi-D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2020, p. 16.

⁶ Negli Stati Uniti il populismo penale nasce da strategie elettorali di falsificazione della realtà giudiziaria. Cfr. M. Anselmi, *Populismo e populismi*, in S. Anastasia-M. Anselmi-D. Falcinelli, *op. cit.*, p. 16.

⁷ M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, p. 20, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1599384043_donini-2020b-populismo-penale-ruolo-del-giurista.pdf.

permanente oppure se abbia avuto tanta forza da imprimere ulteriore slancio ad una tendenza già in atto. Questione che gli Autori non affrontano ed alla quale non si darà risposta in questa sede.

4. Atteggiamenti culturali del populismo penale.

Il tratto caratteristico del populismo è la scarsa o nulla considerazione dei dati oggettivi, se non addirittura la loro manipolazione⁸. Sul fronte del diritto penale, il metodo, per così dire, è quello di privilegiare la “percezione” emotiva del fenomeno criminale, quale magari si è costruita mediaticamente⁹. Si ignora, ad esempio, in via generale, che la statistica dei reati commessi sul territorio nazionale decresce costantemente negli anni¹⁰.

Questo atteggiamento si manifesta nel propugnare il più ampio ricorso alla moltiplicazione dei reati. Ma si coglie anche nell’idea che le sanzioni penali vigenti non siano mai abbastanza proporzionate. A questo proposito gli Autori, con amara ironia, auspicano che l’escalation sanzionatoria sia contenuta ripristinando la legge del taglione il cui merito sarebbe quello di mettere un freno prevedibile all’entità della pena (non più di un occhio per un occhio).

Il populismo in parola conosce peraltro ambiti nei quali il diritto penale deve fare un passo indietro. Sembra contraddittorio con quanto si sta dicendo, ma apparentemente. Se propugna un arretramento della criminalizzazione, il populismo lo fa invocando, ad esempio, una disciplina della legittima difesa della quale si dirà oltre. La logica di questa opzione – la cui emergenza è comunque contraddetta dalla modestissima casistica giudiziaria - è perfettamente coerente con una visione emotivamente securitaria dello strumento penale.

Il populismo penale come “spirito del tempo” non si esaurisce in un indistinto sentimento collettivo ma informa di sé, secondo accenti variegati, la legislazione e la giurisdizione penale. In evidente assonanza con l’opinione di chi rileva che «il populismo penale è una espressione di demagogia penalistica equamente ripartita tra legislazione, politica e magistratura»¹¹, gli Autori rassegnano alcuni aspetti di attitudine populista nei rispettivi contesti.

5. Manifestazioni istituzionali del fenomeno: a) la legislazione di ispirazione populista.

5.1. Le emergenze inventate.

Abbracciando il ricordato primo postulato del populismo penale, il legislatore dimostra talora di sottovalutare i dati oggettivi preferendo seguire umori popolari¹². A questo proposito, gli Autori

⁸ La falsificazione della realtà viene definita come “*destatisticalization*”. Cfr. M. Anselmi, *Populismo e populismi*, in S. Anastasia-M. Anselmi-D. Falcinelli, *op. cit.*, p. 1.

⁹ D. Falcinelli, *Dal diritto penale emozionale al diritto penale etico*, in S. Anastasia-M. Anselmi-D. Falcinelli, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰ V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, p. 88, rileva che «l’istanza di razionalità non è più assunta come base edificativa del diritto penale».

¹¹ M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, *cit.*, p. 13.

¹² G.M. Flick, *Giustizia in crisi (salvo intese)*, Milano, 2020, p. 29, osserva che «siamo in un momento in cui i governanti vivono enfatizzando situazioni di paura che poi propongono di risolvere».

appuntano la loro attenzione su due tematiche essenziali: la legittima difesa e la disciplina dell'immigrazione irregolare.

Quanto alla legittima difesa c.d. "domiciliare", il recente intervento riformatore (legge n. 36 del 2019) prevede, com'è noto, la legittimità di qualsiasi azione rivolta contro chiunque violi il domicilio. Siffatta importazione della c.d. *castle doctrine* nordamericana¹³ non presentava alcuna ragione di urgenza, considerando i numeri sparutissimi della casistica giudiziaria (p. 65 del volume qui recensito).

