

QUESITI

PIERLUIGI CIPOLLA

La depenalizzazione del 2016 nello specchio della razionalità neoliberale

L'autore, dopo aver individuato le principali ripercussioni dell'ideologia neoliberale sulla teoria e sulla pratica giuridica, alla luce delle analisi di Garapon, Foucault e Bauman, saggia l'ipotesi che l'ampia depenalizzazione del 2016, di cui al d.l.vo 15 gennaio 2016 n. 7 e al d.l.vo 15 gennaio 2016 n. 8 attuati in modo pressoché perfetto i dettami di quella ideologia e, lungi dal costituire risposta a emergenze contingenti, si innesti in un fenomeno di lunga durata.

The decriminalization of 2016 in the mirror of neoliberal rationality

The author, after having identified the main repercussions of neoliberal ideology on legal theory and practice, in the light of the analyzes of Garapon, Foucault and Bauman, wise the hypothesis that the wide decriminalization of 2016, referred to in the legislative decree 15 January 2016 n. 7 and to the legislative decree 15th January 2016 n. 8 almost perfectly implements the dictates of that ideology and, far from being a response to contingent emergencies, is grafted into a phenomenon of long duration.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I caratteri fondamentali dell'ideologia neoliberale. - 2.1. Ancora sui "comandamenti" dell'ideologia neoliberale. - 3.1. La depenalizzazione del 2016 e la falciatura della pena pecuniaria. - 3.2 Depenalizzazione e buon costume. - 3.3. Depenalizzazione e decarcerizzazione. - 3.4 Depenalizzazione e offesa bagattellare. - 3.5 Depenalizzazione e pene pecuniarie civili. 3.6 La depenalizzazione "corpuscolare-reattiva". - 3.7 La depenalizzazione securitaria. - 4. La depenalizzazione e la modifica del sistema penale, in prospettiva geopolitica.

1. Premessa.

Il triennio ormai trascorso dall'entrata in vigore dei decreti legislativi n. 7 "in materia di abrogazione di reati e illeciti con sanzioni pecuniarie civili" e n. 8 "in materia di depenalizzazione", del 2016 costituisce l'occasione per verificare in una prospettiva non strettamente tecnico giuridica, anche mediante le analogie e differenze rispetto agli omologhi provvedimenti normativi dell'ultimo scorcio del XX secolo¹, se gli atti in esame costituiscano la prova di un movimento di lunga durata di contrazione dei *criminalia*, ovvero scaturiscano da fattori contingenti.

In questo contesto sarà sufficiente rievocare, in modo sintetico, i contenuti dei citati decreti legislativi, attuativi della l. delega 28 aprile 2014, n. 67. In particolare il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 ha abrogato gli artt. 485, 486, 594,

¹ In linea generale, sul fenomeno della depenalizzazione, BERNARDI, ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008, *passim*; GIUNTA, *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1986, 191ss.; LARIZZA, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 191 ss.; NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, Torino, 1984, *passim*; ID., *Reati (depenalizzazione di)* in *Nuov. Dig. Ita., App.* VI, Torino 1986, 294 ss.; PALIERO, *Depenalizzazione*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 425 ss.; ID., "Minima non curat practor", *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, *passim*; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, *passim*.

627, 647 c.p., afferenti a delitti procedibili a querela e incidenti su interessi sostanzialmente privatistici; ha ampiamente modificato gli artt. 488, 489, 490, 491, 491-*bis*, 596, 597, 599, 635, 635-*bis*, 635-*quater*, 635-*quinquies* c.p.; ha introdotto (con efficacia anche retroattiva: art. 11) una conseguenza sanzionatoria *sui generis*, di ascendenza romanistica², “il pagamento della sanzione civile”, in aggiunta alle restituzioni e al risarcimento del danno, al cospetto di condotte *grosso modo* riconducibili alle fattispecie decriminalizzate, prevenendo la destinazione delle somme alla Cassa delle ammende (art. 10). Dal canto suo il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, ricorrendo al criterio selettivo cd “formale”³, ovvero “cieco”, ovvero “a macchia di leopardo”⁴ già utilizzato dalla fondamentale L. 24 novembre 1981, n. 689 (art. 32), ha trasformato in illeciti punitivi amministrativi le violazioni penali per le quali era prevista la sola pena della multa o dell’ammenda, purché non contemplate dal codice penale (fatto salvo quanto previsto dall’art. 2 co. medesimo d.l.vo), dalle leggi speciali menzionate nell’elenco allegato e dal d.l.vo n. 286 del 1998 in materia di immigrazione (cd eccezioni riduttive⁵); peraltro è stata esplicitamente statuita la trasformazione delle fattispecie circostanziali aggravate sanzionate con pena detentiva in fattispecie (penali) autonome (art. 1, co. 2.), Ricorrendo all’opposto modello della depenalizzazione “nominativa” sono stati degradati al rango di illeciti amministrativi anche alcuni reati del codice penale (artt. 527 co. 1, 528 co. 1 e 2, 652, 661, 668, 726 c.p.); è stato parzialmente depenalizzato il delitto di omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali, di cui all’art. 2, co. 1-*bis* d.l. 12 settembre 1983, n. 463, conv. in l. 11 novembre 1983 n. 638 (con riguardo al caso di omissione per importo non superiore a euro 10.000 annui); risultano deprivate di rilievo penale alcune specifiche figure criminose della legislazione complementare punite con la pena alternativa dell’arresto o dell’ammenda. In tal caso il governo ha utilizzato il criterio selettivo cd nominativo o sostanziale⁶, dipendente dalla valutazione dell’attuale inadeguatezza della pena rispetto ad alcuni comportamenti, pur

² PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso tra timidezze e imperfezioni*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio* a cura di Conti, Marandola, Varrasio, Padova 2014, 145.

³ Corte di cassazione - Ufficio del massimario Settore penale Rel. n. III/01//2016 Roma, 2 febbraio 2016, 2

⁴ Espressione di LOSAPPIO, *Depenalizzazione e tranquillità personale e inquinamento acustico*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵ GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria (art. 2 l. 28.4.2014 n.67)* in www.la legislazione penale.eu.

⁶ Corte di cassazione - ufficio del massimario, cit., 2

ritenuti illeciti.

Nel prosieguo del presente *excursus* si cercherà di individuare l'ideologia sottesa alla riforma e verificare se e in che modo gli interventi in questione rispecchino linee politiche di lunga durata. L'ipotesi di partenza è che la modalità razionale dominante, di matrice neolibérale, abbia pervaso anche le scelte dei commissari e del governo; partendo ai postulati di quella prospettiva ideale, si verificheranno le corrispondenze e le discordanze. All'uopo si farà largo uso delle analisi rinvenibili nelle più recenti pubblicazioni di Garapon e Bauman.

2. I caratteri fondamentali dell'ideologia neolibérale.

Secondo l'approccio di Antoine Garapon, già giudice minorile, come tale particolarmente attento alle interconnessioni tra diritto, società e pensiero, le riforme giudiziarie recenti non costituiscono il frutto di scelte politiche estemporanee, né rappresentano “una moda passeggera perché fanno parte di un movimento molto profondo, un autentico cambiamento della maniera di governare gli uomini e le istituzioni”⁷; esse sono ispirate, sospinte e governate dal “neoliberalismo”, già individuato da Michel Foucault nei suoi corsi sulla biopolitica⁸ come un nuovo modello di governamentalità⁹ imperniato sull'interesse economico *ergo* sull'egoismo individuale anziché, come in passato, secondo la terminologia foucaultiana, sul sacro (tipologia cd rituale), sulla paura (tipologia cd disciplinare) o sul senso civico o sulla solidarietà (tipologia cd illuministica/socialista).

In conformità con l'approccio neolibérale, il modello del “mercato”, imperniato sul libero scambio commerciale, sulla concorrenza, e sulla managerialità lungi dal limitarsi a modulare la sfera economica in vista dell'accrescimento della ricchezza individuale e collettiva, è esteso a tutti i settori della vita, al fine di organizzare l'umana convivenza: istituzioni, giustizia, governo, antropologia, ricerca scientifica ecc. al punto da fondare quel metodo di azione e quella “regola condivisa di giudizio”, a cui tutti (professionisti, utenti, opinione pubblica) fanno riferimento per le proprie prassi. In estrema sintesi, sempre richiamando Garapon, che si ispira largamente a Foucault e a von Hayek, questi sono i dieci comandamenti del pensiero neolibérale:

D) “i diritti fondano la loro indipendenza rispetto al potere in riferimento

⁷ GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012, 7.

