

QUESITI

PASQUALE TRONCONE

Fictio legis e Fictio juris
Una riflessione sui moventi punitivi di un diritto penale illiberale

Scopo di questo lavoro è di aprire una pista di indagine sulla legislazione penale degli ultimi anni che lascia trasparire come comune formante quello di elevare ad esigenza normativa fatti e vicende frutto di enfaticizzazione e manipolazione mediatica. L'opinione pubblica, investita dall'impatto emotivo da questo tipo di informazione si convince di trovarsi in presenza di un decisore politico e di un legislatore in grado di assumere iniziative rassicuranti e capace di mitigare le angosce collettive ricorrendo al rigore punitivo. Il populismo emotivo finisce in questo modo per regolare il movente legislativo di un diritto penale in continua tensione con i diritti e le garanzie fondamentali della persona.

Fictio legis and Fictio juris. A reflection on the punitive motives of an illiberal criminal law

The purpose of this work is to open a path of investigation into the criminal legislation of the last few years which reveals as a common form that of raising to a regulatory need facts and events resulting from emphasis and media manipulation. Public opinion, invested by the emotional impact of this type of information, is convinced that it is in the presence of a political decision maker and a legislator capable of taking reassuring initiatives and capable of mitigating collective anxieties by resorting to punitive rigor. Emotional populism thus ends up regulating the legislative motive of a criminal law in constant tension with the fundamental rights and guarantees of the person.

SOMMARIO: 1. - Per una chiave d'indagine della fictio come fine regolativo della legislazione penale contemporanea. 2. - Prendendo a prestito la retorica antica. Diritto penale e spirito del tempo. 3. - Fictio legis-fictio juris; finzione normativa-finzione giuridica. 4. - Un breve itinerario antologico per individuare il codice genetico dell'attuale legislazione come casi di prassi finzionale. 4.1. - I casi di prassi finzionale della parte generale della legislazione penale. 4.2. - I casi di prassi finzionale di parte speciale della legislazione penale. 5. - Le situazioni di prassi finzionale e di prassi manipolativa in deroga allo statuto delle garanzie costituzionali. 5.1. - Le leggi penali dell'emergenza. 5.2. - Le leggi personali. 5.3. - La giurisprudenza normativa. 6. - La legislazione penale del populismo emotivo e la questione della verità del movente legislativo. 6.1. - Cenni di diritto comparato del populismo penale. 7. - Esempi illuminati di prassi finzionale in bonam partem. 8. - I possibili rimedi alle fonti originate dalla fictio legis. La fictio juris come strumento normativo correttivo.

1. *Per una chiave d'indagine della fictio come fine regolativo della legislazione penale contemporanea.* Il diritto positivo chiama spesso il giurista, in particolare il penalista, a valutare il contesto storico nel quale si è generata una scelta legislativa e con quali ricadute essa possa incidere sui diritti di libertà del singolo e sul sistema normativo in cui entra a far parte la norma penale al suo esame, preservando il proprio ruolo di critico osservatore del sistema¹.

¹ SEMINARA, *Divagazioni sulla nozione di accademia*, in www.penalecontemporaneo.it: «A questo punto la riflessione dovrebbe spostarsi sulla funzione dello studioso di diritto penale nella società odierna, come tutore dei "sacri" principi tramandati dall'Illuminismo e al tempo stesso interprete di norme che da quei principi si allontanano o che addirittura rinnegano». Non vanno, peraltro, sottaciute le perples-

Il tema, naturalmente, vede al centro della riflessione il più ampio dovere del cittadino di mantenere uno spirito attento e critico verso le scelte di governo: “Fin dall’antica Atene, essere testimoni dei tempi difficili è considerato un dovere del cittadino, parte della responsabilità civica di mantenere una società più o meno ben bilanciata. Alle leggi e ai regolamenti dell’ufficialità, il singolo individuo deve contrapporre di continuo domande: è nella tensione (o dialogo) tra quello che è stabilito dal trono e quello che si contesta dalla strada che deve vivere una società”².

La materia penale è quella che più di ogni altra all’interno dell’ordinamento giuridico si pone l’obiettivo di reprimere con decisione fatti dannosi per la convivenza sociale e che aziona la scelta repressiva per punire e, soprattutto, impedire il loro ripetersi³.

Spesso ci si è interrogati sul movente generatore dell’iniziativa repressiva, per poi passare a valutare la necessità e la conseguente adeguatezza della misura sanzionatoria della norma di divieto applicabile.

Molto opportunamente, il giurista che valuta i fenomeni legislativi considera nel suo contesto storico e sociale il momento generatore che ha dato vita alla fattispecie incriminatrice⁴, perché soltanto conoscendo il contesto è possibile sottoporre a esame la correttezza della risorsa penale attivata e l’opportunità

sità che emergono per una scienza penale che talvolta perde di vista l’”insieme”, la materia penale non solo come ordinamento delle leggi ma come aggregato complesso di principi di orientamento, di garanzie, di tutela, di giustizia, nel continuo confronto con altre discipline, rifugiandosi nell’analisi di profili specifici dei molti micro-settori della legislazione penale, come illustrano LACCHÈ, MENCARELLI, *Paura in criminalibus: il problema penale tra sentimento umano e dinamiche sociali*, in *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, Vol. 1, 2019, 8: «Gli “operatori” appaiono inquieti. La dottrina penalistica risente, non positivamente, di certi difetti tipici dell’iper-specializzazione e della frammentazione del “sistema” col rischio di perdere di vista le grandi questioni e le opzioni culturali di base. La distinzione un tempo rilevante, per la funzione sistematica strutturante che aveva, tra diritto penale sostanziale e processuale tende ad attenuarsi, facendo della questione penale anche, e per certi versi soprattutto, una questione di giustizia penale».

² MANGUEL, *Intellettuai di tutto il mondo dove siete finiti?*, in *la Repubblica*, 6 agosto 2019, 34.

³ Passaggi importanti sono contenuti in PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014. Sulla scena della storia, per il diritto di punire derivante dal diritto positivo si rinvia a CORDERO, *Riti e sapienza del diritto. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1981, 95.

⁴ Introducendo una metodologia dinamica anche ai penalisti sostanzialisti, acutamente osservava SBRICCOLI, *Appunti per Introduzione*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, Tomo II, 1312: «è dunque l’approccio “plurale, dinamico ed integrato” che permette allo storico di “vedere” in tutta la sua rilevanza la specificità della “dimensione penale” della vita associata ed il reale funzionamento dei sistemi penali storicamente rilevati. Intendo il loro concreto dispiegarsi nei fatti, e non soltanto la loro conformazione, quale è possibile desumere dalle norme e dalle dottrine». Con gli stessi toni, seppure argomentando da un diverso angolo visuale GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, 57.

di affidare in termini di *extrema ratio* la soluzione del problema alla materia penale⁵.

Il movente legislativo che imprime vigore alla scelta di politica criminale andrebbe considerato sempre con molta attenzione per soppesare appieno le ragioni profonde che imporranno la scelta di limitare la libertà della persona come conseguenza dalla previsione di una norma di divieto. In fondo anche il bisogno di pena trova la sua radice giustificatrice nel movente legislativo che può essere definito come il rapporto di razionale coerenza che lega la necessità del divieto al fine politico criminale dell'opzione attivata e, in questo intreccio, la ragione che giustifica il sacrificio della libertà.

Un punto di partenza appare ineludibile premetterlo e concerne l'intimo legame tra il diritto penale e le scelte politiche e ideologiche che azionano l'opera legislativa.

In questa prospettiva muove la nostra indagine, il cui fine è di offrire reale concretezza all'ipotesi secondo cui dal movente legislativo derivano scelte incriminatrici la cui finalità è costituita dall'artificiosa *ipostatizzazione* di una ragione regolativa che conduce all'entrata in vigore di una norma penale, elaborata unicamente per soddisfare esigenze di accreditamento del consenso, in aperta violazione dei canoni di necessità e di bisogno di pena⁶.

L'attuale stagione del *populismo penale* pone il giurista nella condizione di dover registrare una evidente lesione del principio di certezza del diritto e della legalità penale di stampo costituzionale per effetto di leggi generate da un criptico movente di *fictio legis*.

Questo originario movente regolatore, tuttavia, deve essere sottoposto a un ulteriore scorporo concettuale nel separare il fatto *non vero*, elevato a oggetto di protezione, dal fatto *manipolato* che origina da un fatto vero ma rielaborato al punto da essere utilizzato in maniera diversa⁷.

In questo modo la scelta di politica criminale mistificante è chiamata a reprimere comportamenti destinati a produrre sì danno alla società, ma l'amplificazione dei presunti effetti spinge all'adozione di provvedimenti re-

⁵ Sempre centrale, per i vari ruoli ricoperti dal ceto composito dei giuristi, il tema trattato da BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006.

⁶ GALANTINI, PALMARO, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, Vita e Pensiero, Milano, 2011: «Il punto di partenza di ogni relativismo è la negazione di qualunque verità, cosicché il dubbio insuperabile si insinua a ogni livello del processo della conoscenza, compresi il concetto di diritto, di norma giuridica e la loro interpretazione».

⁷ In effetti, i primi studi sulla manipolazione dei fatti partivano dalla constatazione che il fenomeno sembrava avere aggredito il mondo dell'informazione, nel quale le prassi manipolative andavano progressivamente estendendo la propria energia, fino al "sabotaggio" della realtà, così in LUHMANN, *La realtà dei mass media (1996)*, Milano, 2016.

pressivi la cui vera ragione è lucrare consenso politico e irrobustire la posizione dominante di quell'assetto di potere destinato a enfatizzare sempre più frequentemente fenomeni di disagio sociale tradotti in norme punitive⁸. Nella realtà delle cose il fine politico ultimo è di generare strumenti di controllo sociale attraverso la leva del diritto, e del diritto penale in particolare, e allo stesso tempo affinare l'efficacia dei presidi istituzionali operativi per raccordare l'azione politica, l'azione legislativa e l'azione amministrativa piegandole a finalità predeterminate. Perfino la banalizzazione delle regole esistenti o la paralisi controllata degli strumenti operativi che fanno valere l'incriminazione entrano a far parte di una precisa strategia o tattica destinata a finalità diverse dal giuridico⁹.

⁸ Appaiono, in questo senso, esemplificativi in tutta la loro evidenza gli episodi di condotte e comportamenti invasivi e molesti che si registrano nelle nostre aree cittadine ad intensa urbanizzazione. Esempio per l'enfatizzazione che lo ha preceduto è quello del reato di accattonaggio la cui illiceità viene posta a cavallo tra la risposta punitiva del diritto amministrativo e quella del diritto penale ma che eleva a fatto meritevole della pena episodi di marginalità sociale, si veda CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritomano". Il nuovo art. 669-bis c.p. d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 gennaio 2019. Del pari privo di qualsivoglia tratto di illiceità intrinseco e di offensività in concreto è la figura del c.d. parcheggiatore abusivo (art. 7, comma 15-bis, del C.d.S) che, quando la sua attività non trova alcun aggancio con forme di associazioni criminali sul territorio, appare del tutto privo di quella carica offensiva che ne giustifica la incriminazione nel settore penale di un ordinamento moderno e democratico. Appare più opportuno apprestare iniziative di *welfare* sociale piuttosto che approntare misure di DASPO urbano. Su tale ultima misura si rinvia a PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir.pen. e proc.*, 2019, 1, 5. Lucida analisi della paura generata da fenomeni di microcriminalità che si tramutano in fenomeni di difesa sociale spontanea è svolta da CORNELLI, *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *La paura cit.*, Vol. 1, 2019, 63: «*Rabbia, indignazione, preoccupazione, delusione e sfiducia trovano una modalità di espressione sulla scena sociale e politica nelle proteste di piazza -il più delle volte organizzate da comitati, associazioni o partiti- le quali, nelle grandi aree urbane, si orientano sui temi dell'immigrazione, delle inciviltà e della "microcriminalità". Cristallizzati dai mass-media ed enfatizzati da parte della politica, i sentimenti sociali di esasperazione contribuiscono a rafforzare il senso di crisi della società italiana. In questo scenario, la paura della criminalità inizia a circolare come esperienza affettiva in grado di intercettare e rappresentare la crisi*».

⁹ Vedremo, nell'ambito della nostra analisi che prende spunto da un artificio concettuale, tornare di scottante attualità l'interrogativo che già -seppure nella diversa chiave segregazionista- si poneva FOUCAULT, *Alternative alla prigione. Diffusione o diminuzione del controllo sociale?*, in *La società disciplinare*, Milano, 2010, 96: «*Ecco l'ipotesi. La questione sarebbe: una politica penale -cioè, in via generale, la determinazione di un certo numero di delitti e di reati, le regole procedurali con le quali si intendono contrastare tali reati, le pene previste- una politica penale in varie società ha davvero la funzione dichiarata, per così dire, di eliminare i reati? In realtà, in ultima analisi, una politica penale, un codice di procedura penale, un codice di strumenti punitivi, l'apparato giudiziario apparentemente proteso a reprimere i reati, non sarebbe nei fatti destinato a organizzare le illegalità? A differenziarle, a stabilire fra di esse una sorta di gerarchia, così da tollerarne alcune e vietarne altre, sanzionarne alcune in un modo, altre in altro modo? La macchina penale avrebbe la funzione non di tendere alla scomparsa dei crimini, quanto piuttosto a controllarli, a mantenerli in un certo stato di equilibrio, utile dal punto di vista economico e produttivo dal punto di vista politico?*».