A proposito della seconda tematica, gli Autori documentano che il numero dei soggetti presenti in Italia risulta arbitrariamente enfatizzato da chi propone di una indiscriminata criminalizzazione in materia. Siffatta «aritmetica di totale insensatezza» è all'origine di norme penali come quella che ha introdotto, alcuni anni orsono, l'aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.), un chiaro esempio di responsabilità penale d'autore e come tale censurata dalla Corte Costituzionale¹⁴.

Occorre osservare, tuttavia, che il legislatore populista manifesta la sua attitudine su una scala più ampia.

5.2. Le fattispecie indefinite.

Anche quando la legge penale si imponga o si raccomandi in ragione di una reale esigenza della collettività, è spesso formulata senza troppo rispetto per i principi di determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice.

Questa attitudine pare la combinazione di trascuratezza tecnico-giuridica e fretta di introdurre discipline mediaticamente ostensibili. La prassi opera a scapito della qualità del prodotto. L'elenco di esempi può essere lungo, brevi cenni possono bastare.

Fin troppo noto è innanzitutto il caso dell'ultima riforma della disciplina del delitto di false comunicazioni sociali. Il c.d. falso in bilancio è da trent'anni un tema privilegiato del dibattito pubblico perché a ragione si ritiene che - nonostante presenti una statistica giudiziaria curiosamente diafana o forse proprio perciò - possa costituire la preziosa "sentinella" di ulteriori e più allarmanti crimini (la corruzione, il riciclaggio, la bancarotta, l'aggiotaggio). La materia è mediaticamente golosa ma, purtroppo, anche straordinariamente complessa dal punto di vista tecnico-giuridico. Un profilo, questo, che il legislatore del 2015 non ha considerato adeguatamente. Quando infatti la discussione parlamentare si è soffermata sulla necessità di chiarire se la falsità penalmente rilevante debba intendersi esclusivamente riferita alla sussistenza o meno dei cespiti oggetto di iscrizione a bilancio o ricomprenda anche il caso in cui sia manomessa la "valutazione" del bene comunque sussistente, la questione è stata esplicitamente accantonata ritenendosi opportuno lasciare il testo di

¹³ G. Insolera, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata ?* in questa *Rivista*, https://www.questionegiustizia.it/articolo/dalla-legittima-difesa-all-offesa-legittimata-ragioni-a-confronto-sulle-proposte-di-modifica-all-art-52-cp_21-01-2019.php.

¹⁴ Il riferimento va alla sentenza della Consulta n. 249 del 2010.

legge ambiguo quale è confidando che sia la giurisprudenza a specificare i comportamenti penalizzati¹⁵.

Altro esempio. La tutela penale dell'ambiente è materia spinosa. La legge 22 maggio 2015 n. 68 ha introdotto il delitto di disastro ambientale (art. 452 *quater* c.p.). Sino all'entrata in vigore di questa norma, la giurisprudenza ha ricondotto i fatti di aggressione all'ambiente allo schema del disastro c.d. *innominato* di cui all'art. 434 c.p. Una soluzione non del tutto convincente se la Corte Costituzionale ha sì escluso che questa esegesi sia illegittima ma ha pure auspicato che il legislatore introducesse una disciplina specifica. La novella del 2015 è dunque venuta a proposito, nelle intenzioni. Ma la nuova fattispecie non brilla quanto a determinatezza. Senza entrare nei dettagli che sono incompatibili con questa trattazione, basti considerare i seguenti aspetti problematici. Il reato è di evento perché consiste nel «cagionare un disastro ambientale». Questo è definito secondo tre alternative: alterazione irreversibile di un ecosistema; alterazione di un ecosistema il cui rimedio sia particolarmente oneroso e attuato con provvedimenti eccezionali; offesa alla pubblica incolumità. Risalta innanzitutto il fatto che la legge non definisce cosa sia l'«equilibrio di un ecosistema» la cui alterazione integra le prime due specie di evento. Ulteriormente è stato notato che la terza specie di disastro ambientale - l'offesa alla pubblica incolumità - pare piuttosto una «messa in pericolo» di un bene che risulta peraltro distinto ed ulteriore rispetto all'ambiente. Le incertezze sembrano riguardare anche la definizione della condotta, qualificata alla stregua di un contegno latamente «abusivo». Si tratta dunque di un filtro piuttosto lasco rispetto alla più definita violazione di disposizioni specificamente poste a tutela dell'ambiente¹⁶.

