

COMMIATO DAL (GIUSTO) PROCESSO

DAVID BRUNELLI

Riformare il penale, tra l'abbandono del codice e la centralità della legge

L'autore ragiona sull'incapacità del legislatore e degli operatori del diritto di dotarsi di un codice penale al passo con i tempi, ritenendo che la celebrazione del codice vigente potrebbe essere funzionale a comprendere la necessità del recupero delle radici.

Reforming the penalty, including the abandonment of the code and the centrality of the law

The author reasons on the inability of the legislator and the operators of the right to adopt a penal code in step with the times, believing that the celebration of the current code could be functional to understand the necessity of the recovery of the roots.

1. Parlare attorno a riforme della giustizia penale, tentate, mancate, future o futuribili, in occasione della “celebrazione” del trentennale dell'unica riforma di ampio respiro in materia realizzata dall'Italia repubblicana - a sua volta già ampiamente riformata e da riformare - non è agevole, senza volgere il pensiero, in prima battuta, al codice penale.

Senza pensare, cioè, al mito che incarna ed evoca l'idea del codice penale, alla sua ineguagliabile forza rappresentativa di tutto quello per cui gli studiosi degli ultimi duecentocinquanta anni si sono battuti, quasi che esso condensasse in un simbolo il faticoso trasbordo della pena dal mondo dei “fatti” imposti dalla necessità della storia, al mondo dei fenomeni giuridicamente regolati.

Il codice penale, ben oltre la sua forma e i suoi contenuti effettivi, si è eretto a emblema di un processo evolutivo che vuole definitivamente contenere la forza bruta e la violenza della pena all'interno di un recinto di civiltà in cui la società postilluministica si riconosce. In quell'elenco ragionato dei delitti e delle pene, e nel connesso strumentario predisposto per la fondazione della responsabilità penale, si sono ritrovate idealmente racchiuse le basi della convivenza umana e le opzioni fondative e costituzionali di uno Stato.

In questo senso, la suggestione supera di gran lunga la realtà, poiché, la deprimente esperienza italiana offre lo scenario di una giustizia penale che, seppure nella drammatica performance in termini di durata del processo e qualità del prodotto finito, appare comunque assestata su un livello di garanzie tendenzialmente in linea con tutti i principi fondamentali. E tale condivisa diagnosi convive con l'amara constatazione della impossibilità di disporre di un vero codice penale, poiché ciò che rimane oggi del codice Rocco ha soltanto il nome dello strumento idealizzato: nella sostanza è un suo succedaneo di codice, poiché i delitti si trovano (soprattutto) altrove, le pene (vere) sono

altrove disciplinate, i presupposti della responsabilità dipendono (in gran parte) da ciò che è scritto altrove (nella Costituzione e finanche nella CEDU).

Del resto, l'effetto "rassicurante" che un vero codice penale dovrebbe generare presso i consociati circa la sua tendenziale completezza nel designare l'area del rischio penale e circa la chiarezza dei precetti e delle pene, rimane tutto da dimostrare, aldilà delle proclamazioni del "sacro" testo beccariano, quantomeno di fronte a moderne forme di criminalità che propongono corti di potenziali delinquenti impegnati in tutt'altro che nella accurata informazione circa la rilevanza penale dei fatti che si accingono a commettere.

Per altro verso, la storia dei codici penali - a partire dal primo di essi - sta lì a mostrare che i contenuti dello strumento possono corrispondere a precetti terroristici e sanzioni spaventose, servendo assai bene gli obiettivi del dispotismo e dell'autoritarismo¹.

Né ai nostri giorni si potrebbe pensare che la "furia" di un legislatore disposto a incriminare anche fatti bagatellari, o fatti già penalmente rilevanti chiamandoli con un nome diverso, senza prendere in esame alcun altro strumento di tutela o di prevenzione, e comunque senza poter disporre di tempo e capacità di predisporli, sembra poter essere contrastata dalla sola presenza autorevole e ferma del codice penale

Da qui la sbalorditiva domanda che si affaccia tra gli studiosi, oramai fiaccati da una politica non solo disinteressata alla ricodificazione, ma soprattutto portatrice di contenuti opposti a quelli cari all'accademia, circa la reale utilità del codice penale, in un'epoca così complessa e multiforme, che impone lo sviluppo delle periferie a scapito del centro di gravità permanente. Interrogativo, la cui formulazione - un tempo impensabile - sbriciola da solo il mito del codice e porta con sé l'ulteriore dubbio sulla stessa centralità della legge, come strumento esaustivo della legittimazione della pena².

