

Problemi attuali del diritto e della giustizia penale.

Domenico Pulitanò

PNRR. Problemi della macchina del law enforcement.

Sono oggi sul tappeto i problemi di attuazione delle legge 27 settembre 2021 n. 134, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*. È *efficienza* la parola chiave delle riforme (penale e civile) della c.d. riforma Cartabia, che riguarda problemi del *law enforcement*: problemi della macchina giudiziaria e delle sanzioni. Efficienza della macchina, in vista degli obiettivi del PNRR: riduzione dei tempi del processo entro i prossimi cinque anni, al 25% nel penale e al 40% nel civile.

Fra le tante proposte relative al processo, spiccano alcune non meramente procedurali, ma di garanzia sostanziale della *serietà del processo*. Particolarmente importante è la previsione di una più stringente regola relativa al promovimento dell'azione penale: non deve essere chiesto (dal PM) e non deve essere disposto il giudizio «*quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono tali da determinare la condanna*». Rendere più stringenti i presupposti del rinvio a giudizio risponde a esigenze, ad un tempo, di alleggerimento del carico gravante sulla macchina giudiziaria, e di garanzia dei diritti delle persone. Il processo non può essere *ad explorandum*, alla ricerca di eventuali nuovi elementi necessari a completare una prova mancante.

Per quanto concerne l'avvio di indagini, è garanzia delle persone coinvolte (ma anche delle condizioni in cui l'indagine possa svolgersi) la previsione che «*la mera iscrizione del nominativo della persona nel registro delle notizie di reato non determini effetti*

pregiudizievole sul piano civile e amministrativo». In astratto, si tratta di un corollario del modello vigente. Di fatto, l'essere '*indagato*' (come dice un linguaggio stigmatizzante) comporta conseguenze negative nella comunicazione mediatica e politica. Al di là dell'espressa previsione che esclude effetti pregiudizievole, la prassi politica avrebbe già potuto e dovuto farsi carico del problema.

La riforma prefigurata dalla legge delega tocca il sistema sanzionatorio con modifiche di rilievo relative ai *modelli sostitutivi delle pene detentive brevi*, fino alla soglia di 4 anni; estende il campo di applicazione dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto, della sospensione del processo con messa alla prova, della possibile applicazione di misure alternative alla detenzione senza passare per il carcere.

Pur con i limiti posti da esigenze di compromesso in una difficile situazione politica, tuttora segnata da componenti populiste di vario colore, la riforma sarebbe l'avvio di una inversione di marcia rispetto al populismo del più penale, riprendendo una linea di deflazione del carico processuale e della pena carceraria

Resta aperta la possibilità e auspicabilità di passi ulteriori di ragionevole riduzione sia dell'area del penalmente rilevante, sia del peso delle sanzioni. Un problema particolarmente delicato, e non ben risolto nella legge delega, resta la disciplina della prescrizione / improcedibilità, che pone problemi anche di legittimità costituzionale.

L'esperienza della pandemia.

Nell'arena mediatica e politica hanno grande rilievo problemi relativi ad ambito e limiti del penale.

Per la convivenza sociale, il versante dei precetti e dell'osservanza dei precetti ha importanza prioritaria, rispetto a quello

delle sanzioni. Politiche populiste hanno spostato l'attenzione sulle sanzioni: una mossa che dà risposta a sentimenti e risentimenti diffusi, efficace sul piano della *politique politicienne*, della ricerca di consenso. Una politica alta dovrebbe essere centrata innanzi tutto su diritti e doveri: il loro ambito, i limiti e i rapporti reciproci.

Su questo piano sono state costruite le risposte alla pandemia. Nella fase più dura delle restrizioni un grande giurista, Natalino Irti, ha esplorato in un *viaggio tra gli obbedienti le ragioni dell'obbedienza in un orizzonte spirituale* nel quale “*gli altri assumono duplice posizione: sono possibili portatori del virus, dai quali bisogna tenersi distanti, e proteggersi con adeguate misure; ma sono anche esseri umani, esposti allo stesso rischio, all'oscura minaccia di cui noi siano veicoli: Li temiamo, gli altri, e insieme li proteggiamo: il contagio li trasfigura in un prossimo, stretto con noi nella medesima sorte, a cui possiamo sentirci vicini nella coscienza di umana fragilità*”¹. Per l'esercizio dei nostri diritti – inviolabili in via di principio, ma fragili – abbiamo bisogno dell'osservanza di doveri reciproci: *rispetto* degli altri, e *doveri inderogabili di solidarietà* (art. 2 Cost).

Nell'emergenza pandemia abbiamo visto l'importanza decisiva dell'osservanza di precetti da cui dipende la *salus rei publicae* (in senso metaforico e letterale). Quanto alle sanzioni previste per il caso di inosservanza, è la funzione preventiva - di deterrenza – quella fondamentale per la tenuta del sistema.