5.3. Un settore elettivo del populismo penale: il caso della corruzione.

La corsa ad una repressione penale mediaticamente enfatizzata trova da qualche anno un ambito privilegiato nel contrasto alla corruzione. La frenesia legislativa che incarna questo atteggiamento è documentata dalla emanazione di tre rilevanti novelle nel giro di sette anni, dal 2012 al 2019.

In via di principio, il ricorso alla legge penale risulta essenziale per tutelare quel bene prezioso che è il buon funzionamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione. Il punto critico è costituito da *come* questo strumento venga forgiato.

A questo proposito, il pensiero degli Autori è presto riferito: l'ultimo intervento legislativo (la legge n. 3 del 2019, denominata nel dibattito pubblico come «*Spazzacorrotti*») esprime una involuzione normativa prodotta da un «sociologismo» che prevarica le categorie del diritto penale (p. 160). Una critica tanto severa richiede un qualche pur sintetico approfondimento tecnico-giuridico.

¹⁵ E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, p. 41 ed ivi ulteriori riferimenti. Come è noto, è stata proprio la giurisprudenza di legittimità a risolvere il dilemma insorto allorché è entrata in vigore la novella legislativa del 2015. Cfr. Sezioni Unite penali sentenza n. 22474 del 31 marzo 2016, ricorrente Passarelli e altro la cui massima recita: il reato di false comunicazioni sociali, previsto dall'art. 2621 cod. civ., nel testo modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, è configurabile in relazione alla esposizione in bilancio di enunciati valutativi, se l'agente, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, se ne discosti consapevolmente e senza fornire adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni.

¹⁶ E. Amati, *op. cit.*, p. 46; G.P. Accinni, *Disastro ambientale ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, anno LVIII fasc. 2 – 2015, p. 756.

La legge n. 190 del 2012 (c.d. “Severino”) presenta un profilo apprezzabile nel prevedere, accanto all’impiego dello strumentario repressivo penale, il ricorso a meccanismi preventivi di carattere amministrativo. Sul versante del diritto penale, questa riforma presenta un significativo aspetto critico nella eccessiva frammentazione delle condotte incriminate (concussione, induzione indebita, corruzione per l’esercizio delle funzioni, corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio e infine corruzione in atti giudiziari). Una così esasperata segmentazione delle fattispecie non pare funzionale soprattutto se si considera la sostanziale prossimità delle sanzioni penali previste per questi reati¹⁷. Una semplificazione utile potrebbe prevedere l’elisione dell’induzione indebita e il ripristino della classica alternativa tra corruzione e concussione¹⁸. Ma non è facile costruire una razionale disciplina penale quando per un verso si teme una così elevata “percezione” del fenomeno corruttivo e, per altro verso, si patisce una sorta di frustrazione per il fatto che i procedimenti penali in materia sono relativamente esigui¹⁹.

Il successivo intervento riformatore, la legge n. 69 del 2015, interviene pressoché esclusivamente aumentando le pene di alcuni dei reati contro la Pubblica Amministrazione e per il resto si limita ad estendere la punibilità per la concussione all’incaricato di pubblico servizio.

Infine, la legge n. 3 del 2019 (c.d. “Spazzacorrotti”) mostra di volere intervenire pesantemente sulla materia, a partire dalla metaforica denominazione mediatica. Questa legge, tuttavia, ignora l’opportunità di semplificare l’intricata proliferazione di fattispecie²⁰ e affida la sua portata innovativa ad altri e distinti altri piani d’intervento, i tre seguenti.

In primo luogo, si introducono alcune facilitazioni delle indagini preliminari. All’utilizzabilità senza limiti dei c.d. *trojan*²¹ si affiancano l’impiego di agenti sotto copertura e la non punibilità per colui che offra una confessione spontanea prima di avere notizia di una indagine a suo carico.