Che non sia più il tempo del codice? Che non sia più il tempo della legge?

Insomma, detto in sintesi, si ha l'impressione che il territorio italiano, con il suo triste primato europeo di incapacità di dotarsi di un codice penale - nuovo o riformato - al passo con i tempi, costituisca un luogo per sperimentare, non un'alternativa alla pena e al carcere - come vorrebbero gli studiosi -, ma una svolta nella tradizione continentale postilluministica, che fonda la pena

¹ Sul codice giuseppino del 1787 in questa prospettiva, volendo, BRUNELLI, *La sorgente dei codici penali e l'odierna ricodificazione*, in "Per saturam". Studi per Caprioli, a cura di Diurni, Mari, Treggiari, Fondazione centro studi sull'alto medioevo, Spoleto, 2008, 129 ss.

² FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in "Gli ottant'anni del Codice Rocco", a cura di Stortoni, Insolera, Bologna, 2012, 207 ss.

sulle solide basi legali di un diritto penale chiaro, stabile, condiviso, tendenzialmente minimalista. Vi fioriscono, piuttosto: politiche penali *prêt a porter*, frutto di disegni di cortissimo respiro, nella migliore delle ipotesi per fronteggiare le occasionali o ricorrenti emergenze, che hanno in comune l'unico obiettivo di intercettare consenso elettorale; scorribande giurisprudenziali, nella migliore delle ipotesi animate dall'obiettivo di una giustizia sostanziale ed equa, tutte comunque ispirate dalla vocazione "benintenzionata" di fondare o ricomporre il nerbo dell'etica pubblica; sottosistemi punitivi integrativi o alternativi la cui calibratura è regolata dalla necessità di colpire il nemico di turno, nella migliore delle ipotesi mirati alla ottimizzazione della tutela e/o della prevenzione, ma a forte rischio di diffusa illiberalità e disuguaglianza. Insomma, detto in ulteriore sintesi, se si riflette sulle riforme fatte e da farsi nel campo della giustizia e del diritto penale, la sensazione dominante è quella di trovarsi al tramonto di un'era geologica, laddove regna il totale disorientamento di chi non riesce a intravedere la strada per imboccarne un'altra. La tempesta perfetta che in Italia ha distrutto l'era dei codici penali ha sinora lasciato macerie e rovine, ma nessuna idea di una possibile ricostruzione.

2. Che la possibilità concreta di procedere ad un'opera di ricodificazione penale in Italia sia definitivamente naufragata è stato già diagnosticato da tempo ed ora può dirsi definitivamente certificato.

La dottrina si è sbizzarrita, soprattutto nelle "celebrazioni" dei vari decennali del codice Rocco, a descrivere lo stato dell'arte e a fornire plausibili spiegazioni. La metafora più efficace circa lo *stato dell'arte*, seppur vagamente macabra, è quella del "doppio funerale"³, tramite il quale lo strumento codice penale sarebbe stato accompagnato al cimitero: il primo, che conduce alla dismissione le vestigia del codice Rocco, ormai altro da sé, corpo sfregiato, mutilato, flagellato dall'ingiuria del tempo e dall'incuria di chi doveva badare alla sua longevità, colpito a morte da fattori interni (malattie, vecchiaia) e da fattori esterni (leggi complementari, modelli alternativi, giurisprudenza europea); il secondo, che rinchiude nei cassetti o nelle cantine del Ministero la stagione progettuale da ultimo avviata alla fine degli anni '80 - proprio mentre entrava in vigore il codice di procedura penale - e conclusasi con la liquidazione del progetto Pisapia. Da più di dieci anni, invero, con sano realismo il rituale della formazione di una Commissione ministeriale *ad hoc* neppure è più sperimentato, a suggellare la definitiva rinuncia.