Il tentativo compiuto da questa nuova dimensione del diritto penale della contemporaneità è di rendere funzionale l'azione legislativa o l'inazione operativa delle istituzioni alle scelte del ceto politico di governo, garantendo in primo luogo di perseguire la finalità di rafforzare e stabilizzare l'assetto di potere.

2. *Prendendo a prestito la retorica antica. Diritto penale e spirito del tempo.* Yan Thomas in un originale saggio del 1995 apparso sul numero XXI della rivista francese “*Droits*”, nel prendere in esame la teorica giuridica prodotta nel mondo del diritto romano antico e successivamente recuperata in quello medioevale, ragionava intorno al fondamento dell'istituto che va sotto la denominazione di “*Fictio legis*”¹⁰.

Potremmo oggi dire che quel modello teorico recuperato da Thomas, al di là della probabile retorica che il diritto ne ha fatto nei diversi secoli, può rappresentare un utile strumento di indagine per passare in rassegna la legislazione penale degli ultimi anni e, attraverso di essa, individuare il movente legislativo che si trova alla sua base, per comprenderne le ragioni politico criminali, ma soprattutto politiche -del ceto politico; del decisore politico- in senso stretto, della sua entrata in vigore.

Questo ambizioso quanto ricco quadro dell'indagine non può, tuttavia, prescindere dalle moderne coordinate arginanti dettate dagli artt. 49 e 52 della Carta di Nizza che ormai, anche per la giurisprudenza normativa europea, costituiscono le colonne d'Ercole entro cui lasciare transitare le scelte legislative in materia penale degli stati membri, evocando costantemente i canoni di controllo della legge, vale a dire la necessità e il livello tollerabile di sacrificio della libertà personale.

La tesi che intendiamo proporre è la seguente: “*La fictio altro non sarebbe se non quella tecnica attraverso cui il diritto (a) traveste i fatti diversamente da ciò che essi sono per (b) tirare tutte le conseguenze giuridicamente rilevanti che da questa verità fittizia -oppure istituita- non possono non discendere*”¹¹. Si tratta, dunque, di una finzione ingannevole, *in malam partem*, e non quella, come si chiarirà più avanti, che produce diritto a favore, a vantaggio, dei diritti fondamentali della persona, in *bonam partem*¹².

¹⁰ THOMAS, *Fictio legis*, Macerata, 2016, originariamente apparso come “*Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites medievales*”, in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 21, 1995, 17.

¹¹ La definizione è efficacemente fornita da Michele Spanò nella introduzione a *Fictio legis* di Yan Thomas. Ancora utile sul tema è *Le finzioni del diritto*, a cura di D'Usseaux, Giuffrè, Milano, 2002.

¹² Ricco di riferimenti sul tema è il lavoro di TUZET, *Finzioni*, in *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di Ricciardi, Rossetti, Velluzzi, Roma, 2015, 269.

Vi è un dato da cui prende spunto la vicenda narrativa della *factio legis* e quel dato è costituito dalla certezza del falso da parte di chi innesca il movente legislativo. Senza la certezza e la consapevolezza del falso da parte di chi se ne fa promotore, detto in altri termini la strumentalità orientata dell'azione creatrice del diritto, non vi sarebbe questione sulla necessità di adottare una norma giuridica di stampo penale¹³. Il falso presupposto, la falsa vicenda sociale, il mistificato fenomeno sociale dannoso da cui prende vita tutta l'azione del legislatore, devono coincidere con la falsa rappresentazione della realtà o la falsa interpretazione di un fatto concreto¹⁴. Solo a queste condizioni può reggere la teoria della *factio legis*, altrimenti il movente sarebbe giustificabile e la scelta regolativa necessaria o quantomeno legittimamente giustificata dagli eventi.

Prendere atto di questo fenomeno legislativo, vuol dire raggiungere la ragionevole certezza che la finzione è divenuta l'autentica finalità regolativa del diritto e in questa nuova dimensione tutta l'azione legislativa è caratterizzata da un "fatto o fenomeno" falso che costituisce la base motivazionale della scelta; la "necessità" di intervenire a regolarlo come falsa base argomentativa per sedare il disagio¹⁵; il "movente legislativo" come espediente falsificatore della ragione politica; la "legge" che entra in vigore come strumento di controllo del consenso sociale che nella sua verità fattuale si ammanta della connotazione formale di certezza del diritto¹⁶.

In questo modo il concetto di certezza del diritto¹⁷, carattere che assicura giu-

¹³ Pur non spostandosi sul terreno della manipolazione del reale, ma mantenendosi nell'ambito della necessità di una norma punitiva, la prudenza del legislatore dettata nella fase di limitazione della libertà personale imporrebbe quanto afferma FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, 65: «E la legge non può qualificare come penalmente rilevante qualunque ipotesi anche indeterminata di devianza, ma solo comportamenti empirici determinati, come tali esattamente identificabili e insieme ascrivibili alla colpevolezza di un soggetto».

¹⁴ La citazione che si riporta di Cino da Pistoia -C.J., 4, 19, 16- è la più plastica definizione della tecnica di falsificazione: «La finzione prende per vero ciò che è certamente contrario al vero».

¹⁵ FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95: «In questo quadro, l'ispirazione populistica si è notoriamente tradotta in una accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità».

¹⁶ Sul tema di carattere generale del consenso si veda PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992, 849. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Studi in memoria di R. Dell'Andro*, Bari, 1994.

¹⁷ La trattazione del tema non può partire da un classico, DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968. La fase applicativa della norma attiva anche la relazione tra legislatore e interprete dove la certezza del diritto può subire un ulteriore deterioramento, sul tema LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della*

stizia, eguaglianza applicativa e coerenza ai principi fondanti un ordinamento, è la traduzione spuria di una necessità falsificata dipendente da un fatto posto alla sua base che, a ben vedere, nasce dalla faglia che si interpone tra il piano della realtà e l'ordine dei fatti¹⁸.

In realtà, le diverse opzioni di tecnica giuridica cui si fa ricorso nascondono un'altra insidia: occorre cura nel distinguere la "certezza" dalla "incertezza" della verità, nella stessa misura in cui il falso si distingue dalla presunzione.

E allora, il falso da cui muove l'azione legislativa genera una norma chiamata a regolare un fatto fittizio e la presunzione, da cui origina il movente legislativo fondato sul vero, dà luogo all'incertezza del diritto.

In entrambi i casi la finzione della legge che diviene operativa serve strumentalmente a sedare il bisogno di pena indotto nei destinatari delle norme che diventeranno successivamente le vere vittime dei loro effetti¹⁹.

legge, Torino, 1999. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. RESCIGNO, *Certezza del diritto e legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2016, 7. STAIANO, *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011.

¹⁸ Yan Thomas definisce questa ipotesi "Soversione del fatto", in SPANÒ, VALLERANI, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in THOMAS Y., *Fictio legis cit.*, 97.

¹⁹ Il diritto medioevale andava anche oltre lo spettro finzionale di produzione della legge, facendo un uso strumentale della presunzione. In diritto penale, ad esempio, vigeva una presunzione assoluta di colpevolezza che radicava il principio giudiziario della c.d. "estensione della cattiva fama". Si riteneva che chi si fosse macchiato di un crimine recasse con sé lo stigma inestinguibile della colpa e l'infamia precedente portava il giudice a condannare sempre e comunque un imputato, non tanto per il nuovo fatto commesso quanto per l'estensione degli effetti della precedente condanna che induceva a qualificare, sempre e comunque, un nuovo comportamento come un crimine colpevole. Anche questa vicenda era un tassello della narrativa giuridica finzionale, mistificatoria, che entrava a far parte però della categoria della *fictio juris* (finzione del diritto in *action*), piuttosto che della *fictio legis* (finzione della fonte). Secondo una prospettiva moderna si potrebbe parlare di diritto penale d'autore o ancora di diritto penale del nemico, attraverso la costituzione giuridica di classi pericolose, il cui tipico avamposto sono le misure di prevenzione personali per punire la pericolosità sociale, l'esatto opposto del diritto penale contemporaneo di stampo costituzionale che tende al recupero sociale del condannato e al superamento dello stigma penale. Peraltro, Thomas, sulla scorta dei precedenti storici, dipana il bandolo della complessiva operazione "finzionale" distinguendo la "finzione positiva" dalla "finzione negativa". Con la prima si asserisce l'esistenza di un fatto inesistente o inventato generando la norma che lo regola; con la seconda si interviene ad annullare un evento prescrittivo abrogando la norma che l'ha motivato. In questo caso il falso diventa, nello stesso tempo e con la medesima efficacia, l'espedito abilitativo di un movente legislativo e il canone di controllo suppressivo di una legge. Certamente non è il caso della materia penale, ma va da sé che per la finzione negativa è molto importante riconoscere cittadinanza al *procedimento analogico suppressivo* di norme simili se nate su di un presupposto falso: inapplicabilità di entrambe. Non diversamente opinando, l'analogia è da rifiutare nell'ipotesi della finzione positiva, poiché, non solo assume la funzione di un moltiplicatore di falsificazione, ma soprattutto perché la finzione tende a scartare l'analogia proprio perché questa potrebbe rappresentare l'amplificazione degli effetti giuridici di un fatto vero, seppure appartenente al compendio di altra norma regolativa. Occorre dire che lo spirito pragmatico dei romani li portava a ricorrere alla finzione

3. *Fictio legis-fictio juris; finzione legislativa-finzione giuridica*. La narrazione del percorso giuridico finzionale ci chiama tuttavia a fare un passo in avanti. Non esiste soltanto la legge fondata su un dato falso o opportunamente enfaticizzato fino a rendersi tale, ma può esistere anche il diritto elaborato su un fatto frutto di una lettura falsificata della realtà, una mistificazione del concreto²⁰.

Se la *fictio legis* trova il suo fondamento in un “*non fatto*” vale a dire un falso conclamato utilizzato come espediente per produrre una norma che lo regoli, la *fictio juris* è la manipolazione finzionale del diritto vigente per piegarlo a soluzioni applicative, soprattutto giurisprudenziali, per fare in modo di rintracciare quella regola giuridica che la mancanza della fonte non consentirebbe di utilizzare.

In entrambi i casi si fa ricorso alla finzione positiva, quella creativa della fonte e del diritto e non negativa che, anzi, darebbe luogo a un vuoto normativo che non rientra sempre nei piani dell’attività manipolatoria.

In diritto penale, oltre che all’eliminazione diretta per contrasto con i principi superiori dell’ordinamento, la finzione negativa finirebbe per integrare la *desuetudine*, fonte ripudiata dalla materia penale, sebbene, talvolta, possa rappresentare una forma di abrogazione silente di una norma incriminatrice scomoda o non più attuale.

Andando a compiere l’analisi del fondo delle questioni si scopre che è possibile distinguere una politica criminale in grado di generare una vicenda definibile di *fictio legis* e, d’altro canto, una politica giudiziaria che offre il margi-

anche quando vi era la certezza che il fatto o l’evento fosse vero, ma occorreva rivestire di finzione quel fatto semplicemente per garantire i medesimi effetti a situazioni analoghe che andavano considerate del tutto identiche per il diritto. Thomas precisa che lo schiavo che veniva affrancato e diventava un uomo libero assumeva lo *status* attraverso la clausola “*come se fosse nato ingenuo*”, facendo risalire il nuovo *status* alla sua origine e applicando la formula giuridica in termini di retroattività socialmente favorevole. La vera fonte della *fictio legis*, tuttavia, fu *ipostatizzata* nella legge Cornelia, secondo la quale il prigioniero veniva considerato morto prima di assumere la qualifica di prigioniero allorchè perdeva lo *status* di cittadino romano¹⁹. Ma per evitare che il suo testamento fosse dichiarato nullo, la *Fictio legis Corneliae*, denominata in questo modo dalla *Lex Cornelia Sullae de captivis* datata nell’81 a.C., stabilì che il momento della morte del prigioniero (*captivus*) dovesse coincidere fittiziamente con il momento della sua cattura e, quindi, con la perdita della libertà¹⁹. In altri termini, lo stato di prigionia, che privava di diritti la persona nata libera, imponeva con la legge Cornelia -falsificando la realtà-, di prendere atto di un evento falso, vale a dire che il *de cuius* era libero e in grado di trasferire il patrimonio.

²⁰ Occorre prendere atto, come sostenuto dal PULITANO, *Cura della verità e diritto penale*, in «*Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo cit.*», 63, che il problematico rapporto tra diritto e verità «*attraversa a tutto campo il mondo del diritto, e segnatamente il diritto penale: riguarda i rapporti del mondo normativo con il mondo dei fatti.*»

ne di apprezzamento della *fiction juris*. Questo duplice crinale su cui può svilupparsi la vicenda finzionale vede, talvolta su piani contrapposti, talaltra su piani convergenti, l'opera del legislatore e l'opera del giudice. Anzi, da un lato un legislatore -solo ceto politico di governo- che supplisce la funzione parlamentare della sovranità popolare; e dall'altro un giudice che supplisce, a suo modo e a volte anche in contrasto con le idee del ceto politico, la funzione legislativa spesso inerte o indifferente a determinati fatti²¹.

Prende vita in tal procedere una legislazione caratterizzata da una precisa e individuabile cifra identitaria, tale da fondare la categoria legislativa del "*patrimonio normativo finzionale*".