⁸ FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France, 1978-1979*, Milano, 2005, *passim*

⁹ FOUCAULT, *op. cit.*, 154.

all'economia, con l'introduzione di un'altra razionalità: l'utilità ... Il valore cardinale non sarà più la volontà ma l'utilità¹⁰; ciò si può così sintetizzare: "l'utilitarismo come criterio di azione giuridica";

II) "il neoliberalismo respinge qualsiasi orizzonte esterno, qualsiasi razionalità sovraordinata, qualsiasi visione d'insieme...; i mezzi sono separati dal fine, l'efficacia è svincolata dal finalismo, la modernità desolidarizzata rispetto alla democrazia, il diritto è considerato a prescindere dalla giustizia, l'individuo è svincolato da un territorio e, infine, la circolazione delle merci è regolamentata indipendentemente dallo status delle persone. Il neoliberalismo sta tutto in questa separazione"¹¹; questo indirizzo si può riassumere nell'espressione: "rigetto da parte del nuovo ordinamento di ogni razionalità sovraordinata";

III) "Lo Stato si limita esclusivamente al ruolo di fornitore di regole per un gioco economico i cui partecipanti sono gli imprenditori ... la sicurezza assume ... un nuovo significato: non è più una tutela contro l'arbitrio del sovrano, diventando piuttosto la condizione di realizzabilità del gioco: il diritto deve fornire un minimo di certezza per l'impresa; le sue regole permettono un gioco che senza di esse sarebbe assurdo. La sicurezza è la condizione della libertà di impresa"¹²; il tutto si compendia nel motto: "la funzionalizzazione dello Stato e del diritto alla libertà di impresa";

IV) "il tempo non finisce, il movimento rimane virtualmente infinito"¹³ ... "allo stesso modo in cui la razionalità neoliberale non persegue alcun finalismo, essa non si pone alcun obiettivo temporale lontano. Il mondo... deve essere aperto per definizione, e qualsiasi progetto troppo lontano rischia di privarsi delle sue ricchezze"¹⁴; quanto detto si riduce alla locuzione: "il diritto a-progettuale";

V) "ciò che caratterizza un diritto ambientale è il fatto di essere essenzialmente reattivo, non proattivo. Si modifica la legge in modo infinitesimale, attraverso spostamenti minimi, facendo di volta in volta tesoro dell'insegnamento tratto dai suoi insuccessi passati... Agire, nella prospettiva neoliberale, è reagi-

¹⁰ GARAPON, *op. cit.*, 14, 25

¹¹ GARAPON, *op. cit.*, 15

¹² GARAPON, *op. cit.*, 17-20

¹³ HENAFF, *La valeur du temps. Remarques sur le destin économique des sociétés modernes*, in *Esprit*, 2010, 184,

¹⁴ GARAPON, *op. cit.*, 26

re, mostrarsi *responsive*, cioè reattivo”¹⁵; ossia, “la natura reattiva del diritto neoliberale”;

VI) “Nel modello neoliberale la concorrenza assume il ruolo proprio di motore del potere e in essa, e attraverso di essa, si costruiranno le istituzioni”¹⁶; ovvero, “la concorrenza come motore del potere e quindi della produzione giuridica”;

VII) “Se il modello statale ricerca l’uniformità... nel modello neoliberale lo Stato deve fornire una molteplicità di alternative, affinché il soggetto possa scegliere: il diritto produrrà in tale maniera delle diseguaglianze, in quanto la concorrenza sarebbe priva di significato in un modo ideale dove tutti fossero uguali e volessero restare tali... di universale non vi è altro che l’accesso... conta solo l’uguaglianza delle opportunità”¹⁷; ovvero, “il paradigma multi istituzionale”;

VIII) “Lo spazio di riferimento del neoliberalismo non è più il territorio dello Stato, limitato e totalizzabile in un progetto politico, ma il livello globale, che deve essere distinto dal mondo perché si tratta di uno spazio virtuale, di un mondo di flussi, di transazioni”¹⁸; ovvero, “il diritto statale nello specchio del potere a-territoriale”;

IX) La razionalità neoliberale è “un modello totale, in quanto coinvolge sia l’economia, sia la politica, sia il diritto sia l’antropologia...il diritto neoliberale accompagna il passaggio da una totalizzazione all’altra; da una totalizzazione a mezzo di un territorio e dell’organizzazione della sovranità, al regno del diritto, che diventa così un ingranaggio centrale e cessa di essere il ripetitore di un sovrano che parla dall’alto”¹⁹; ossia “il diritto a-statale”;

X) Un individuo, una società commerciale e lo Stato “perseguono obiettivi propri, pur nella consapevolezza di aver bisogno di un certo numero di regole per agire in un quadro di piena certezza. Solo queste norme di diritto privato sono essenziali, a esclusione di qualsiasi altra norma e in particolare di quelle che, come il diritto pubblico, fanno riferimento a finalità politiche...il neoliberale

¹⁵ GARAPON, *op. cit.*, 21

¹⁶ GARAPON, *op. cit.*, 23

¹⁷ GARAPON, *op. cit.*, 23 ss.

¹⁸ GARAPON, *op. cit.*, 27

¹⁹ GARAPON, *op. cit.*, 28

ralismo è un sistema astratto, formale, particolarmente ambizioso dal momento che pretende di potersi sbarazzare sia della politica sia della giustizia”²⁰; ossia “la civilizzazione del diritto”;

2.1. Ancora sui “comandamenti” dell’ideologia neoliberale.

Sia consentita qualche ulteriore annotazione sulla filosofia giuridica neoliberale. I punti evidenziati nella sintesi di Garapon, che si ispirano alle intuizioni espresse da Foucault all’alba dell’era neoliberale, trovano significativi riscontri nell’analisi di Zygmunt Bauman, che, partendo da un punto di vista differente, la sociologia e impiegando un diverso lessico (modernità solida e liquida, coercizione sociale, principio di piacere e di realtà ecc.), perviene a risultati simili se non identici: nell’era moderna cd pesante o solida vi è un intimo legame tra l’individualità intramondana, l’economia di mercato e il capitalismo²¹, laddove quest’ultimo propone e poi impone un modello di comportamento fondato sul calcolo mezzi-fini e sulla libera scelta, senza tenere conto di norme esterne o altri fattori (al punto che anche le persone sono mezzi per ottenere un fine, al pari degli oggetti)²²; nella società attuale, la cd “modernità liquida”, il capitalismo ha superato l’individualismo, con una progressiva erosione della libertà, tanto è vero che gli imprenditori individuali sono fagocitati da poche conglomerazioni gigantesche²³ ed è rafforzato il metodo di controllo “seduttivo” sul singolo consumatore²⁴; inoltre globalizzazione significa dipendenza reciproca e inscindibile. Per altro verso, mentre il mercato dei beni di consumi procede trionfalmente verso obiettivi subordinati al profitto individuale, il *welfare* e ogni altra rete di sicurezza sociale sono smantellati in quanto “antieconomici” ergo irrazionali ed anche il lavoro è trasfigurato: “in una vita guidata dall’etica del consumo ... il lavoro è (al massimo) strumentale: è nella retribuzione che si cerca e in cui si trova soddisfazione, autonomia e libertà”²⁵. Un altro dato caratterizzante è la vittoria del “principio del piacere” di freudiana memoria²⁶ (la pulsione individuale) sul “principio di realtà” (la dura realtà delle regole sociali), perché, venuti meno i vincoli esterni (comunitari, familiari e statali) e interiori (etici e religiosi) “il capitale può dare libero sfogo al principio di piacere nel mondo dei consumi”²⁷.

²⁰ GARAPON, *op. cit.*, 18, 29

²¹ BAUMAN, *La libertà*, Roma, 2017, 49ss.

²² BAUMAN, *op. cit.*, 61.

