LE IDEE DEGLI ALTRI

GABRIELE CIVELLO

Recensione a Giovanni Manca
Il raffreddamento di diritti fondamentali
come limite alla politica criminale
Milano, Wolters Kluwer – CEDAM, 2024, pp. 1-235

La recensione ha ad oggetto il libro di Giovanni Manca dal titolo *Il raffreddamento di diritti fondamentali come limite alla politica criminale*, nel quale l'autore esamina il fenomeno del c.d. "chilling effect" nel diritto penale: in certi casi e a determinate condizioni, l'introduzione di nuove figure di reato o comunque l'inasprimento sanzionatorio per le fattispecie già esistenti può produrre l'effetto di una over-deterrence, vale a dire la dissuasione dei cittadini dal compiere non solo la specifica condotta tipica, ma anche una serie di condotte collaterali e liminari le quali, pur non essendo tecnicamente "tipiche", non vengono comunque compiute, per il timore di incorrere in sanzioni o in più gravi sanzioni. In tal caso, lo strumento penale può finire per comprimere o persino annichilire i corrispettivi diritti di libertà, a detrimento non solo degli interessi individuali ma anche di quelli collettivi.

Review of Giovanni Manca, The Chilling Effect against Fundamental Rights as a Limit of Criminal Policy, Milan, Wolters Kluwer – CEDAM, 2024, pp. 1-235.

The review deals with the book by Giovanni Manca entitled "The Chilling Effect against Fundamental Rights as a Limit of Criminal Policy". In the book, the author examines the phenomenon of the so-called "chilling effect" in criminal law: in certain cases, the punishment of a crime can produce the effect of "overdeterrence", that is, the dissuasion of citizens from carrying out not only the typical actus reus, but also a series of additional and collateral conducts which, although not technically "typical", are not performed by people, due to the fear of sanction. In this case, the criminal sanction can end up compressing or even annihilating the human rights, to the detriment not only of individual interests but also of collective ones.

Come si legge nella parte finale del libro di Giovanni Manca, il diritto penale contemporaneo ci appare, in certi casi, come una «*processione di fantasmi* di cose lecite non fatte e di libertà non esercitate»: si tratta di quello che gli anglosassoni chiamano *chilling effect* (o *aura effect*) e i tedeschi *Einschüchterungseffekt*, traducibile in italiano come *raffreddamento di diritti fondamentali*.

Il diritto punitivo esplica notoriamente (anche) l'effetto – principale o comunque accessorio – di *dissuadere* i consociati dal compiere un certo comportamento individuato dalla legge come reato: si tratta di una conseguenza in sé *fisiologica* o persino auspicata, a condizione ovviamente che il precetto pe-

nale e la relativa pena siano individuati dal legislatore in ottemperanza ai principi costituzionali di legalità (e relativi corollari), estrinsecità e offensività, personalità/colpevolezza, tendenziale rieducazione e così via.

Tuttavia - soprattutto nei casi di reato non già “naturale” ma in tutto o in parte “artificiale” - la criminalizzazione di determinati comportamenti può talvolta produrre un *patologico* effetto di *overdeterrence*, un eccesso di deterrenza: in queste ipotesi, il precetto penale, per come congegnato e sanzionato dalla legge, determina (o può determinare) l'effetto di dissuadere i consociati dal compimento non solo della *precisa* condotta tipica scolpita dalla legge, ma anche di un’*aura* di condotte in qualche modo collaterali o “liminari”, le quali, in sé, rappresentano l'esercizio di un *diritto*, di una *libertà* o di una *facoltà legittima*.

Per richiamare alcuni esempi ampiamente approfonditi nel testo recensito:

- la punizione della diffamazione - o quantomeno la comminatoria di una indefettibile sanzione detentiva nei casi di cui all'art. 595 c.p. - può “paralizzare” e dissuadere il giornalista dall'esercizio del diritto/dovere di cronaca e di critica (cfr. l'approfondimento in tema di *First Amendment* e *free speech clause*; nonché la sentenza di accoglimento Corte cost. n. 150/2021);
- la punizione dell'abuso d'ufficio tramite disposizioni troppe ampie e a tratti indeterminate può causare la c.d. “paura della firma” e la “burocrazia difensiva” (sul calco della “medicina difensiva”), paralizzando il pubblico amministratore nell'esercizio delle sue funzioni, per il costante timore di incorrere in eventuali responsabilità penali anche gravi (cfr. Corte cost. n. 8/2022 di rigetto nonché tutto l'*iter* che ha portato poi all'abrogazione dell'art. 323 c.p. e all'introduzione dell'art. 314-*bis* c.p.);
- un'interpretazione estensiva del delitto di turbata libertà degli incanti può limitare l'esercizio della libertà costituzionale di iniziativa economica;
- una paventata accusa a titolo di corruzione, traffico di influenze, scambio elettorale o finanziamento illecito ai partiti può paralizzare le forze politiche “oneste” nell'esercizio dei loro diritti civili e anche di importanti funzioni sociali o istituzionali.

Se per taluni studiosi questo “effetto di raffreddamento” rappresenterebbe un puro elemento *de facto*, una conseguenza materiale o persino “psicologica”

suscettibile di essere studiata solo da sociologi o psicologi sociali, Giovanni Manca si propone di dimostrare come esso costituisca, al contempo, materia utile e anzi doverosa per il giurista e, in particolare, per il penalista.

I diritti fondamentali della persona sono argomento giuridico di altissimo rilievo: se un precetto penale o una determinata sanzione (nell'*an* o almeno nel *quantum*) non solo determina, *de facto*, un effetto di *overdeterrence*, ma appare già *de iure* come contiguo o come interferente rispetto a un diritto di libertà, di tale conseguenza "illiberale" non può disinteressarsi la scienza penalistica, trincerandosi dietro superati e apparentemente neutrali alibi di "tecnicismo giuridico".

Certo: nel dubbio, sarebbe meglio astenersi, come sentenza il diffuso quanto problematico brocardo latino.

Ma (fino) a che prezzo è doveroso astenersi da un determinato comportamento, nel mero dubbio circa la sua liceità?

Se questo "*abstine*" comporta la rinuncia ad esercitare un rilevante diritto di libertà, l'affare si complica e non può essere frettolosamente derubricato a puro *de facto* sociale o individuale: in questo caso, l'interferenza o il conflitto tra la criminalizzazione di una determinata condotta umana e una corrispondente posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela non rappresenta un puro fatto sociologico o psicologico, ma finisce per sollevare un tema strettamente *giuridico* e persino *pubblicistico* di legittimità costituzionale e di limite alla politica criminale.

Pertanto, la questione del "raffreddamento di diritti" non si pone solo - come la tradizione penalistica ben sa - sul piano delle scriminanti, nel quale emerge la necessità di bilanciare diritti o interessi rispetto a un fatto intrinsecamente dannoso o pericoloso, ma più a monte sul piano della politica criminale e delle scelte di criminalizzazione da parte del legislatore.

Ciò è dimostrato dal fatto che l'argomento del *chilling effect* intercetta macro-problemi generali che vanno ben oltre il limitato tema delle scriminanti e che l'Autore del testo richiama più volte: dalla certezza del diritto alla tassatività e determinatezza del precetto penale, dal principio di *extrema ratio* e di frammentarietà al c.d. "concetto sostanziale di reato" (*Materieller Verbrechenbegriff*), dalla prevenzione generale negativa al sempre più discusso proble-

ma della *prevedibilità* quale corollario e “costola” della legalità penale.

Se una determinata punizione, nell’*an* o nel *quantum*, può effettivamente finire per comprimere o persino annichilire i corrispettivi diritti di libertà, a detrimento non solo degli interessi individuali ma anche di quelli collettivi, il punto è, tuttavia, comprendere *chi* sia il “guardiano” di queste libertà e quali siano i rimedi giuridici affinché detti interessi siano tutelati rispetto all’eventuale *overdeterrence*.

Qui l’analisi di Giovanni Manca si fa affilata, anche alla luce di un significativo approfondimento di diritto sovranazionale, internazionale e comparato che non può essere qui compendiato.

Spesso l’effetto di raffreddamento è sprigionato da disposizioni di legge imprecise o troppo ampie, cui fa seguito l’affastellarsi di orientamenti giurisprudenziali altrettanto incerti e perlopiù *estensivi* della punibilità: si pensi, ad esempio, al concetto pretorio di “distrazione appropriativa”, finalizzato a fare rientrare nel perimetro del peculato alcuni fatti distrattivi che, dopo la riforma del 1990, non dovrebbero più essere sussunti nell’art. 314 c.p.