Questo assetto, seppure assume a nostro parere, un ambito contestuale caratterizzato dalla finzione positiva, non si evidenzia fortuitamente nel suo operare, bensì matura progressivamente quando la funzione regolativa del diritto svolge il suo itinerario creativo e attuativo indirizzata da intenti manipolatori e dettate da scelte politiche di tipo arbitrario. Il contesto finzionale, infatti, manipola in primo luogo la natura della scelta regolativa facendola passare per discrezionale, in realtà connotata al suo interno da un fine arbitrario e del tutto incoerente con la cornice di valore del sistema.

Se la struttura della finzione presenta un movente legislativo generato artatamente dall'emergere di un fatto falso, cui si afferma occorra apprestare la necessaria regola del diritto, da un punto di vista meramente funzionale la *finzione* è quell'espedito che dà vita a una procedura che offre uno strumento attuativo da utilizzare per conformare il sistema delle leggi a precise scelte di natura politica. Cosicché la struttura è il meccanismo funzionale in base al quale viene creata la regola, da parte del legislatore o del giudice; la funzione integra la ragione di tipo politico che consente al potere centrale di utilizzare uno strumento giuridico per fini arbitrari che senza l'operazione finzionale non avrebbe avuto a disposizione. In questo procedere si attua il sabotaggio della verità nel momento della determinazione legislativa di punire un fatto concreto offensivo o quantomeno lesivo degli interessi dell'ordinamento.

Le componenti relazionali, struttura e funzione, devono fare, anche, i conti con il generale concetto di eversione ordinamentale. La finzione, infatti, modella un sistema normativo del tutto avulso dal contesto dei valori dell'ordinamento ed essendo caratterizzato da un movente del tutto falsifica-

²¹ Si prenda in considerazione la paradossale vicenda normativa dell'aiuto o istigazione al suicidio punito dall'art. 580 c.p. e dalla questione di parziale incostituzionalità della fattispecie incriminatrice sulla quale non ha voluto intervenire il Parlamento, nonostante la Corte costituzionale avesse provveduto con una ordinanza sospensiva n. 207 del 2018.

to, porta alla stabilizzazione di norme o di decisioni in stridente contrasto con il quadro legislativo dei principi, fino ad apparire come norme eversive perché lesive dello stesso contesto giuridico e valoriale di appartenenza. Le norme eversive, peraltro, rappresentano l'evento estremo di lesione della legalità. Un esempio paradigmatico di finzione positiva, tanto più eclatante perché registrata sul piano del diritto internazionale, è quello che riguarda il caso della compagine militare guidata dagli Stati Uniti che decise di attaccare l'Iraq di Saddam Hussein per sventare l'imminente pericolo di un attacco generalizzato da parte del dittatore iracheno con gas tossici. Si scoprì, solo successivamente, che la delibera delle Nazioni Unite che autorizzava l'aggressione militare era fondata su un fatto falso, non esisteva un arsenale chimico di aggressione, e che tutte le decisioni giuridiche e militari assunte in quell'ambito erano state generate dalla artificiosa situazione di fondo che imponeva un intervento d'urgenza. L'attacco militare legittimamente deliberato sul piano della legalità formale celava in realtà il proposito, poi attuato, di un'aggressione gratuita a uno stato sovrano e immune da qualsiasi responsabilità. Un provvedimento punitivo, dunque, che prendeva vita da un fatto reale artatamente mistificato e destinato a rappresentare un pericoloso precedente sul piano delle relazioni tra Stati sovrani.

Seppure in una dimensione in scala, se è vero che l'ordinamento italiano assicura i valori di uguaglianza e solidarietà, leggi che dovessero vietare il soccorso in mare lederebbero quei valori identitari che fondano il nostro ordinamento costituzionale nonché le leggi internazionali sul mare e le norme sorte sulla base dell'enfaticizzazione di un fenomeno, come quello dell'emigrazione di massa incontrollabile, sarebbero in contrasto e quindi eversive del nostro sistema costituzionale e del quadro pattizio internazionale²².

L'incapacità di organizzare l'accoglienza inclusiva, a livello nazionale e continentale, enfatizza un fatto elevandolo alla misura esponenziale di un fenomeno, fino al punto da motivare l'adozione di provvedimenti legislativi che sono in evidente controtendenza con lo spirito della democrazia e con i principi guida della legislazione eurolunitaria in materia di diritti fondamentali dell'uomo²³.

²² Circa il tentativo di elusione normativa del soccorso di necessità, si rinvia a ZIRULIA, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in www.penalecontemporaneo.it. Il Presidente della Repubblica in data 8 agosto 2019 ha promulgato la nuova legge denominata "Decreto sicurezza bis" sottolineando che la corretta interpretazione che il giudice dovrà comunque interpretarla alla luce delle leggi internazionali e in particolare dalla Convenzione di Montego Bay che consentono il soccorso di necessità in mare, in www.quirinale.it.

²³ Sulla questione DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della*

Uno spaccato degli ultimi anni ci offre il caso del delitto di corruzione che nella sua enfaticizzazione mediatica impone di farvi fronte in maniera ferma e decisa, pur apparendo una criticità la dimensione del fenomeno percepito (il 97% degli italiani ritiene che la corruzione sia un fenomeno dilagante in Italia (contro una media Ue del 76%) rispetto ai casi effettivamente registrati dalle statistiche giudiziarie²⁴.

Il Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione dott. Giovanni Canzio nella sua Relazione annuale del 2106 in riferimento all'amministrazione della giustizia nel 2015 faceva una importante puntualizzazione: *“In questa ottica, la corruzione non è soltanto un reato contro la pubblica amministrazione, ma è uno dei più gravi reati contro l'economia”*; e poi nel successivo anno 2017 esprimeva una condivisibile preoccupazione: *“È fortemente avvertita nel Paese la percezione di una diffusa corruzione sia nella Pubblica Amministrazione che tra i privati. Essa non trova tuttavia riscontro nelle rilevazioni delle statistiche giudiziarie. Il dato statistico nazionale sia degli uffici di merito che presso questa Corte evidenzia, tuttavia, un numero eccessivamente esiguo di giudizi penali instaurati per siffatti gravi delitti [n. 273 procedimenti definiti nel 2016 in Cassazione, pari allo 0.5%]. Occorre, pertanto, un'approfondita riflessione sulla efficacia delle attuali misure, preventive e repressive, di contrasto del fenomeno, perché ne sia consentita l'emersione nelle sue reali dimensioni anche nelle aule di giustizia”*²⁵.

Pertanto, la portata della *fictio* va ben oltre la stretta disciplina letterale della regola normativa, ma investe altri momenti qualificativi dell'azione legislativa. Struttura e funzione si devono accompagnare al fine, l'utilità, e il consenso sociale che sollecita e, successivamente, approva quella scelta.

Tutto questo è radicato su un bisogno indotto di pena, di controllo orientato della punizione che va oltre la verità del fatto.

clandestinità, in *Riv.it. dir. e proc.pen.*, 2008, 1634. *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di Sicurella, Torino, 2012. Sessa, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir.pen. e proc.*, Vol. IV, 2017, 522.

²⁴ Si veda l'esito delle indagini contenute nella prima *“Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione”*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁵ MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2019. Sul tema non mancano interventi di raccordo con altre Autorità specifiche messe in campo per arginare il “fenomeno”, come riportato nel *“Piano triennale di prevenzione della corruzione 2019”* varato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri che ha facoltà di nominare appositi Commissari, ai sensi del DPCM 28 marzo 2018: *«I Commissari straordinari del Governo delegati per esigenze straordinarie ai sensi di leggi speciali svolgono direttamente le funzioni di responsabili per la trasparenza e di responsabili per la prevenzione della corruzione»*, in www.governo.it.

In definitiva, il populismo penale crea quelle condizioni di fatto per cui la stessa opinione pubblica invoca una regola repressiva favorendo l'intervento di quella parte politica che la propone e che, successivamente all'adozione della regola, approva l'operato del proponente e sempre più fiduciosamente si affida al decisore politico in grado anche in futuro di garantire l'adozione di altre regole che la stessa opinione pubblica ritiene indispensabili ma che in realtà non lo sono perché sorte su basi della realtà falsificata.

In maniera speculare accade che l'annuncio della regola giuridica venga respinta dall'opinione pubblica che, convinta della sua entrata in vigore, ne disapprova l'iniziativa. Solo a questo punto il decisore politico fa un passo indietro e blocca il percorso legislativo del provvedimento annunciato.

Il risultato è che tutte le norme limitative della libertà, entrate in vigore nell'intento di comporre un quadro dove la gestione dei bisogni diventa lo strumento di controllo più efficace, finiscono per compromettere la libertà e l'autodeterminazione proprio di quei soggetti destinatari che quelle regole hanno proposto in maniera indotta e ampiamente condivisa.

4. *Un breve itinerario antologico per individuare il codice genetico dell'attuale legislazione come casi di prassi finzionale.* I diversi contesti storici in cui originano i moventi legislativi che poi danno vita ai provvedimenti legislativi evidenziano talune scelte estreme dell'ordinamento che, benché radicalmente diverse nella struttura e nella funzione, talvolta si corre il rischio di confonderle²⁶.

Per quanto poi concerne il sovvertimento delle procedure istituzionali di approvazione delle leggi, la *fictio legis* diventa l'origine di un diritto penale illiberale perché privato dei meccanismi di controllo nella fase di esercizio della funzione legislativa. In questo senso va analizzato il vasto e sempre più ampio e variegato fenomeno legislativo della decretazione d'urgenza nonché il varo dei numerosi decreti legislativi, vere e proprie forme di abuso provvedimentoale, che depongono nel senso di concretizzare un alto numero di leggi che eludono il percorso parlamentare²⁷.

L'assenza del controllo delle Camere e soprattutto la mancanza di spazio di interlocuzione all'intervento delle opposizioni parlamentari, contributo necessario all'equilibrio intrinseco dei provvedimenti legislativi dotati dei caratteri naturali di generalità e astrattezza, consegnano al giudice norme penali il cui movente legislativo le indirizza a percorsi applicativi distonici rispetto a quelli

²⁶ MANNA, *La crisi attuale della codificazione penale italiana*, in *Ind.pen.*, 2006, 965.

²⁷ CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

di coerenza ordinamentale. L'effetto che se ne produce è che il diritto urta contro i fatti.

4.1. *I casi di prassi finzionale della parte generale della legislazione penale.* Il caso della rilettura polarizzante della causa di giustificazione della difesa legittima, art. 52 c.p., ribattezzata “*legittima difesa domiciliare*”, ha orientato fittiziamente, quella che era nata come norma di favore, verso un indirizzo applicativo diverso, ma solo fittiziamente. Nella realtà, l'opinione pubblica che aveva sostenuto la giustificazione per chi avesse messo in pericolo la vita di un ladro all'interno della propria abitazione, con il varo della modifica additiva della norma, ha immaginato l'introduzione di una presunzione assoluta di innocenza nel caso dell'omicidio del ladro, incidendo sulla disciplina del c.d. eccesso colposo²⁸.

Il movente legislativo, con queste premesse, nasceva in realtà da un fatto falso, l'assenza di una presunzione legale, quando in realtà la norma scriminante vigente teneva già conto di una serie di criteri e di una consolidata linea interpretativa in grado di salvaguardare la posizione della vittima che non sarebbe mai divenuta carnefice alle condizioni date. Ed invece, il correttivo prescrittivo apportato al testo legislativo parte da una finzione di fatto che ha dato vita a una norma manipolatoria che va incontro agli annunci fatti propri dall'opinione pubblica, ma che nella realtà processuale non muterà nulla dei criteri di accertamento che il giudice sarà tenuto ad utilizzare, né si modificherà la responsabilità dell'agredito nel caso in cui uccida il ladro nella convinzione che difendersi a casa propria vuol dire ricorrere a qualsiasi mezzo offensivo e a qualsiasi forma di azione aggressiva.

In realtà, la manipolazione è giunta al punto da confondere il ruolo di aggredito con quello di aggressore e ha trasformato l'agredito nel possibile autore di un omicidio, sbilanciando il peso dei valori che si contrappongono in campo: la difesa del patrimonio contro il più prezioso bene della vita. Una sorta di eterogenesi dei fini.

Una ipotesi di finzione negativa invece ha assunto negli ultimi mesi la vicenda legislativa -vi era stata infatti legge delega- quella della mancata adozione dei decreti attuativi relativi a quella parte della riforma della legge sull'ordinamento penitenziario concernente l'ampliamento del trattamento

²⁸ Anche in questo caso vi è stato un intervento del Presidente della Repubblica in data 26 aprile 2019 ha promulgata la nuova legge precisando che la corretta interpretazione che il giudice dovrà darne tenga conto della “*portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta*” escludendo qualsiasi presunzione, in www.quirinale.it.

rieducativo con le misure alternative alla detenzione²⁹. La spinta all'ampliamento di misure punitive, che dopo tanti anni erano state sdoganate dalla categoria di "benefici penitenziari" per ottenere il riconoscimento di vere e proprie pene in esecuzione, intendeva assicurare una svolta evolutiva al principio costituzionale di rieducazione rimasto in larga misura del tutto inattuato³⁰.