In secondo luogo, si inaspriscono ulteriormente le sanzioni²². Nella medesima prospettiva, si subordina la concessione della sospensione condizionale della pena al pagamento della riparazione

¹⁷ T. Padovani, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusione della riforma*, in Archivio penale, 2018, n. 3, p. 9; V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in Diritto penale contemporaneo, n. 5/2019, p. 245.

¹⁸ F. Viganò, *I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte e su quel che resta da fare*, in Diritto penale contemporaneo, Riv. trim., 2014, n. 3-4, p. 19 ss.

¹⁹ Nella misurazione della diffusione della corruzione le statistiche giudiziarie non offrono una rappresentazione attendibile dell’effettiva diffusione del fenomeno, che al pari di altri crimini “senza vittime”, o meglio avente vittime inconsapevoli, solo occasionalmente è oggetto di denuncia da parte di partecipanti o testimoni, ovvero di scoperta autonoma da parte degli organi di controllo, e dunque ha una “cifra oscura” tendenzialmente elevata e variabile. Così si legge nel report dell’Anac intitolato *Analisi istruttoria per l’individuazione di indicatori di rischio corruzione e di prevenzione e contrasto nelle amministrazioni pubbliche coinvolte nella politica di coesione*. Cfr. <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Pubblicazioni/RapportiStudi/Report.Misurazione.Corruzione.gen.2017.pdf>.

²⁰ Sul versante delle fattispecie, la “Spazzacorrotti” si limita ad abrogare il delitto di millantato credito ricomprendendolo in quello di traffico di influenze illecite

²¹ Cfr. art. 266, comma 2–bis, c.p.p. Va anche precisato che la legge “Spazzacorrotti” limitava lo strumento ai reati commessi dai pubblici ufficiali. Il decreto-legge n. 161 del 2019 estende l’impiego ai reati degli incaricati di pubblico servizio.

²² Particolarmente quanto alla pena principale per il delitto di corruzione per l’esercizio della funzione, quanto alle pene accessorie conseguenti alla condanna per reati contro la P.A. e altresì quanto alle sanzioni interdittive che siano comminate agli enti amministrativamente responsabili di una serie di reati contro la P.A.

pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa e si consente al giudice di non estenderne gli effetti alle pene accessorie.

In terzo luogo, si prevede che ai condannati per alcuni delitti contro la Pubblica Amministrazione è precluso l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, a meno che non collaborino con la giustizia.

Richiamate siffatti punti-cardine della disciplina, è tempo di ragionare sui suoi limiti. Che questo prodotto legislativo esiga ulteriori approfondimenti sembra dimostrato da quanto si apprende in questi giorni: il Ministero della Giustizia sta costituendo una commissione di esperti denominata *Alleanza contro la corruzione*²³ della quale farà parte anche chi ha argomentato lucide e basilari critiche alla legge "Spazzacorrotti"²⁴.

Non è facile ripensare la disciplina di questa materia. Un buon viatico sarebbe costituito da un più calibrato dosaggio della risposta penale, prendendo le distanze dalla connotazione populista della "Spazzacorrotti", visibile nei seguenti aspetti.

Il primo carattere tipicamente populista di questa disciplina è la fondamentale premessa della sua formulazione: il legislatore interviene perché considera allarmante il livello di corruzione *percepito*. Come si detto prima, la legge che nasce dall'urgenza innescata da percezioni sociali presenta un carattere distintivo del populismo penale. Al di là di siffatta classificazione, non si può fare a meno di notare che, anche alla luce della modesta statistica giudiziaria, la risposta penale dovrebbe essere probabilmente strutturata a partire da dati meno vaghi della "percezione" sociale²⁵.

Il secondo tratto distintivo populista della disciplina è, all'evidenza, il considerevole e variegato aggravio sanzionatorio. La novella del 2019 innalza pene già aumentate dalle riforme appena precedenti. Palese l'equivoco sul corretto impiego dello strumento penale, la cui efficacia non risiede tanto nella declamata severità della pena ma nella certezza dell'accertamento delle responsabilità.