²³ BAUMAN, *op. cit.*, 75.

²⁴ BAUMAN, *L’etica in un mondo di consumatori*, Roma-Bari, 2012, 59.

²⁵ BAUMAN, *La libertà*, cit. 99.

²⁶ FREUD, *The future of an illusion*, London, 1973, *passim*.

²⁷ BAUMAN, *op. cit.*, 100.

Anche per i sociologi il risultato complessivo è chiaro: la fuoriuscita del potere dalle istituzioni politiche e la ritirata dello Stato-nazione; l'evanescenza dell'autorità e di tutte le tradizionali istanze di coercizione sociale; la fine della libertà attiva e pubblica ("il consumatore è un nemico del cittadino")²⁸, della solidarietà nell'ambito lavorativo e familiare²⁹, della moralità; il dominio dell'interpretazione privatizzata, individualizzata, soggettivizzata dell'universo³⁰; preferenza per il consumo, la gratificazione e il profitto istantanei³¹; sentimento di precarietà e paura diffusa e desiderio di "sicurezza"³². Tutto ciò produce i suoi effetti anche nella teoria e pratica giuridica. Si riprendono a questo punto i dieci "comandamenti" dell'ideologia neoliberale, uno ad uno, con gli *ipsisima verba* di Bauman:

D) "l'utilitarismo come criterio di azione giuridica": il processo di emancipazione dell'individuo, nel corso dei "trent'anni gloriosi successivi alla seconda guerra mondiale"³³ ha condotto all'acquisizione da parte dell'individuo di "tutta la libertà aver sognato o ragionevolmente sperato di ottenere"³⁴. Se la "modernità sostituisce l'eteronomica determinazione della condizione sociale con una compulsiva e obbligatoria autodeterminazione"³⁵, la libertà individuale e quindi i diritti sono interpretati non più come l'effetto di una autolimitazione dello Stato, ovvero come una qualità innata delle persone bensì come l'effetto della libera attività economica. Se la politica "genera" il cittadino e l'economia fomenta i diritti dell'individui, nell'epoca in cui la politica è in ritirata e l'economia conquista sempre maggiori territori, il risultato finale consiste nello "scardinamento e la lenta disintegrazione della nozione di cittadino"³⁶ e quindi, inevitabilmente, per un verso, nella trasmutazione (decadenza?) della democrazia, e, per altro verso, nella privatizzazione dello spazio pubblico. "È il privato che oggi va colonizzando lo spazio pubblico spazzando via tutto quanto non possa essere pienamente espresso nel gergo dei fini, degli interessi e dei timori privati"³⁷;

²⁸ BAUMAN, *L'etica in un mondo di consumatori*, cit., 159.

²⁹ BAUMAN, op. cit., 61.

³⁰ BAUMAN, op. cit., 15.

³¹ BAUMAN, op. cit., 174.

³² BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006, *passim*.

³³ BAUMAN, *Modernità liquida*, Milano, 2019, 3 (1 ed., 2000).

³⁴ BAUMAN, op. cit., 11.

³⁵ BAUMAN, op. cit., 23.

³⁶ BAUMAN, op. cit., 29.

³⁷ BAUMAN, op. cit., 33.

II) “il rigetto da parte del nuovo ordinamento di ogni razionalità sovraordinata”: la modernità liquida si distingue dalla modernità razionalistica degli ultimi due secoli, tra l’altro, per “il crollo graduale e rapido ... della convinzione che la strada lungo la quale procediamo abbia un fine, un *telos* conseguibile di mutamento storico, uno stato di perfezione da raggiungere domani...una qualche sorta di buona società, di società giusta”³⁸. L’abbandono della prospettiva finalistica, benché intramondana, conduce a rigetto di ogni progettualità di lungo respiro (v. punto IV);

III) “la funzionalizzazione dello Stato e del diritto alla libertà di impresa”: la metamorfosi del capitalismo, da “pesante/territorializzato” a “liquido/extraterritoriale” (“oggi il capitale viaggia liberamente, portandosi dietro il solo bagaglio a mano contenente poco più che una cartellina portadocumenti un telefono cellulare e un computer portatile”)³⁹ gli ha conferito una seconda vita e un innegabile vantaggio sui tradizionali organismi di azione collettiva, tra cui lo Stato⁴⁰; la conseguenza è una progressiva rincorsa del primo nei confronti dei detentori del potere economico⁴¹, non soltanto mediante la *deregulation* e la privatizzazione⁴², alquanto graditi al capitalismo di nuova generazione, ma anche mercé la funzionalizzazione dell’ordinamento normativo di diritto alla libertà di impresa, che costituisce il presupposto giuridico dell’azione capitalistica;

IV) “il diritto a-progettuale”: una delle caratteristiche della modernità liquida consiste nella “cospicua assenza di un organismo capace di far avanzare il mondo”⁴³ e di una mentalità “a breve termine che ha sostituito quella a lungo termine”⁴⁴. Di qui il difetto di una “politica” in senso stretto e quindi di un progetto di ampio respiro di contenimento dei conflitti sociali;

V) “la natura reattiva del diritto neoliberale”: la conseguenza della mancanza di progettualità di lunga durata è la natura essenzialmente reattiva

³⁸ BAUMAN, *Modernità liquida*, cit., 19.

³⁹ BAUMAN, *Modernità*, cit., 57.

⁴⁰ BAUMAN, *Modernità*, cit., 172: “il capitalismo... il suo livello di mobilità spaziale già acquisito è quasi sempre sufficiente a ricattare gli organismi politici legati al territorio e a imporne la sottomissione alle loro richieste”

⁴¹ BAUMAN, *Modernità*, cit., 64: “le autorità non comandano più: si ingraziano chi le sceglie, tentano e seducono”

⁴² BAUMAN, *Modernità*, cit., 20.

⁴³ BAUMAN, *Modernità*, cit., 151.

⁴⁴ BAUMAN, *Modernità*, cit., 169.

dell'ordinamento giuridico. Di qui interventi normativi del tipo “*spot*”;

VI) “la concorrenza come motore del potere e quindi della produzione giuridica”: se lo Stato si pone in posizione ancillare rispetto al nuovo potere, ne acquisisce *volens nolens* i metodi di azione, ciò significa “adattare il gioco della politica alle regole della libera impresa, vale a dire porre tutto il potere di regolazione di cui il governo dispone al servizio della liberalizzazione, usarlo per smantellare e demolire le ancora esistenti leggi e statuti che ostacolano la libera impresa...; in pratica ciò significa meno tasse, meno o nessuna regola e soprattutto un mercato del lavoro flessibile”⁴⁵;

VII) “il paradigma multi istituzionale”: il modello capitalistico di nuova generazione vincente non tollera lacci e laccioli e facendo leva sulla posizione di primazia sul potere politico pretende controlli sempre meno stringenti; per realizzare l'intento favorisce la moltiplicazione delle autorità, in modo che si annullino a vicenda⁴⁶;

VIII) “il diritto statale nello specchio del potere a-territoriale”: la scomparsa dei limiti territoriali e la velocizzazione degli scambi commerciali, anche grazie alla telematica, ha permesso al capitalismo di abbandonare i vecchi paradigmi legati al territorio⁴⁷. La conseguenza è che “il potere è diventato squisitamente extraterritoriale, non più impastoiato e neanche rallentato dalla resistenza dello spazio”⁴⁸; l'ulteriore conseguenza è l'incapacità dello Stato-nazione, legato istituzionalmente al territorio, a svolgere un ruolo di contenimento del “vero” potere, “sempre più mobile, sdruciolevole, mutevole, evasivo”⁴⁹ mediante le proprie norme di coercizione;

IX) “il diritto a-statutale” Se il potere statale assume una posizione ancillare rispetto al potere economico, il diritto resta formalmente di fonte statale, ma sostanzialmente proviene da altro: “il potere fugge via dalla strada e dal mercato, dalle assemblee legislative e dalle aule parlamentari, dai governi locali e

⁴⁵ BAUMAN, *Modernità*, cit., 171.