In questa nuova materia si è registrato un vero e proprio "spreco legislativo" costituito dalla mancata attuazione della legge delega, vanificando il testo con la sua estinzione per la mancata adozione nel termine ultimo indicato dal Parlamento dei decreti legislativi attuativi. Questo fenomeno, per la verità nuovo alle cronache giuridiche insieme alla mancata adozione dell'intero testo della legge delega sulla nuova depenalizzazione, è una chiara ipotesi di falsificazione della "non esistenza" di esigenze che motivavano l'adozione delle nuove norme. In questo caso il fatto falso è costituito dall'assenza di necessità che, invece, sussisteva e continua a sussistere per la costante crescita del numero dei detenuti che genera una strutturale situazione di sovraffollamento carcerario, oltre, e molto più importante, alla mancata concretizzazione di quel percorso rieducativo che l'art. 27 Cost. attende dal 1948³¹.

4.2. *I casi di prassi finzionale di parte speciale della legislazione penale.* Legato a questo quadro di mancata realizzazione di progetti legislativi approvati dal Parlamento è la vicenda opposta, quella dell'elusione dei percorsi di trattamento penitenziario e di risocializzazione del condannato attuata attraverso l'aumento delle pene edittali per particolari categorie di reato.

Sono molti i delitti che hanno subito l'aumento esponenziale delle pene, si pensi alla fascia dei reati predatori, furto aggravato, rapina, violazione di domicilio, lo scambio elettorale politico-mafioso³², così come le nuove figure di

²⁹ Quanto mai pertinenti le riflessioni di GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in www.questionegiustizia.it.

³⁰ Ampi e puntuali riferimenti in COMMISSIONE GIOSTRA, *Il progetto di riforma penitenziaria*, Roma, 2019.

³¹ Non manca chi non vede nella colpevole omissione del legislatore, come quella a nostro parere evidente in materia di rieducazione del condannato dove sono stati fatti decadere i decreti attuativi, una responsabilità del legislatore, come PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. del dir.*, 2007, 355: «Affinchè detta responsabilità operi non è necessario che il pregiudizio sia generato sempre dall'emanazione di una legge o atto equiparato; infatti, può accadere che la lesione si determini proprio perchè manca una legge che invece dovrebbe esserci e, quindi, che sia il frutto di un'omissione legislativa»; e 356: «Oggi, invece, non è più pensabile ritenere priva di conseguenze l'inerzia del legislatore, soprattutto quando essa determini una inattuazione della Costituzione e questo ridondi sulle posizioni giuridiche dei cittadini tutelate a livello costituzionale».

³² AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio eletto-*

delitto punite con pene draconiane, si pensi al *revenge porn*, la “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” dell’art. 612-ter c.p., di cui si dirà più avanti.

Quanto poi a tutta la fascia dei reati che costellano la vicenda corruttiva si è registrato un proliferare di norme incriminatrici dalla non sempre ineccepibile determinatezza³³ e soprattutto il lievitare dell’intero apparato sanzionatorio, pene personali e patrimoniali, con una velenosa appendice nella norma che impedisce il trattamento penitenziario dei condannati per tali delitti, essendo stato inserito il delitto di corruzione tra le categorie ostative dell’art. 4-bis della legge sull’Ordinamento Penitenziario³⁴.

La *fictio legis* è arrivata al punto da non riconoscere uguale dignità incriminatrice alla corruzione privata diversamente da come viene conferita alla corruzione pubblica, nonostante le comuni fonti sovranazionali. Il nuovo testo del delitto dell’art. 2635 c.c. “*Corruzione privata*”, messo in campo con una complessiva riforma del 2017, potenzia il ruolo punitivo orientando la norma alla tutela della libera concorrenza del mercato, sganciandola del tutto dal paradigma del dovere di fedeltà alla funzione pubblica come era stata indirizzata dalle direttive sovranazionali. Questo impoverimento del superiore referente teleologico riduce la previsione incriminatrice a una norma meramente simbolica, pur appartenendo al novero dei reati corruttivi che andrebbero combattuti ciascuno con gli stessi strumenti e con la stessa inflessibilità. Né la eliminazione della perseguibilità a querela, a favore esclusivamente di quella d’ufficio, ha reso la fattispecie più elastica, lasciando invariati gli elementi costitutivi di una norma di difficile configurabilità in concreto.

In realtà, l’aumento delle pene genera anche un altro fenomeno di falsificazione dei fatti, quello condizionato dal concetto mai concretamente comprensibile di “certezza della pena” o forse certezza dell’esecuzione della pena. In

rale politico-mafioso. Osservazioni a margine dell’art. 1, comma 5, d.d.l. C. 4368, in www.penalecontemporaneo.it.

³³ MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2018, 1126.

³⁴ Come dispone la Legge n. 3 del 9 gennaio 2019 detta “Spazzacorrotti” avendo modificato l’art. 4-bis della legge n. 354 del 26 luglio 1975 “*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*”: “1. L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell’articolo 58-ter della presente legge o a norma dell’articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo co., 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale”.

questo caso la legge n. 3 del 9 gennaio 2019 “*Spazzacorrotti*” non incide sul profilo di diritto sostanziale della disciplina della prescrizione prevista nel codice penale, ma pur lasciando inalterati i regimi minimi dei vari termini prescrizionali, introduce una variazione di natura processuale dei delitti, intervenendo sul *dies a quo* dopo i giudizi di primo grado e di appello che restano sospesi³⁵.

La prescrizione, infatti, è l’altro “ventre molle” di una situazione della giustizia in Italia che affronta falsi miti piuttosto che assicurare tempi di giudizio certi, tempestivi, abrogando -di fatto-, come mera operazione di finzione negativa, il principio costituzionale della ragionevole durata del processo e pregiudicando il principio di presunzione di innocenza.

Occorre a questo punto anche, sia pure brevemente, aggiungere che il legislatore negli ultimi anni modifica norme di diritto penale sostanziale con l’introduzione di discipline proprie del diritto processuale. Anche questo fenomeno legislativo può essere definito di *fictio*, una precisa strategia per aggirare i vincoli di una materia e trattandosi di materia penale sostanziale si procede ad una vera e propria “disapplicazione delle garanzie” nel settore dell’ordinamento che condiziona i diritti di libertà.

Un chiaro esempio è rappresentato dalla legge c.d. *ex Cirielli* n. 251 del 5 dicembre 2005 che condizionava l’applicazione dei nuovi limiti, più vantaggiosi, della prescrizione dei reati alla fase in cui si trovava il procedimento penale in corso. Per cui era la disciplina processuale a condizionare l’applicazione di un istituto di diritto sostanziale, centrando l’efficacia estintiva non sui tempi del commesso reato ma sui tempi del processo per accertarlo.

Del resto, anche la sostituzione della pena dell’ergastolo con la reclusione a trent’anni fu determinata con la modifica dell’art. 442 c.p.p. che disciplina il rito abbreviato, introdotto con la legge 16 dicembre 1999 n. 479 (c.d. “legge Carotti”), ove occorreva semplicemente accedere con la richiesta di trasformare il rito ordinario nel procedimento speciale.

In entrambi i casi si è trattato di un aggiramento dei principi di garanzia del diritto penale sostanziale. Da un lato la violazione del principio di eguaglianza, tra soggetti che non potevano godere del regime prescrizionale più favorevole avendo il loro processi superata la fase tassativamente indicata; dall’altro la lesione del principio di retroattività favorevole per coloro che, prima dell’introduzione della legge Carotti, erano stati condannati a seguito del rito abbreviato secondo la disciplina precedente.

³⁵ Per una puntuale critica LOSAPPIO, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in www.penalecontemporaneo.it.

A ben vedere anche le manovre tecniche sui tempi di prescrizione si possono risolvere in un potere sottratto alla decisione del giudice, la cui discrezionalità è annullata con l'introduzione di una serie di presunzioni normative assolute che non lasciano margine di manovra ai poteri di bilanciamento delle circostanze e sui meccanismi di cumulo giuridico delle pene³⁶.

La modifica apportata, ad esempio, all'ultimo comma dell'art. 158 c.p., a partire dal 1° gennaio 2020, va esattamente in questo senso: "Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione".

In questo modo il legislatore ha creato un'unità normativa del reato continuato, una disciplina vincolante, che nella fase di giudizio non potrà essere superata da giudice. Viene annullata la possibilità di separare i reati connessi e con essa si impedisce di dichiarare la prescrizione delle singole ipotesi di reato, ottenendone come effetto l'aumento esponenziale delle pene sia nella fase della irrogazione sia in quella della esecuzione.

Nello stesso specchio di scelte normative controverse rientra la depenalizzazione del delitto di ingiuria attuata con il d.lgs. n. 7/2016, probabilmente frutto di una evidente strategia deflattiva, sulla quale però la Corte costituzionale ha delineato un rilievo di valore completamente diverso³⁷. Afferma la sentenza: "*Il rimettente ha, invero, giustamente sottolineato il carattere fondamentale del diritto all'onore, come tale ascrivibile non solo al novero del «diritti inviolabili» riconosciuti dall'art. 2 Cost.*", seppure "*Ciò accade, segnatamente, in relazione al diritto all'onore: diritto fondamentale rispetto al quale non sono ravvisabili obblighi di incriminazione, di origine costituzionale o sovranazionale, che limitino la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle modalità della sua tutela*"³⁸.

Si tratta del disconoscimento di un diritto fondamentale ma si nega la tutela del diritto penale perché formalmente non riconosciuta dall'ordinamento. Ben strana scelta laddove lo stesso ordinamento non esita talvolta ad introdurre norme penali per fatti privi di oggettiva offensività.

³⁶ Molto interessante la scheda elaborata per dimostrare in maniera palmare che già con la precedente "Riforma Orlando" i termini di prescrizione sono elevatissimi e non determinano alcuna generalizzata estinzione dei reati, in www.camerepenali.it, 21 ottobre 2019.

³⁷ Si tratta del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7 "*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*".

³⁸ Corte cost., n. 37 del 2019.

5. *Le situazioni di prassi finzionale e di prassi manipolativa in deroga allo statuto delle garanzie costituzionali.* Non mancano altre manifestazioni di percorsi legislativi che assumono caratteristiche analoghe o proprie della *fictio legis* e della *fictio juris*, secondo una scansione della legislazione che segue il contesto politico che la produce.

Occorre anche aggiungere che non sempre è agevole distinguere ipotesi di finzione da quelli di manipolazione, perché talvolta gli effetti della norma penale e la sua stessa articolazione descrittiva rende arduo separare le situazioni in cui il movente prede vita da un fatto che non ha alcun riscontro nella realtà, da quelle dove la realtà assume una connotazione o un aspetto diverso da quello autentico. Sicuramente, in entrambi i casi il movente è orientato a scelte che non si sarebbero compiute nel contesto di ordinario divenire evolutivo di un ordinamento giuridico di stampo democratico.

5.1. *Le leggi penali dell'emergenza.* Il tema dell'emergenza normativa è uno di quelli che potrebbe essere declinato come una forma di *fictio legis*, ma in realtà non lo è, e sarebbe un errore reputarlo tale. Il movente che costituisce il criterio di discriminare di fondo della *fictio* resta sempre la falsità o la verità del fatto da regolare. In questo caso la *fictio* viene imposta per la salvaguardia del sistema, per meglio dire dell'assetto di potere, svolge in realtà una funzione conservativa dell'ordinamento che fa ricorso a veri anticorpi normativi, compromettendo i diritti individuali ma sviluppando risorse per la tutela orientata di interessi collettivi.

Nel caso dell'emergenza il fatto esiste ed è riscontrabile come vero, anche se a quel fatto viene fornita una risposta, non solo dalla portata sproporzionata, per quanto viene varata una legislazione che orienta artificiosamente la regola giuridica per sostenere un movente legislativo, di parte, preordinato, istituzionale.

La premessa fattuale per giungere alla legislazione di emergenza è la creazione della figura del "nemico" che non è possibile sconfiggere se non attraverso leggi che nella forma rispettano i criteri della legislazione, mentre nella sostanza violano in maniera evidente diritti fondamentali della persona e in questo modo i principi fondamentali delle norme costituzionali³⁹. La suggestione di questo modo di condurre il governo della legislazione e della politica istituzionale è riconnessa alla formula del "governo attraverso la criminalità", in cui

³⁹ SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008.

la *governance* passa per la gestione strumentale e fittizia della lotta alla criminalità⁴⁰.

Resta il fatto che l'emergenza, i cui effetti sono anch'essi al limite della eversione ordinamentale, enfatizza il fine dell'azione legislativa attraverso l'adozione di mezzi sovradimensionati, rispetto a un fatto storico effettivamente accaduto ma occasione per conservare e rafforzare assetti di potere.

La legislazione di emergenza entrata in vigore negli anni successivi all'attacco delle Torri gemelle del 2001 e propagatasi in tutti i continenti con leggi penali durissime e norme processuali al limite dell'accettabile *-si pensi alla sistematica violazione della privacy con le intercettazioni a tappeto-*, partiva da un fatto riscontrabile, reale, il fenomeno del terrorismo, per dare sfogo a una legislazione funzionale, diretta essenzialmente a garantire e tutelare gli assetti del potere politico⁴¹.

Il concetto intorno al quale ruota questo nuovo percorso prodotto del terrorismo internazionale è quello della sicurezza⁴², rivelatasi poi, nel diritto penale italiano, la traduzione moderna dell'ordine pubblico, come ampiamente noto nel nostro passato ordinamentale, che si è simmetricamente trasmutato in tutela securitaria⁴³.