Il terzo aspetto critico riguarda il nuovo statuto penitenziario dei condannati. Questo è un punto particolarmente rilevante. La legge del 2019 ha esteso ai principali reati contro la pubblica amministrazione il regime di cui all'art. 4-bis, comma 1, della l. n. 354/1975. La scelta, draconiana, insegue la collaborazione processuale degli imputati ma sembra ignorare o almeno sottovalutare la funzione rieducativa della pena, particolarmente con riguardo a forme di criminalità occasionale laddove pare improbabile che il condannato abbia materia da spendere in proposito²⁶. Questa disciplina non è stata ancora oggetto di scrutinio da parte della Corte Costituzionale se non limitatamente all'impiego retroattivo²⁷. Chiamata a decidere la questione di legittimità tesa a

²³ Cfr. L. Milella, *Bonafede, task force anticorruzione sui fondi del Recovery*, 8 dicembre 2020.

²⁴ M. D'Alberti, *Corruzione*, Torino, 2020, p. 99 il quale, a proposito della disciplina introdotta con la legge Spazzacorrotti, scrive che "occorre senz'altro dare priorità alle misure preventive rispetto alla repressione penale. Quest'ultima non va certo abbandonata ma è oggettivamente meno idonea a produrre miglioramenti".

²⁵ Nota T. Padovani, *La Spazzacorrotti*, op. cit., p. 2.

²⁶ V. Mongillo, op. cit., p. 284.

²⁷ Cfr. la sentenza n. 32 del 2020 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b) della legge in parola in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio

censurare, in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, il detto regime penitenziario, la Consulta ha restituito gli atti ai rimettenti perché gli imputati di quei procedimenti sono stati condannati prima dell'entrata in vigore della "Spazzacorrotti", sicché la nuova normativa non gli si applica in ragione della sentenza n. 32/2020 della Corte stessa²⁸. Occorre attendere dunque il caso di condannati per fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge del 2019.

Il quarto aspetto critico della "Spazzacorrotti" si ravvisa in alcuni aspetti della peculiare disciplina delle indagini preliminari. Quanto agli agenti sotto copertura, è stato persuasivamente osservato che costoro non potranno prestare l'opera di "corrottori non istigatori" allorché gli accordi corruttivi si realizzino in un circuito chiuso mentre potranno avere uno spazio operativo teoricamente più favorevole in presenza di accordi occasionali. Ma in questo caso il ruolo di costoro può debordare in quello, non consentito, di veri e propri istigatori²⁹. Quanto alla esclusa punibilità per colui che renda spontanea confessione (beneficio conseguibile se l'interessato procede prima di avere notizia di una indagine a suo carico e comunque entro un brevissimo termine dalla commissione del reato), si tratta di una scelta estremamente difficile da ipotizzare sia perché fatta al buio, sia perché non è sempre chiaro il momento di consumazione del reato³⁰.

Su questa materia, può bastare.

5.4. Le pene non individualizzate.

Il diritto penale di impronta costituzionale promuove una visione della pena che sia individualizzata e quindi proporzionata al caso concreto. Il diritto penale dell'emergenza, quello che vuole lanciare segnali mediatici "forti" sul piano del rigorismo repressivo, è disposto a limitare o azzerare la discrezionalità del giudice in punto di dosimetria della pena. Questa tendenza ha modo di manifestarsi anche mediante l'introduzione di circostanze aggravanti cc.dd. "privilegiate", le quali non sono suscettibili di bilanciamento con le attenuanti³¹.

Questa tecnica legislativa riguarda tradizionalmente reati che suscitano il massimo allarme sociale, quelli in materia terrorismo e mafia, per intendersi. Ma il legislatore ritiene ormai di far sentire un tale "pugno di ferro" anche con riferimento a violazioni della legge penale nelle quali non incorrono temibili élite criminali ma potenzialmente la più larga platea dei cittadini. La pena "rigida" approda in materia di omicidio e lesioni stradali.

La legge 23 marzo 2016 n. 41 ha ridisegnato la disciplina (artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.) prevedendo un reato-base, punito da due a sette anni come già in passato è accaduto, ed una serie di aggravanti di nuovo conio che possono portare la forbice sanzionatoria a livelli estremamente elevati. Una scelta forte, come le "stragi del sabato sera" hanno evidentemente suggerito. Ciò che tuttavia manifesta

1975, n. 354 si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019.