³ PALAZZO, *Requiem per il codice penale?* (*Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione*), in "Gli ottant'anni del Codice Rocco", cit., 39 ss.

La riflessione più ficcante che illustra invece le *cause* della doppia morte coincide con la constatazione secondo la quale la politica e l'opinione pubblica si sono convinte che la questione criminale sia una faccenda troppo seria per essere affidata ai professori di diritto penale⁴. Si tratta di una osservazione forse mai troppo "presa sul serio" dagli stessi professori, i quali, fedeli alla liturgia tradizionale dei principi irrinunciabili, hanno continuato stolidamente a predicare la riduzione del penale quando la piazza ne voleva di più, la riduzione del carcere quando la piazza ne voleva di più, la riparazione del male quando la piazza voleva la vendetta, la razionalità della risposta al crimine quando sulla piazza serpeggiavano gli istinti brutali.

L'élite si è così rinchiusa su sé stessa, custode integerrima del suo culto, facendo quadrato per non essere espugnata, ma contemporaneamente precludendosi ogni potenziale capacità di incidere sulle scelte politiche. Nei convegni, nelle Università, i professori hanno parlato e parlano con una sola voce, incorruttibili e inflessibili; ma così confinandosi in una riserva indiana, isolata e recintata con filo doppio.

Si dirà: è giusto così, se arretriamo di un solo passo tradiamo la nostra funzione, la nostra ragion d'essere! Posizione di per sé rispettabile, ma che va anche accompagnata da una accurata indagine sulle cause della incomunicabilità (non solo con la politica, ma anche con la magistratura) e sulla ricerca di criteri e strumenti per il suo superamento. Non faceva piacere, durante i lavori della Commissione Pisapia, constatare che mentre i professori lavoravano ad un testo di legge basato su principi di offensività ed *extrema ratio*, nella stanza accanto dello stesso Ministero l'Ufficio legislativo redigeva testi sulle medesime tematiche ma con contenuti opposti, ispirati all'inasprimento sanzionatorio, alla tattica della premialità per i collaboranti, alla dilatazione dei tempi della prescrizione. Come dire: facciamoli lavorare, i professori, tanto sono innocui!

E neppure ha fatto piacere veder cestinare all'ultimo giorno il lavoro della Commissione Palazzo per l'attuazione della riforma delegata sulla pena domiciliare, a causa della nobilissima preoccupazione della perdita di consenso elettorale che sarebbe derivata dalla sua approvazione.

Ma non vorrei - e mi piacerebbe ancor meno - che il funerale celebrato per il codice penale preannunciasse anche un requiem per l'accademia, notifica ufficiale di una messa al bando irrevocabile e inappellabile; separazione del

⁴ FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it.*, 2002, 40.

diritto dalla politica penale, ridotta a contrada governata dalla tirannia dell'opportunismo e del contingente tornaconto.

3. Eppure è recente un inatteso colpo di coda da parte del mito codicistico, proprio quando i funerali erano stati celebrati da tempo. Ben celata all'interno del comma ottantacinque della solita legge *multitasking* sulla giustizia penale (c.d. riforma Orlando 2017), nell'ambito della delega conferita al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, la lett. q) di tale comma aveva tracciato le linee di un improbabile "riserva di codice", presa in prestito come un *ballon d'essai* - da ultimo - dal progetto Pisapia, ma risalente ai fasti della c.d. Commissione Bicamerale del 1997, e lanciata in azzardata avanscoperta pur in mancanza del codice nuovo⁵.

Il tono era da far invidia ai discorsi più garantisti dell'accademia, essendo demandato al delegato di predisporre la «attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Una imprevedibile strizzata d'occhio alla sacralità dei principi cari alla bistrattata categoria dei professori da parte di un legislatore che, però, con la stessa penna, esprimeva ben altre politiche più "popolari", quali l'inasprimento sanzionatorio nei delitti contro il patrimonio, elevando i minimi edittali, e l'allungamento del periodo prescrizione.