Questo nuovo paradigma legislativo stravolge i passaggi procedurali di adozione delle leggi, il fulcro decisionale diventa l'esecutivo, esautorando il Parlamento nazionale, e mette in crisi tutto il tema delle libertà fondamentali in nome di un interesse superiore costituito dall'integrità del sistema costituzionale e il principio di democrazia.

A ben vedere, con il tempo quelle norme erodono lentamente proprio la solidità delle garanzie individuali e compromettono irreversibilmente la solidità del sistema di tutela dei diritti dell'uomo⁴⁴.

Dunque, l'emergenza può essere considerata come una *factio juris* ma non una *factio legis*, poiché gli effetti preordinati si proiettano sulla fase del divenire applicativo del diritto e non per la manipolazione dei presupposti della

⁴⁰ FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario* cit., 98.

⁴¹ Tema ampiamente analizzato da DERSHOWITZ, *Terrorismo*, Roma, 2003 e AMANN, *Le leggi americane contro il terrorismo*, in *Critica del diritto*, 2003, 27.

⁴² CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2018, 233.

⁴³ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562. Interessante il doppio versante espresso dal tema securitario, da un lato la sicurezza garantita per i "nostri", dall'altro di pura repressione senza via d'uscita per gli "altri", come argomenta PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2009, 556.

⁴⁴ Sulle garanzie, mette in guardia in un classico, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989.

fonte giuridica.

5.2. *Le leggi penali personali.* Altra ipotesi accreditabile di finzione legislativa è quella che passa sotto il nome di “*leggi ad personam*” *in bonam partem*⁴⁵. Anche in questo caso però ci troviamo di fronte a un fenomeno manipolatorio ma non finzionale, poiché il movente legislativo prende spunto dall’oggettiva necessità di modificare o adottare una soluzione legislativa diversa da quella vigente. Il problema mistificatorio distorsivo è insito nel fatto che quella legge andrebbe elaborata e adottata con finalità e con destinatari diversi, riferita alla platea della generalità e non a soggetti singoli o gruppi appartenenti al ceto politico.

Il profilo funzionale di leggi siffatte mette in luce la strumentalizzazione a fini specifici di parte di una norma penale e poi di un’intera legislazione complementare che nel tempo entra in vigore.

Accade che, puntualmente, si registra una perfetta coincidenza tra gli interessi di carattere generale, che impongono la modifica normativa sulla base di un fatto vero, e gli interessi di un singolo o di una parte identificabile nell’assetto di potere del decisore politico che vanifica il concetto di generalità della norma giuridica. Analizzando la struttura della norma da un punto di vista tecnico-giuridico e la coincidenza di interessi in quel preciso momento storico, si accerta che la funzione di una disposizione penale è stata generata soprattutto per dare soluzione a un fatto vero che avrebbe potuto trovare soluzione in un momento diverso o con una struttura descrittiva diversa.

L’esempio del reato di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) è paradigmatico di questo modo di intendere l’intervento legislativo “occasionale”, ove occorre intervenire per correggere distorsioni normative rispetto a fonti europee, ma lo si è fatto nel 2002 introducendo una norma contravvenzionale al posto di una ipotesi di delitto nel momento in cui il decisore politico doveva eludere il rigore applicativo della fattispecie all’epoca vigente⁴⁶. Quella che poteva apparire una semplice coincidenza di interessi tale non era, poiché l’intervento modificativo era nel senso opposto da quello dettato dalla cornice normativa europea entro la quale il legislatore italiano era chiamato a intervenire⁴⁷.

⁴⁵ DOLCINI, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio di eguaglianza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2004.

⁴⁶ La legge è il D.Lgs. n. 61 dell’11 aprile 2002 che si accompagna alle altre 40, così come calcolate da fonti giornalistiche.

⁴⁷ Si vedano le “Conclusioni dell’avvocato generale Juliane Kokott nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 *Silvio Berlusconi e a.*”. «*Secondo l’avvocato generale Juliane Kokott una legge pena-*

5.3. *La giurisprudenza penale normativa.* Nel settore della prassi del diritto penale italiano contemporaneo anche molte decisioni giurisprudenziali hanno aperto dei percorsi decisionali che partivano da fatti della vita sociale che non avevano alcuna regolazione e che attendevano una soluzione legislativa che tardava ad arrivare⁴⁸. Per queste ragioni il giudice ha creato la regola giuridica prendendo a base della norma un fatto che non rientrava esattamente in quello oggetto di una norma vigente e che, ledendo l'integrità dei principi di riserva di legge e tassatività, la utilizzava come espediente finzionale⁴⁹.

Altre volte nel corso dell'interpretazione giudiziaria il giudice ha utilizzato una base normativa legittimamente emanata dal legislatore, ma utilizzata in un senso diverso o applicata a un caso non del tutto identico né analogo, ma tale da rivestire i medesimi caratteri strutturali del fatto regolato⁵⁰. Si parla anche della pluralità dei significati normativi ricavabili da uno stesso enunciato linguistico legislativo, per giustificare l'estensione del percorso di *fictionis juris*⁵¹.

Uno dei casi più significativi è quello relativo alla vicenda applicativa del disastro ambientale e sanitario gemmato dalla ipotesi del disastro innominato del II comma dell'art. 434 c.p., soltanto successivamente introdotto nella legisla-

le più favorevole adottata successivamente alla commissione del reato deve essere applicata se e in quanto contrasta con il diritto comunitario». «La pubblicazione di un bilancio falso andrebbe equiparata all'omessa pubblicazione dello stesso; gli Stati membri dovrebbero dunque prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive anche per l'ipotesi di falso in bilancio. La disapplicazione di una legge penale più favorevole successiva, contrastante con il diritto comunitario, sarebbe compatibile con il principio della legalità della pena», in www.europa.eu, 14 ottobre 2004.

⁴⁸ Per imbrigliare la giurisdizione, decisive le considerazioni di FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27.

⁴⁹ Sull'opera normativa della giurisprudenza e sul rispetto dei ruoli, VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Esi, Napoli, 2013. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁰ Riferisce sull'ampio dibattito svolto nell'ambito dei processual-penalisti circa la frattura tra fatto analizzato in sede processuale e corrispondenza con la verità storica DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito tra "verità e diritto penale" cit.*, pag. 551: «Il diritto è dunque per sua natura un (tipo particolare di) sistema formalizzato, che quindi non potrà mai attingere alla "verità vera", ma soltanto alla "sua verità", quanto più vicina a quella "vera". Si ripresenta dunque l'aporìa che la dottrina processualistica intendeva scongiurare: manteniamo in piedi lo schema della corrispondenza, ma lo riduciamo a simulacro negandone la funzione (realmente) conoscitiva». In termini scettici in ordine al risultato di verità nel processo RESTA, *La verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 2004, 369. Sui caratteri generali del processo come strumento di accertamento del vero TARUFFO, *La verità nel processo*, in «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo cit., 181.

⁵¹ TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *questa Rivista*, 1, 2017, 22.

zione italiana⁵² anche a seguito di una sentenza monito della Corte costituzionale⁵³. L'estensione del significato dell'evento disastroso era giunta al punto da ritenere ricomprese vicende che a stretto rigore, soprattutto in punto di tassatività, gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice non annoverava affatto.

Tuttavia, la coesistenza di due norme chiamate a prevenire e punire un medesimo fatto, comportando anche dubbi sul terreno della successione o della continuità normativa, finisce per generare una ingiustificabile intercambiabilità applicativa che lede determinatezza e prevedibilità della fonte⁵⁴.

6. *La legislazione penale del populismo emotivo e la questione della verità del movente legislativo.* Difficilmente definibile teoricamente la stagione legislativa e amministrativa del populismo, se non che le sollecitazioni dell'intervento punitivo, di stampo penale o di natura amministrativa, partono dal basso, dal popolo che interviene in qualsiasi momento e talvolta in tempo reale ricorrendo alle risorse delle moderne tecnologie⁵⁵. L'uso degli strumenti di intervento del popolo consente in realtà una partecipazione diretta alla vita politica e *co-*determinano quelle decisioni nel campo della politica legislativa e della politica criminale⁵⁶.

Sul piano della teoria del diritto va detto che il populismo si differenzia dall'emergenza perché le sollecitazioni alla produzione del diritto positivo provengono da due direzioni antitetiche: la legislazione dell'emergenza sviluppa da iniziative che vengono soltanto dal decisore politico e dunque

⁵² Si tratta dell'art. 452-*quater* del codice penale.

⁵³ Corte cost., n. 327 del 30 luglio 2008, in www.cortecostituzionale.it. In dottrina GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Vol. IX, in *Trattato di diritto penale* diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2013, 417. GIUNTA, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, nota a Corte cost., n. 327 del 2008, in *Giur.cost.*, 2008, 3539.

⁵⁴ Ampiamente in GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, www.legislazionepenale.eu, 2020.

⁵⁵ Secondo FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in www.questionegiustizia.it, n. 1, 2019: «La prima differenza è il carattere criminogeno assunto oggi in Italia dalle leggi e dalle politiche governative in tema di sicurezza. Mi limito a ricordare due misure il cui effetto sarà quello di accrescere la devianza, la marginalità sociale e l'insicurezza». Circa l'uso dei nuovi mezzi di informazione e condizionamento sociale RODOTA, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, 118.

⁵⁶ BARBERIS, *Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo*, in *Jura Gentium*, XV, 2018, 2, 138: «In particolare, una delle funzioni delle istituzioni è ri-prodursi nell'ambiente, seguendo propri percorsi evolutivi. Proprio come i devices elettronici, le istituzioni possono entrare in modalità di funzionamento strumentali alla propria sopravvivenza ma disfunzionali per gli umani e, a lungo termine, anche per loro stesse. Un esempio è la modalità di funzionamento delle istituzioni democratico-parlamentari chiamata "populismo", e che è ormai irriducibile alla mera demagogia».

dall'alto; il populismo penale invece prende vita da iniziative della base che sollecitano l'intervento legislativo del decisore politico⁵⁷.

Pur essendo diversa la strategia motivazionale, i due sistemi operativi della legislazione penale attingono a un comune contenitore di ideali e sfruttano modelli di intervento già noti alle stagioni storiche del diritto penale⁵⁸. Entrambi infatti accentrano la propria attenzione sulla categoria del "nemico" (*hostis*) (nella diversa veste di estraneo, straniero) da contenere, un nemico che destabilizza il sistema democratico e che va colpito ad ogni costo e con ogni mezzo anche con misure penali differenziate⁵⁹.

Le leggi penali di emergenza ricorrono a previsioni incriminatrici sovradiimensionate nella loro portata sanzionatoria, avendo al centro del movente legislativo un fatto vero ma esaltandone gli effetti; il populismo penale mette in campo norme e previsioni prescrittive partendo viceversa dall'enfatizzazione di un fatto, di un fenomeno, che non suscita alcun pericolo per la collettività ovvero di modesto allarme o addirittura congetturato su presupposti falsi in cui si registra la manipolazione del vero o l'assenza di verità⁶⁰.

⁵⁷ CORSO, *Giudici e populismo. Uno sguardo all'America e (non solo)*, in www.questionegiustizia.it: «L'idea centrale del populismo è normativa. Non descrive uno stato di cose ma prescrive un corso d'azione. L'idea è: la società politica va distinta in due gruppi antagonisti, l'élite e il popolo, e tale contrapposizione è preordinata a consentire che il popolo possa dire la sua su questioni pubbliche per opporsi al potere della élite».

⁵⁸ Ampi riferimenti, soprattutto per la commistione tra scelte di natura politica ideologica e scelte penali, in *Delitto politico e diritto penale del nemico* a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2006.

⁵⁹ DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, 735: «La politica criminale è concetto più ampio di quella penale: essa mira a prevenire, neutralizzare o anche solo ridurre, le cause e le occasioni della criminalità, ma anche le sue conseguenze. Essa comprende quindi tutti gli strumenti, giuridici (di ogni ramo dell'ordinamento) e non, ovvero sociali, politici, economici, morali, etc., orientati a quello scopo. Tutte le istituzioni ne sono partecipi, le singole associazioni private e i cittadini come singoli. Essa non è riservata pertanto allo Stato o solo ad alcuni suoi organi (anche i magistrati, i giudici, del resto, e non solo i politici, la implementano). Il momento repressivo del diritto penale, invece, è solo una componente della politica criminale: esso rimane circoscritto alla politica «penale» (punitiva-criminale), che rappresenta solo una parte della politica criminale, e la sua statuizione è compito esclusivo del Parlamento».

⁶⁰ La categoria della verità costituisce oggetto di un dibattito che si va sviluppando e su cui si trovano pochissimi interventi nel settore del diritto penale sostanziale, come in *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di Forti, Varraso, Caputo, Napoli, 2014. Un punto fermo è posto da DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito tra "verità e diritto penale"*, in *Criminalia*, 2014, 539: «In tal senso, una cartina di tornasole è senza dubbio rappresentata dal concetto di verità la cui discussione si sta diffondendo anche in materia penale e che influenza inevitabilmente le posizioni in materia di interpretazione (un approccio meramente semantico presuppone infatti che la verità sia intesa come corrispondenza)». FLICK, *Il dubbio è tensione verso la verità, alla Milanese letteratura*, in *Corriere della sera*, 19 luglio 2018. Dalla verità che genera l'intervento legislativo che con il ricorso al diritto penale restringe la libertà personale va distinta l'esigenza percepita che non è fondata sulla verità

Gli effetti della legislazione anch'essi appaiono diversificati, dove da un lato la legislazione di emergenza è di tipo derogatorio e transitorio, seppure con effetti punitivi permanenti, mentre la legislazione del populismo innesta definitivamente una fonte nell'ordinamento delle leggi, spesso in maniera *a-sistematica*.