Per delitti gravi può essere giusta la previsione legale e l'infrazione di pene severe. Per la gestione dell'emergenza, l'applicazione delle sanzioni è questione di coerenza e credibilità del sistema.

¹ N Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano 2021, p. 117.

Di fronte alla pandemia sono state adottate decisioni incidenti sulla libertà: *lock down* nelle fasi più acute, poi il *green pass*, che è tecnicamente un onere, nella sostanza un passaggio obbligato per l'esercizio di libertà importanti. La giustificazione di restrizioni normative ha bisogno di fondamenti su un duplice piano: legittimità giuridica e ragionevolezza tecnico-scientifica. Su entrambi i piani si è sviluppata un'inedita opposizione no-vax e no-pass, che rivendica libertà contro restrizioni emergenziali delle normali libertà, e contesta le premesse epistemiche delle restrizioni (il pericolo di contagio, l'utilità o pericolosità dei vaccini). Problemi delicati sono stati posti dall'intreccio fra istanze libertarie di per sé meritevoli di considerazione, e atteggiamenti e paure irrazionali (fino a teorie complottiste) che conducono a pretese inaccettabili². Dobbiamo fare i conti con la *fragilità aletica della democrazia*³: con i limiti delle nostre conoscenze, di ciò che sappiamo progettare, di ciò che riusciamo a tradurre in norme e in concreti comportamenti.

Nell'alternativa fra l'obbligo formale di vaccinarsi ed il *green pass*, la strada coerente con i principi di libertà è la meno obbligante, cioè il *green pass*. È una discriminazione? Sì, ma non illegittima, se e in quanto ragionevole, nell'ambito segnato dai principi di *proporzionalità e temporaneità*. È una scelta emergenziale che tratta il no-vax (controfattualmente?) come un soggetto che dovrebbe essere razionale, e ne rispetta l'autoresponsabilità.

In una società aperta, "*ovviamente, non è compito della sfera politica in quanto tale produrre verità di conoscenza. Il compito spetta alla sfera scientifica o in senso lato intellettuale*". Di conoscenze affidabili abbiamo bisogno, come governanti, come tecnici, come cittadini: "*bisogno di istituzioni che favoriscano e tutelino le*

² Una bella e divertente analisi: M. Ferraris, *Post-Coronaial Studies*, Torino 2021.

³ M. Ferrera e F. D'Agostini, *La verità al potere*, Torino 2019, p. 82

conoscenze collettive”, anche promuovendo la capacità di giudizio dei consociati⁴.

In condizioni normali, in una società libera viene in primo piano l’esigenza di poter *dire la verità al potere*⁵. Ma la verità ha bisogno di *cura*, anche con gli strumenti del diritto (cioè del potere). “*Gli ottimi autoritarismi di stato*”, è il titolo provocatorio di una riflessione di Giuliano Ferrara⁶ che ha preso spunto da un discorso del Presidente Mattarella sul *dovere morale* di vaccinarsi. In Europa “*si dispiega una forma consensuale di sottomissione. Si realizza quanto paventato da filosofi e intellettuali effimeri e bizzarri nella pretesa che su una questione di vita e di morte restassero intatte le libertà individuali, anche quando sono per definizione relazionali (il contagio)*”. Sarebbe sbagliato non rilevare la novità del fenomeno e non riflettere sul suo significato. È un invito a una presa di coscienza necessaria per “*preservare il nucleo vivo della cultura e dell’esperienza di libertà civile dell’occidente democratico*”.

Alla giustizia penale l’emergenza pandemia ha posto esigenze di segno diverso e opposto, che rispecchiano la tensione fra i due poli del problema penale, quello ‘autoritario’ (la *spada*) e quello liberale delle garanzie (lo *scudo*). Preoccupazioni di garanzia di fronte alla macchina penalistica si sono incanalate in richieste di espresse previsioni di esclusione da responsabilità in determinate condizioni. Il legislatore se ne è fatto carico, con riguardo all’attività amministrativa e all’attività sanitaria, con normative specifiche legate all’emergenza, leggibili come specificazioni di principi generali, in particolare in materia di responsabilità per colpa.

⁴ *Op. ult. cit.*, p. 77, 47.

⁵ M. Lynch, *La verità e i suoi nemici*, Milano, 2004, p. 228; H: Arendt, *Verità e politica*, Torino, 2003, p. 47

⁶ In *Il foglio*, 7 settembre 2021.