⁴⁶ BAUMAN, *Modernità*, cit., 64 ss: “il capitalismo leggero, volto al consumatore, non ha abolito le autorità dispensatrici di leggi e neanche le ha rese superflue. Ha semplicemente dato vita a fatto coesistere un numero troppo alto di autorità...quando le autorità sono molte tendono ad annullarsi a vicenda... Le autorità non comandano più: si ingraziano chi le sceglie, tentano e seducono”.

⁴⁷ BAUMAN, *Modernità*, cit., 133: “la quasi istantaneità dell'epoca *software* inaugura la svalutazione dello spazio”.

⁴⁸ BAUMAN, *Modernità*, cit., XLIII.

⁴⁹ BAUMAN, *Modernità*, cit., XLVII.

nazionali, ben oltre ogni possibilità di controllo da parte dei cittadini, per rifugiarsi nella extraterritorialità delle reti elettroniche”⁵⁰;

X) “la civilizzazione del diritto”: se l’autorità politica ha perso gran parte del suo potere oppressivo, ogni produzione giuridica che non appaia funzionale alla libertà economica perde efficienza e significato. Di qui la rinuncia da parte dell’autorità costituita ad ogni approccio di gestione dei conflitti sociali che fuoriesca da quella fondamentale finalità. Il risultato: “i principi strategici prediletti dalle autorità costituite sono oggi la fuga, il distacco, il disimpegno e la loco condizione ideale è l’invisibilità”⁵¹. Quanto possa essere gradito il diritto penale all’ideologia della società liquida può intuirsi sol che si consideri l’imperativo “etico” dominante: “libertà di prendere e lasciare ma anche –e forse cosa più importante- immunità dalle conseguenze di scelte sbagliate”⁵².

Di qui un sospetto: forse la depenalizzazione del 2016 attua la politica neoliberale di fuga, distacco, disimpegno?

3.1. La depenalizzazione del 2016 e la falciatura della pena pecuniaria.

È innegabile come la depenalizzazione del 2016 abbia inciso in particolare sulle norme penali corredate da sanzione pecuniaria. Come si è visto, infatti, il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, ha riqualificato alla stregua di illeciti amministrativi le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell’ammenda, purché non siano contemplate dal codice penale (fatto salvo quanto previsto dall’art. 2 co. medesimo d.lgs.), dalle leggi speciali menzionate nell’elenco allegato e dal d.lgs. n. 286 del 1998 in materia di immigrazione (cd eccezioni riduttive⁵³).

Lo sfoltimento del sistema penale mediante l’eliminazione delle fattispecie sanzionate con multa o ammenda è certamente un fenomeno di lunga durata: basti alle leggi depenalizzatrici del 1967 e del 1975, e alla de-criminalizzazione di cui alla L. 2 novembre 1981, n. 689 (venne attinto anche il codice penale e l’unica eccezione riduttiva riguardò le violazioni finanziarie). Conferma la tendenza del legislatore ad affidarsi alla sanzione amministrativa pecuniaria, il peso predominante conferito a tale tipo di misura punitiva nella disciplina

⁵⁰ BAUMAN, *Modernità*, cit., 34.

⁵¹ BAUMAN, *Modernità*, cit., 54

⁵² BAUMAN, *Modernità*, cit., 96

⁵³ GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria (art. 2 l. 28.4.2014 n.67)* in www.laegislazionepenale.eu.

della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche⁵⁴.

Conferisce un profondo significato “di lunga durata” alla scelta di decriminalizzare i reati corredate da multa e ammenda la singolare coincidenza temporale tra la data della prima falciatura delle pene pecuniarie (1981) e il momento storico in cui ha visto l'alba l'era in cui siamo tuttora immersi. Nella razionalità neoliberale il valore principale, mutuato dalla logica imprenditoriale e dal modello economico, consiste nell'utilità. In questo contesto, posto che assumono rilievo decisivo l'individuo e il mercato e non più lo Stato o l'etica condivisa, la sanzione penale perde lo scopo retributivo, come nell'età premoderna, ovvero lo scopo rieducativo, come nell'epoca della modernità solida (secondo la terminologia baumaniana), e acquista una finalità restitutoria ossia soddisfattiva dei diritti individuali della vittima. In tal modo la pena pecuniaria, intesa come somma di denaro dovuta allo Stato, perde ogni significato razionale (nel senso di utilità per la vittima del reato). Conferma questa diagnosi, da altra visuale, il fatto che la Legge n. 67 del 2014 conferiva deleghe al Governo sia in materia di depenalizzazione sia in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, laddove nelle condotte di *probation* assumono (possono assumere, dovrebbero assumere) un certo rilievo le condotte riparatorie.

In tal modo la decriminalizzazione del 2016 attua il “primo comandamento” della razionalità neoliberale (il cd principio di utilità).

3.2. Depenalizzazione e buon costume.

Si è accennato alla depenalizzazione “nominativa”, fondata sul riconoscimento della non meritevolezza di pena dei comportamenti, pur ritenuti illeciti: l'art. 2, co. 1, dlgs. n. 8 del 2016 ha decriminalizzato gli atti osceni in luogo pubblico, di cui all'art. 527, co. 1, c.p. (salvo poi aumentare la pena, inutilmente, per i casi di cui all'art 527, co. 2, c.p.); l'art. 2, co. 2, d.lgs. n.8 del 2016 ha privato di rilievo penale il commercio di oggetti osceni, di cui al primo comma dell'art. 528, co. 1 e 2 c.p., mentre ha innalzato le pene per i casi di cui all'art. 528, co. 3, c.p.; l'art. 2, co. 6, d.lgs. n. 8 del 2016 ha sottratto alla sanzione penale gli atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.).

Il Progetto in materia di depenalizzazione e di deflazione del carico processuale, elaborato dalla Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 14 dicembre 2012⁵⁵ *expressis verbis* poneva quale scopo

⁵⁴ Sul punto, LOSAPPIO, op. cit., 6

⁵⁵ Progetto elaborato dalla Commissione Fiorella per la revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione -relazione del 23 aprile 2013, in *www.giustizia.it* e in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 1587 ss

dell'intervento contenitivo dell'area penale tra l'altro la "necessità di espungere dal sistema penale fattispecie desuete o non più conformi ai principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale". Ivi si prospettava la modulazione della disciplina penale in materia di "osceno" in modo da ricondurla alla tutela dei soli minori, mediante una consistente riformulazione degli artt. 527, 528 c.p. Anche durante il dibattito parlamentare ha fatto capolino il tema dell'aggiornamento del sistema penale a nuovi valori riconosciuti dalla società. In particolare il deputato Leone ricollegava la depenalizzazione al contenimento del carico giudiziario ("stiamo per approvare un provvedimento non solo utile, ma atteso, voluto da sempre da tutti per arrivare a snellire le procedure, ad evitare le pile dei fascicoli all'interno dei tribunali") e alla riduzione dell'allarme sociale per alcune fattispecie di reato ("Le depenalizzazioni sono legate all'evoluzione della società. Le depenalizzazioni sono legate alla presenza o meno di reati che non provocano o, quanto meno, possono provocare un minore allarme sociale rispetto al momento in cui sono stati ipotizzati").

Invero la de-criminalizzazione parziale degli artt. 527 e 528 c.p. e la corrispondente trasformazione in illecito amministrativo del reato di "atti contrari alla pubblica decenza e turpiloquio" di cui all'art.726 c.p. hanno poco a vedere con la Costituzione italiana, posto che la Carta fondamentale della Repubblica all'art. 21 comma 6 vieta le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume, in tal modo prospettando quest'ultimo come valore di grado elevatissimo, pari perfino superiore al diritto a manifestare il pensiero e comunque pari al principio di laicità.

Piuttosto - nuovamente - viene in rilievo l'ideologia neoliberale, nella misura in cui aborre ogni manifestazione *lato sensu* eticizzante. Nell'epoca cd disciplinare (secondo la terminologia di Foucault) allo Stato erano demandati la trasformazione della persona in modo conforme a imperativi etici e il controllo dei corpi; nell'ordine del mercato gli unici imperativi (mutuati dal mercato) si riducono nell'interesse economico e nel desiderio di sicurezza. In un sistema siffatto è evidente che il buon costume appare il retaggio di epoche passate e può sopravvivere solo e in quanto sia funzionale alla tutela di vittime ben determinate (i minori).