Per quanto concerne la fonte di produzione: il diritto dell'emergenza segue di solito fonti regolamentari e di normazione secondaria; il diritto populista si affida invece alle fonti di produzione di livello primario.

Anche la retrostante azione politica di impulso appare diversa, perché mentre l'emergenza tende a stabilizzare un assetto di potere alternativo; il populismo tende a garantire il medesimo assetto di potere e lo stesso quadro istituzionale, invertendone però le coordinate assiologiche con il capovolgimento dell'azione legittimante non più dall'alto ma dal basso, dal popolo.

La politica in questo modo perdendo la sua capacità pedagogica di orientamento, in cui le istanze e i bisogni dovrebbero essere mediati da una corretta direzione politica e una piena consapevolezza degli effetti da parte dei destinatari, i quali dovrebbero sviluppare un'autonoma capacità critica, si rifugia invece in un pragmatismo interventista che non conosce confini⁶¹. Si affievoliscono le linee di demarcazione tra i settori dell'ordinamento giuridico e si apre il campo alla sovrapposizione reciproca tra scelte di diritto penale e scelte di diritto amministrativo punitivo, entrambe ben connotabili nella loro portata implicita come materia penale di stampo afflittivo⁶².

ma sull'impulso emotivo di provvedere, sul tema GIOSTRA, *Rillessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in www.lalegislazionepanel.eu.

⁶¹ Una definizione attendibile è suggerita da TRANFAGLIA, *Populismo. Un carattere originale nella storia d'Italia*, Roma, 2014: «*Il populismo, inteso come capacità di coinvolgere la massa degli umani, dicendo loro esattamente quello che vogliono sentirsi dire e non dovendo attuare un programma preciso o dettato da un'ideologia pregressa, dispone -per così dire- della flessibilità necessaria per andare di volta in volta incontro alle esigenze e ai desideri del suo popolo*».

⁶² Tutto l'eterogeneo contenuto prescrittivo e punitivo della legge I dicembre 2018, n. 32 (G.U. 3 dicembre 2018), di conversione del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 detto "*Decreto sicurezza*" ha destato una serie di perplessità di carattere costituzionale come evidenziato in *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, a cura di Santoro, Antigone Edizioni, 2019. Su una delle prime questioni di legittimità sollevate la Corte costituzionale ha dichiarato in data 24 luglio 2019: «*Il potere sostitutivo del prefetto nelle attività di comuni e province è illegittimo perché lede l'autonomia degli enti locali e contrasta con il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa*», dal Comunicato della Corte. Sullo stesso terreno è utile considerare il contenuto nella nuova disciplina del "*Decreto sicurezza bis*", in cui al Ministero dell'Interno vengono conferiti "superpoteri" in materia di polizia portuale per impedire l'uso delle navi e lo sbarco di immigrati clandestini. Sul tema allarmante per il camuffamento della natura della fonte, in generale, MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018. *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Foffani, Donini, Torino, 2018.

La confusione dei confini di intervento delle varie fonti genera nell'opinione pubblica la convinzione di trovarsi in presenza di un decisore politico in grado di assumere iniziative rassicuranti in grado di mitigare le angosce collettive e il concetto di sicurezza pubblica finisce per dominare l'ampio spettro delle materie di governo⁶³.

Un aspetto più di ogni altro domina la scienza degli interventi legislativi, il fatto che il decisore politico è sempre pronto a un intervento normativo, anche di fronte a fatti episodici che potrebbero non maturare in fatti reiterati, con un pragmatismo interventista che offre ulteriore garanzia di tutela alla collettività⁶⁴. L'emotività che connota il bisogno di pena che sale dal basso viene tempestivamente colto dal decisore che raccoglie l'istanza e vi provvede soddisfacendo quell'esigenza di protezione e di ordine che finisce per rassicurare⁶⁵.

Vi sono, tuttavia, degli effetti indotti non prevedibili che potrebbero rovescia-

⁶³ PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, dritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it: «Nel campo di battaglia della politica a tutto tondo, il penale non è una pura risorsa tecnica, quale che ne sia il rivestimento retorico e ideologico. Di fronte a domande (di tutela o di ritenuta giustizia) provenienti dalla società e trasmesse dai media, la politica cerca risposte volte principalmente a coagulare consenso. La rappresentazione può essere politicamente più importante dell'efficacia reale; i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidono. Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata».

⁶⁴ Non si può non convenire che il populismo trascina in una zona grigia la verità con uno strumentario operativo del tutto nuovo sullo scenario della nostra democrazia costituzionale, come in PALAZZO, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. Dir. dei Media*, n. 3, 2018, 19: «Populismo non è la propensione e la capacità dei politici di intendere e interpretare i sentimenti del popolo: questo è un dovere primario della classe politica, posto che i sentimenti, anche quelli "popolari", sono una realtà indubbiamente esistente e rilevante per la vita sociale al punto che essi possono essere addirittura oggetto di tutela penale. Populismo non è nemmeno quella certa dose di opportunismo -diciamo così- sempre presente nella decisione politica, posto che quest'ultima non può mai essere aristocraticamente ispirata all'esclusiva "verità" ma tiene necessariamente conto delle dinamiche del consenso sociale anche a fini elettorali. Populismo è un'altra cosa, almeno ci pare. Populismo è piuttosto il rapporto diretto che si instaura, nella formazione della decisione politica e legislativa, tra le masse e un capo, legittimato sostanzialmente dalla sua capacità di dare voce ai sentimenti popolari senza la mediazione delle forme e degli strumenti della democrazia discorsiva e rappresentativa. Sono i corpi intermedi, costituiti dai partiti, dagli uffici ministeriali, dalle associazioni e dalle sedi culturali e professionali a consentire -nel processo di formazione della decisione politica- un'opera di decantazione e razionalizzazione dei sentimenti popolari in modo da realizzare quella ponderazione di interessi, ragioni e verità che costituiscono la reale sostanza della democrazia. Ciò che è davvero inquietante nel populismo è la presenza necessaria di un capo e la pretesa di un rapporto diretto ed esclusivo tra lui e le masse popolari che tutto legittima». CATERINI, *La legalità penalmediatica. La mercificazione del "prodotto" politico criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, a cura di Zaffaroni, Caterini, in *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2014.

⁶⁵ ANASTASIA, ANSELMI, FALCINELLI, *Il populismo penale. Una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

re il sentimento personale indirizzandolo a espressioni di angoscia collettiva incalcolabile, allorchè coloro che hanno determinato l'adozione di norme penali fortemente dissuasive contro la paura si accorgono di poter rimanere esse stesse vittime di questa improvvida legislazione⁶⁶.

Questo procedere così rapido, facendo leva su risposte pronte ed efficaci a seguito di sollecitazioni dal basso provenienti in tempo reale, marca uno snodo istituzionale importante, quello di evitare passaggi parlamentari che decantando e offrendo riflessione sulla proposta di intervento legislativo vengono considerati una mera "perdita di tempo"⁶⁷. Quel tempo che invece sarebbe una preziosa risorsa per comprendere a fondo le motivazioni razionali della scelta e per affinare da un punto di vista tecnico la regola del caso⁶⁸. La tempestività, invece, impone di privilegiare strumenti di intervento con atti legislativi di urgenza, seppure di carattere primario, che scavalcano la volontà popolare del Parlamento⁶⁹. La piazza prende il posto delle Camere, la democrazia parlamentare viene di fatto sospesa, e le scelte sono assunte in maniera disorganica, tecnicamente irrazionale, tali da suscitare disordine nel sistema di coe-

⁶⁶ TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *La paura cit.*, Vol. 1, 2019, 272: «Breve. Il diritto penale può generare a sua volta paura: paura del diritto penale. Una paura che non è quella fisiologica determinata dalla minaccia della pena, e dunque insita nel classico effetto di prevenzione generale (nella sua manifestazione normale). In questa relazione fisiologica il consociato ha pur sempre fiducia nel sistema penale e lo apprezza come strumento a tutela di sè stesso e della collettività da fenomeni criminali che lo pongono in allarme. Diversamente, quando questa fiducia nel sistema punitivo vacilla, si incrina, perchè se ne percepisce un abuso, il "patto sociale" salta e si sviluppa una nuova, patologica paura».

⁶⁷ Sulla diversione normativa dai canoni tradizionali di produzione legislativa, si rinvia a CUPELLI, *La legalità delegata cit.*

⁶⁸ La questione degli ultimi decenni investe il rapporto estremamente critico tra dottrina e legislatore, come sottolinea FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 17: «Non di rado si ha l'impressione di avere a che fare, più che con testi normativi sufficientemente definiti, con prodotti semi-lavorati o linee-guida inevitabilmente bisognose di essere concretizzate e specificate ad opera degli interpreti, per cui non è il legislatore ma la giurisprudenza a stabilire cos'è davvero punibile. E questa delega di fatto dal legislativo al giudiziario contribuisce, a sua volta, ad alimentare quella caduta in crisi della tipicità penale che affonda, peraltro, le radici anche in un più generale processo di progressiva obsolescenza dell'insieme dei principi garantistici di un diritto penale di matrice liberale».

⁶⁹ «Il Parlamento è il luogo della democrazia. Ci vuole un rapporto sano tra Parlamento e governo, tra diversi poteri dello Stato». Lo ha affermato il presidente della Camera dei deputati, Roberto Fico, nel corso della cerimonia di consegna del Ventaglio da parte dell'Associazione stampa parlamentare. Dopo aver sottolineato il "ruolo umanitario centrale" dell'Italia, Fico, richiamando quanto scritto al premier Conte, ha ribadito la "centralità del Parlamento" e la necessità che "il governo faccia meno decreti perchè i decreti non riescono a far lavorare la Camera dei deputati e il Parlamento tutto in serenità", da *www.agensir.it* del 16 luglio 2109. Da qui la lettura lucida offerta in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006.

renza della legislazione penale⁷⁰.

A ben vedere il meccanismo di produzione della legislazione assume in realtà un carattere circolare. Muove da un fatto reale che viene rappresentato all'opinione pubblica esaltandone la gravità e l'allarme, al punto che occorre intervenire con una norma punitiva con funzione intimidativa e dissuasiva⁷¹. Il passaggio ulteriore è quello che vede il decisore o parte del ceto politico raccogliere l'allarme, il panico collettivo che sale dal popolo⁷² e, con l'intento di rassicurarlo, passare alla formulazione della norma rintracciando quel percorso di esame e di approvazione quanto più incisivo e rapido possibile, seppure privo, talvolta, di una sicura offensività giuridica⁷³.

L'enfatizzazione dell'esigenza normativa, in questo modo, contribuisce a mortificare il carattere di proporzionalità della norma, compromettendo il nesso funzionale tra necessità e ragionevolezza della pena, dove ragionevolezza dovrebbe essere, anche alla luce del diritto convenzionale, proporzione tra il comportamento da reprimere e la risposta punitiva.

Questa è la ragione per cui si trascura di parametrare le scelte punitive allo statuto costituzionale della pena che non dovrebbe lasciare spazio al legislatore ordinario di agire oltre il principio di rieducazione assistito dal trattamento

⁷⁰ Un recente caso di disordine delle fonti si segnala anche per la mancata adozione dei decreti attuativi delle leggi messe in campo con rapida approssimazione. Alla data odierna risultano complessivamente non ancora varati 236 provvedimenti attuativi necessari per portare a compimento operativo 52 leggi regolarmente promulgate e pubblicate, come riferisce in *www.corriere.it*.

⁷¹ Per la consueta ricchezza argomentativa e documentale, si rinvia a DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Bologna, 2019.

⁷² Interessante l'analisi della strategia di inoculamento della paura e del "panico morale" che nasce da una capillare diffusione di informazioni alterate, in quello che viene definito il "dato qualitativo", come sostiene BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2108, da 23. Significativo è quanto chiarisce MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch.pen.*, n. 3, 2018, 1: «Limitando, ovviamente, lo spettro di indagine al sistema penale, non v'è dubbio che il c.d. populismo politico si converte in una sorta di populismo penale, giacché la matrice è assolutamente la medesima, nel senso che l'azione di Governo, per la prima volta dopo tanti lustri, non si affida più ad un'analisi razionale dell'esistente, bensì utilizza un'azione politica che, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, in particolare di carattere cibernetico e, quindi, di enorme diffusività, non si riferisce alla ragione del popolo ma ha l'obiettivo di colpire gli "stati emotivi" della popolazione stessa».

⁷³ Sul tema FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario cit.*, 95. Invita a selezionare, in un ambito anfibologico, il concetto deteriore di populismo PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 127: «L'uso populistico della legislazione penale può consistere nell'esibizione di una severità realmente perseguita (con i suoi costi ed i possibili effetti), o restare sostanzialmente simbolico (un aspetto di per sé neutro, conmaturato alle norme penali, non necessariamente negativo, ma spesso sì). Un aspetto degradato è il proliferare di norme inutili, sotto forma di fattispecie speciali o di circostanze aggravanti di poca o nulla valenza, mera espressione di buone intenzioni di tutela, matrici di differenziazioni che spesso sono di incerta giustificazione a fronte del principio d'uguaglianza».

di risocializzazione, evitando derive di irrazionale “*prigionizzazione*” o “*carcerizzazione*”.