²⁸ Ordinanza 11 marzo 2020.

²⁹ T. Padovani, *La Spazzacorrotti*, *op. cit.*, p. 5.

³⁰ Ancora T. Padovani, *op. ult. cit.*, p. 7.

³¹ A. Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

davvero il rigorismo repressivo risiede nella norma (art. 590- *quater* c.p.) secondo la quale le attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle dette aggravanti³².

La Corte Costituzionale (sentenza n. 88 del 2019) ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata in proposito osservando che: innanzitutto, l'alterazione del bilanciamento "puro" è storicamente nota al nostro ordinamento; in secondo luogo, nel caso specifico i rimettenti non obiettano alla regola generale di assoluta prevalenza delle aggravanti quanto particolarmente alla soccombenza della specifica attenuante ricorrente quando l'evento non sia esclusiva conseguenza dell'azione od omissione del colpevole; detta attenuante specifica attiene alla colpevolezza e non all'offensività della condotta; detta attenuante soccombe rispetto ad aggravanti di forte disvalore³³.

La peculiare e limitata prospettiva nella quale la Corte ha così deciso non dissolve le perplessità su una disciplina che complessivamente sembra pagare un significativo tributo al diritto penale simbolico³⁴.

5.5. Le misure di prevenzione dilatate.

Il legislatore così ispirato si trova più a suo agio nell'estendere la portata delle misure di prevenzione che, formalmente estranee al diritto penale, hanno un forte impatto sulle libertà individuali. Perciò ne risulta controversa la compatibilità con la Costituzione che peraltro non le prevede³⁵.

Nato per reprimere il brigantaggio mediante il domicilio coatto comminato alle persone sospette (legge 15 agosto 1863 n. 1409, detta legge Pica), il "diritto di prevenzione" ha da allora conosciuto una costante, tumultuosa espansione. La tesi del libretto qui recensito è allineata alle opinioni dei penalisti: le misure di prevenzione presentano un carattere simbolico, espressivo della "tolleranza zero" verso quanto è percepito di allarme sociale (p. 180).

Questa strategia "muscolare" ha un costo, quello che si paga in termini di attenuate garanzie. Il diritto di prevenzione si presenta infatti come una «giurisdizione senza fatto»³⁶, un «diritto penale dell'autore»³⁷ teso a perseguire un'utopia securitaria nutrita dal sospetto³⁸.

³² D. Falcinelli, *Dal diritto penale emozionale al diritto penale etico*, op. cit. p. 98.

³³ G. Leo, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 29 aprile 2019.

³⁴ L. D'Amico, *La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5-2019, p. 89.

³⁵ G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, nona edizione, Milano, 2020, p. 879.

³⁶ Cfr. M. Ceresa-Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Diritto penale contemporaneo* 3 dicembre 2015, p. 52.

³⁷ M. Pelissero, *La "fattispecie di pericolosità": i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione praeter delictum; la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 145.

³⁸ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna, p. 70.

5.6. Tramonto della identificazione tra diritto e legge penale?

Tema nevralgico per il diritto penale dei nostri giorni è quello del rapporto tra una “legalità legalistica”, tendenzialmente recessiva, ed un “diritto penale giurisprudenziale” visibilmente dominante³⁹. Il formante legislativo cede il passo a quello giurisprudenziale per ragioni e con modalità la cui analisi esorbita da questo ambito di trattazione⁴⁰.

All'interno di questa tensione tra legge e giurisprudenza, si ritaglia uno spazio il fenomeno del populismo giudiziario. La crisi della legge e il sopravvento della giurisprudenza si declinano peculiarmente nell'ottica populista. Da questa prospettiva, la legge penale perde la sua centralità perché si limita ad apprestare soluzioni affannose e sommarie ad emergenze del momento⁴¹. Correlativamente, la giurisdizione viene caricata del compito di riempire questo vuoto ma si propone che lo faccia attingendo a “fonti socialmente diffuse” capaci di definire le dinamiche punitive⁴².

In questo quadro, si può temere che il diritto penale vivente si confonda con una (pericolosamente) indefinita “etica pubblica”. Venendo allora al volume qui recensito, deve darsi conto della chiara posizione degli Autori sul punto: reato e peccato vanno tenuti distinti (p. 176).