Una *ratio* affine sottende la depenalizzazione del più antico dei delitti contro l'onore, l'ingiuria, di cui all'art. 594 c.p. dovuta al d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7, per quanto la motivazione formale attenga alla necessità di alleggerire il carico giudiziario.

In tal modo la decriminalizzazione dei reati in tema di buon costume e la depenalizzazione dell'ingiuria attuano il terzo comandamento dell'ideologia

neoliberale: il pensiero post-disciplinare, per il fatto stesso di mimare il mercato, aborre ogni forma di razionalità sovraordinata, così come qualsivoglia volizione politica e per altro verso persegue norme e sanzioni funzionali alla sicurezza dell'impresa e dei commerci: ogni altra prospettiva risulta inutile e/o dannosa.

3.3. Depenalizzazione e decarcerizzazione.

Come si è visto, il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 ha abrogato, tra gli altri, gli artt. 485, 486, c.p., afferenti a delitti procedibili a querela e incidenti su interessi sostanzialmente privatistici (con correlativa modifica degli artt. 488, 490, 491, 491-bis, 493-bis c.p. Nella relazione della commissione Fiorella e nei lavori preparatori non si rinviene alcun accenno alla *ratio* della riforma. Posto che in più occasioni è stata evidenziata la necessità di procurare un alleggerimento del carico giudiziario e di sfolire le carceri italiane, si può immaginare che la decisione di espungere dal sistema penale uno dei reati di più remota origine (il falso in scrittura privata) debba rinvenirsi nell'intento di ridurre i ruoli dei tribunali ed evitare le misure cautelari ed esecutive per l'ipotesi di ricettazione di assegni falsificati.

Tenuto conto che il timore dei fulmini della Corte Cedu ha pervaso l'intera fase dei lavori parlamentari -, si deve ricondurre alla decarcerizzazione uno dei più tenaci motivi ispiratori della riforma, peraltro in linea con la prassi e l'ideologia politica degli ultimi quaranta anni per ridurre le distanze tra gli scopi di razionalizzazione del sistema e l'ipertrofia penale⁵⁶.

Orbene il trinomio "decarcerizzazione, deprocessualizzazione, depenalizzazione", quale si rinviene nella legge delega n. 67 rispecchia bene uno dei motivi ispiratori del diritto neoliberale. Uno dei cardini del modello disciplinare consisteva nel controllo dei corpi, quand'anche per uno scopo rieducativo ossia di reinserimento sociale. L'ordine del mercato punta all'efficienza del sistema: il carcere, con i suoi costi non indifferenti, deve essere riservato ai soggetti "irriducibili"; per gli altri ad una permanenza oziosa nell'università del crimine sia preferita una attività (non retribuita) a favore della collettività (di qui l'emersione dei vari lavori di pubblica utilità) oppure una riparazione a favore della vittima, con effetto estintivo del reato e/o del processo. La decarcerizzazione è il punto in cui si incontrano i *liberals* e gli avversari libertari dello Stato.

In tal modo viene nuovamente in rilievo il primo comandamento dell'ideologia neo-liberale (il principio di utilità).

⁵⁶ PALIERO, op. cit., 429

A dire il vero l'idiosincrasia della Corte di Strasburgo per la pena carceraria, ripresa e ampliata dal legislatore del 2016 nasce dall'attrito tra tale misura punitiva e i diritti umani dei detenuti, laddove questi ultimi prevalgono sull'interesse punitivo dello Stato (l'ultimo e più eclatante esempio si rinviene nella recente sentenza sul caso "Provenzano"). Ma anche in ciò si rinvergono gli effetti dell'ideologia neoliberale, in quanto aprioristicamente ostile a tutte le tradizionali manifestazioni della sovranità statale.

3.4. Depenalizzazione e offesa bagattellare.

Si è visto come uno dei motivi ispiratori della riforma consista nella deflazione del carico giudiziario, mediante la sottrazione all'alveo dei *criminalia* dei reati meno gravi (le cd offese bagattellari). Il Progetto in materia di depenalizzazione e di deflazione del carico processuale, elaborato dalla Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 14 dicembre 2012 *expressis verbis* poneva quale scopo dell'intervento contenitivo dell'area penale una razionalizzazione del sistema, nel rispetto dei principi di proporzione, sussidiarietà ed efficacia della tutela. All'uopo si proponeva -alla luce del criterio della pena quale *extrema ratio* - la depenalizzazione di tutti i reati puniti con multa o con l'ammenda "il cui trattamento sanzionatorio indizia la natura bagattellare del fatto"³⁷ e tutte le contravvenzioni punibili con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, esclusi alcuni previsti dal codice penale e altri della legislazione complementare, a causa dell'importanza dei beni giuridici tutelati, tale da imporre la persistenza del controllo penale. Si prospettava altresì l'abrogazione di alcune norme del codice penale, poiché implicanti una offesa bagattellare (art. 636, 637, 716 c.p.). Alla depenalizzazione "in astratto" erano abbinati metodi di sfoltimento dell'area penale "in concreto" o "endoprocessuale", quali: l'estensione delle ipotesi di procedibilità a querela della persona offesa (art. 582, co. 1, c.p.; 612, co. 2, c.p.; furto aggravato, tranne nelle ipotesi di cui ai n. 3, 7 dell'art. 625 c.p.; alcune fattispecie di truffa aggravata; l'appropriazione indebita aggravata dall'abuso di relazioni di coabitazione o ospitalità; art. 558 c.p.; art. 660 c.p.); l'esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto; il riconoscimento dell'effetto estintivo di delitti in caso di pagamento dell'oblazione; l'estinzione del reato in seguito al compimento di condotte riparatorie; l'inserimento nel settore ambientale e tributario di procedure estintive legate all'adempimento di prescrizioni.

Nel corso del dibattito parlamentare della proposta di legge 331 - B "Ferranti

³⁷ Commissione Fiorella, cit., 1588

ed altri, Costa, in cui confluiva il progetto in tema di modifica del sistema sanzionatorio e in tema di sospensione e messa alla prova, già approvato dalla Camera, e la delega introdotta dal Senato per l'introduzione della disciplina della non punibilità per la tenuità del fatto, nonché in materia di depenalizzazione il relatore della maggioranza on. Ferranti esordì evidenziando tra l'altro la necessità di ridurre il carico processuale e, quindi, consentire di realizzare tempi ragionevoli di durata. Ascoltiamo le parole del relatore: "...Quindi, sono indicati poi specifici reati contenuti nel codice penale, alcuni dei quali già in disuso che comunque completano l'iter di una misura volta a sfolire quei reati, quei comportamenti che non hanno quel grave disvalore sociale tale da prevedere, appunto, la repressione in termini penali". Alla ripresa dei lavori nella seduta del 2 aprile 2014 alle aspre critiche del deputato Cirielli ("è un provvedimento sbagliato nei tempi, intempestivo, pericoloso, che non interviene né sulle cause di «svuotacarceri», né sulle cause di reinserimento dei cittadini, e alla fine danneggia solo le vittime del reato, danneggia la sicurezza dello Stato, e ancora una volta dimostra che questa classe politica di nominati è lontana dalle esigenze dei cittadini, lontana dalle esigenze della nazione, dell'Italia") faceva da contraltare il giudizio positivo del deputato Leone che ricollegava la depenalizzazione al contenimento del carico giudiziario ("stiamo per approvare un provvedimento non solo utile, ma atteso, voluto da sempre da tutti per arrivare a snellire le procedure, ad evitare le pile dei fascicoli all'interno dei tribunali").

La decriminalizzazione del 2016 prende le mosse dal presupposto che la pena pecuniaria evidenzia una non assoluta necessità della risposta punitiva e, quindi, non soddisfa il principio costituzionale della sussidiarietà del diritto penale. La de-criminalizzazione dei reati puniti con multa o ammenda, in quanto ritenuti "offese bagattellari" risponde alla citata finalità deflattiva; si richiamano le osservazioni della Commissione Fiorella: "visto il tipo di sanzione penale prevista e il ridotto disvalore da essa richiamato, la depenalizzazione risulta opportuna per dar seguito coerente al criterio della pena solo quale *extrema ratio*"⁵⁸.