Paradigmatico appare l'intervento normativo cui prima si è accennato del *revenge porn* la cui fattispecie incriminatrice è l'esatto duplicato di una norma preesistente, quella dell'art. 167 del Codice della *privacy*, che era stata imposta nella fase preparatoria della riforma del D.Lgs. n. 196/2003 dalle Commissioni competenti del Parlamento come norma penale argine ai fenomeni definiti di “*vendetta porno*”⁷⁴. Questa nuova ipotesi di reato, introdotta nel contesto normativo di quello che è stato definito “*Codice rosso*” per contrastare il fenomeno del “*femminicidio*”, ritrova un suo significativo antecedente legislativo nella fattispecie prevista all'art. 167 del Codice della *privacy* intitolata “*Trattamento illecito di dati*” personali, sottoposto a radicale revisione del settembre 2018⁷⁵.

Ebbene quella norma a tutela della riservatezza fu introdotta proprio per fronteggiare i dilaganti casi di *revenge porn*, ma evidentemente il legislatore, vale a dire il medesimo Parlamento, ha proceduto, con una scelta tecnica non del tutto ineccepibile, ad una ingiustificabile duplicazione della fattispecie. Probabilmente, sarebbe stato sufficiente rafforzare la risposta sanzionatoria della norma punitiva dell'art. 167 CdP che trova anche una migliore collocazione sistematica in un provvedimento legislativo dedicato esclusivamente alla tutela della riservatezza personale.

⁷⁴ Il caso citato è uno dei tanti che portano disorientamento nel cittadino a causa di questo continuo riposizionamento della norma di divieto che finisce per incidere, non tanto sulla stabilità della legislazione, ma oggi sul principio di prevedibilità convenzionale, in VIGANÒ, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016: «Accessibilità (=conoscibilità) del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell'individuo, anziché come 'principio' ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici». Anche in questo caso il tema investe le categorie teoriche della teoria generale del diritto, la prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti, cui il diritto penale può accedere per rafforzare le proprie coordinate dommatiche, come del resto è ben illustrato in GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, in particolare sulla stabilità dei rapporti giuridici nel paragrafo “*La certezza come prevedibilità*”, 25.

⁷⁵ In particolare, si fa riferimento all'Audizione di Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, sull'Atto del Governo n. 22 “*Adeguamento normativa nazionale circa la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*” presso Commissioni speciali su atti urgenti del Governo congiunte Senato e Camera in data 7 giugno 2018: «*In ordine alle fattispecie penali, pur nella consapevolezza dell'esigenza di evitare ogni possibile violazione del ne bis in idem, abbiamo ritenuto rischiosa la soppressione delle ipotesi di trattamento illecito di dati personali sorrette da fini di danno e non di mero profitto (si pensi al caso di Tiziana Cantone, al revenge porn ecc.), in quanto espressive di un disvalore non minore (anzi generalmente maggiore) delle seconde*», in www.garanteprivacy.it.

Dunque, nonostante l'argine punitivo già elevato contro fatti di sicura offensività, l'emotività suscitata da alcuni ultimi casi di cronaca raccolta dal decisore politico, attento e tempestivo regolatore dei conti, mette in campo una nuova norma, quella dell'art. 612-ter c.p., inserita nel c.d. "*Codice rosso*" con pene molto più elevate⁷⁶.

La repressione di fatti sporadici che assumono nella discussione pubblica la dimensione di fenomeni di massa e che offrono rassicurazione e tranquillità, in realtà innescano lo squilibrio nella materia dei diritti individuali e lentamente la sicurezza collettiva sottrae terreno di protezione ai diritti fondamentali della persona. Si pone come paradigmatico in questo ambito tutta la complessa disciplina che ha aggravato le pene e i fatti commessi contro gli appartenenti alle forze di polizia, previste nel "*Decreto sicurezza*" del 2018 e poi nel successivo "*Decreto sicurezza bis*" del 2019, attraverso il debordante rafforzamento del principio di autorità.

In realtà, le politiche penali securitarie diventano un volano per accrescere il consenso politico con l'ostentazione di provvedimenti legislativi che, nel minacciare un uso intimidatorio della pena, cui non segue la concreta esecuzione per effetto del blocco dei meccanismi processuali, assumono la veste di "risposte atte ai bisogni". Gli effetti che ne derivano sono la frantumazione dell'assetto di coerenza di tutto il sistema delle leggi e dei presidi istituzionali e una sempre più pervasiva capacità indiretta di suscitare l'induzione dei bisogni con la perdita dello spirito critico collettivo.

È tutto questo accade in presenza di un significativo calo dei reati contro la vita e contro il patrimonio, come viene segnalato dalle statistiche di settore.

Occorre a questo punto chiedersi se il simbolismo punitivo non costituisca una delle possibili forme di finzione legislativa come espediente tecnico che emerge dal fatto falsificato⁷⁷.

La risposta non può che essere positiva perché varare una norma di difficile impatto applicativo che si ponga a presidio di una fattispecie da punire con sanzioni spropositate è il ricorso -scaltro- alla funzione general-preventiva del-

⁷⁶ L'interrogativo che si pone è: quando è stata violata la riserva di codice dell'art. 3-bis c.p.? La problematica generale è lucidamente trattata da FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello «policentrico» a un modello «piramidale»*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di Donini, Milano, 2003, 304.

⁷⁷ Dove si individua una delle possibili forme di simbolicità costituita dall'aumento edittale delle pene come effetto rassicurante, come sostenuto da BONINI, *Funzione "strumentale" e funzione "simbolica" del diritto penale, fra discorsività "critica" e discorsività "dialogica"*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, in www.penalecontemporaneo.it.

la pena, all'intimidazione fine a sé stessa, ma che non porta a combattere un fenomeno, semplicemente perché il fenomeno non esiste, se non singolari ipotesi occasionali⁷⁸.

Spesso queste decisioni legislative, leggi-provvedimento, si accompagnano anche all'efficacia retroattiva della norma, dimostrando in questo modo una pragmatica capacità efficientista, ben sapendo che i principi di carattere generale del diritto penale contemporaneo vietano l'applicazione retroattiva di una norma a contenuto punitivo⁷⁹. Anche questo rientra nella vicenda finzionale o manipolativa della fonte del diritto.

6.1. *Cenni di diritto comparato del populismo penale.* Questo modello legislativo che attinge a un movente finzionale non è nuovo nel panorama degli ordinamenti giuridici contemporanei. Una insolita e inaspettata convergenza la si trova nella legislazione brasiliana degli ultimi anni ove emerge con evidente sistematicità l'uso di una strategia di lotta al crimine che nasce per ragioni di assicurazione dell'opinione pubblica e che orienta le scelte elettorali⁸⁰. In questo caso vi è una perfetta coincidenza tra decisioni politiche e scelte legislative, ove il movente è unico e la finalità del politico converge sul terreno

⁷⁸ Il monito alla moderazione delle scelte sanzionatorie e il richiamo al superiore principio di proporzionalità sono contenuti in Corte cost., n. 40 del 2019, in www.cortecostituzionale.it: «4.3. - D'altra parte, l'intervento di questa Corte non è ulteriormente differibile, posto che è rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse «rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990», anche in considerazione «dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti» (sentenza n. 179 del 2017).

⁷⁹ Avere introdotto il delitto di corruzione nella categoria dei reati ostativi dell'art. 4-bis O.P., con la espressa previsione di dare esecuzione alla pena impedendo il ricorso alle misure alternative alla detenzione anche per i reati commessi e giudicati prima della sua entrata in vigore, è la piena dimostrazione di una retroattività fittizia, ma nota al legislatore, semplicemente per imprimere una mistificante inflessibilità al principio di "certezza della pena". Sulla questione già una prima decisione del giudice di legittimità aveva spezzato il nesso temporale ritenendo irretroattiva l'applicazione della legge ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, così Cass. Sez. I penale, Sent. n. 48499 del 20 settembre 2019, in www.cassazione.it. Un successivo e decisivo intervento del Giudice delle leggi ha ormai ridimensionato l'intervento di tutto l'apparato prescrittivo dell'art. 4-bis O.P. dopo l'intervento della giurisprudenza convenzionale, come si legge in Corte cost., n. 253 del 2019.

⁸⁰ CALLEGARI, TEIXEIRA, *Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi*, in *Riv. di Crimin., Vittim. e Sicur.*, n. 3, 2013, 20: «Il problema più significativo sembra essere questa attuale tendenza della politica criminale brasiliana di concentrare nell'utilizzo della pena privata della libertà la risposta all'intera crisi affrontata dalla società, come se non ci fossero altri meccanismi di controllo sociale validi, oppure almeno ugualmente efficaci. Per questa ragione, rimane forte la vecchia e superata politica di criminalizzare un numero sempre maggiore di comportamenti, aumentando le pene dei reati già esistenti e sottoponendo l'individuo alla pena del carcere per il maggior tempo possibile - insomma, una politica che già si è resa inefficace nella teoria e nella pratica».

del giuridico⁸¹.

La diretta conseguenza di questo impianto punitivo orientato da scelte elettorali e squisitamente politiche porta, così come sta avvenendo nel nostro sistema: “*Questa nuova tendenza della politica criminale è stata fatta propria dalla legislazione penale di diversi paesi che apprezzano i movimenti di “Law and Order”, dove si può vedere che la soluzione trovata è stata quella della criminalizzazione e della recrudescenza del sistema penale - atteggiamenti che si verificano con alterazioni nella legislazione penale vigente e nella produzione di nuove leggi penali*”⁸². Ed infatti, l’approdo naturale di questa impostazione mostra che: “*le caratteristiche del “populismo punitivo” sono fondate su tre presupposti: che le pene più severe possano ridurre la devianza e la criminalità; che le pene aiutino a rafforzare il consenso morale esistente nella società; e, infine, che vi siano benefici elettorali in conseguenza a questo modo di operare*”⁸³.

7. *Esempi illuminati di prassi finzionale in bonam partem.* L’indagine finora svolta ha investito le ipotesi di *fictio* in chiave negativa che, per la portata e l’incidenza degli effetti lesivi sui diritti di libertà, si potrebbe definire senza alcun dubbio *in malam partem*.

Solo per completezza della ricognizione dei fenomeni normativi e interpretativi finzionali giova rilevare che esistono ipotesi in cui la finzione gioca un ruolo a favore dei diritti di libertà della persona, il cui ricorso colma lacune pre-

⁸¹ CALLEGARI, TEIXEIRA, *Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile cit.*, 20: «D’altra parte, le istanze sociali per la sicurezza e la tutela contro la criminalità hanno originato un processo in senso inverso a quello previsto dalla Costituzione: il diritto penale viene considerato (da parte delle autorità pubbliche e da una significativa parte della dottrina) come l’unico strumento efficace di psicologia politico-sociale, come una sorta di meccanismo di socializzazione e di rafforzamento del senso di civiltà, con la conseguenza, però, della sua sfrenata espansione ed utilizzazione al fine di rispondere ad esigenze alle quali non è in grado di provvedere. Mentre altre branche del diritto si stanno conformando alle previsioni della Costituzione, con la revoca di leggi o attraverso la regolamentazione amministrativa, nell’ambito del diritto penale si sta verificando l’opposto: c’è un sempre maggior numero di reati intangibili e astratti; vengono incriminate diverse attività e comportamenti in innumerevoli settori della vita sociale; la soppressione dei limiti minimi e massimi delle pene privative della libertà lascia la via libera per un aumento indiscriminato della loro imposizione; si assiste alla relativizzazione dei principi di legalità e di tipicità tramite l’utilizzazione di regole con concetti deliberatamente vaghi, indeterminati e ambigui; lo straordinario aumento della discrezionalità del potere delle forze di polizia fa sì che siano ammesse usurpazioni di prerogative tipiche del potere giudiziario».

⁸² CALLEGARI, TEIXEIRA, *Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile cit.*, 20.

⁸³ Significativo passaggio di LARRAURI PIJOAN, *Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión*, a cura di Bacigalupo Saggese, Cancio Meliá, *Derecho penal y la política transnacional*, Barcelona, 2005, 284, riportato da CALLEGARI, TEIXEIRA, *Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile cit.*, 27.

cettive che sul piano della salvaguardia delle garanzie si rivelano auspicabili e determinanti e, comunque non riconducibili a strategie analogiche.

Le ipotesi di cui diremo segnalano una sicura inversione di tendenza subita dal codice penale del 1930 transitato sotto il nuovo governo dei principi della Costituzione repubblicana del 1948, sterilizzando tutti quei fenomeni normativi caratterizzati da severo autoritarismo e indirizzandolo verso una nuova prospettiva più aderente alle garanzie fondamentali della persona umana.

In questa chiave di valore vi sono due esempi che mostrano la rilevanza riconosciuta alla prassi finzionale in chiave positiva essenziale per la tutela dei diritti della persona:

1) il fondamento della colpevolezza normativa che attinge indifferentemente ai concetti di *errore di diritto* e *ignoranza della legge penale* equiparati per giurisprudenza normativa;

2) la soluzione all'asprezza e all'irrazionalità esecutiva della pena derivante dal cumulo materiale delle pene nel caso di concorso materiale di reati resa possibile dalla previsione del *reato continuato*.