A questo proposito pare utile ricordare che da tempo la dottrina discute se il diritto penale sia diventato un'etica pubblica o se, viceversa, sia quest'ultima ad essersi trasformata nel diritto penale effettivamente vigente. Secondo la prima veduta, una collettività nazionale che non individua e persegue valori-guida, si limita a condividere le sole regole del diritto penale⁴³. L'opposta opinione osserva che «il *prius* non è la legge penale ma l'etica che si trasforma in diritto penale e lo fa espandere senza regole, determinando anche circuiti penali diversi»⁴⁴.

Quale di queste due specie di relazione sussista tra diritto ed etica pubblica non è facile dire. In nessun caso si avrebbe una buona notizia. Che l'etica pubblica sia perimetrata sul diritto penale è sconcertante. Che quest'ultimo si costituisca sulla scorta di un catalogo etico anziché sulla legge è preoccupante.

6. *Segue*: b) giurisdizione e populismo penale.

6.1. Populismo mediatico: magistrati opinionisti.

Il rapporto tra populismo e giurisdizione è trattato dagli Autori a partire da un fenomeno ben noto: lo stile comunicativo populista esibito da alcuni magistrati, principalmente inquirenti, ironicamente

³⁹ M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2016, p. 15 ritiene «evidente che la giurisprudenza-fonte debba ormai essere salvata dal suo indiscutibile successo, che riempie il vuoto della crisi e dell'inadeguatezza del potere legislativo».

⁴⁰ Una aggiornata riflessione propone sul tema, da ultimo, F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale*, 2020, fascicolo 3 p. 1249 e ss. Ivi essenziali ulteriori riferimenti, selezionati nel quadro di una bibliografia sterminata.

⁴¹ T. Padovani, *Prefazione* a F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, cit., p. 10 ritiene stia tramontando l'identificazione tra diritto penale e legge.

⁴² F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, cit. p. 28.

⁴³ M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2019, p. 13.

⁴⁴ F. Sgubbi, *op. cit.*, p. 28.

qualificati come «magistrati-star» (testualmente, p. 104), tanto «esagerati» (p. 106) da potere essere assimilati a degli «influencer» (p. 110). La censura non si appunta esclusivamente sul travalicamento stilistico del legittimo «dovere di informare» ma sul fatto che la «degenerazione informativa» sia condotta da chi dispone non già e semplicemente di argomenti logico-giuridici ma della forza della coercizione (p. 109). Il ruolo di questi magistrati «è componente costitutiva del populismo contemporaneo» (p. 107).

6.2. La domanda di giurisdizione populista.

L'incrocio tra giurisdizione e populismo propone scenari più critici di quello – squisitamente mediatico - appena considerato. Si registra una domanda di giurisdizione sensibile alle facili pulsioni del “sentimento popolare”. Le istanze securitarie, sovente figlie di rancore e voglia di rivalsa, pretendono di applicare allo scrutinio giudiziario categorie sociologiche alquanto vaghe (p. 159).

A questo proposito gli Autori hanno cura di proporre una sorta di “banco di prova” del garantismo rassegnando una serie di temi (la libertà di espressione del pensiero, la disciplina degli stupefacenti, la detenzione ex art. 41 bis, la libertà di disporre del corpo) la cui trattazione esige una profonda disponibilità al confronto dialettico razionale. Nessuna scelta è facile, in queste materie.

Il momento storico segnato dal populismo sembra esigere altro. In questo ambito, sembra richiesta una trasformazione sostanziale del giudice penale da soggetto istituzionalmente chiamato ad utilizzare la pena nei limiti che gli sono imposti a soggetto che, in forza di un'investitura popolare, assume la veste di fautore di politiche criminali⁴⁵. Questo giudice, nella migliore delle ipotesi, si fa interprete di una crescente indiscriminata richiesta di tutela. Ma «il giudice che è protagonista del processo espansivo dei diritti, lo è anche nel senso di un costante accrescimento del potere punitivo. Con il rischio che ... finisca per sentirsi investito di una missione orientata al miglioramento ed all'elevazione morale della società»⁴⁶.