L'assunto, nella sua astrattezza, è erroneo nella misura in cui si fonda sull'equazione pena pecuniaria-natura bagattellare del reato: nulla prova che i reati presidiati dalla conseguenza sanzionatoria pecuniaria siano meno gravi di quelli provvisti da pena detentiva, dato che molto dipende dalla natura dell'illecito; nulla prova la minima efficacia deterrente della minaccia di incidere sul patrimonio del reo, insita nella medesima sanzione monetaria, posto

⁵⁸ Commissione Fiorella, cit.,

che molto dipende dal *quantum* della pena. L'assunto è tuttavia illuminante laddove valorizza il criterio dell'*extrema ratio*, in astratto incontestabile. Gli interventi di depenalizzazione degli anni '70 e '80 del XX secolo furono (forse) ispirati dall'idea che la sanzione amministrativa potesse essere più efficace della pena criminale. Costituisce un indizio in tal senso la nota circolare della Presidenza del consiglio dei ministri del 19.12.1983³⁹ contenente le linee guida per gli uffici legislativi dei ministeri ai fini delle opzioni incriminatrici, secondo cui la costruzione (o ri-costruzione) del fatto alla stregua di illecito amministrativo sarebbe più che appropriata al cospetto di fattispecie a struttura semplice, laddove non appaia indispensabile il complesso arsenale difensivo proprio dell'attuale rito penale. Dopo trenta e più anni di applicazione della più volte citata l. n.689/1981 appare innegabile l'inefficienza complessiva del sistema sanzionatorio rimesso all'autorità amministrativa: la speranza che sorreggeva le depenalizzazioni del XX secolo si scontra con i fatti. Di qui una spiegazione alternativa. O l'esaltazione del criterio dell'*extrema ratio* proviene da chi contesta l'insuccesso della sanzione amministrativa e continua a nutrire quella stessa speranza che alimentava il legislatore all'alba dell'età della depenalizzazione: si tratta di una pervicacia contrastante con i fatti, ma degna dei più tenaci riformatori. Oppure la copertura ideologica della decriminalizzazione indiscriminata dei reati puniti con multa e ammenda sulla base del principio di sussidiarietà del diritto penale è consapevole dei modi, tempi e esiti del sistema sanzionatorio rimesso alla pubblica amministrazione (ed anche del fatto che nell'età della decarcerizzazione ispirata, propugnata e tenacemente perseguita dalla Corte di Strasburgo la sanzione pecuniaria costituisce l'unico punto fermo del sistema punitivo): in tal caso la traslazione dei fatti di minimo disvalore dal diritto penale all'autorità amministrativa nasconde una volontà occulta di generalizzata depenalizzazione (*id est* rinuncia a qualunque intervento punitivo), al cospetto di condotte di non eclatante gravità. La rinuncia a qualunque intervento punitivo trova riscontro nei casi di depenalizzazione "nominativa", riferita agli artt. 627, 635, co. 1, 647 c.p., dovuta al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

In tal modo la riforma del 2016, per il fatto stesso di ridurre quanto più possibile l'area dei *criminalia* si collega indirettamente anche al "decimo comandamento" della razionalità neoliberale, laddove "pretende di potersi sbarazzare sia della politica sia della giustizia".

³⁹ in *G.U. Supplemento ordinario*, 23.1.1984 n. 22 e *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 344),

3.5. Depenalizzazione e pene pecuniarie civili.

L'ispirazione fornita dal citato "decimo comandamento" dell'ideologia neoliberale è palese anche nell'introduzione del "pagamento della sanzione civile", in aggiunta alle restituzioni e al risarcimento del danno, a fronte delle condotte già contemplate dalle fattispecie decriminalizzate⁶⁰. Benché la somma sia destinata alla Cassa delle ammende, *ergo* allo Stato, l'accessorietà alla domanda di risarcimento del danno, la competenza del giudice civile, il contesto processualcivilistico, il richiamo alla disciplina del codice di procedura civile, in quanto compatibile, esclude che la sanzione di nuovo conio abbia una inequivocabile natura pubblicistica. Si verte piuttosto in un genere nuovo, che si affianca alla pena *tout court*, alla sanzione amministrativa (in tal senso rilevano la rateizzazione dell'adempimento, il divieto di copertura assicurativa e la non trasmissibilità agli eredi dell'obbligo solutorio, così come dispone l'art. 7 Legge n. 689 del 1981, in tema di illeciti amministrativi), in cui l'inevitabile componente afflittiva non consente automatiche assimilazioni alla "materia penale", nel significato elaborato dalla Corte EDU in tema di equo processo. Tanto più che la destinazione dei proventi alla Cassa delle ammende è stata giustificata da esigenze di opportunità, ossia dalla necessità di non far balenare alla persona offesa una possibilità di guadagno, con conseguente incremento del contenzioso civile.

Ciò detto, l'istituto di nuovo conio già solo per il fatto di "combinare" discipline non penalistiche esprime un motivo conforme alla razionalità neoliberale: nella prospettiva ideologica dello "Stato minimo" il *favor* per altre branche dell'ordinamento costituisce un indice del "sospetto" di fondo nei confronti del diritto penale, in quanto espressione e strumento della sovranità dello Stato (decimo comandamento dell'ideologia neoliberale). Conferma la diagnosi la di poco successiva introduzione di un altro espediente finalizzato alla riduzione dell'intervento penale, l'estensione delle ipotesi di procedibilità a quere-

⁶⁰ 35 Danno luogo a sanzione pecuniaria civile le seguenti condotte: a) chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa; b) il comproprietario, socio o coerede che, per procurare a sé o ad altri un profitto, s'impossessa della cosa comune, sottraendola a chi la detiene, salvo che il fatto sia commesso su cose fungibili e il valore di esse non ecceda la quota spettante al suo autore; c) chi distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui, al di fuori dei casi di cui agli articoli 635, 635-bis, 635-ter, 635-quater e 635-quinquies del codice penale; d) chi, avendo trovato denaro o cose da altri smarrite, se ne appropria, senza osservare le prescrizioni della legge civile sull'acquisto della proprietà di cose trovate; e) chi, avendo trovato un tesoro, si appropria, in tutto o in parte, della quota dovuta al proprietario del fondo; f) chi si appropria di cose delle quali sia venuto in possesso per errore altrui o per caso fortuito

la della persona offesa⁶¹, da affiancare ai metodi di sfoltimento dell'area penale "in concreto" o "endoprocedurale", su cui si è già detto.

3.6. La depenalizzazione "corpuscolare-reattiva".

I decreti delegati del 2016 hanno profondamente inciso sul sistema penale, ma hanno tralasciato di riformarlo in modo organico. In tal senso gli interventi di alleggerimento dell'area penale, mediante depenalizzazione *tout court* ovvero mercé mediante traslazione delle fattispecie decriminalizzate ad altri settori dell'ordinamento hanno operato "a macchia di leopardo", nel codice penale e nella legislazione complementare, senza che nessuno dei "sottosistemi" sia stato realmente rimodulato. Non a caso la scelta di decriminalizzare le fattispecie sanzionate con la sola pena pecuniaria è stata ricondotta al criterio selettivo cd "cieco", già utilizzato dalla fondamentale l. 24 novembre 1981, n. 689 (art. 32), benché questa fonte pose se stessa come testo fondamentale del diritto punitivo amministrativo, mentre il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8 non possiede questa ambizione (ad onta di quanto sostenuto in aula dal relatore di maggioranza Ferranti, allorché qualificò la legge delega in corso di approvazione alla stregua di "legge di riforma del sistema sanzionatorio e, quindi, come riforma di sistema").

Orbene la rinuncia a qualsiasi intervento di ampio respiro, come la mancanza di una visione di lunga durata appartengono a pieno diritto alla razionalità neoliberale. In particolare come si è visto "Si modifica la legge in modo infinitesimale, attraverso spostamenti minimi, facendo di volta in volta tesoro dell'insegnamento tratto dai suoi insuccessi passati... Agire, nella prospettiva neoliberale, è reagire, mostrarsi *responsive*, cioè reattivo"⁶². In tal modo trovano la massima e più chiara applicazione il quarto e il quinto comandamento del modello neo-liberale.