Una sorta di tranello, invero, per chi era stato disposto ad accreditare al legislatore la volontà di rianimare - *post mortem* - le sorti del codice. Infatti, non solo, come nei progetti di nuovo codice la "riserva" veniva sancita al livello formale della legge ordinaria, e dunque con nessun valore vincolante per il legislatore futuro; ma l'attuazione che se ne è data, attraverso il d. lgs. 1° mar-

⁵ La commenta BORGOGNO, *La "riserva di codice" e le altre modifiche al codice penale introdotte con il D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21*, in questa Rivista.

zo 2018, n. 21, ha minimizzato quel programma, all'apparenza ambizioso, limitandosi a pochi trasferimenti all'interno del codice di fattispecie contenute in leggi complementari, senza incidere sulla loro struttura, sul loro contenuto e sulla pena comminata, e, dunque, senza neppure abbozzare ad una riforma che riordinasse l'intera parte speciale anche *extra codicem*, riferita alla tutela alla dei beni costituzionalmente rilevanti. Nessuna traccia del recupero di una dimensione di "ordine", tipica del codice; nessuna apertura al criterio delle *extrema ratio* che il ritorno al codice dovrebbe enfatizzare; nessun riallineamento delle comminatorie penali.

L'unica "novità", meramente simbolica, è rilasciata dal novello art. 3-*bis* c.p., a tenore del quale «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Secondo l'ottimistica visione della relazione illustrativa, tale norma «di indirizzo», seppure non assurga a rango costituzionale, si eleva a «a principio generale di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto».

Ma, a parte tale eccesso di ottimismo, è curioso che il legislatore dell'epoca della decodificazione sfrenata, in mancanza, non solo, di un nuovo codice penale, ma di una qualsivoglia riforma organica della materia, affidi virtualità razionalizzante ad un testo di codice che non è più da decenni il fulcro della legislazione penale, scommettendo su uno strumento del quale da decenni è stato celebrato il funerale.

L'operazione, più che un recupero della dimensione codicistica della materia, suona come "vilipendio di cadavere" e realizza una autentica beffa ai danni di coloro che in nome dei principi illuministici e dei moniti di Beccaria avevano effettuato una emmesima apertura di credito al legislatore contemporaneo. Si direbbe che, non avendo ancora munito il fantino del necessario cavallo, intanto si è provveduto a consegnargli un frustino per menare fendenti nell'aria!

4. No. Non credo proprio che il *coup de théâtre* del 2017 annunci una disponibilità della futura classe politica a intraprendere la perigliosa strada di un rifacimento del codice penale, a rigenerare lo strumento come capace di esprimere razionalità, rigore, autorevolezza alla materia dei delitti e delle pene. Troppo complessa quell'opera, troppo poco interesse della politica per giustificare un investimento siffatto; semmai totale disinteresse o interesse contrario.

Anche se fosse solo un'esigenza di ordine e pulizia a suggerire il recupero dello strumento, e non già l'obiettivo "forte" di una sostanziale politica di ripensamento degli orizzonti della materia, è dubbio che anche quell'obiettivo minimale possa interessare chi cavalca il penale per meri scopi tattici di consenso elettorale e disegni di cortissimo respiro, con incasso immediato. Il disordine camuffa la realtà e fa il gioco di chi vuole operare con spot elettorali o sgangherate campagne securitarie.

Tuttavia, neppure credo che l'attuale deserto culturale e spirituale della materia costituisca destino ineluttabile per le generazioni future e che, quindi, all'accademia non resti altro che guardare con rassegnazione lo scempio messo in atto dagli Unni invasori.

In particolare, non credo che la furia iconoclasta che si è abbattuta sul codice penale debba necessariamente coinvolgere anche la dimensione legale del diritto penale e spianare la strada ai percorsi alternativi, oggi già molto attraenti, che accreditano ai vari formanti giurisprudenziali la capacità e la legittimazione di mediare direttamente con le fonti "sostanziali" della materia, quali le istanze di punizione (o di premio) sociali (o popolari) e quelle europee (o internazionali). La vera sfida che abbiamo di fronte nel tempo presente consiste nella riproposizione del fondamento democratico del diritto penale, che non si accontenta della "prevedibilità" dei suoi precetti e dei suoi premi, ma che non rinuncia al monopolio della legge nelle scelte di incriminazione e di decriminazione, che trova nella legge non solo la sua legittimazione formale, ma il suo pieno collegamento con il consenso sociale, democraticamente espresso.