Sono nate nel mondo di ieri, che la pandemia ha sconvolto, le politiche del *più penale*, di vario colore, come le leggi penali del periodo del primo governo Conte. Emblema della linea di rigore è legge c.d. spazzacorrotti. Oggi c'è da ricostruire il ritorno alla normalità della convivenza, recuperando il massimo di libertà nella situazione data, nella persistenza di esigenze che ancora richiedono misure restrittive (tipo *green pass*) eccedenti quanto sarebbe consentito in condizioni normali. Una ferma difesa di principi fondamentali di garanzia è stata assicurata dalla Corte costituzionale, in una serie di importanti pronunce. Alcune hanno posto al legislatore delicati problemi (disciplina del c.d. ergastolo ostativo, dell'aiuto al suicidio, pene per la diffamazione) cui la politica non ha finora dato risposta.

La giustizia della convivenza da ricostruire non può essere centrata sul penale. La battaglia culturale e politica contro un penale invasivo e troppo severo può trovare argomenti nuovi e forti proprio nell'esperienza che ha mostrato la centralità dei doveri e dell'osservanza, cioè di responsabilità relative alla qualità della convivenza. Problemi di sanzioni vengono dopo, possiamo definirli *secondari*, anche nel senso che sono meno importanti.

I referendum abrogativi.

Problemi di giustizia sono oggetto dei referendum abrogativi su cui sono state raccolte le firme. Abbiamo occasione - e responsabilità - di prendere ragionate prese di posizione.

I referendum sull'ordinamento giudiziario riguardano la macchina istituzionale. Indipendentemente dal brutto pacchetto di quesiti, questioni di ordinamento della magistratura sono legate alla

attuale situazione critica. Di particolare rilievo le questioni di riforma del CSM e dei rapporti fra magistratura giudicante e pubblico ministero.

Commentato [EC1]: s

Il referendum sull'art. 579 del codice penale ripropone i problemi dell'aiuto a morire, già sul tappeto a seguito della sentenza della Corte costituzionale sull'aiuto al suicidio, che ha messo in mora il legislatore. Lo scenario di contrapposizioni, che il referendum (qualora ammesso) innescherebbe, è sbilanciato (il quesito si spinge fino alla depenalizzazione dell'omicidio del consenziente) e troppo schematico rispetto a problemi di particolare complessità e delicatezza (di vita e di morte). È esigenza prioritaria e politicamente importante la ricerca (tutt'altro che semplice) di soluzioni legislative quanto più possibile condivise, superando la contrapposizione fra laici e cattolici.

Il referendum sulla cannabis pone la questione delle droghe leggere. Merita di essere esaminata tenendo fermo, sul piano culturale, un giudizio critico sull'uso di droghe anche 'leggere'. È un'occasione per riflettere su ragioni e limiti del penale

Anche le questioni sui limiti del penale hanno rilievo rispetto al problema dei costi di giustizia, cruciale per il PNRR. I costi economici del penale sono oggi aggravati da eccessi di incriminazione, di attivismo giudiziario e di penalizzazione, che comportano anche costi etico-politici

La legge Zan.

Fra le proposte di legge in materia penale, ha assunto centralità politica la vicenda della c.d. legge Zan: una normativa di spiccata valenza simbolica, appagante per molti come risposta a esigenze di

riconoscimento. Si colloca in una linea di continuità con le politiche (di vario colore) che fanno affidamento nel *più penale* come promessa di tutela e fonte di consenso politico. Vi è stata attribuita - sia da fautori sia da oppositori - una rilevanza sproporzionata rispetto al suo contenuto, per ragioni di *politique politicienne*.

Le nuove fattispecie di atti discriminatori e di istigazione ad atti discriminatori corrispondono a fattispecie già introdotte dalla legge Mancino, ora collocate nel codice penale (art. 604-bis), di rarissima applicazione. La nuova circostanza aggravante non allarga l'ambito dell'incriminazione di fatti già oggi costituenti reato.

Nel discorso pubblico attorno alla legge Zan, molti (giornalisti, intellettuali, uomini di spettacolo) hanno parlato come se, oggi, aggredire e picchiare per motivi legati al sesso o all'orientamento sessuale non sia un illecito penale; come se l'insultare non sia vietato. Una politica di sostegno ai diritti di tutti farebbe bene a sottolineare la tutela – anche penale – già esistente per tutti.

Su temi come condotte discriminatorie e discorsi d'odio, un serio impegno culturale e politico non ha bisogno di allargamenti del penale. Divieti penali anche apprezzabili per la loro valenza simbolica possono risultare ben poco utili, se non controproducenti, rispetto a problemi che dovrebbero essere seriamente affrontati in altre sedi.

In un esame critico di qualche anno fa sulla comunicazione politica negli USA, volto a presentare al mondo progressista i difetti sul suo modo di comunicare, un serio studioso ha osservato che *i conservatori si sono impossessati delle parole libertà e autonomia*⁷.