La natura "reattiva" della riforma del 2016, in conformità all'approccio ideale in analisi si apprezza anche sotto un altro profilo.

Nel corso dei lavori preparatori il deputato Leone ha ricollegato la depenalizzazione, tra l'altro, alla riduzione o al venir meno dell'allarme sociale per alcune fattispecie di reato ("Le depenalizzazioni sono legate all'evoluzione della società. Le depenalizzazioni sono legate alla presenza o meno di reati che non provocano o, quanto meno, possono provocare un minore allarme sociale rispetto al momento in cui sono stati ipotizzati". Conformemente il Progetto in materia di depenalizzazione e di deflazione del carico processuale,

⁶¹ D.lgs. 10 aprile 2018, n. 36

⁶² GARAPON, *op. cit.*, 21

elaborato dalla Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 14 dicembre 2012⁶³ poneva quale scopo dell'intervento una razionalizzazione del sistema, a salvaguardia di beni-interessi condivisi nel contesto sociale. In termini più sfumati si espresse il relatore della maggioranza on. Ferranti allorché, in fase di presentazione della proposta di legge individuò, tra i reati da espungere, quelli afferenti a “comportamenti che non hanno quel grave disvalore sociale tale da prevedere, appunto, la repressione in termini penali. In altri termini, se uno dei motivi ispiratori della riforma si rinviene nella necessità di adeguare il sistema normativo al mutato sentimento del corpo politico in ordine alla meritevolezza di pena di alcuni comportamenti, si constata come sia stata recepita dai promotori, dal relatore di maggioranza e dai parlamentari l'idea per cui non spetta al diritto (penale o di altro tipo) alcuna funzione “propulsiva” dei valori costituzionali⁶⁴. Anche in tal senso è ripresa la natura “reattiva” del diritto, secondo la tecnica governamentale neoliberale: “ciò che caratterizza un diritto ambientale è il fatto di essere essenzialmente reattivo, non proattivo...”⁶⁵.

3.7. La depenalizzazione securitaria.

Il “non detto” illumina l'ideologia sottesa ai decreti delegati del 2016 più di quanto non facciano le disposizioni approvate. Si consideri *in primis* la Legge n. 67 del 2014, che all'art. 2 mandava il Governo per la trasformazione in illeciti amministrativi di tutti i reati sanzionati con la sola multa o ammenda, fatta eccezione delle seguenti materie: 1) edilizia e urbanistica; 2) ambiente, territorio e paesaggio; 3) alimenti e bevande; 4) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; 5) sicurezza pubblica; 6) giochi d'azzardo e scommesse; 7) armi ed esplosivi; 8) elezioni e finanziamento ai partiti; 9) proprietà intellettuale e industriale. La legge era approvata all'esito di un *iter* parlamentare in cui la proposta di legge 331 - B “Ferranti ed altri, Costa, recepiva il progetto in tema di modifica del sistema sanzionatorio e in tema di sospensione e messa alla prova, già approvato dalla Camera, e la delega introdotta dal Senato per l'introduzione della disciplina della non punibilità per la tenuità del fatto, nonché in materia di depenalizzazione. Nel corso della seduta del 26 marzo

⁶³ Commissione Fiorella, cit., 1587 ss.

⁶⁴ Sulla funzione propulsiva del diritto penale, in chiave critica, BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di De Acutis e Palombarini, Padova, 1982, 1505; MAZZACUVA, *Diritto penale e costituzione*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 1997, 75; MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 59 ss.

⁶⁵ GARAPON, op. cit., 21.

2014 alla Camera dei deputati il relatore della maggioranza on. Ferranti esordì ponendo alla base del provvedimento per un verso l'ineludibile urgenza di conformare l'Italia alle prescrizioni fissate dalla Corte EDU nella nota sentenza "Torreggiani" e al contempo razionalizzare il sistema penale trasformando in illeciti amministrativi "i reati puniti con la sola pena della multa o dell'ammenda, purché non attinenti ad alcune materie escluse per la particolare delicatezza e importanza, rilevanza del bene giuridico tutelato, una per tutte: edilizia urbanistica, ambiente, territorio, paesaggio, alimenti, bevande, sicurezza pubblica, sicurezza sui luoghi di lavoro", ponendo quindi queste materie in contrapposizione con tutte le altre, presidiate da sanzioni pecuniarie, e con gli ulteriori illeciti ritenuti privi di disvalore sociale e quindi immeritevoli di risposta penale. In fase di attuazione delle delega il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, ha degradato in illeciti punitivi amministrativi le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, purché non siano contemplate dal codice penale (fatto salvo quanto previsto dall'art. 2 comma medesimo d.l.vo), dalle leggi speciali menzionate nell'elenco allegato e dal d.lgs. n. 286 del 1998 in materia di immigrazione. Analizzando l'elenco delle leggi contenenti reati puniti con la sola pena pecuniaria esclusivi dalla depenalizzazione vengono in evidenza le principali leggi in materia di edilizia e urbanistica⁶⁶, di ambiente, territorio e paesaggio⁶⁷, di Alimenti e bevande⁶⁸, di

⁶⁶ D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia", L. 2 febbraio 1974, n. 64, recante "Provvedimenti per le costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche", L. 5 novembre 1971, n. 1086, recante "Norme per la disciplina delle opere in conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica".

⁶⁷ D.lgs. 6 novembre 2007, n. 202, recante "Attuazione della direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e conseguenti sanzioni", D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante "Norme in materia ambientale", D.lgs. 11 maggio 2005, n. 133, recante "Attuazione della direttiva 2000/76/CE, in materia di incenerimento dei rifiuti", D.lgs. 14 marzo 2003, n. 65, recante "Attuazione delle direttive 1999/45/CE e 2001/60/CE relative alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura di preparati pericolosi", limitatamente all'art. 18, comma 1, quando ha ad oggetto le sostanze e i preparati pericolosi per l'ambiente, per come definiti dall'art. 2, comma 1, lettera q), D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 174, recante "Attuazione della direttiva 98/8/CE in materia di immissione sul mercato di biocidi", D.lgs. 3 febbraio 1997, n. 52, recante "Attuazione della direttiva 92/32/CE concernente classificazione, imballaggio ed etichettatura delle sostanze pericolose", limitatamente all'art. 36, comma 1, quando ha ad oggetto le sostanze e i preparati pericolosi per l'ambiente, per come definiti dall'art. 2, comma 1, lettera q), L. 11 febbraio 1992, n. 157, recante "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio", L. 26 aprile 1983, n. 136, recante norme sulla "Biodegradabilità dei detergenti sintetici", L. 31 dicembre 1962, n. 1860, concernente "Impiego pacifico dell'energia nucleare".

⁶⁸ D.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 116, recante "Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea", limitatamente all'art. 4, comma 8; D.lgs. 21 maggio 2004, n. 169, recante "Attuazione della direttiva 2002/46/CE relativa agli integratori alimentari".

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro⁶⁹; di sicurezza pubblica⁷⁰, di giochi d'azzardo e scommesse⁷¹, di armi ed esplosivi⁷², di elezioni e finanziamento ai partiti⁷³, di proprietà intellettuale e industriale⁷⁴ Siffatte eccezioni riduttive⁷⁵ chiariscono bene il sistema di valori del Parlamento e del Governo: oltre alla salute individuale e collettiva, il territorio e l'ambiente, la sicurezza dei lavoratori, contano la sicurezza pubblica e la proprietà intellettuale e industriale.

Sembra avverarsi il terzo comandamento dell'ideologia neoliberale: "il diritto deve fornire un minimo di certezza per l'impresa; le sue regole permettono

⁶⁹ D.lgs 9 aprile 2008, n. 81, recante "Attuazione dell'art. 1 della l. 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro", L. 27 marzo 1992, n. 257, recante "Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto", L. 16 giugno 1939, n. 1045, recante "Condizioni per l'igiene e l'abitabilità degli equipaggi a bordo delle navi mercantili nazionali", con riguardo alla violazione, sanzionata dall'art. 90, delle disposizioni di cui agli articoli 34, 39, limitatamente ai locali di lavoro, 40, 41, 44, comma 2, limitatamente alla installazione di impianti per la distribuzione di aria condizionata nella sala nautica e nei locali della timoneria, 45, limitatamente ai locali destinati al lavoro, 66, limitatamente ai posti fissi di lavoro, 73, 74, 75, 76.