Il populismo penale imperante, spietatamente stigmatizzato ma sempre più identitario per la politica, può addirittura trovare un "positivo" sfogo proprio in siffatta prospettiva.

Indubbiamente, la storia recente evidenzia come il principio della riserva di legge sia stato aggirato e oltraggiato da pessimi legislatori, ma tale scoraggiante esperienza non implica la bocciatura del principio, piuttosto che la censura di quei legislatori: non necessariamente ci dimostra che la legge di per sé è incapace di governare il diritto e la politica penale. La censura deve riguardare, semmai, solo l'operato di quei legislatori.

I limiti ontologici della legge riguardano, certamente, il suo manifestarsi nella dimensione astratta; ma ciò comporta soltanto che il legislatore non può sostituirsi al giudice, chiamato a decidere il caso concreto: quindi non deve dettagliare il precetto sino a corredarlo dei minimi particolari e a prevederne le infinite variabili, e neppure può comprimere il giudice dentro vane presun-

zioni, che mettono a rischio innanzitutto l'eguale trattamento dei consociati. Il confine tra legge e giudice deve rimanere netto: come il giudice non può farsi legislatore, creando il diritto, il legislatore non può farsi giudice, applicandolo direttamente al caso concreto.

I pessimi legislatori, anche recenti, hanno commesso entrambi gli errori.

Una futura riforma che preveda il recupero della centralità e della autorevolezza della legge non richiede, tuttavia, il ritorno dell'illusione che il giudice deve essere soltanto bocca della legge, con divieto per quest'ultimo di interpretarla e messa al bando di criteri aperti alla discrezionalità valutativa, se non all'equità. L'esperienza ha rapidamente mostrato la fallacia di questi ingenui slogan, anche a fronte di leggi chiare ed equilibrate. Recuperare l'esclusiva dimensione legale del diritto penale significa che solo la legge può fare scelte di incriminazione e che solo la legge è abilitata a bilanciare gli interessi e i diritti contrapposti, fornendo soluzioni univoche a cui il giudice deve attenersi.

Le stagioni della pessima legislazione hanno invece mostrato che su alcune tematiche (esempi agevoli e recenti: legittima difesa, inasprimento dei minimi edittali, ostatività rispetto a benefici penitenziari) il legislatore ha preteso di invadere il campo di gioco del giudice, con inaccettabili forzature, mentre in altri campi (esempi agevoli e recenti: concorso esterno, biodiritto, dovere di soccorso) è stato incapace - politicamente e/o tecnicamente - di calibrare in astratto un equo bilanciamento, anche eventualmente attraverso la scansione di procedure, rimettendo al giudice il compito di effettuare (già in astratto) le scelte politicamente impegnative.

Riformare, o provare a riformare, il diritto penale impone oggi innanzitutto di riposizionare i due protagonisti, restituendo a ciascuno di essi il ruolo e i compiti fisiologici.

La legge non deve temere di lasciare spazi di apprezzamento discrezionale al giudice, fornendo criteri al posto di fattispecie, per esempio, in tema di circostanze attenuanti. Ma anche con riguardo alle circostanze aggravanti, assistiamo ad una iperproduzione di fattispecie, in funzione meramente simbolica, e ciò costituisce per lo più una invasione di campo nel territorio commisurativo, che va lasciato all'esclusiva competenza del giudice: se il legislatore considera più grave già in astratto e in tutti i casi la specifica forma di manifestazione deve assolvere l'onere di costruire un autonomo reato, con tutte le relative conseguenze.