Queste due ipotesi di finzione *giustificativa*, più delle altre analoghe che seguono le medesime coordinate, si accreditano per un'altissima "*soglia di coerenza*" con il nostro statuto costituzionale della legalità penale, poiché rispondono al principio di ragionevolezza e proporzione della punizione⁸⁴.

La prima ipotesi è quella introdotta dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 364/88⁸⁵ in cui il sospetto di parziale illegittimità dell'art., 5 c.p. viene sventato con il ricorso al criterio dell'ignoranza "inevitabile" che impedisce, a determinate condizioni, la rimproverabilità del colpevole con il ricorso alla sanzione penale per il fatto vietato commesso.

Alla base di questo ragionamento che radica definitivamente la conseguenza del giudizio di rimproverabilità della condotta dell'agente con la pena (comma III dell'art. 27 Cost.), vi è un'operazione di carattere finzionale manipolativa che, certamente deriva dalla fonte, ma che nella concreta opera di formalizzazione del diritto costituisce una ipotesi di *fictio juris* ⁸⁶. A entrare in gioco,

⁸⁴ In chiave ordinamentale PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. del dir.*, 1968, Milano, vol. XVII, 667. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv.dir.civ.*, 2000, I, 315.

⁸⁵ In Corte cost., n. 364 del 24 marzo 1988, in www.cortecostituzionale.it laddove afferma: «*Quanto ora precisato già basterebbe a far ritenere l'art. 5 c.p. incostituzionale nella parte in cui impedisce ogni esame della rimproverabilità e, pertanto, scusabilità dell'ignoranza della (od errore sulla) legge penale*».

⁸⁶ Va posto in premessa che SAVIGNY, *Il diritto romano*, Napoli, 1847 già chiariva che nel trattare le categorie dell'errore e dell'ignoranza chiariva che nel corso della storia del diritto i giuristi ne hanno sempre equiparati gli effetti. Tra la vasta letteratura penalistica, per trovare riscontro di quanto affermato, è sufficiente rinviare a VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur.Cost.*, 1988, II, 3; PADOVANI, *L'errore della legge penale e*

infatti, non è la fonte prescrittiva della legge, ma l'operazione viene affidata alla Corte costituzionale che trae dal quadro sistematico della legislazione vigente quella soluzione che a livello dommatico si era andata consolidando nel tempo.

L'opera finzionale, tuttavia, non si appunta sul rilievo di un fatto inesistente o da alterare, ma semplicemente su una equiparazione in *bonam partem* che concerne le condizioni presupposte a una condotta illecita posta in essere dall'agente per un dato normativo a lui ignoto. Ignoto perché: o ancora non inserito nel suo patrimonio informativo non per sua colpa; oppure perché non rilevato come tale da una realtà normativa che l'agente ha recepito in maniera diversa da come essa effettivamente era.

Questa ipotesi finzionale del diritto in realtà non introduce elementi di novità discordanti o *a-sistematici* nell'ordinamento delle leggi penali, si limita soltanto a prendere atto che determinati comportamenti devono essere valutati secondo l'agire interiore della persona, verificando che se non vi fossero state quelle condizioni di fatto devianti avrebbe agito in conformità alla legge. L'assenza di responsabilità penale deriva dunque dall'assenza di colpevolezza normativa, terreno su cui si afferma non l'assenza di illiceità del fatto ma la mancanza dei presupposti di rimproverabilità dell'agente.

Dunque, di fronte alla necessità di riconoscere la scusa l'opera manipolativa ricorre provvidenzialmente a colmare un vuoto che il legislatore non aveva preventivamente regolato nella fonte della legge e nel tener conto delle situazioni di ignoranza in cui si versa, ritiene allo stesso modo infondato il giudizio di colpevolezza stante una diversa lettura del dato normativo. Si tratta di un'operazione correttiva sulla base di un *fictione juris*, quando è il giudice, la Corte costituzionale, chiamato a rettificare le condizioni di applicazione del diritto positivo.

Nella seconda ipotesi è sicuramente da riconoscere la sua operatività nella fase di predisposizione della iniziativa legislativa, nel movente legislativo, perché attiene alla fonte della legge ordinaria che introduce il diritto penale. Si tratta dell'istituto del reato continuato previsto al secondo comma dell'art. 81 c.p., per il quale il legislatore elude il cumulo giuridico facendo ricorso al concetto di "unità fittizia" e in questo modo attenuando il carico sanzionatorio⁸⁷. Questa operazione di carattere tecnico normativo pone alla sua base il

la dichiaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p., in *Legisl.pen.*, 1989, 449.

⁸⁷ Sul tema la manualistica e le opere monografiche sono di notevole quantità, per cui si riportano soltanto: LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, 197. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, 206. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1987, vol.

concetto di “*medesimo disegno criminoso*” che, a sua volta, genera il fenomeno normativo di inscindibilità dei reati posti in essere. L’obiettivo finalistico dell’operazione finzionale è che la pluralità dei reati commessi con il compimento delle diverse condotte sia ritenuta fittiziamente unificata per consentire l’applicazione di un’unica pena derivante dal cumulo giuridico, come il risultato di una condotta unica.

L’esito commisurativo della sanzione finale è volto sicuramente a ridimensionare la portata della sanzione e a restringere i limiti della punizione, questo però avviene solamente in una prospettiva di finalismo punitivo di stampo costituzionale. La *fictio legis*⁸⁸, oltre a limitare una dimensione di afflittività temporale senza limite e dunque irrazionale, interviene in *bonam partem* per piegare l’intero arco punitivo armonizzandolo alle prescrizioni rieducative dettate dalla Carta fondamentale.

In questo modo è lo stesso legislatore che dà attuazione al fine costituzionale ricorrendo all’opera finzionale secondo l’orientamento della razionalità punitiva diretta al recupero sociale della persona.

8. *I possibili rimedi alle fonti originate dalla fictio legis. La fictio juris come strumento normativo correttivo.* Questo modo di intendere la politica criminale con il ricorso ai medesimi strumenti di iniziativa e di concretizzazione della politica ideologica vuol dire giungere al punto che la *fictio legis* finisce per travolgere intenti pure lodevoli⁸⁹.

Le istanze politiche vengono tradotte direttamente sul terreno giuridico senza la mediazione dei saperi, della scienza penale, e senza un controllo delle più ampie dinamiche esistenti nella cornice normativa in cui vengono inseriti⁹⁰.

Il rischio che dalla *fictio legis (law in action)* si possano poi generare interventi correttivi tipici della *fictio juris* e trovarsi di fronte a una giurisprudenza nor-

XXXVIII, 848. MAZZACUVA, AMBROSETTI, *Reato continuato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 2. COPPI, *Reato continuato*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1996, vol. XI, 225.

⁸⁸ Esplicitamente qualificata in questo senso da MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1952, II, Torino, 632.

⁸⁹ Un rimedio per sventare la finzione del fatto che da vita al precetto è suggerita da PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione. Fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in «*Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo cit.*», 106: «la verità è soggetta al rischio di una possibile deriva proprio in tanto in quanto si ceda alla tentazione di convertirla da istanza di legiferazione a requisito contenutistico del disvalore della fattispecie [...] nel momento in cui i beni giuridici cessano di accreditarsi in ragione del consenso sociale e si pongono come intrinsecamente “veritieri” perché non negoziabili o indecidibili nella loro assolutezza, allora si crea un pericoloso allentamento della verità come metodo di legiferazione con conseguente messa in gioco della stessa democrazia».

⁹⁰ DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2015, 95.

mativa, che si definisce creativa, quando la legge presenta limiti tali da non potere essere interpretata che nel solo senso attribuitogli dal giudice, è un altro possibile evento insito nella narrazione finzionale.

Il vero problema è che proprio l'opera giurisprudenziale, facendo leva sulla *fiction juris*, potrebbe apportare importanti correttivi alle norme ed essere utilizzate come argine alla dilagante illiberalità di fenomeni di falsificazione della fonte, *fiction legis*. La presunzione di difesa legittima originata da una *fiction legis* potrà essere corretta, alla luce di una interpretazione sistematica e valoriale della nuova disposizione, da una salutare e coerente soluzione giurisprudenziale di *fiction juris*⁹¹.

La questione di legittimità resta certamente una delle strade maestre per risolvere il conflitto con i principi generali del sistema, ma talvolta lo stesso giudice, pur di non inflazionare lo strumento del ricorso alla Corte costituzionale si esprime con una propria decisione apportando correzione alla norma, secondo il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Non a caso le leggi degli ultimi mesi sono tutte potenzialmente materia di questione di costituzionalità, a volte sollevata, altre volte in via di proponimento.

Questo quadro mostra in tutta evidenza che il legislatore, pur intendendo segnare un percorso di egoistico arbitrio, viene sostituito dalla giurisdizione e in questo modo sempre più la volontà popolare si troverà a soccombere al potere giudiziario. Il Parlamento perde centralità operativa in materia legislativa per colpa di un decisore politico che si fa legislatore ma che produce leggi dai profili e dai contenuti assolutamente inattendibili e illegittimi.

Il profluvio di sentenze del giudice nazionale e dei giudici europei che formano ormai fonte normativa consolidata finisce per radicare un potere del tutto impreveduto e la democrazia viene dimezzata perchè la volontà popolare perde, nella fisiologia dell'impianto istituzionale, la sua potestà naturale di emanare leggi.

Questi squilibri istituzionali si traducono in squilibri di sovranità e il ceto politico in generale viene depotenziato nel suo agire per il fatto di produrre leggi che non rispondono ai canoni e al rigore legislativo, consegnando al giudice in questo modo il compito di provvedere con i necessari correttivi o, addirittura, con l'alterazione del senso dell'originario intervento legislativo. Il giudice diventa il vero motore della produzione del diritto e la giurisprudenza norma-

⁹¹ Ne fornisce un primo illuminante esempio di correzione attraverso la *fiction juris* una recentissima sentenza della Suprema Corte che ha puntualizzato come l'avverbio "sempre" utilizzato dal legislatore non introduce alcuna presunzione di sussistenza della legittima difesa domiciliare, Cass. Sez. V, Sent. n. 40414, 13 giugno 2019, in www.cassazione.it.

tiva o creativa si trasforma in fonte della legge penale⁹².

In questo passaggio di poteri si insinua il rischio che anche il giudice un giorno possa perdere il ruolo di indipendenza, laddove dovesse concretizzarsi l'elezione popolare dei giudici. Ancora una volta si innescherebbe il preverso circuito di una legalità regolata direttamente dal decisore politico che raccoglie le istanze del "popolo sovrano", pretermettendo tutto il sistema dei filtri intermedi e la terzietà della giurisdizione.

D'altro lato va colto che il dialogo giurisprudenziale che si intesse di giorno in giorno anche tra i giudici nazionali e convenzionali -il c.d. dialogo tra le Corti- può probabilmente costituire quell'ulteriore correttivo delle fonti penali illiberali⁹³. Questi interventi però preludono a un possibile scontro, proprio ragionando in termini di sovranità che, sottratta al Parlamento, si concentra nelle mani del giudice che da interprete e applicatore del diritto si trasforma in fonte della legge.

Il disordine delle leggi, la tecnica avventurosa utilizzata nel disciplinarne da un punto di vista tecnico-giuridico il precetto, lo sviamento rispetto alle regole generali, la mancanza di investimenti su uomini e mezzi nel settore della giustizia, sono tutte premesse in fatto che offrono al decisore, non legislatore, di gestire le leggi-provvedimento secondo indirizzi e termini di valore del tutto avulsi dalla cornice disciplinare del nostro ordinamento giuridico.

Ecco perché il vero problema della giustizia penale è il processo e non la certezza della pena, uno *slogan* privo di qualsiasi fondamento giuridico, ma anch'esso parte di quel procedimento di falsificazione dei confini del giuridico indotto dal populismo penale. La certezza dell'esecuzione della pena detentiva, pecuniaria o la confisca dei beni sequestrati al condannato a favore dello Stato mancano della loro efficacia repressiva e soprattutto preventiva, perché manca la fase della effettiva esecuzione. Per poi osservare lo sconfinamento negli effetti perversi che si producono quando: l'imputato viene giudicato estraneo ai fatti contestatigli; la privazione della sua libertà si rivela inutile; e tutto il suo patrimonio disperso nell'attesa della definitività del giudizio⁹⁴.

Da questo coacervo si forma il terreno fertile dell'alterazione della fonte di

⁹² CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.laegislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016.

⁹³ CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2007.

⁹⁴ AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019.

legittimazione attraverso le iniziative di *fictio legis* e *fictio juris*, cosicchè la vicenda finzionale priva la democrazia di trasparenza nei moventi delle scelte e di razionalità nel vaglio della risposta punitiva, con il risultato di favorire una tale situazione di disordine normativo da offrire il destro a opzioni punitive sempre più strumentalmente pervasive, dispotiche e sempre meno rispettose dello statuto della legalità penale vincolata⁹⁵.

⁹⁵ Come efficacemente sostenuto neppure la scienza -sebbene nel suo ruolo correttivo- potrebbe sostituirsi alla legittimazione democratica del Parlamento, in FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1247: «Anche a volere davvero ritenere irreversibile la crisi della *lex parlamentaria*, sarebbe un abbaglio narcisistico per l'odierno studioso anche solo ipotizzare che siano tornati i tempi per rimettere all'*auctoritas doctorum* la creazione dell'unico diritto penale legittimo». PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1279.