Oppure, ancora, si pensi alla tendenza prasseologica ad estendere il perimetro dei reati in tema di prostituzione, fino a ricomprendervi vicende e condotte non tipiche o comunque non realmente offensive per il bene giuridico protetto, limitando così moralisticamente o paternalisticamente alcune libertà costituzionali dell’individuo.

Aggiungiamo qui il problema del concorso dell’*extraneus* nell’altrui bancarotta preferenziale: il creditore che riceve (o sollecita normalmente, come è suo diritto) il pagamento del debito da un certo imprenditore, il quale si trovi in una generica situazione di difficoltà finanziaria, concorre o non concorre nell’altrui fatto di bancarotta, e a quali condizioni? È ammissibile che un legittimo creditore debba rinunciare *a priori* ad incassare quanto gli è dovuto, per il solo timore di poter poi essere iscritto nel registro degli indagati? E questa eventuale rinuncia non produce, forse, effetti negativi non solo a carico del creditore stesso, ma anche di altri soggetti “a catena” (i creditori del creditore, i suoi dipendenti, i suoi fornitori, i suoi familiari e persino... l’Erario)?

A fronte di tali scenari problematici, l’Autore trova paradossale che alla *vis expansiva* e “raffreddante” di incerti orientamenti giurisprudenziali, talvolta

occasionati da norme incriminatrici mal congegnate, il rimedio proposto sia l'ennesimo appello alla *professionalità*, alla *ragionevolezza*, alla *deontologia* e all'*equilibrio* interpretativo dei singoli magistrati requirenti e giudicanti.

Per Giovanni Manca, la vera e autentica soluzione al problema del *chilling effect* consiste in un reale "ritorno al legislatore" e, in estremo subordine, alla Corte costituzionale, ma non già al giudice ordinario di merito o di legittimità. Solo il legislatore, in forza e nei limiti delle competenze assegnategli dalla Costituzione, ha il potere-dovere di selezionare i fatti punibili, di congegnare il relativo fatto tipico e le sanzioni edittali *in modo conforme* ai diritti fondamentali e, in particolare, in modo da evitare illegittimi effetti di raffreddamento; e ciò scolpendo in maniera chiara e precisa i fatti tipici e offensivi, se del caso approntando anche c.d. "*buffer zone*", vale a dire "zone tampone" puntellate da apposite clausole normative di non tipicità o di non punibilità (si pensi, ad esempio, alla non punibilità dell'autoriciclaggio nei casi di mera utilizzazione o godimento personale).

In casi estremi, qualora il *chilling effect* non appaia adeguatamente fronteggiabile e scongiurabile in sede di incriminazione, l'unica soluzione può apparire la rinuncia totale o parziale alla penalizzazione, a condizione ovviamente che l'interesse tutelato dalla norma non appaia di gran lunga preminente rispetto al diritto o alla libertà dalla stessa compressi.

Qualora tali compiti non siano correttamente adempiuti dal legislatore, solo la Corte costituzionale, anche in questo caso nei limiti assegnati dalla carta fondamentale, ha il potere di intervenire in via altrettanto generale e astratta.

Viceversa, il singolo giudice di merito o, al limite, lo stesso giudice di legittimità non dispone di quella legittimazione istituzionale e democratica necessaria a "bilanciare interessi" *erga omnes* e a stabilire, caso per caso, se un determinato precetto o una determinata punizione producano un illegittimo effetto di "raffreddamento".

In definitiva, il testo di Giovanni Manca si propone - nella sua *pars destruens* e soprattutto in quella *construens* - di collocare il divieto di "raffreddamento dei diritti" all'interno del «*Pantheon* del diritto penale», individuando gli strumenti tecnico-giuridici, e non solo politici o gius-filosofici, per porre rimedio alla già citata *processione di fantasmi*, ossia la «sequela di cose non fat-

te, di diritti non esercitati, di opinioni non espresse, e magari di dibattiti non avviati, posti di lavoro non creati, inchieste non pubblicate, condizioni di persone, famiglie e collettività non migliorate, ma anche innocui o proficui desideri insoddisfatti a causa di come il diritto penale si manifesta nella realtà».