Contemporaneamente, però, deve assumersi la responsabilità di regolare i conflitti con norme chiare e bilanciate, che prendano posizione sui limiti dei diritti e ne puniscano semmai l'abuso. Sancire la prevalenza di un interesse

sull'altro e stabilire le eventuali condizioni procedurali o sostanziali di tale esito deve rientrare nell'esclusiva competenza del legislatore. Il principio della riserva di legge, inteso nella sua massima estensione, impone al legislatore di esprimere le sue valutazioni politiche sui conflitti tra interessi contrapposti⁶. Nel diritto penale non possono esistere spazi liberi dal diritto, dove incriminazione e decriminazione si rincorrono a seconda delle preferenze del giudice. Se anche in alcuni campi il ricorso a parametri elastici o a termini generici aprano al giudice la necessità di ripercorrere in concreto l'operazione che il legislatore ha effettuato in astratto, ciò può essere consentito solo a patto che dalla legge derivi una sufficiente direttiva circa le scelte di bilanciamento effettuate e, conseguentemente, i limiti o le condizioni in presenza dei quali un interesse è dichiarato prevalente sugli altri. Per adattare una metafora alla tematica si dovrebbe dire che il giudice deve poter "usare" la bilancia, ma non "costruirla" *ex novo* secondo un suo criterio.

Altra bussola è costituita dal principio di *extrema ratio*, che nella mappatura del penale pesca su profonde radici costituzionali, ma che può presenta anche un inaspettato *appeal* politico, quantomeno in collegamento con la riconosciuta necessità di far funzionare il processo penale. Il percorso di dismissione delle incriminazioni deve essere però mirato e non "lineare", come finora avvenuto: tutte le contravvenzioni; tutti i reati del codice penale, tutti i reati puniti con pena minima. Il taglio lineare presuppone ordine e razionalità della materia, ma, attuato nel disordine e nella irrazionalità, moltiplica discriminazioni e abuso, irragionevolezza e arbitrio. È richiesto un lavoro certosino e non una qualche verifica a campione. Inoltre, lo stesso percorso deve tener conto che il mantenimento dell'illecito depenalizzato nell'area del sistema punitivo non può equivalere alla dismissione delle garanzie dell'incolpato e ad un aumento dell'afflittività in concreto delle conseguenze; il *downgrading* deve essere effettivo, in collegamento con una valutazione di minore o nessuna offensività del fatto, e non operazione di mera facciata.

5. Si è soliti affermare che la centralità del codice e, più in generale, la sufficiente determinatezza della fattispecie e della certezza della regola sono funzionali allo scopo di orientare le scelte d'azione dei consociati, e dunque obiettivi strettamente legati al principio di colpevolezza e alla stessa ottimizzazione della capacità preventiva della pena.

⁶ Per un quadro sistematico, C. BERNASCONI, *La metafora del bilanciamento del diritto penale. Ai confini della legalità*, Napoli, 2019, 27 ss.

Il disordine, la congestione, il sovraffollamento normativo, richiedendo l'intervento ricostruttivo/creativo del giudice, rendono il diritto meno prevedibile e, dunque, meno credibile.

Tale narrazione oggi è talmente di moda, che addirittura l'*overruling* giurisprudenziale in costanza della legge si ritiene debba sottostare al divieto di retroattività. Credo, tuttavia, che essa pecchi per eccesso e per difetto: per eccesso, perché il modello di consociato che, prima di agire, si informa sui confini fra lecito ed illecito e sulla quantità di pena che rischia di essergli inflitta appartenga più al mondo della teoria che a quello della pratica, affollato invece di delitti passionali, seriali, d'impulso, di scelte criminali stabili e incrollabili, quasi sempre relativamente necessitate. In altri termini, è noto che intercettare con la minaccia della pena le cause della criminalità è come svuotare il mare con un secchiello, se su quelle cause, purtroppo, alberga un inaccessibile e secolare mistero.

Il peccato per difetto è più vistoso, perché il diritto c.d. prevedibile deve servire soprattutto a riconoscere la fonte politica che l'ha prodotto, per poter esibire a testa alta le credenziali della sua legittimazione. Al centro, ancora una volta, si pone il messaggio forte della riserva di legge, giacché l'indeterminatezza e il caos, moltiplicando le fonti di produzione, incidono su quel monopolio.