⁷ G. Lakoff, *Non pensare all'elefante*, Milano 2019, p. 95 (edizione originaria del 2004)

Ciò accade in casi in cui i progressisti danno la preferenza a interessi diversi dalla libertà, con buone intenzioni e non senza buone ragioni, ma con insufficiente considerazione di ragioni altre.

Una buona politica del diritto penale – sul piano della politica alta, e anche della *politique politicienne* – non può non prendere sul serio le parole d'ordine della libertà, del confronto d'idee, anche del conflitto.

La considerazione delle libertà e del pluralismo culturale ha rilievo anche per la parte non penalistica della legge Zan. L'istituzione (art. 7) di una *giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia* ha una coloritura molto forte: attribuzione selettiva di un significato privilegiato. Da gestire con estrema cautela, in tempi di pressioni verso un conformismo *politically correct*. La discussa nota verbale della Chiesa cattolica ha dato voce a una libertà *laica*.

Contrastare le tendenze illiberali del *politically correct* è oggi un'esigenza prioritaria, in difesa delle libertà di tutti. I principi di un ordinamento laico e liberale ci dicono che la libertà di manifestazione del pensiero richiede tutela “*anche se (o meglio proprio quando) possa provocare reazioni nella società*”⁸.

Per una politica *alta* - non ideologica - del diritto penale, la linea di fondo dovrebbe andare in una direzione ben diversa da quella della pur difendibile legge Zan: non una messa in scena di *ideologie e concezioni identitarie*, non l'attribuzione al penale (al più penale) di una salvifica centralità, ma al contrario una politica di superamento della centralità del penale.

⁸ C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 990.

I diritti che chiedono tutela non nascono dalla legge penale. Precedono e fondano l'esigenza di tutela, anche (eventualmente) penale. La costruzione di diritti passa attraverso altri strumenti giuridici, l'effettività dei diritti ha bisogno di radici nella concreta realtà sociale e culturale.

I problemi dell'*enforcement penalistico* vengono dopo, là dove l'obiettivo primario non sia stato raggiunto.

Fare i conti con l'inosservanza.

Il sistema penale, con i suoi precetti, concorre a definire equilibri fra autorità e libertà, e condizioni di funzionamento della società civile. Le moderne democrazie liberali - le società che storicamente hanno avuto successo e che riteniamo le migliori - si sono sviluppate in condizioni di equilibrio fra la società civile e lo Stato. Una società civile forte ha bisogno di un Leviatano *forte* ma *incatenato* da solide garanzie⁹, capace di salvaguardare condizioni di fiducia reciproca.

C'è bisogno di una forte affermazione del principio di responsabilità per l'osservanza di precetti importanti, e ci può essere una valida ragione anche per precetti non centrali. La tendenza complessiva, in una democrazia liberale, dovrebbe andare verso la restrizione dell'area del penalmente rilevante. In Italia ciò è oggi richiesto anche da ragioni di razionalità economica nell'uso di risorse scarse.

⁹ D. Acemoglu e .A. Robinson, *The narrow corridor* - in traduzione italiana *La strettoia*, Milano 2020. Lo stretto corridoio in cui è possibile la fioritura della società è caratterizzato dall'equilibrio fra la società e lo Stato.

L'applicazione della pena legalmente prevista è coerente con la logica dell'ordinamento; non è il fine del diritto *criminale*. *“Contrariamente a quel che per lo più si ritiene, il senso delle norme è in prima istanza cognitivo e orientativo ... Certo, senza la sanzione non esiste legge, ma il fine della legge non è affatto la sanzione e i sistemi normativi altro non sono che dispositivi di relazione”*. Sono parole di un saggio filosofo, Salvatore Natoli, riportate in un recente libro di un filosofo del diritto, intitolato alla *legge della fiducia*¹⁰.

L'alternativa al populismo del più penale può essere ricercata in un mutamento di paradigma, anche culturale: *spiazzare il penale dalla posizione di centralità nel discorso mediatico e politico*.

È una strada politicamente difficile. Delitti e vicende giudiziarie mettono in gioco sentimenti forti e risentimenti diffusi; nei *mass media* hanno uno spazio grandissimo, spesso preminente. Per la *politique politicienne* mostrare severità (crescente severità) è una politica idonea a coagulare consensi: un obiettivo legittimo e necessario nell'arena politica di democrazie liberali.

Per la politica alta si pone il difficile ma non eludibile problema di come costruire e presentare alternative alla centralità del penale, nel quadro di una ragionevole costruzione e difesa della legalità, senza compromettere la capacità di consenso politico.

¹⁰S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna 2016, p. 107; T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, ottobre 2021.