⁷⁰ R.d. 18 giugno 1931, n. 773, recante "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza";

⁷¹ R.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933, recante "Riforma delle leggi sul lotto pubblico

⁷² L. 9 luglio 1990, n. 185, recante "Nuove norme sul controllo delle esportazioni, importazioni e transito dei materiali di armamento"; L. 18 aprile 1975, n. 110, recante "Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi"; L. 23 dicembre 1974, n. 694, recante la "Disciplina del porto delle armi a bordo degli aeromobili"; L. 23 febbraio 1960, n. 186, recante "Modifiche al R.D.L. 30 dicembre 1923, n. 3152, sulla obbligatorietà della punzonatura delle armi da fuoco portatili".

⁷³ L. 21 febbraio 2014, n. 13, recante "Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore"; L. 27 dicembre 2001, n. 459, recante "Norme per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero"; D. lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, recante "Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica"; L. 10 dicembre 1993, n. 515, recante "Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione della Camera dei deputati e al Senato della Repubblica"; L. 25 marzo 1993, n. 81, concernente "Elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale"; L. 18 novembre 1981, n. 659, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 2 maggio 1974, n. 195, sul contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici"; L. 24 gennaio 1979, n. 18, concernente "Elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia"; L. 25 maggio 1970, n. 352, recante "Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo"; L. 17 febbraio 1968, n. 108, recante "Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale"; D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, recante "Approvazione del testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali"; Decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, recante "Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali"; D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, recante "Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati"; L. 8 marzo 1951, n. 122, recante "Norme per le elezioni dei Consigli provinciali";

⁷⁴ L. 22 aprile 1941, n. 633, concernente la "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio".

⁷⁵ GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria (art. 21. 28.4.2014 n.67)* in www.lalegislazionepenale.eu.

un gioco che senza di esse sarebbe assurdo. La sicurezza è la condizione della libertà di impresa”⁷⁶.

4. La depenalizzazione e la modifica del sistema penale, in prospettiva geopolitica.

Il trinomio “decarcerizzazione, deprocessualizzazione, depenalizzazione”, quale si rinviene nella legge delega n. 67, rispecchia *in toto* i metodi deflattivi elaborati dalla prassi e ideologia politica degli ultimi quaranta anni per ridurre le distanze tra gli scopi di razionalizzazione del sistema e l’ipertrofia penale⁷⁷. Dunque *nihil novi sub sole*?

Inoltre, a prima vista, è difficile individuare nelle scelte del 2016 una chiara e unica *ratio* ispiratrice: la decriminalizzazione dei reati del sistema complementare puniti con multa o ammenda riporta indietro nel tempo, alla riforma del 1981, e ancora più indietro, al 1977 e quindi sembra mossa dal medesimo sfavore nei confronti della sanzione consistente nell’obbligo di pagamento di una somma di denaro, in quanto ritenuta priva di efficacia deterrente ovvero in quanto indicativa della natura bagattellare dell’illecito che presidia. La depenalizzazione di alcuni reati del codice penale (artt. 485, 594, 627, 635, 647 c.p.) sembra dettate da ragioni di alleggerimento del carico processuale (anche se potrebbe avere ricadute sui giudici civili). La depenalizzazione di alcuni reati desueti è dovuta ad esigenze di modernizzazione del sistema penale. Infine la nuova disciplina di alcuni reati del codice penale in materia di buon costume (artt. 527, co. 1, 528 co. 1 e 2, 726 c.p.) presenta una evidente connotazione ideologica in chiave antimoralistica. Si tratta, a ben vedere, di motivi disparati in cui è difficile individuare un *fil rouge*. Dunque, la depenalizzazione del 2016 si spiega come mossa propagandistica, oppure come una risposta tattica a criticità contingenti?

Eppure i decreti delegati del 2016, se letti unitariamente alla legge delega n. 67 del 2014 e ai provvedimenti normativi di poco antecedenti, contemporanei e successivi (la riforma in tema di stupefacenti, L. 20 marzo 2014, n. 36; la sospensione del processo e l’estinzione del reato per effetto dell’esito positivo della messa alla prova inserita nel codice penale dalla L. 28 aprile 2014, n. 67; l’esclusione della punibilità in casi di particolare tenuità del fatto introdotta dalla L. 27 maggio 2015, n. 69; l’inserimento del requisito dell’attualità delle misure cautelari, di cui alla Legge n. 47 del 2015; l’estinzione del reato in seguito al compimento di condotte riparatorie, introdotta dalla l. 23 giugno

⁷⁶ GARAPON, op. cit., 17-20.

⁷⁷ PALIERO, op. cit., 429.

2017, n. 103; l'ampliamento della procedibilità a querela, di cui al d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36) si inquadrano in una linea di tendenza ben precisa, coerente con la tipologia di governo neo-liberale.

Il sostanziale collasso della giustizia penale, dovuto all'inadeguatezza delle risorse, causata dalle politiche di spesa incontrollata degli anni '80 e '90 del XX secolo, dalla globalizzazione dei mercati, dalla successiva crisi economica e dalle conseguenti politiche finanziarie di rigore dettate da Bruxelles, ha imposto il taglio dei processi perfino per reati rientranti nel nucleo storico del diritto penale (artt. 485, 594, 635 c.p.) e l'introduzione di plurime cause di non punibilità, di non procedibilità, di estinzione del processo. In tal caso le vicende politico-economiche, assecondate da un approccio culturale ostile in via di principio ad ogni pregnante controllo pubblico sui comportamenti individuali, si pongono alla base di una strategia ad ampio raggio di contrazione dei *criminalia*.

Per altro verso i fulmini di Strasburgo in tema di contumacia e sovraffollamento carcerario, ispirati a quella che da più parti è stata definita la "nuova religione dei diritti umani"⁷⁸, pure favorita alla globalizzazione dei mercati e dalla diffusione della connessa *Weltanschauung*, spiegano la legislazione processuale in tema di irreperibili e di sospensione con messa alla prova nonché la riforma in materia di sostanze stupefacenti.

Cause politiche economiche e culturali correndo lungo direttrici parallele si pongono all'origine di un fenomeno di lunga durata: la contrazione della giustizia penale, che è uno dei puntelli fondamentali dell'istituzione statale, indice dell'arretramento dello Stato nazionale dai settori in cui ha dominato per secoli e decenni.

È d'obbligo il richiamo al concetto di "Stato minimo"⁷⁹ in cui - a ben vedersi sintetizzano tutti i comandamenti della governamentalità neoliberale in materia giuridica.

La riprova si rinviene nelle scelte di decriminalizzazione dei reati di cui agli artt. 527, 528 726 c.p., che si ricollegano in modo palese all'ideologia dominante. La globalizzazione dei mercati e la *mens* di chi la finanzia teorizzano, sostengono e postulano la felicità (individualistica) del consumatore (*rectius* la borsa del venditore) la quale giustifica l'anestesia etica e i suoi effetti collaterali pubblici di lunga durata (ad es., l'incontrollabilità degli istinti antisociali), che sono relegati, posti sullo sfondo e quindi spariscono. Lo Stato minimo deve

⁷⁸ PERFETTI, *La religione dei diritti umani ha messo ko il cristianesimo*, in *Il Giornale*, 05/07/2015; BE-NOIST, *La religione global secolare dei diritti umani* in www.lintellettualeedissidente.it.

⁷⁹ Espressione di FOUCAULT, op. cit., 52.

perdere ogni residuo di quell'etica che ha gli ha permesso di sostenersi e crescere fino al punto di alimentare i nazionalismi del XX secolo. Assume tinte fosche l'avverarsi la profezia espressa *claris litteris* da Bauman diversi anni fa: "ora è il principio di realtà ad essere costretto sulla difensiva, obbligato quotidianamente a cedere terreno, autolimitarsi e scendere a compromessi di fronte ai rinnovati assalti del principio del piacere"⁸⁰.

⁸⁰ BAUMAN, *L'etica in un mondo di consumatori*, cit., 50.