Riaffermare la riserva di legge comprende, d'altro canto, anche l'apposizione di un fermo argine al fenomeno della progressiva processualizzazione del diritto penale. La confusione tra criteri di accertamento del fatto ed elementi strutturali della fattispecie o requisiti sostanziali dell'imputazione⁷, la creazione di circuiti penitenziari differenziati per l'esecuzione di medesime tipologie (sostanziali) di pena⁸, la soverchieria della prescrizione del reato e la distorsione che ne deriva, sono tra le principali forme di manifestazione di un fenomeno di "relativizzazione" che determina oggi l'erosione della fondazione legale della responsabilità penale, secondo meccanismi ben evidenziati dalla dottrina. Spetta ancora una volta alla legge contenere il fenomeno e recuperare le coordinate essenziali del sistema penale.

⁷ GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *L.P.*, 2013, 839 ss.

⁸ Già in PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 433 ss.

6. Torniamo infine all'accademia. Gli studiosi più attenti e accreditati non si accontentano, però, del garantismo e, innanzitutto, della centralità della legge. Non si fidano dei pessimi legislatori, non solo perché gli scadenti loro prodotti tradiscono alla base il principio di legalità, ma anche e soprattutto perché, nei contenuti, essi perseguono incessantemente più penale e più pene, come strumenti di lotta a nemici reali o apparenti. Da qui l'invito ad andare oltre il traguardo del garantismo, considerato un obiettivo troppo "neutrale" e asfittico, e a intraprendere una battaglia di civiltà per la dismissione del penale inteso come veicolo di vendetta e di violenza pubblica legalizzata, sensibilizzando popolo e classe politica sulla necessità della ricerca di altri strumenti di contenimento del crimine⁹.

Obiettivo nobile giusto e coraggioso, in linea con i compiti dell'élite e di chi deve dispensare cultura, ma che va coltivato con lo sguardo al rischio che può ingenerare di perpetuare l'isolamento in cui l'accademia si è cacciata.

Io non credo che la battaglia per il recupero della centralità della legge, con i relativi corollari, equivalga al perseguimento di una sorta di minimo sindacale compatibile con i più svariati contenuti delle scelte politiche, e dunque al ritorno agli anni bui dell'indirizzo tecnico-giuridico e del disimpegno da parte della c.d. "scienza penalistica".

In quella che - con espressione abusata - chiamiamo "epoca della complessità" e che sempre più appare come un'epoca del disorientamento, ripartire dalla legge e su di essa rifondare le coordinate del sistema penale è operazione niente affatto neutra sul piano dei contenuti e per nulla compatibile con la sostanza di un diritto penale della vendetta o della paura¹⁰.

Il penale è territorio troppo intriso di marcatori politici, diretti ed indiretti, innervato da pulsioni così profonde e contrastanti, che l'illusione di contenerlo in un laboratorio "scientifico", forgiarlo secondo progetti culturali, per poi darlo in pasto al popolo rappresenta una sorta di utopia, capace solo di fornire un alibi per il mantenimento, da parte dell'accademia, del suo olimpico distacco dalle cose reali.

È evidente che compito degli studiosi sia quello di far riflettere gli interlocutori attorno a progetti che non rinuncino - tra l'altro - all'*extrema ratio* e alla funzione rieducativa della pena; ma non è affatto escluso che proprio per as-

⁹ Testimonianza nitida in DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del manifesto del diritto penale liberale dell'unione delle camere penali italiane*, in *Cass. pen.*, 2019, 3132 ss.

¹⁰ Per un efficace affresco, MANNOZZI, *Il "ruolo" della paura nel diritto penale e nelle scelte di politica criminale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, 275 ss.

solvere questo compito non si debbano esplorare strade che prevedano traguardi intermedi, quali quello della messa in sicurezza del sistema e del recupero dei fondamentali.

Riformare il diritto penale anche prescindendo dallo strumento del codice significa oggi, in definitiva, riandare alle radici del problema penale e rivendicare i contrassegni essenziali ed irrinunciabili: con spirito di apertura e di confronto, senza chiudersi in esiziali torri d'avorio.

Le “celebrazioni” si fanno anche per agevolare la comprensione della necessità del recupero delle radici!