Una prospettiva da rifuggire, non potendosi accettare una «giurisdizione che, anziché applicare norme, veicoli contenuti ritenuti “giusti” perché ricavati non già dalla Costituzione ma dal sentimento, dalla passione, dalle emozioni dei cittadini»⁴⁷.

Si deve temere che la giurisdizione approdi al populismo penale? Si tratta di un rischio che si confida sia contrastato. Si è osservato in proposito che la magistratura mostra una duplice e contrastante attitudine rispetto al populismo penale: essa, «che lo ha avviato, si assume anche il paradossale compito di contenerlo»⁴⁸.

In proposito conforta osservare che in un quadro così scomposto, e a fronte di un diritto penale sempre più disarticolato dalle sue premesse fondative liberali, «l'unico freno ad una tale deriva è quello che tenta di opporre la Corte costituzionale, con decisioni che – sintomaticamente – interpellano sempre

⁴⁵ Osserva G.P. Accinni, *Disastro ambientale ed elusione fiscale*, cit., p. 756.

⁴⁶ Così, F. Palazzo, *op. cit.*, p. 1273.

⁴⁷ cfr. Relazione per l'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 del Procuratore generale della Corte di Cassazione Giovanni Salvi, in questa *Rivista*, https://www.questionegiustizia.it/articolo/inaugurazione-dell-anno-giudiziario-2020_03-02-2020.php.

⁴⁸ M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, cit., p. 13.

più spesso, di recente, principi fondamentali, riaffermati con forza e rigore»⁴⁹. Decisioni innescate, si sottolinea, da una giurisdizione penale non meno sensibile a questi principi.

Si tratta di quella «giurisdizione che, nonostante il suo protagonismo, non è un pericolo per la democrazia ma ne è una componente sistemica»⁵⁰.

6.3. Giurisdizione eticizzante ed etica giudiziaria.

Una notazione conclusiva. Se il populismo penale propugna la figura di un giudice interprete della morale del tempo, esiste un diverso rapporto tra giurisdizione e morale.

Si tratta della prospettiva secondo la quale l'etica non è quella maturata dal “sentimento popolare” e fatta propria dal giudice ma è la regola deontologica che guida l'esercizio della giurisdizione.

La materia, complessa ed estremamente scivolosa, viene qui segnalata perché costituisce quanto di più contraddittorio esista rispetto al populismo penale. Se si ragiona di populismo penale – come qui si sta facendo – non si può ignorare l'opposto approccio alla giurisdizione.

Si propone, dunque, un'etica dell'interpretazione i cui postulati essenziali risultano per sintesi i seguenti: a) il possesso di una cultura generale quale difetta in quello «stile ragionieristico che si impelaga in rebus e puzzle di ricostruzione di trame normative incredibilmente contorte»; b) il logorante esercizio del dubbio metodico, sia quanto all'accertamento del fatto sia con riguardo all'interpretazione della legge; c) il senso del limite, quale capacità di resistere alle pressioni che salgono dalla società⁵¹.

Un manifesto deontologico, questo, che si contrappone alla pulsione populista ma anche, più radicalmente, ad ogni fenomeno di condizionamento improprio della giurisdizione penale, cioè a quelle «scorrettezze della amministrazione della giustizia che nel pubblico fanno specialmente impressione disastrosa»⁵². Di questo più ampio tema conviene discutere in altra occasione.

⁴⁹ V. Manes, *op. cit.*, p. 95. Cfr. anche G. Insolera, *Una discesa nel maelström*, in *www.discrimen.it*, 20 settembre 2018, 14. Nota Mariarosaria Guglielmi, *Il giudice nell'Europa dei populismi*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, p. 230, che «con incoerenze, oscillazioni e cadute nelle prassi, la giurisdizione ha sempre saputo recuperare, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, il terreno sottratto alle garanzie e ai principi fondamentali che governano il nostro sistema penale».

⁵⁰ F. Palazzo, *op. cit.*, p. 1273.

⁵¹ F. Palazzo, *op. cit.*, p. 1274.

⁵² A. Gramsci, *Quaderno 6 (VIII) § 81, cit.*, p. 751, edito anche in A. Gramsci, *Contro il populismo*, Napoli, 2019, p. 107.